

GUILHERME DE PAULA MEIADO

JUSTIÇA RESTAURATIVA: novos olhares sob o sistema penal brasileiro

Monografia apresentada ao curso de Direito do UniSALESIANO, Centro Universitário Católico Salesiano *Auxilium*, sob a orientação do Professor Doutor Juliano Napoleão Barros, como um dos requisitos para obtenção do título de bacharel em Direito.

LINS, 2016

GUILHERME DE PAULA MEIADO

JUSTIÇA RESTAURATIVA: novos olhares sob o sistema penal brasileiro

Monografia apresentada ao curso de Direito do UniSALESIANO, Centro Universitário Católico Salesiano *Auxilium*, sob a orientação do Professor Doutor Juliano Napoleão Barros, como um dos requisitos para obtenção do título de bacharel em Direito.

Lins, 16 de junho de 2016.

Professor Doutor Juliano Napoleão Barros (Orientador)

Professora Mestre Meire Cristina Queiroz Sato

Professor Mestre Marcelo Sebastião dos Santos Zellerhoff

Dedico este trabalho a todos aqueles que acreditam que a simples repressão é a melhor resposta estatal ao combate de atos ilícitos. Que esta pesquisa lhes ajude a enxergar novos horizontes e possibilidades.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, criador de minha vida. Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor um novo mundo de possibilidades.

Aos meus pais e minha irmã que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

Ao Guilherme, Talita e Tatiana, amigos aos quais sempre estiveram ao meu lado me apoiando nos momentos de dificuldade, além de me conceder inúmeros momentos de alegria aos quais jamais esquecerei.

Ao Hector, Bruna, Maiara, Beatriz, Anaisa e Valeska que dividiram comigo as angústias de ser um universitário do curso de Direito e foram capazes de tornar as noites de estudo muito melhores.

Aos meus amigos, colegas e familiares que não citei, pelo companheirismo e amizade durante a minha caminhada.

Ao meu professor orientador que, com muita paciência e sabedoria, soube me conduzir pelos caminhos corretos para que eu alcançasse os meus objetivos com este trabalho.

Ao corpo docente e coordenação do curso de Direito que foram muito mais que professores, mas verdadeiros amigos nesta etapa de nossas vidas.

A reitoria do UniSALESIANO que não mediu esforços para nos proporcionar estrutura e ensino de qualidades, preparando-nos para o mercado de trabalho e para a vida.

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

*“A inhumanidade que se causa a um outro,
destrói a humanidade em mim”.*

Immanuel Kant

RESUMO

A presente investigação dedica-se à Justiça Restaurativa, em especial à análise da possibilidade de sua aplicação no sistema penal brasileiro, como alternativa de solução de conflitos. A pesquisa se funda no entendimento de que o atual sistema não oferece condições adequadas e suficientes de ressocialização para o infrator e nem para a vítima, sendo imperativo o desenvolvimento da Cultura de Paz (BONINI e CANDIDO, 2015, p. 1). Foi levada em consideração a necessidade de devolver para a sociedade seus próprios conflitos, para que os cidadãos, juntos, encontrem as melhores soluções, reduzindo a intervenção estatal. Foi realizada pesquisa bibliográfica, buscando analisar o conceito do instituto em estudo, bem como sua utilização em outros países a partir de investigações realizadas por Robalo (2012, p. 149-209). Como resultados desta investigação, verifica-se que a aplicação da Justiça Restaurativa é oportuna para o Brasil, já tendo inclusive se iniciado há 10 anos, entretanto, sem ampla divulgação e sem a observação de todos os princípios e objetivos pertinentes. Verifica-se ainda a necessidade de edição de legislação específica a fim de regulamentar a sua aplicação, sem, contudo, obstruir o seu caráter informal. Desse modo, a pesquisa se insere na expectativa de que o Brasil se consolide como mais um adepto da Justiça Restaurativa, contribuindo para o desenvolvimento da paz de sua sociedade e servindo de exemplo para a comunidade internacional.

Palavras-Chave: JUSTIÇA RESTAURATIVA; MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS; CONCILIAÇÃO PENAL.

ABSTRACT

This research is dedicated to Restorative Justice, in particular the analysis of the possibility of its application in the Brazilian penal system as an alternative dispute resolution. The research is based on the understanding that the current system doesn't offer adequate and sufficient conditions of rehabilitation for the offender nor for the victim, it is imperative the development of the Culture of Peace (BONINI and CANDIDO, 2015, p. 1). It was taken into consideration the need to return to society their own conflicts, so that citizens, together, find the best solutions, reducing state intervention. A literature review was performed, trying to analyze the institute the concept under study, as well as its use in other countries from investigations by Robalo (2012, p. 149-209). As a result of this investigation, it appears that the application of Restorative Justice is timely to Brazil, having even begun 10 years ago, however, without full disclosure and without notice of all relevant principles and objectives. It also notes the need to issue specific legislation to regulate their application, without, however, obstructing its informal character. Thus, the research is inserted in the expectation that Brazil has consolidated as another supporter of Restorative Justice, contributing to the development of peace in their society and setting an example for the international community.

Keywords: RESTORATIVE JUSTICE; ALTERNATIVE METHODS OF CONFLICT RESOLUTIONS; CRIMINAL RECONCILIATION.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS FUNÇÕES DA PENA	14
2.1 Teoria Absolutista	22
2.2 Teoria Relativa	24
2.3 Teoria Mista	29
2.4 Críticas ao Sistema Prisional Brasileiro à Luz das Funções da Pena	33
3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO E RESTAURAÇÃO DA PAZ NAS RELAÇÕES ENTRE VÍTIMAS, AGRESSORES E A COMUNIDADE	37
3.1 Princípios da Justiça Restaurativa	45
3.1.1 <i>Princípio da voluntariedade</i>	46
3.1.2 <i>Princípio da consensualidade</i>	47
3.1.3 <i>Princípio da confidencialidade</i>	48
3.1.4 <i>Princípio da celeridade</i>	48
3.1.5 <i>Princípio da urbanidade</i>	49
3.1.6 <i>Princípio da adaptabilidade</i>	50
3.1.7 <i>Princípio da imparcialidade</i>	50
3.2 Principais avanços proporcionados pela adoção de modelos restaurativos de justiça	51
3.3 Limites e obstáculos à adoção da Justiça Restaurativa	54
3.4 A Justiça Restaurativa versus o <i>plea bargain</i>	58
4 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO MUNDO	61
4.1 Principais modelos restaurativos utilizados no mundo	61
4.1.1 <i>Sentencing Circles</i>	61
4.1.2 <i>Family Group Conferences</i>	62
4.1.3 <i>Outros Modelos</i>	63
4.2 Justiça Restaurativa e Direito Comparado: as experiências de Justiça Restaurativa no Canadá, na Austrália, em Portugal e na África do Sul	63
4.2.1 <i>Austrália</i>	63
4.2.2 <i>Canadá</i>	65
4.2.3 <i>África do Sul</i>	69
4.2.4 <i>Portugal</i>	71

5 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL	75
5.1 Carta de Araçatuba	78
5.2 Posicionamentos do CNJ sobre Justiça Restaurativa.....	79
5.3 Núcleos Especiais Criminais – NECRIM e Justiça Restaurativa	80
5.4 As experiências brasileiras de aplicação da Justiça Restaurativa	82
5.5 Subsídios para a uniformização da aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil	84
6 CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS.....	92
ANEXO A – CARTA DE ARAÇATUBA.....	99

1 INTRODUÇÃO

Já dizem os filósofos que o ser humano é um ser sociável, que necessita estar em sociedade para que possa viver e se desenvolver. Desde as comunidades primitivas existem relatos de desvios de condutas e das formas que os membros daquela época lidavam com a infração.

Jean Jacques Rousseau, em sua célebre frase “o homem nasce bom, é a sociedade que o corrompe”, atribui ao necessário convívio em sociedade a causa dos desvios de conduta, ocorrendo em função das exigências e padrões sociais que cada um é obrigado a alcançar e seguir, padrões e exigências que se dão na busca da propriedade privada.

Esses conflitos eram resolvidos pelas próprias mãos dos membros da comunidade, não existindo julgamento. Com o tempo, as sociedades começaram a se organizar surgindo rascunhos do poder estatal, responsável pela aplicação das punições.

Talvez uma das mais famosas formas de punição seja a que era aplicada por Hamurabi, rei da Babilônia, através de um código de 280 artigos, com inspiração na Lei de Talião – de onde surge a expressão “olho por olho e dente por dente”, prescrevendo penas cruéis (CAVALCANTE, 2002).

Ainda se tem o período em que a Igreja Católica controlava a aplicação das penas por meio das Ordálias, em que o réu era julgado por um juiz divino. Ou então, pela Inquisição que se espalhava pela Europa (CAVALCANTE, 2002).

Na transição do século XVII para o século XVIII, os castigos vão deixando de ser brutais e públicos, para se tornarem mais humanizados e secretos. O que antes era realizado em praça pública sobre longas horas de tortura, sendo finalizado em uma fogueira, evolui para o enforcamento, depois a guilhotina, até as execuções deixarem de ser um espetáculo para o entediante dia dos bons cidadãos.

Somente após a reforma do sistema penal, que surge no final do século XVIII e início do século XIX na Europa, a Igreja deixa de figurar como juiz nos julgamentos e o Estado assume integralmente essa função. O condenado passa a figurar como

inimigo da sociedade e a ser visto como um membro que necessita de reabilitação, fazendo surgir as penas restritivas de liberdade e de direitos (CAVALCANTE, 2002).

Adotada pela maioria das legislações atuais, as penas restritivas de liberdade e de direitos substituíram os antigos castigos, numa tentativa de humanizar o tratamento da sociedade para a pessoa do condenado.

Criada para, ao final do castigo, reinserir o condenado ao convívio social, dando-lhe condições necessárias para não voltar a reincidir, as penas restritivas de liberdade demonstram atualmente que, sem o devido preparo estatal, elas não desenvolvem seu caráter ressocializador, tornando-se, talvez, semelhantes aos sistemas antigos, em que apenas castiga-se o condenado, deixando-o marcado perante a sociedade.

Este é o retrato exato do atual sistema prisional brasileiro e dos demais países da América Latina. As penitenciárias servem como mero depósito para aqueles que a sociedade não quer mais em seu meio, além de não proporcionarem nenhuma forma de, ao fim de sua pena, estarem reinseridos em sua comunidade.

Em novembro de 2012, o então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, deu a seguinte declaração:

[...] se fosse para cumprir muitos anos na prisão em um de nossos presídios, preferia morrer [...] temos um sistema prisional medieval, que não só desrespeita os direitos humanos como também não possibilita a reinserção. (CARDOZO apud CONECTAS, 2012).

Não é à toa que o Brasil possui um índice de reincidência igual a 70%, conforme apontam os vários presidentes do Conselho Nacional de Justiça¹, órgão este que ainda não se manifestou oficialmente, mas que desde 2012 está realizando estudos sobre o assunto.

¹ Como se verifica na notícia a seguir: **Juristas Estimam em 70% a Reincidência nos Presídios Brasileiros: presidentes do CNJ destacam percentual há anos, mas conselho ainda busca estimativa oficial.** Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014/>>. Acesso em out/2015.

Uma pesquisa sobre reincidência, datada de 2012² trata da reincidência entre menores infratores. A pesquisa foi chefiada Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do CNJ, apontando um índice de 54% de reincidência entre os menores infratores.

Diante destes dados fica clara a necessidade de mudança no sistema penal e prisional brasileiro. O próprio instituto da pena apresenta características que não vem sendo cumpridas nos moldes atuais, fugindo dos objetivos aos quais foram criadas.

Tal mudança já vem sendo realizada em alguns países, que se utiliza de métodos já existentes em suas culturas, adaptando-as para os dias atuais.

Um dos nomes desta mudança é Justiça Restaurativa. Essa modalidade de justiça consiste em amenizar os efeitos sociais que a pena tradicional imputa aos condenados, além de buscar o refazimento dos laços de afinidade que poderiam existir entre vítima e infrator.

A ONU já apresentou recomendações para sua utilização, além de países como Portugal e Canadá já terem criado legislações para sua aplicação, como poderá ser apreciado nos capítulos que se seguem.

No que cabe ao Brasil, existem algumas pequenas experiências, como as que ocorrem no Rio Grande do Sul, na Bahia e no Distrito Federal, e resoluções do CNJ sobre o assunto, como a Resolução 125/2010, sem, contudo existir lei regulamentando sua utilização.

A presente pesquisa dedicou-se a investigar as razões de se implantar a Justiça Restaurativa no Brasil, analisando exemplos bem sucedidos de outros países, além dos resultados dos pequenos experimentos internos.

No primeiro capítulo serão abordados os aspectos da pena e as teorias existentes no que diz respeito à sua aplicação. Serão apresentadas críticas aos

² Como se verifica na notícia a seguir: **Juristas Estimam em 70% a Reincidência nos Presídios Brasileiros: presidentes do CNJ destacam percentual há anos, mas conselho ainda busca estimativa oficial.** Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014/>>. Acesso em out/2015.

modelos existentes, apresentando o que é adotado pelo Brasil e buscando apresentar as falhas em sua aplicação.

No capítulo seguinte, o conceito de Justiça Restaurativa será apresentado sob a ótica de vários autores e instituições que tratam de Direitos Humanos, buscando apresentar a sua finalidade, benefícios e malefícios da aplicação de tal instituto.

O terceiro capítulo trará informações à cerca dos modelos restaurativos utilizados no mundo e das experiências realizadas em outros países, a exemplo o Canadá, que encontrou nas tradições aborígenes um modelo de Justiça Restaurativa a se implementar.

No ultimo capítulo será discutida a possibilidade da aplicação de tal instituto no Brasil, as experiências vivenciadas, bem como a sugestão de subsídios para a concepção de um modelo para sua aplicação.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS FUNÇÕES DA PENA

Como forma de controle social pós-transgressões legislativas, surge à penalização. Ao longo da história o modo de aplicação da pena variou conforme a época em que a sociedade se encontrava, lembrando o apresentado na introdução deste capítulo. Para os tempos modernos, a pena possui funções sociais que devem ser atendidas para sua efetiva aplicação.

Para se entender o motivo pelo qual surgem as transgressões legislativas, é necessário que se analise o comportamento anômico, que corresponde à desorganização pessoal que leva o indivíduo a desrespeitar as normas sociais.

De acordo com o Dicionário Aurélio (FERREIRA, 2004, p.144), anomia é:

[...] 1. Ausência de leis, de normas ou de regras de organização. 2. *Sociol.* Situação em que há divergências ou conflitos entre normas sociais, tornando-se difícil para o indivíduo respeitá-las igualmente. [Em situações extremas, essa contradição ou dificuldade pode equivaler, na prática, a ausência de normas.].

Esse entendimento sobre o comportamento anômico pode ser realizado pela leitura do significado de anomia no Dicionário de Língua Portuguesa Michaelis, que traz o sentido de ausência de lei, enfraquecimento da conduta, desorientação pessoal, isolamento social entre outros.

Segundo Cavalieri Filho (2010, p. 238), o comportamento anômico surge:

Em qualquer sociedade do mundo, por mais eficientes que sejam as suas normas de conduta e bem estruturadas e aparelhadas as suas instituições jurídicas, vamos encontrar comportamento de desvio, como um verdadeiro fenômeno universal. Pode variar de intensidade – em uma sociedade vamos encontrar maior incidência de comportamento anômico que em outra; vamos encontrar em alguma maior incidência de um tipo de desvio – mas o fenômeno sempre existirá.

Na análise das causas do comportamento anômico merecem destaque duas correntes: a de Émile Durkheim e a de Robert K. Merton. Para Durkheim, segundo Cavalieri Filho (2005, p. 239-240):

[...] desde que a divisão do trabalho social supera um certo grau de desenvolvimento, o indivíduo, debruçado sobre suas tarefas, isola-se em sua atividade especial, não mais sentindo a presença dos colaboradores que trabalham ao seu lado na mesma obra, perdendo mesmo, a partir de certo ponto, a ideia dessa obra comum. [...] O pensamento durkheimiano, embora criticado por alguns, não deixa de possuir certa razão, principalmente no que diz respeito às sociedades superdesenvolvidas e por isso mesmo superorganizadas. Nessas sociedades é visível que, ao lado das inegáveis vantagens que a divisão do trabalho representa como recurso imposto pela própria complexidade crescente da vida social, tal divisão transforma-se numa fonte de desintegração ao provocar as especializações dos indivíduos.

A teoria desenvolvida aponta que a causa do desvio de comportamento se dá por meio da frustração do indivíduo, que percebe o crescimento de seus semelhantes e o seu detrimento, tornando-os ferramentas especiais para o Estado e sua organização, ao mesmo tempo em que ele se vê esquecido por não alcançar o mesmo grau de especialização.

A especialização pode ser compreendida pelos atributos que o indivíduo desenvolve, tornando a sua atividade necessária para o funcionamento do Estado, ou seja, é a importância – e por consequência o interesse do Estado – que o indivíduo desenvolve.

Ocorrendo a especialização, perde-se o conhecimento compartilhado, uma vez que a sociedade precisa dividir suas funções, fazendo com que o senso de coletividade se desintegre, isolando os indivíduos não especializados dos demais.

Nesta vertente, Cavalieri Filho descreve a linha de pensamento de Merton:

[...] em toda a sociedade existem metas culturais a serem alcançadas, entendendo-se como tais os valores socioculturais que norteiam a vida dos indivíduos. Para atingir essas metas existem os meios, que são os recursos institucionalizados pela sociedade, aos quais aderem normas de comportamento. [...] Ocorre, entretanto, que os meios existentes não são suficientes nem estão ao alcance de todos, acarretando, assim, um desequilíbrio entre os meios e as metas. Quer dizer que, enquanto todos são insistentemente estimulados a alcançar metas sociais, na realidade apenas alguns poucos conseguem por terem ao seu dispor os meios institucionalizados. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 241-242).

Para essa corrente, o desvio de comportamento se dá pela falta de oportunidades culturais e sociais do indivíduo, pois a sociedade cobra que ele

desenvolva suas habilidades e se torne uma ferramenta importante na organização social, porém, por não possuir acesso aos meios, ele não se desenvolve e acaba por ser negligenciado pelos demais.

Apesar de apresentar causas diferentes, é notório que ambas as teorias apontam como causa do desvio de conduta a obrigação de busca por metas, ou seja, a necessidade de o indivíduo se tornar especializado e, assim, desenvolver algum trabalho necessário para a comunidade, além da exclusão social.

É possível notar que a maioria dos detentos no Brasil hoje provém de classes caracterizadas pela não especialização dos indivíduos³, que não tiveram ao seu alcance subsídios para o seu desenvolvimento pessoal e profissional, ou qualquer tipo de incentivo de crescimento, podendo fazer com que o ambiente no qual estavam inseridos ajudasse no desenvolvimento de sua personalidade.

Assim, seguindo a lógica descrita acima, se um indivíduo se desenvolve em um ambiente violento, sem cuidados Estatais e sem qualquer perspectiva de vida, que é o ambiente encontrado em grande parte das periferias brasileiras, ele pode assumir para si esse estilo e desenvolver características com o que vivenciou.

A conclusão a que se chega acima pode ser notada na chamada “Teoria das Janelas Quebradas”, desenvolvida pelos criminologistas americanos James Wilson e George Killing na Universidade de Stanford (MONTINEGRO, 2015), onde foram colocados dois carros em dois bairros diferentes: um mais pobre e outro rico.

Em poucos dias o carro do bairro pobre estava destruído, enquanto que o do bairro rico continuava intacto. Para dar prosseguimento ao estudo, os pesquisadores quebraram uma das janelas do carro colocado no bairro rico e o deixaram por mais alguns dias. Ao retornarem, notaram que o carro estava igualmente vandalizado ao do que estava no bairro mais pobre.

O que o estudo em tela nos mostra é que o ambiente tomado pelo descaso pode influenciar no comportamento do ser humano. Entretanto, não foi essa a conclusão a qual os pesquisadores americanos chegaram, apontando que desordem

³ COELHO, Maria; SARDINHA, Edson. População Carcerária Cresce Seis Vezes Mais em 22 Anos. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/populacao-carceraria-cresce-seis-vezes-em-22-anos/>>. Acesso em mar/2016.

gera desordem e assim, aplicando métodos exageradamente repressivos e autoritários no combate ao crime.

Nesse sentido, tem-se o posicionamento de Montenegro (2015):

[...] tal teoria parece interessante e bastante convincente. Pois, de fato, a desordem gera desordem. Só não se sustenta porque tal construção visa atacar um conflito apontando como solução um problema maior ainda. Visa penalizar com a prisão àqueles que foram gratuitamente sancionados com a falta de estrutura física e social.

Entretanto, existe o desvio de conduta em classes sociais mais favorecidas, o que pode ser explicado pela teoria de Merton e os diversos tipos de comportamento, que não são objeto desta pesquisa, pois não se busca compreender todas as causas que levam uma pessoa a delinquir, mas sim apresentar um breve panorama para que se entendam os modos adotados pelo Estado no funcionamento do Sistema de Justiça.

Ocorrendo o desvio de conduta, surgem as infrações legislativas, tendo o Estado o papel de responder a tais infrações. Da necessidade de resposta em face das infrações das regras de convívio social, surgem as penas.

Inicialmente serviam para castigar os infratores, mas com o decorrer dos anos, elas adquiriram o sentido de “cuidado” com o infrator e sociedade, ou seja, não é mais apenas uma punição, mas sim uma prevenção e forma de reinserir o infrator na comunidade, conforme descreve Azevedo (2005, p.110):

[...] ao redefinir um novo ideal de justiça, percebendo no delito um conflito interpessoal concreto, real, histórico, propõe intervir de maneira construtiva e solidária, procurando soluções que superam a fórmula de castigo e sofrimento.

Essa nova percepção da pena, pode ser encontrada nos posicionamentos de Bonfim e Capez (2004, p. 632), que buscaram conceituar pena do seguinte modo:

Sanção penal de caráter aflagrante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Segundo Noronha (2009, p.226), as penas podem ser corporal, privativa de liberdade, restritiva de liberdade, pecuniária e privativa de direitos. Na legislação penal adotam-se de forma ampla, as penas privativas de liberdade, conforme o próprio Noronha leciona que “são as penas privativas de liberdade as mais comumente empregadas pelas leis”.

Tais medidas vêm na tentativa de se substituir os antigos castigos, humanizando o tratamento da sociedade para a pessoa do condenado e buscando a sua recuperação.

Criada para reinserir o condenado ao convívio social, dando-lhe condições necessárias para não voltar a reincidir, as penas privativas de liberdade demonstram que sem preparo estatal, elas não desenvolvem seu caráter ressocializador, mas tornam-se, talvez, semelhante aos sistemas antigos, em que apenas castiga-se o condenado, deixando-o marcado perante a sociedade.

É vero que para as penas privativas de liberdade alcancem o ideal ao qual foram criadas, é necessário que o Estado ofereça condições físicas, mentais e cidadãs de ressocialização.

Neste sentido, pode-se entender que o que norteia os Estados nas aplicações das punições são as chamadas funções da pena. Essas funções apontam os objetivos a serem alcançados pela pena para que elas alcancem as finalidades a que foram propostas que, geralmente, servem para que o apenado sinta-se arrependido pelo cometimento do crime e, então, não venha a delinquir novamente.

Quando um membro da sociedade comete um delito, o Estado deve repreender o infrator por sua conduta, aplicando-lhe uma pena em resposta, que é a função repressiva. Ou seja, a repressão nada mais é que o processo de cumprimento das leis, pois para cada infração a lei aponta uma medida a ser tomada, conforme apontado por Saldaña (2003, p. 50).

A repressão deve ser proporcional ao delito praticado e se dar dentro dos limites legais, conforme o artigo 59 do Código Penal prescreve:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; [...].

Aplicando ao infrator uma punição, o Estado o usa de exemplo perante o resto da população para que não venha a cometer o mesmo ato, o que corresponde à função preventiva da pena. A punição do infrator não vem apenas como a resposta que o Estado deve dar, mas também como um alerta de que quem seguir os passos do condenado lhe será imposta a mesma pena.

[...] podemos falar que esta teoria visa prevenir a criminalidade atuando psicologicamente tanto em quem já delinuiu, fazendo com que o mesmo, através da ressocialização não se torne reincidente, e também junto aos delinquentes em potencial, para que os mesmos, intimidados pelas consequências dos delitos, não cometam as infrações. (DIAS, [201-])

Na mesma vertente, destaca Nery:

As teorias preventivas também reconhecem que, segundo sua essência, a pena se traduz num mal para quem a sofre. Mas, como instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, não pode a pena bastar-se com essa característica, em si mesma destituída de sentido social-positivo. Para como tal se justificar, a pena tem de usar desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente, a prevenção ou a profilaxia criminal. (NERY, 2012).

A prevenção pode ser classificada como geral e especial, como pode se evidenciar nos ensinamentos de Bonfim e Capez (2004, p.633). A geral é a que trata acima, o exemplo que o Estado se utiliza para que o resto da sociedade não venha a delinquir.

A teoria preventiva geral está direcionada à generalidade dos cidadãos, esperando que a ameaça de uma pena, e sua imposição e execução, por

um lado, sirva para intimidar aos delinquentes potenciais (concepção estrita ou negativa da prevenção geral), e, por outro lado, sirva para robustecer a consciência jurídica dos cidadãos e sua confiança e fé no Direito (concepção ampla ou positiva da prevenção geral). (NERY, 2012).

A prevenção especial é aquela visada à pessoa do delinquente, como um fator de prevenção da reincidência, apresentando-lhe as consequências de cometer atos ilícitos.

Essa teoria não busca retribuir o fato passado, senão justificar a pena com o fim de prevenir novos delitos do autor. Portanto, diferencia-se, basicamente, da prevenção geral, em virtude de que o fato não se dirige a coletividade. Ou seja, o fato se dirige a uma pessoa determinada que é o sujeito delinquente. Deste modo, a pretensão desta teoria é evitar que aquele que delinuiu volte a delinquir. (NERY, 2012).

Tal prevenção pode ocorrer de dois modos: mediante a ressocialização, conhecida como prevenção especial punitiva, ou por meio da inocuização, chamada de prevenção especial negativa, conforme pode se entender sobre o posicionamento Ribeiro e Freire (2011, p. 157), exposto mais a frente.

A forma positiva buscar agir no psicológico do infrator, fazendo-o tomar consciência de si, da sociedade e do Direito, fazendo com que o ato de delinquir não se sobreponha a sua moral, incidindo assim em sua personalidade.

Ao contrário, a negativa busca intimidar o delinquente ou, para aqueles que o Estado acredita não ser possível nem ressocializar e nem intimidar, a sua privação da liberdade, que ocorre através da pena de morte e perpétua.

A dissociação da pena do caráter de castigo físico para um verdadeiro castigo moral fez da punição um modo de submissão do intelecto e da vontade. O cárcere passou a ser não apenas o local de inocuização do delinquente, mas também um observatório, no qual se estudava as circunstâncias do crime cometido e o comportamento do criminoso. A punição adotou como pressuposto a disseminação da disciplina arraigada no meio social – impõe-se ao condenado, dessa forma, hábitos e regras, objetivando cumprir a máxima de corrigi-lo, mesmo que intrinsecamente a isso resida à ideia de torná-lo indivíduo dócil. (RIBEIRO; FREIRE, 2011, p. 157).

A função ressocializadora se funda em após o Estado ter repreendido a conduta e utilizado o infrator como exemplo para garantir a prevenção, o passo seguinte é a liberdade, pois no Brasil não existe pena de prisão perpétua, então, se cumprida a pena, o infrator será posto em liberdade e poderá voltar ao convívio social.

Prescreve o artigo 1º da Lei de Execuções Penais que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Ao ler o disposto acima, em uma primeira abordagem, pode-se se supor que essa etapa é simples, pois tendo o infrator já cumprido sua pena, ele está perdoado e pode voltar a conviver com os demais em harmonia. Porém, sabemos que a realidade não é essa.

Nesse sentido, Castro Silva (2014) nos apresenta o seguinte:

A expressão “ressocialização” para a execução penal no Brasil traz uma enorme contradição à proposta da lei de execuções penais, pois não se pode falar em reintegração ao seio da sociedade de um indivíduo que nunca participou do sistema social vigente. Parcela significativa da população carcerária jamais teve oportunidade de acessar serviços básicos de saúde, educação ou assistência social, muito menos tiveram chances de exercer uma atividade remunerada.

A sociedade tende a rejeitar o ex-presidiário, excluindo-o da sociedade, fazendo com que a pena continue a ser aplicada pelo resto de sua vida, não lhe permitindo uma chance de tentar uma nova vida.

Talvez por este motivo a taxa de reincidência é alta⁴ em nossa sociedade, pois ao se ver de volta a sociedade, o infrator não consegue oportunidades de seguir vida diferente da que levava. Assim, não consegue emprego, afeto e felicidade, levando-o a infringir novamente as leis para conseguir as coisas que a sociedade o impedem de ter.

⁴ Como se verifica na notícia a seguir: **Juristas Estimam em 70% a Reincidência nos Presídios Brasileiros: presidentes do CNJ destacam percentual há anos, mas conselho ainda busca estimativa oficial.** Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014/>>. Acesso em out/2015.

Isso sem se levar em conta a precária estrutura de nossos presídios e o alto déficit de vagas, conforme aponta Castro Silva (2014):

Ressalte-se que o Brasil possui um déficit de 170.154 vagas no sistema prisional, representando o segundo maior do mundo, que apenas 8,4% dos custodiados estudam nas unidades prisionais e que 76% da população carcerária é considerada jovem, logo, o quadro aqui delineado sinaliza para a necessidade de um debate que conjugue combate a criminalidade com direitos humanos.

Em torno do debate sobre as funções da pena, surgem as teorias sobre suas aplicações e finalidades, como a teoria absolutista, a teoria relativa e a teoria mista, que integram o objeto de estudo deste capítulo.

2.1 Teoria Absolutista

Como uma forma de aplicar as penalidades, surgiu a Teoria Absolutista, desenvolvida na época em que o Estado e Igreja se confundiam quanto à criação e execução das leis, pois existia a concepção de um Juiz Divino, ou seja, com poderes atribuídos por Deus. Porém, com o avanço da sociedade, o intervencionismo perde força e as leis humanas se sobrepõem as leis divinas, passando o Estado a ser o único a ditar as leis de convivência e aplicar as penas.

As absolutas fundam-se numa exigência de justiça: pune-se porque cometeu crime (*punitur quia peccatum est*). Negam elas fins utilitários à pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. Ela é simples consequência do delito: é o mal justo oposto ao mal injusto do crime. (NORONHA, 2009, p.223).

Assim, a teoria absolutista (ou retribucionista) da pena apresenta o dever do Estado em retribuir o mal cometido à sociedade, ou seja, punir o infrator na mesma proporcionalidade de seu crime. A pena torna-se meramente retributiva, desvinculando-a de seu efeito social, pois o único desejo é o de realização da justiça.

Nesse sentido, Moraes (2013) leciona:

Assim, as teorias retribucionistas consideravam tão somente a expressão retribucionista da pena. Vale dizer, a pena traduzia um mal que recai sobre um sujeito que cometeu um mal do ponto de vista do direito. Essa concepção de pena estava ligada, sem quaisquer dúvidas, a uma visão de Estado guardião e não a um Estado intervencionista.

A pena consubstancia retribuição da culpabilidade do sujeito, considerada a culpabilidade como decorrente da ideia kantiana de livre arbítrio. Esse é seu único fundamento e, com amparo nesse argumento, é que se diz que, se o Estado não mais se ocupasse em retribuir, materializar numa pena a censurabilidade social de uma conduta, o próprio povo que o justifica também se tornaria cúmplice ou conivente com tal prática e a censura também sobre o povo recairia. (SUXBERGER, 2006 apud MORAES, 2013).

Questiona-se a eficácia de tal teoria, uma vez que, dependendo de quão grave for considerado o delito, o condenado pode vir a sofrer penas desumanas, impossibilitando que tire dessa situação um ensinamento, voltando-se aos tempos em que os próprios cidadãos praticavam a “justiça” através da vingança, só que desta vez é o Estado que figura no polo ativo e não os senhores de terras.

Trata-se de uma perspectiva que se sustentava singularmente à luz do Estado de Polícia, quando os ditames absolutistas vinculavam os poderes do monarca a uma oblação divina – fato que, malgrado exercesse o papel de *freio social*, findava por garantir a existência de penas cruéis, desarrazoadas e dissociadas de um verdadeiro critério científico. Retrata-se, pois, o papel vingativo do Estado, desvinculado das preocupações com o futuro do apenado, tornando-se, por isso, insuficiente para as expectativas do Estado Democrático de Direito. (RIBEIRO; FREIRE, 2011, p.150).

Observa-se que é visado apenas o momento do crime, ou seja, apenas a sua retribuição, sendo deixados de lado os eventos que se darão após o condenado voltar para a sociedade. A respeito dos efeitos de tal teoria, Montesquieu apresenta que:

Muitas vezes, um legislador que quer corrigir um mal só pensa nessa correção; seus olhos estão abertos para esse objetivo e fechados para os inconvenientes. Uma vez corrigido o mal, não se percebe mais a dureza do legislador, mas fica um vício no Estado, que esta dureza produziu; os espíritos estão corrompidos, acostumaram-se com o despotismo. (MONTESQUIEU, 2005, p.96).

Desse pensamento tira-se a conclusão de que a aplicação da pena dura e por si só, aparenta corrigir o mal realizado, mas na verdade se apresenta como um evento propagador da reincidência, pois como explanado por Montesquieu, o condenado terá se acostumado as penas duras e não terá medo de voltar a cometer outros crimes, pois não houve qualquer tipo de preocupação com o momento de seu retorno ao convívio social.

[...] um soldado, acostumado a expor sua vida todos os dias, despreza, ou vangloria-se de desprezar, o perigo. Ele foi acostumado a temer todos os dias a vergonha: era, então, necessário criar uma pena que o fizesse trazer uma ferida pelo resto da vida. Pensaram que estavam aumentando a pena, na realidade ela foi diminuída. Não se devem conduzir os homens pelas vias extremas: devem-se proteger os meios que a natureza nos dá para conduzi-los. (MONTESQUIEU, 2005, p.95).

O que se observa nas periferias, que são os lugares abandonados pelo Estado e onde o crime se torna atrativo como uma das poucas alternativas de subsistência e ascensão social, é que, por estarem desmotivadas e não possuírem um projeto de vida, as pessoas que vivem nestas zonas não possuem apenas o medo de sofrer punições, mas também o medo de viver sofrendo com os sentimentos internos.

Ou seja, o delinquente comete um crime porque não consegue viver sabendo que não pode ter um aparelho de última geração, ou não ter dinheiro para comprar alimentos ostentados pelas classes mais altas ou, ainda, com a ira com o seu semelhante. Esses sentimentos são mais fortes que o medo da sanção penal.

O Direito Penal não possui pretensões vingativas, mas sim de proteção de bens jurídicos, tornando-se inconcebível a aplicação de tal teoria, pois ela não visualiza a ressocialização do indivíduo, tratando-o como mero objeto da punição.

2.2 Teoria Relativa

Com o passar dos anos, foi se atribuindo à pena o papel preventivo, pensando-se na reincidência do condenado e que a sociedade não venha a delinquir

também. Aqui o mais importante não é a punição com a mesma proporcionalidade do crime, mas sim, a punição de forma exemplar, mostrando o poderio do Estado.

As teorias preventivas da pena destacam-se por não compartilharem do intuito de retribuir o fato delitivo cometido, de modo que não atribuem à pena, taxativamente, a incumbência de realizar justiça, mas de prevenir a prática de violações às normas do Direito Penal. (RIBEIRO; FREIRE, 2011, p. 151).

No mesmo sentido, dispõe Noronha:

As teorias relativas procuram um fim utilitário para a punição. O delito não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada. Não repousa na ideia de justiça, mas de necessidade social (*punitur ne peccetur*). Deve ela dirigir-se não só ao que delinuiu, mas advertir aos delinquentes em potência que não cometem crime. (NORONHA, 2009, p. 223).

Apesar de sua aparente preocupação social com a inibição da prática de novas violações às leis, é claramente utilizado o medo como principal instrumento de controle estatal.

A tese preventiva tem por base a função de inibir o máximo possível a realização de novos atos ilícitos. A punição era encarada como meio de segurança e defesa da sociedade. Deste modo, a pena seria aplicada para impor o medo. Todavia, muitas vezes, tal medo era incapaz de coagir a prática do delito, já que o condenado agia com confiança de que não seria descoberto. (MORAES, 2013).

A teoria nos remonta aos ensinamentos de Maquiavel (2011) em que o Príncipe, neste caso o Estado, deve ser temido e não respeitado, pois é com o medo que ele conseguirá controlar o reino, neste caso a sociedade.

O Estado utiliza-se do medo como instrumento de controle social. Com a difusão de discursos de medo, o amedrontamento ultrapassa o momento em que se experimenta a ameaça ou risco, persistindo como angústia permanente, que subjuga e condiciona o agir humano. Tal fenômeno é chamado de medo derivado (ou secundário) (BAUMAN, 2008), aquele que coloca o ser humano em alerta, mesmo não haja um perigo eminente.

[...] um medo, por assim dizer, social e culturalmente “reciclado”, ou (como o chama Hughes Lagrange em seu fundamental estudo do medo) um “medo derivado” que orienta seu comportamento (tendo primeiramente reformado sua percepção do mundo e as expectativas que guiam suas escolhas comportamentais), quer haja ou não uma ameaça imediatamente presente. O medo secundário pode ser visto como um rastro de uma experiência passada de enfrentamento de ameaça direta – um resquício que sobrevive ao encontro e se torna um fator importante na modelagem da conduta humana mesmo que não haja mais uma ameaça direta à vida ou à integridade (BAUMAN, 2008, p. 9).

A finalidade a qual foi criada a teoria da prevenção atinge tanto o apenado, quanto toda a sociedade, como foi apresentado anteriormente. Nesse sentido, encontra-se o posicionamento de Beccaria (2011, p. 58 – 59), em que é possível extrair o seguinte pensamento:

O castigo tem por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadão da senda do crime. Entre as penas e na maneira de aplica-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.

E Beccaria (2011, p. 59-60) continua:

Quanto mais atrozes forem os castigos, tanto mais audacioso será o culpado para evita-los. [...] Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime.

Ainda sobre Beccaria, na continuidade do relato sobre o uso do medo secundário, pode-se extrair seu seguinte pensamento: “não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo [...]” (2011, p. 74).

Em outras palavras, Beccaria aponta que a finalidade da pena é flagelar o condenado de modo que impressione a sociedade, compelindo-a a não cometer os mesmos crimes. Entretanto, apesar de se parecer uma excelente solução, a sua aplicação é falha.

A pena tem um fim prático e imediato de prevenção geral e especial do crime (*punitur ne peccetur*). A prevenção é especial porque a pena objetiva a readaptação e a segregação sociais do criminoso como meios de impedi-lo de voltar a delinquir. A prevenção geral é representada pela intimidação dirigida ao ambiente social (as pessoas não praticam o delito porque têm medo de receber punição). (BONFIM; CAPEZ, 2004, p.633).

Pode-se afirmar que a pena transpassa a pessoa do condenado, atingindo toda a sociedade, pois a crença de que se a população tiver medo das penalizações, logo não irá cometer crimes, acaba subjugando a sociedade à vontade do Estado.

Confirmando o exposto acima, observa-se a descrição acerca de tal teoria realizada por Noronha (2004, p. 225):

As teorias relativas procuram um fim utilitário para a punição. O delito não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada. Não repousa na ideia de justiça, mas de necessidade social (*punitur ne peccetur*). Deve ela dirigir-se não só ao que delinqüiu, mas advertir aos delinqüentes em potencial que não cometam crime. Conseqüentemente, possui um fim que é a prevenção geral e a particular.

Isso acaba por prejudicar a dignidade e a liberdade de cada membro da sociedade, pois vivem infelizes sob uma espécie de censura, temendo que sejam flagelados caso não sigam a vontade do Estado.

Além disso, aquele que já cometeu crime não recebe o olhar humano do Estado, que tanto necessita. O condenado continua a ser visto como um objeto a ser subjugado pelo poder Estatal e não como um membro da sociedade que necessita de cuidados e reinserção.

Em contraposição, podem-se encontrar filósofos que acreditam que a ideia de repressão pelo medo é o modo mais eficaz de controle social, tal como Montesquieu (2005, p. 93), que acredita que com a sociedade temendo a aplicação da pena, não será necessário que o Estado as aplique, conforme exposto:

A severidade das penas é mais convincente ao governo despótico, cujo princípio é o terror, do que à monarquia ou à república, que têm como motor a honra e a virtude. Nos Estados moderados, o amor à pátria, a vergonha e o temor da reprovação são motivos repressivos, que podem acabar com muitos crimes. A maior pena por uma má ação será a de ser condenado por

ela. As leis civis corrigirão estas más ações mais facilmente e não terão necessidade de tanta força. Nesses Estados, um bom legislador estará menos atento em punir os crimes do que em preveni-los; estará mais aplicado em morigerar do que infligir suplícios.

Ainda apresentando o medo como forma de controle social, em sua obra mais famosa, Michel Foucault descreve que uma das condições para a aplicação das penas deve ser:

[...] diminuir o desejo que torna o crime atraente, aumentar o interesse que torna a pena temível; inverter a relação das intensidades, fazer que a representação da pena e de suas vantagens seja mais viva que a do crime com seus prazeres. Toda uma mecânica, portanto, do interesse de seu movimento, de maneira como é representado e da vivacidade dessa representação. (FOUCAULT, 1987, p. 88).

Entretanto, pode-se observar nas sociedades atuais que esse medo não ensina que as Leis existem para nos proteger e que a infração delas resulta em perigo para toda a ordem social, mas sim de que as Leis existem para nos castigar e que a sua infração resulta em perigo apenas para cada indivíduo, já que é ele quem sofrerá as consequências.

Apresentando o seu ponto de vista, Azevedo (2005, p. 95) critica a presente teoria:

A crítica a essas propostas preventivas positivas reside na confiança excessiva na norma penal como possibilidade de tutela da vida em sociedade, numa função promocional que pode transformar o direito penal em instrumento de governo que privilegia o conflito, a repressão e a função estigmatizante da pena. Se o Estado fracassa no estabelecimento de valores que refletem os anseios sociais [...], a teoria sistêmica aplicada no direito penal consagra a alienação do homem da posição de sujeito e fim para torna-lo objeto de abstrações normativas e instrumento de funções sociais.

Isso aterroriza toda a sociedade, coagindo a não cometer crimes pelos motivos errados, quando a sociedade deveria ser conscientizada da moral e bons costumes, como Montesquieu (2005, p. 94), apesar de seu posicionamento citado acima, apresenta que “o povo romano tinha probidade. Esta probidade teve tanta

força, que muitas vezes o legislador só precisou mostrar-lhe o bem para fazê-lo seguir. Parecia que no lugar de ordens era suficiente dar-lhes conselhos”.

Interpretando o disposto acima, deve o Estado controlar a sociedade através de normas de conduta preventivas, mas que não a amedronte. É essa a finalidade do Direito, é para isso que existem as normas, conforme aponta Filho (2010 p.33-34):

O conflito gera o litígio e este, por sua vez, quebra o equilíbrio e a paz social. A sociedade não tolera o estado litigioso porque necessita de ordem, tranquilidade, equilíbrio em suas relações. Por isso, tudo faz para evitar ou prevenir o conflito, e aí está a primeira função social do Direito – *prevenir conflitos*: evitar, tanto quanto possível, a colisão de interesses. Muita gente acredita que o Direito tem um caráter essencialmente repressivo, mas na realidade assim não é. [...] O Direito previne conflitos através de um conveniente disciplinamento social, estabelecendo regras de conduta na sociedade: direitos e deveres para locador e locatário, vendedor e comprador, enfim, para todos. À medida que cada um respeitar o disciplinamento estabelecido pelo Direito, evitará entrar em conflito com outrem na sociedade.

Desse modo fica claro que o Direito não busca o controle social estabelecido no medo, mas sim por meio de ações que geram ações positivas, a exemplo o respeito, que será apreciado pelo indivíduo que receber do Estado condições básicas que o ajudem a se tornar um ser humano capaz de compreender as normas sociais, deixando de lado a ideia de que é preciso temer para respeitar.

2.3 Teoria Mista

Tentando balancear a pretensão punitiva com a pretensão preventiva, surge a teoria mista – ou unificadora – pois é notório o insucesso das teorias anteriores. Desse modo, tal teoria prega que o condenado deve sofrer pena equivalente ao mal causado – de modo mais brando –, mas que também deve servir de exemplo à sociedade.

No Estado moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário, através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do

Estado. Com esta dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a assistência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto digno. (ROXIN, [19--], p.32 apud HIRECHE, 2004, p.76, apud MORAES, 2013).

Acredita-se que com o condenado sofrendo penas capazes de marcá-lo eternamente e, essas marcas sendo vistas pela sociedade, a criminalidade diminuirá, pois o condenado, por medo, não reincidirá e os possíveis novos criminosos, por medo, não cometerão crime.

Buscando conceituar de forma doutrinária a finalidade da presente teoria, Noronha apresenta que:

[...] as teorias mistas conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária. [...] Cifra-se na prevenção geral e especial. A primeira dirige-se à sociedade, tem por escopo intimidar os propensos a delinquir, os que tangenciam o Código penal, os destruídos de freios inibitórios seguros, advertindo-os de não transgredirem o mínimo ético. Além dessa finalidade de caráter geral, há a especial. Com efeito, o delito é resultado de condições endógenas, próprias do criminoso, e exógenas, isto é, do meio circundante. [...] não se admite exclusivamente a sanção como retributiva – o mal da pena ao mal do crime – mas tem-se em vista a finalidade utilitária, que é a reeducação do indivíduo e sua recuperação. (NORONHA, 2009, p.223-224).

Percebe-se ainda que a intenção de impressionar a população continua a ser o objetivo, além de se buscar uma punição com que faça o condenado sofrer a ponto de não voltar a delinquir.

A teoria unificadora de Claus Roxin vê o sentido da pena não apenas na compensação da culpa do delinquente, mas também no sentido geral de fazer prevalecer à ordem jurídica e também determinados fins político-criminais, com o fim de prevenir futuros crimes. Para esta teoria, o direito penal devia ser analisado sob o ponto de vista dos princípios constitucionais, notadamente aquele princípio constitucional considerado o norteador de toda e qualquer atuação num Estado democrático de direito, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. (MORAES, 2013).

Por meio dessa busca da prevalência da ordem jurídica, a intenção é coibir futuros crimes, como já apresentado. Neste sentido, Beccaria (2011, p.59-61), exprime sua ideia da seguinte maneira:

Entre as penas e na maneira de aplica-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado. [...] o rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem. Para abater o leão furioso é necessário o raio, cujo ruído só faz irritá-lo. Mas, à medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se torna mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas.

Lecionando sobre as condições da aplicação das penas, Foucault apresenta o pensamento da punição severa e o medo que ela deve inculcar, apresentando o seguinte pensamento:

Pelo lado do condenado, a pena é uma mecânica dos sinais, dos interesses e da duração. Mas o culpado é apenas um dos alvos do castigo. Este interessa principalmente aos outros: todos os culpados possíveis. Que esses sinais-obstáculos que são pouco a pouco gravados na representação do condenado circulem então rápida e largamente; que sejam aceitos e redistribuídos por todos; que formem o discurso que cada um faz a todo mundo e com o qual todos se proíbem o crime – a boa moeda que, nos espíritos, toma o lugar do falso proveito do crime. (FOUCAULT, 1897, p. 90).

Entretanto, é necessário observar-se o que foi discorrido nos itens anteriores, abordando a teoria absolutista e a relativa, quando foi apresentada a necessidade de o Estado controlar toda a sociedade através do medo, além de buscar aplicar ao condenado penas duras – e quase cruéis – para que o mesmo não volte a delinquir.

Colocando em foco as penitenciárias como principal modo de cumprimento da pena, Soares realiza uma ligação entre esta instituição e a teoria em foco, apresentando que:

[...] a prisão surge, essencialmente, como um meio de intimidação, pois, como notou Georg Rusche, tanto pior situação carcerária, mais intimidará o proletariado. “Se a vida dentro da prisão é igual ou melhor que a sua própria vida, a ameaça de prisão não surte efeito”. (SOARES, 1986, p. 289).

Ocorre que as finalidades das teorias anteriores mostraram-se insuficientes para o controle da criminalidade na sociedade, então por que acreditar que uma teoria que reúne as duas anteriores será eficaz?

Do mesmo modo em que foi afirmado que a pena aplicada através da teoria relativa transpassa a pessoa do condenado, atingindo toda a sociedade, é essa a realidade na teoria agora estudada, uma vez que ela continua a seguir os mesmos princípios da anterior.

Tal posicionamento já fora explicado e amparado por Noronha, porém, é interessante que se apresente o pensamento de Soares, relacionando através do presente estudo, a aplicação da pena por esta teoria com a aplicação da pena nos modos primitivos:

Existe, por exemplo, a opinião muito generalizada, mas sem qualquer fundamento, segundo a qual a pena tem a origem no instinto de conservação individual, que se manifestaria como instinto de vingança, quando, na realidade, quem se vingava, nos mais recuados tempos, era o grupo a que pertencia o ofendido, vingança essa exercida não simplesmente contra o ofensor, mas contra o grupo do qual ele fazia parte, como forma de reação primitiva, entregue ao grupo. (SOARES, 1986, p. 281).

Nota-se que a pretensão de ressocialização ainda continua sendo fraca – senão inexistente –. O mais importante é impedir que se cometa novos crimes e que se puna o criminoso na medida certa. O castigo é apresentado como a melhor forma de prevenção social.

Nesta perspectiva, o Estado continua a não notar que as mudanças efetivas na superação da criminalidade se darão com investimentos maciços em áreas vitais para a sociedade, tais como educação, saúde e cultura. Além de tais investimentos, é necessário o real interesse na ideia da recuperação daquele que delinuiu.

Esse fato remonta ao já mencionado pensamento de Montesquieu (2005), em que ele afirma que quando o Estado transmite bons valores aos seus cidadãos, eles o copiarão, não existe a necessidade de punições.

Não é pelo medo e pelo castigo que se ensinará a população a respeitar as leis de convívio social. Para isto existem outros meios, tais como uma educação de qualidade provida pelo Estado, além de oportunidades de desenvolvimento e inclusão social cuja análise detida das respectivas estratégias e políticas públicas ultrapassa o objeto da presente investigação.

2.4 Críticas ao Sistema Prisional Brasileiro à Luz das Funções da Pena

Antes de se iniciar as considerações acerca do sistema prisional brasileiro, faz-se mister conhecer o posicionamento de Mirabete e Fabbrini (2010, p.231), em oposição ao caráter meramente retributivo da pena:

Adotou-se, como assinala Miguel Reale Junior, outra perspectiva sobre a finalidade da pena, não mais entendida como expiação ou retribuição de culpa, mas como instrumento de ressocialização do condenado, cumprindo que o mesmo seja submetido a tratamento após o estudo de sua personalidade. Esse pensamento especialmente moderno procura excluir definitivamente a retributividade da sanção penal.

Seguindo-se a linha de raciocínio acima, torna-se notório que o Estado Brasileiro utiliza-se da Teoria Mista, pois existe o endurecimento das punições, tornando-as cada vez mais severas, além da disseminação do medo quanto ao delito.

Entretanto, a recuperação acaba não se tornando o foco, pois ela requer esforços múltiplos do Estado e da sociedade que, algumas vezes, não se alinham com os interesses políticos, uma vez que o discurso ao qual a população nos dias atuais se identifica é aquele voltado para punições mais rígidas.

No mesmo sentido se dá a dificuldade de desenvolvimento de métodos que visam a diminuição da prática criminosa, pois não é o discurso de diminuição de violência que “vende”, mas sim o de enrijecimento do sistema penal.

Se a sociedade percebesse que é possível, na maioria dos casos, recuperar o delinquente, trazendo o de volta para o convívio em comunidade e, assim,

diminuindo os altos índices de reincidência, certamente que teria aderido a defesa de programas ressocializadores.

Apesar de existir um discurso de ressocialização pelo Estado Brasileiro, a sua aplicação é prejudicada por conta da estrutura que possui hoje. Observa-se o pouco número de vagas em face ao grande número de detentos, aliado as péssimas condições físicas dos institutos prisionais e de seu regime que pouco faz pela reinserção social.

Acerca da ideia da completa utilização das funções da pena, Aguilar (2013), resume:

Atendendo a heterogeneidade das condutas delitivas e dos delinquentes, a finalidade da pena não pode ser exclusivamente uma. Assim, a realização da justiça e o restabelecimento da ordem violada pelo delito, a prevenção de futuros delitos e a reinserção do delinquente devem coincidir na aplicação da pena, ainda que de forma distinta em cada caso específico.⁵

Para atingir a finalidade de reinserção social, talvez se faça necessária à aplicação de medidas alternativas, deixando de lado a tradicional imputação de penas, formando uma nova concepção de resposta à criminalidade.

Desde a publicação das Normas das Nações Unidas para Medidas Não Privativas de Liberdade (“Regras de Tóquio”) das sanções alternativas tem sido avaliada uma forma eficaz de punição legal e uma das principais estratégias para reduzir o encarceramento em massa. (BERDET, 2013, p.385).⁶

O discurso de sanções alternativas se apoiam na lógica da abordagem do “Direito Penal Mínimo”, proposto por Zaffaroni e Barata. A proposta de “Direito Penal Mínimo” pode ser resumida através da limitação da órbita e da intensidade da justiça penal. Em outras palavras, a abordagem do “Direito Penal Mínimo” persegue a diminuição de comportamentos

⁵ *Atendiendo a la heterogeneidad de las conductas delictivas y de los delincuentes, la finalidad de la pena no puede ser exclusivamente una. Así, la realización de la justicia y el restablecimiento del orden vulnerado por el delito, la prevención de futuros delitos y la reinserción del delinquente deben coincidir en la aplicación de la pena, aunque en distinta medida en cada caso específico*

⁶ *Since the publication of the United Nations Standard Rules for Non-Custodial Measures (the “Tokyo Rules”) the alternative sanctions have been appraised as an effective form of legal punishment and one of the main strategies to reduce mass imprisonment.*

tipificados como penalizados, e penalizar os comportamentos que causaram danos maiores. (BERDET, 2013, p. 388).⁷

O Direito Penal Mínimo busca a não aplicação do Código Penal quando assim for possível, ou seja, devem entrar em cena as medidas alternativas de soluções de conflito para que a sociedade não fique refém das penas. Nesse sentido, Aguilar (2013), leciona:

Em vista de que as prisões atuais se encontram sobressaturadas em razão de uma grande criminalização do caráter legislativo, se faz necessário uma revisão dos tipos penais, eliminando aqueles que, de acordo com a ideologia moderna do estado social de direito, não podem seguir considerando-se como tais e incluindo outros que, apesar de lesionar não somente a liberdade individual como também a saúde e a sobrevivência de uma comunidade, não são tomados em conta pelo Código Penal. [...] é importante suprimir do Código Penal condutas que por sua natureza constituem delitos sem vítimas (como o incesto), conflitos interpessoais ou interfamiliares, exercícios de um direito, problemas de caráter moral e religioso e, em geral, aqueles que constituem elementos secundários e complementares das leis não penais. A prisão, como ultimo recurso da pretensão punitiva, só deve ser aplicada à aqueles indivíduos que, pelo bem jurídico lesionado e ao grado da comissão de responsabilização de delitos, constituam um grau de perigo social certo.⁸

Pode-se compreender isso, pois continua sendo deixado de lado o aspecto restaurador das penalizações, fazendo com que para toda e qualquer resolução de conflito, seja necessária a intervenção do estado.

⁷ *The discourse of alternative sanctions supporters lies on the rationale of the proclaimed “minimal law” approach, proposed by Zaffaroni an Baratta. The purpose of “minimal law” approach might be abridged by limiting the orbit and intensity of penal justice. In other words, the “minimal law” approach pursues the decreasing of behaviours typified as penalized, and penalizing those behaviours whose has done most damage.*

⁸ *En vista de que las prisiones actuales se encuentran sobreesaturadas en razón de una sobrecriminalización de carácter legislativo, se hace necesaria una revisión de los tipos penales, eliminando aquellos que, de acuerdo con la moderna ideología del estado social de derecho, no puedan seguir considerándose como tales e incluyendo otros que, a pesar de lesionar no sólo la libertad individual sino también la salud y la supervivencia de la comunidad, no son tomados en cuenta por el Código Penal. [...] resulta importante suprimir del Código Penal conductas que por su naturaleza constituyen delitos sin víctima (como el incesto), conflictos interpersonales o interfamiliares, ejercicios de un derecho, problemas de carácter moral y religioso y, en general, aquellas que constituyen elementos secundarios y complementarios de leyes no penales. La prisión, como último recurso de la pretensión punitiva, solo debe aplicarse a aquellos individuos que, por el bien jurídico lesionado y su grado de responsabilidad en la comisión del delito, constituyan un peligro social cierto.*

Para que o atual sistema funcionasse, far-se-ia necessário a união da pretensão de punir com a pretensão de ressocializar, rompendo com velhos paradigmas e reintegrando o infrator ao convívio comunitário.

Buscando uma explicação sobre a mínima intervenção do Código Penal, Robalo (2012, p.20) leciona que “não significa isso que tenha necessariamente de aplicar uma pena em todos os casos em que tenha ocorrido um crime, pois se assim fosse não se compreenderiam casos como os de dispensa de pena”.

A ideia de reparação abrange a sociedade, o condenado e a vítima, sem a necessidade da intervenção penal, quando a solução do conflito puder ser realizada sem ela. Perbone (2010, p.56), explica:

Enquanto as penas privativas de liberdade detêm o culpado e fazem com que ele se afaste do convívio social, aumentando a possibilidade do indivíduo cometer o mesmo crime ou outros de potencial ainda maior, marginalizando o indivíduo e não dando oportunidade de reconhecer o seu erro e de deixá-lo pagar de uma forma mais coerente com o tipo de ato ilícito que cometeu; as penas alternativas geram um gasto menor para a sociedade, reduz as chances de o infrator voltar a cometer crimes, não o retira do convívio social e com a sua família e não acarreta o abandono do emprego. Além do que, quando o infrator é beneficiário desta oportunidade, toda a sociedade ganha, pois permite que integre mão de obra em ações sociais, em entidades públicas e organizações não governamentais.

A essa reparação atribui-se o nome de Justiça Restaurativa, podendo ser definida como um caminho para a humanização do direito, que é o enfoque desta pesquisa. O movimento restaurador vem crescendo pelo mundo todo, já sendo possível comparar as experiências ocorridas, além de criar-se um modelo de sugestão para aplicação no Estado Brasileiro.

3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO E RESTAURAÇÃO DA PAZ NAS RELAÇÕES ENTRE VÍTIMAS, AGRESSORES E A COMUNIDADE

Tornando-se conhecida de forma recente no Brasil, a Justiça Restaurativa, como apresentada anteriormente, busca a restauração das relações anteriores ao cometimento do crime.

A ideia de restauração e ressocialização não são totalmente novas, conforme aponta Trindade (2010, p. 393), práticas restaurativas e de ressocialização existem desde a Grécia Antiga, tomando a forma contemporânea no final do século XX nos Estados Unidos, onde era o principal meio pelo qual os trabalhadores das estradas de ferro solucionavam seus conflitos.

Desde então a ideia restauradora alcançou o comércio e as vilas. Também é possível encontrar traços nas tribos indígenas que tiveram suas práticas ancestrais incorporadas na aplicação da justiça em algumas localidades, a exemplo do Canadá (ROBALO, 2012, p. 150-155).

Seu objetivo é o de reparar o dano de forma que não exista, por nenhuma das partes envolvidas, sentimento de injustiça. Ela surge por meio da insuficiência da punição, que não gera benefício e conforto aos envolvidos, conforme aponta Link (2008, p.13-14):

O aumento da violência no cenário mundial e a insuficiência do paradigma punitivo, centrado na estrutura crime-pena aflitiva (“mal” necessário), na exclusão social e estigmatização do réu – pela ambivalência criminoso e cidadão do bem –, na desconsideração ou minimização do papel da vítima no processo de solução de conflitos em matéria penal, na concepção estrita do crime como transgressão à norma, contribuíram para a busca de medidas de combate à criminalidade alternativas à prisão, como a reparação e trabalhos de interesse geral, avançando para programas de justiça restaurativa – lastreada em premissas, princípios e efeitos próprios que se pretendem diversos do modelo punitivo.

Essa forma de solução de conflitos coloca a aplicação da justiça em moldes democráticos, restaurando a paz na comunidade e buscando a não reincidência. Fundamentando tal posicionamento, Pacheco (2012, p.21) aponta que:

A finalidade da justiça restaurativa é consertar, reparar o futuro, restaurando relacionamentos, especialmente, entre a vítima, o agressor e a comunidade, visando, ainda, prevenir a ocorrência de novos delitos. [...] a justiça restaurativa busca equilibrar o atendimento às necessidades, não só da vítima e da comunidade, mas também a necessidade da reintegração do vitimário à sociedade. Tem, por primordial finalidade, que todas as partes participem do processo de justiça de maneira produtiva.

Visando conceder a cada um dos envolvidos, bem como toda a sociedade, uma forma de reparar aquilo que a ação criminosa rompeu, a Justiça Restaurativa permite o protagonismo dos envolvidos na hora de solucionar o conflito. Neste sentido, Russ Immarigeon (apud ROBALO, 2012, p.27), leciona:

Justiça restaurativa consiste no processo que coloca frente a frente as vítimas e os agentes dos crimes, para que estes sejam informados do crime praticado e da vitimização, aprendendo com os backgrounds uns dos outros e para que, em conjunto, se atinja um acordo sobre a “pena” a aplicar ou a “sanção de justiça restaurativa”. A justiça restaurativa devolve o conflito criminal às vítimas e aos agentes dando-lhes o poder de formular juízos sancionatórios conjuntamente.

A Justiça Restaurativa propõe a desvinculação da figura de um juiz, entregando a solução do conflito aos próprios envolvidos, dando-lhes autonomia para decidirem sobre suas próprias vidas, tendo a reparação dos danos mais efeitos positivos, pois o ideal é que o criminoso realize algo em favor da vítima e da sociedade, do que o infrator simplesmente cumprir sua penalidade no sistema carcerário.

Por envolvidos entendem-se o infrator, a vítima e todos os demais membros da comunidade que se sentiram lesionados pelo ato criminoso, podendo ser parentes e conhecidos de ambos os principais envolvidos, ou apenas membros mais distantes que se sentiram ofendidos.

A justiça restaurativa pode ser compreendida como um novo modelo criminológico de solução de conflitos penais, que tem como fundamento maior a conciliação e a intermediação entre o infrator e vítima, enfatizando as instâncias civis e a própria sociedade como mediadoras, em lugar do antiquado e formalista Estado-juiz (SANTOS, 2013, p.43).

O posicionamento apresentado por Santos é fundamentado pela Resolução 2002/12 da ONU, que diz que a Justiça Restaurativa é realizada mediante o processo restaurativo. No texto da referida Resolução é possível extrair que:

Justiça restaurativa significa qualquer processo em que a vítima e o ofensor e, quando apropriado, qualquer outro indivíduo ou membros da comunidade afetados pelo crime, participando ativamente juntos na resolução dos problemas que surgiram pela prática do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Processo restaurativo pode incluir mediação, conciliação, conferência e círculos de sentença.⁹

Além de buscar restaurar os relacionamentos anteriores, a Justiça Restaurativa pretende evitar novos delitos ao abrir espaço para que o infrator reconheça seus erros, além de lhe ser apresentada novas oportunidades, conforme se pode apontar o posicionamento de Robalo (2012, p. 29):

[...] notadamente no que se prende à definição da justiça restaurativa como uma “nova” forma de se solucionarem os conflitos de natureza criminal onde, antes de mais, o que se pretende é o encontro entre a vítima e o agente [...] para que, por um lado, sejam atingidas as finalidades de prevenção especial positiva, ou seja, para que o agente possa daí colher os devidos ensinamentos para o futuro, com um provável arrependimento pelos actos cometidos ao se aperceber das suas consequências para a vítima e, por outro lado, para que esta última tenha a possibilidade de se exprimir e, assim, vocalizar as suas mágoas e angústias e, quiçá, a sua vontade de demonstrar ao agente o mal que este lhe causou.

A ideia de que a Justiça Restaurativa é mais eficaz do que a comum no quesito prevenção se dá pelo fato da individualização do caso concreto. Quando o infrator é julgado pela justiça comum, o juiz deve seguir e aplicar as leis, que não são detalhistas, mas extremamente abrangentes.

O novo modelo busca identificar as causas e resultados, buscando a solução para o caso em questão, “isso porque o delito consiste em um problema que impacta, sobretudo a vítima e a sociedade, os quais precisariam ser legitimamente

⁹ “Restorative process” means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles.

restaurados após os prejuízos sofridos” (SANTOS. 2013, p. 44). Seguindo esse raciocínio, Pacheco (2012, p.23) aponta que:

Para a justiça restaurativa o crime ou o ato violento causa dano às pessoas e aos relacionamentos. Portanto, compreende-se que não só à vítima e o agressor são afetados, mas toda a comunidade. O direcionamento é dado para as necessidades que surgem a partir do ato lesivo.

É deixada de lado a ideia de punir por punir para causar medo na sociedade, para que se faça com que o agente causador sinta-se arrependido de sua conduta, sendo algo mais efetivo para toda a sociedade, pois, por meio de sua tomada de consciência, acredita-se que o mesmo não voltará a delinquir.

[...] a justiça restaurativa se destaca no cenário internacional, como uma forma de resolução de conflitos, onde a vítima e o ofensor protagonizam o processo. Surge como uma resposta à pequena atenção dada à vítima e em contrapartida como forma de ressocializar o ofensor, que em razão da falência do sistema penal tradicional, sai do presídio pior do que entrou, além de estar estigmatizado e etiquetado para sempre pela experiência do cárcere. (PACHECO, 2012, p.15).

O ponto-chave da efetividade da Justiça Restaurativa é a conciliação. Ela deixa de lado a incansável busca por um culpado, e passa a buscar soluções consensuais para a restauração dos relacionamentos.

É através da conciliação, desse encontro entre vítima e agente criminoso que se dará o arrependimento dos atos e, portanto, espera-se que o agente não volte a delinquir.

Em relação aos principais elementos da justiça restaurativa, Maria Leonor Assunção (2008, p. 59 apud ROBALO, 2012, p.28) acredita que são:

[...] um modelo informal de mediação ou de intervenção comunitária no conflito vítima/agente, com vista a estabelecer a responsabilização pela ofensa, a mútua compreensão das suas causa e das suas consequências e a concretizar um processo de reparação dos danos causados, eventualmente um pedido de perdão e, se possível, a reconciliação/pacificação triangular agente, vítima, comunidade e, desta feita, restaurar os vínculos sociais deteriorados pela conduta criminosa.

É importante mencionarmos os valores que alicerçam a justiça restaurativa, que são: participação, respeito, verdade, responsabilidade, voluntariedade, reparação e reintegração. Não se pode deixar de mencionar que esse tipo de justiça guarda íntima relação com os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima que informam o direito penal. [...] A justiça restaurativa tem como finalidade o resgate das relações interpessoais de maneira pacífica no ambiente atingido pelo crime, os envolvidos se reúnem com uma terceira pessoa – o facilitador -, para dialogarem sobre o crime e suas consequências. (PACHECO, 2012, p.25 - 26).

A reparação não ocorre apenas no âmbito jurídico, conforme ensina Trindade (2010, p. 401), mas alcança toda e qualquer forma que possa resolver o conflito, ou seja, não são apenas os danos físicos e materiais que estão em questão, mas também toda a parte emocional do conflito que a justiça comum não consegue administrar.

Além de se pretender o afastamento da figura do juiz do processo, trazendo a resolução do conflito para os envolvidos, o mesmo não será feito nos moldes da vingança, mas sim de forma humanizada, proporcionando o melhor resultado para ambas as partes.

Nesse seguimento, Oliveira (2012, p.62) apresenta que:

[...] as práticas restaurativas não são uma forma primitiva de realização de justiça, nem mesmo se equivalem à justiça pública “oficial”, visto que pressupõem um modelo consensual de resolução de controvérsias, em uma perspectiva menos punitiva, mais equilibrada e humana. Isso porque o crime deixa de ser concebido enquanto ofensa a um bem jurídico pelo desatendimento de uma norma abstratamente veiculada (ou seja, enquanto infração estatal decorrente de violação da lei), para traduzir-se em um ruptura do relacionamento entre os sujeitos.

O desejo de uma nova forma de resolução de conflitos surge da ineficácia dos sistemas atuais. A sociedade não busca mais apenas a resolução imediata (que é a pura aplicação da pena), mas sim algo duradouro, que tenha o poder de transformar a sociedade, tornando-a mais harmoniosa. A Resolução 2012/12 da Organização das Nações Unidas (2006, p. 5) apresenta:

Novas e estabelecidas formas de justiça restaurativa oferece a comunidade alguns meios de resolução de conflitos que são bem vindos. Eles envolvem os indivíduos que não são as principais vítimas do incidente, mas estão diretamente envolvidas ou afetadas por ele. A participação da comunidade

no processo não é abstrato, mas muito direto e concreto. Esses processos são particularmente adaptáveis às situações onde as partes participam voluntariamente e cada um tem a capacidade de se envolver plenamente e de forma segura em um processo de diálogo e negociação.¹⁰

É inegável o poder de transformação ao qual a justiça restaurativa apresenta: ao mesmo tempo em que a justiça será aplicada de forma satisfatória aos envolvidos, permitindo um tratamento humanístico, favorecendo um cenário pacífico, ela é capaz de reduzir significativamente a criminalidade.

A justiça restaurativa é um novo paradigma que está fundamentado em uma cultura de paz e oferece meios de resolução de conflitos que não se restringem ao campo jurídico, podem ser aplicados em áreas diversas com o em comunidades, escolas e na própria família. Ela visa reduzir a aplicação de penas privativas de liberdade, reduzindo assim a brutalidade dos mecanismos punitivos estatais, buscando solucionar os conflitos de forma pacífica e conciliadora. (PACHECO, 2012, p. 25).

O entendimento de Justiça Restaurativa pode ser diverso, de acordo com o que cada um entende por ser “restaurador”, conforme a própria ONU, em sua Resolução 2012/12, aponta ao utilizar a seguinte terminologia: “programas de Justiça Restaurativa” é qualquer programa que usa o processo restaurativo e procura alcançar resultados restaurativos”.¹¹

Porém, pode-se definir a Justiça Restaurativa como o processo em que o Estado busca diminuir a aplicação das penas, resolvendo os conflitos de forma mais efetiva, envolvendo os membros da sociedade que foram afetados pela prática criminosa. Estes membros são a vítima, o autor do crime e todo e qualquer membro da sociedade atingido por ele.

A prática da Justiça Restaurativa ajuda a desafogar o judiciário, que vive empilhado em processos, pois visa tirar a figura do juiz e trazer a figura do facilitador, a exemplo dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

¹⁰. *New and established forms of restorative justice offer communities some welcome means of resolving conflicts. They involve individuals who are not detached from the incident, but are directly involved in or affected by it. The participation of the community in the process is no longer abstract, but rather very direct and concrete. These processes are particularly adapted to situations where the parties participate voluntarily and each one has a capacity to engage fully and safely in a process of dialogue and negotiation*

¹¹ ““Restorative justice programme” means any programme that uses restorative processes and seeks to achieve restorative outcomes”.

(CEJUSC) e os Núcleos Especiais Criminais (NECRIM) do Estado de São Paulo, que possuem um facilitador, que pode atuar como mediador ou conciliador, para a resolução de conflitos. O CEJUSC atua na solução dos conflitos de âmbito cível, onde as próprias partes podem, de forma voluntária, buscar a solução pré-processual ou, quando já existente o processo, o juiz encaminhar as partes para a tentativa de solução amigável.

O acordo firmado é encaminhado para o juiz, para que seja homologado. Entretanto, não são todos os casos em que as partes conseguem chegar a uma solução, assim, se existente o processo, ele continua ou então as partes recebem informações sobre os próximos passos.

O NECRIM atua na área criminal voltado para os crimes de menor potencial ofensivo, consistentes nas ações penais privadas ou nas ações penais públicas condicionadas a representação. O núcleo em tela é algo novo, existindo em algumas cidades do interior do Estado de São Paulo e vem obtendo êxito nas conciliações, chegando a 91% de conciliações frutíferas em 2014¹².

Entretanto, apesar de seu sucesso, há quem seja contra a atuação do NECRIM:

Acontece que o Ministério Público do Estado de São Paulo se opõe a realização dos termos de conciliação preliminar, entendendo que as atividades exercidas pelo Núcleo Especial Criminal – NECRIM - não encontram respaldo jurídico. O Procurador – Geral de Justiça, por intermédio do aviso publicado no DOE de 11 de junho de 2010, seção I , cientificou os membros do *Parquet* Paulista que a Subprocuradoria - Geral de Justiça Jurídica emitiu parecer no sentido de que as atividades do NECRIM são ilegais. De acordo com o mencionado parecer, os termos de conciliação preliminar, formalizados pelos delegados de polícia, não têm validade, porque, no âmbito do Juizado Especial Criminal, a conciliação dos danos civis só tem o efeito de extinguir a punibilidade se, colhidas manifestações livres e conscientes do autor do fato e da vítima, com supervisão do Ministério Público e subsequente análise judicial, nos termos da homologação prevista no *caput*, do artigo 74, da Lei nº 9.099/1995. [...] Em outras palavras, o Ministério Público é contra a conciliação de pequenos

¹² Disponível em:

<http://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_noticias/noticiasDetalhes?collectionId=358412565221000131&contentId=UCM_009314&_adf.ctrl-state=yeyk0f9qz_4&_afLoop=9568664772982765&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#!%40%40%3F_afWindowId%3Dnull%26collectionId%3D358412565221000131%26_afLoop%3D9568664772982765%26contentId%3DUCM_009314%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D4pwigkhj7_4>. Acesso em abril/2016.

conflitos, realizada pela autoridade policial, na fase inquisitiva, em virtude da ausência da participação dos promotores de justiça na formalização deste ato. O Ministério Público Paulista adotou tal posicionamento supostamente porque a ausência de um promotor de justiça durante a composição da desavença, realizada na delegacia de polícia, criaria condições para a violação de direitos das partes envolvidas em tais conflitos. (BARROS FILHO, 2010).

Porém, na própria Lei que o Ministério Público utiliza para defender sua posição, a Lei n. 9.099/95, existe o respaldo da atividade do Delegado de Polícia no NECRIM, conforme aponta o artigo 60:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. (Lei n. 9.009/95)

Na análise das experiências de aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil, a atuação do NECRIM será objeto de estudo. Para tanto, remete-se à leitura da seção 4.3 deste trabalho.

Em relação com o exposto acima, é possível entender que a ideia do processo restaurativo é fazer com que os membros da sociedade atingidos se reconciliem, fazendo com que não exista uma espécie de “rancor” ou ódio no relacionamento entre si, trazendo inúmeros outros benefícios.

Nesse sentido, Pinto (2008, p.192):

A ideia, então, é voltar-se para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional diz: você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso?

Sobre essa ótica é que entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil, indicando que o Estado deve buscar a solução amigável e pacífica para a solução dos conflitos, conforme é trazido em seu artigo 3º:

Art. 3º [...]

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/15).

Para a vítima, fica a certeza de reparação do crime de forma evidente em sua vítima, pois não impera o sentimento de vingança ao ver o criminoso simplesmente preso. O autor do delito repara os danos de forma prática, podendo ocorrer através de indenizações ou serviços a ser prestados, por exemplo.

Para o autor do crime, a Justiça Restaurativa proporciona a sua ressocialização, pois ele não carrega mais o estigma de ex-presidiário, “permitindo” que consiga interagir com os demais membros da sociedade. Além disso, é dada uma chance de mudança de vida, pois o Estado pode proporcioná-lo a prática de estudos profissionalizantes ou a conclusão dos estudos básicos, como forma de reparação a si próprio do dano ocorrido.

Para a sociedade, a reparação vem em forma de esperança de solução do delito e da não reincidência, além de poder ser visto como uma forma de conservação do patrimônio público, pois existe a possibilidade ser realizado trabalhos comunitários pelo autor do delito, como forma de reparação em face da sociedade.

A reparação dos danos pauta-se na assunção de responsabilidades pelo ofensor, que pode resultar na restituição econômica/material para a satisfação da vítima ou, ainda, na prática de trabalhos em benefício da comunidade. (OLIVEIRA. 2012, p. 69).

Como toda a qualquer forma de realização de justiça, a prática restaurativa possui pontos favoráveis e desfavoráveis a sua aplicação, limites e possibilidades que serão objeto de análise em seção específica deste capítulo.

3.1 Princípios da Justiça Restaurativa

Além dos princípios que o Processo Penal traz para o nosso ordenamento jurídico, tais como o da humanidade, da intervenção mínima, da adequação social e o da proporcionalidade e razoabilidade, a Justiça Restaurativa possui princípios específicos que orientam a sua aplicação (BIANCHINI, 2012, p.118).

Esses princípios visam fazer com o que o objetivo restaurativo seja alcançado dentro dos parâmetros de justiça inseridos na sociedade. A reflexão do fato corrido entre vítima, infrator e sociedade deve ter elementos básicos em seu processo para que, ao final, possa-se dizer que de fato ocorreu uma restauração nas relações abaladas.

3.1.1 Princípio da voluntariedade

A voluntariedade traz ao procedimento restaurativo o protagonismo dos envolvidos, fazendo com que eles mesmos resolvam a situação concreta buscando soluções justas que atendam as necessidades da vítima, do infrator e da sociedade.

Para tanto, ao ser apresentada a possibilidade restaurativa, deve ser explicado aos envolvidos o que de fato é e seus efeitos, para que participem do processo tendo consciência do que estão realizando.

A explicação deve incluir o processo judicial para que as partes possam compreender e comparar as respostas que podem ser alcançadas. Tal procedimento traz maior segurança quanto à oportunidade oferecida, minimizando, assim, arrependimentos ou hesitações provenientes de dúvidas não esclarecidas. (BIANCHINI. 2012, p. 119).

Deve ser clara a voluntariedade das partes para que não exista dúvidas quanto a uma possível coerção, constrangimento ou obrigatoriedade. Apenas pode existir o encorajamento a participação, que deve possuir o intuito de restauração dos vínculos existentes.

A voluntariedade deve ser obedecida em todos os momentos, não podendo o conciliador “forçar o acordo” quando as partes, apesar de terem ido à audiência de forma facultativa, pode não alcançar solução pelas vias da mediação e o mediador deve respeitar isso.

Nesse sentido, Souza Neto (2012, p.47) defende que:

Desse modo, não me parece adequada a técnica, por vezes encontrada, de insistir à exaustão na realização do acordo quando alguma das partes já declinou, de modo peremptório, que a alternativa oferecida não lhe convém e prefere a sentença. [...] Alguns pensam que o juiz que força um acordo por ele, julgador, considerando “bom” para o litigante, faz um favor ao último. Discordo.

Para Bianchini (2012, p. 119), a Justiça Restaurativa não exige a espontaneidade, ou seja, que a vontade de restaurar surja das partes envolvidas, mas sim a sua voluntariedade. Portanto, o processo restaurativo pode ser iniciado por um terceiro, sem ter o princípio da voluntariedade comprometido, desde que os envolvidos, após a apresentação do processo restaurativo, estejam de comum acordo em participar.

3.1.2 Princípio da consensualidade

O presente princípio decorre do primeiro, sendo aplicável em todo o processo restaurativo. Ele indica que as partes conhecem os fatos do ocorrido, bem como a responsabilização do infrator.

Este princípio exige que as partes estejam cientes do passado e do presente, ou seja, do fato criminoso e do processo que se desdobrará para a sua solução. Desse modo, poderão chegar mais rapidamente a um resultado favorável a todas as partes.

Será abordada uma sugestão de procedimento de aplicação do processo restaurativo no Brasil, ao qual o processo será encaminhado a restauração e, se assim for a vontade das partes, ali continuará.

Porém, Bianchini (2012, p. 124-125), deixa claro que a confissão ou a declaração de culpa do acusado não devem ser requisitos para a admissibilidade do processo restaurativo, podendo o infrator optar pela Justiça Restaurativa sem nenhuma das duas, não sendo reconhecida a culpabilidade de forma implícita neste gesto.

3.1.3 Princípio da confidencialidade

Por se tratar de um processo pessoal e íntimo, a confidencialidade é resguardada a todo o procedimento, de forma que todos os envolvidos possuem a obrigação de sigilo do que foi discutido no processo.

Este princípio não resguarda a possibilidade das autoridades terem amplo acesso ao conteúdo do processo, já que os mesmos devem zelar pela perfeita aplicação do procedimento restaurativo.

O processo restaurativo possui caráter informal, por isso, levando em conta o dever do sigilo, Bianchini (2012, p. 128), defende que os depoimentos prestados durante a fase restaurativa não devem ser reduzidos a termo ou utilizados para qualquer outra finalidade.

Nesse sentido, Gabbay (2013, p. 54-55) aponta que:

A confidencialidade é um valor muito importante: para que possam se comunicar de forma aberta sem se limitar por desconfianças, os participantes precisam ter certeza de que o que disseram não será usado contra eles em outra oportunidade.

Neste ponto, recorda-se quanto ao que foi explicitado sobre a aceitação da Justiça Restaurativa não implicar em reconhecimento de culpa, conforme exposto por Bianchini (2012, p.124). Assim, o que for dito no processo restaurativo, não poderá ser utilizado do processo penal, caso não venha a ser frutífera a conciliação, existindo a necessidade da solução dos conflitos pela via comum.

3.1.4 Princípio da celeridade

Levando-se em conta o procedimento que será apresentado, a Justiça Restaurativa possui celeridade no tocante a fase executória, já que as próprias partes buscarão formas de resolução, desafogando o judiciário.

Isso se dá pela diminuição das formalidades existentes na justiça comum que não são aplicáveis no processo restaurativo, por não haver a presença do magistrado ou qualquer autoridade para sentenciar, apenas as partes, que na maioria das vezes são leigas em assuntos processuais.

No tocante a informalidade, Gabbay (2013, p. 51-52) aponta que ela é uma das principais características da mediação, não se desenvolvendo em regras fixas, devendo o mediador utilizar técnicas para o desenvolvimento da mediação, mas não ficando preso a elas, devendo sempre favorecer a comunicação.

É importante ressaltar que

[...] embora a rapidez seja latente, não significa que o processo não possa ter uma duração prolongada. Afinal, não se encontra uma fórmula exata para a recomposição das partes, dependendo de elementos de cunho pessoal e sentimental que demorem a apresentar resultados. (BIANCHINI. 2012, p. 129).

O processo restaurativo não é infinito. Ao se observar que após inúmeras sessões não se consegue chegar a um acordo, não há razões para que se continue a insistir na solução do conflito pelas vias restaurativas, devendo o processo retornar a justiça comum.

3.1.5 Princípio da urbanidade

A urbanidade visa à exigência do cumprimento de preceitos e regras durante o processo restaurativo, para que ele, de fato, restaure os laços de afinidade para como eram antes do fato delituoso.

Tais preceitos e regras devem ser respeitados e seguidos por todos os envolvidos, inclusive o facilitador ou conciliador que estiver presente. Edgar Bianchini (2012, p. 131), considera que a “[...] civilidade é essencial e abrange o respeito pelas diferenças de classe, cor, religião e linguagem. Tais qualidades são inerentes ao ser humano e não se afastam do procedimento restaurativo”.

3.1.6 Princípio da adaptabilidade

Um dos principais diferenciais do processo restaurativo em comparação com o comum é a capacidade de se adaptar ao caso concreto. Apesar de se sugerir um procedimento a se seguir, o princípio da adaptabilidade permite que as partes acordem as formas do procedimento a fim de se diminuir as tensões existentes e, assim, chegar ao resultado.

Isso se dá pelo fato das particularidades que cada caso apresenta devem ser respeitadas para a efetivação do conceito de justiça que a restauração propõe aos envolvidos.

Segundo Bianchini (2012, p. 132), o princípio em tela abrange, inclusive, a forma de aplicação, que poderá se dar pela conciliação, mediação, reunião ou círculos. Ele ensina que a “forma de aplicação não é um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento para realizar as ações que alcancem a restauração”.

A adaptabilidade é fruto da celeridade, pois ambas buscam a informalidade como forma de guiar o procedimento restaurativo e, assim, destacar o protagonismo dos envolvidos na solução do conflito.

Entretanto, Gabbay (2013, p. 54) lembra que: “informalidade não significa falta de critérios nem indisciplina”. Ou seja, a informalidade não significa a “anarquia” do processo restaurativo, mas sim de que atenderá as necessidades do caso concreto e será célere, evitando o desgaste das partes em um longo processo.

3.1.7 Princípio da imparcialidade

Quando se trata de processo, seja ele qual espécie for, deve se observar a imparcialidade da autoridade que está à frente. Entretanto, como já explicitado, não existe qualquer intervenção das autoridades judiciais no processo restaurativo, assim, cabe ao facilitador a aplicação deste princípio.

O facilitador tem que se ater à individualidade dos envolvidos, evitando colocar o debate a perder por julgamentos prévios inconcebíveis ou influenciar o diálogo em âmbitos não interessantes para as partes. Afinal, seria ele um facilitador, e não um árbitro ou juiz. (BIANCHINI. 2012, p. 133).

Tal princípio não diz respeito apenas ao facilitador abrir vantagem para apenas um dos lados de forma jurídica, mas também quanto ao seu lado emocional, não se envolvendo nos casos e nem se identificando com um dos lados, garantindo a aplicação do processo restaurativo de forma justa.

Sobre a imparcialidade do mediador, Queiroz (2011, p.100) lembra que:

A função do mediador é administrar, por meio da comunicação, as diferenças entre as pessoas envolvidas em determinado conflito, oferecendo igualdade de condições para elas se expressarem, sem a finalidade de descobrir quem está certo ou errado, mas poderem entender o ponto de vista de cada um.

Assim, o conflito de forma geral, deve ser observado com respeito e profissionalismo, para que se evite o desenvolvimento de novos conflitos ou, então, um solução injusta para um dos lados.

3.2 Principais avanços proporcionados pela adoção de modelos restaurativos de justiça

A Justiça Restaurativa se mostra positiva por apresentar uma efetiva diminuição de serviço no judiciário, desafogando o sistema. Como já apresentado, é retirada de cena a figura do juiz e inserida a pessoa do mediador – ou facilitador – que não decidirá sobre o caso, mas apenas ajudará as partes a chegarem a um consenso.

Ocorrendo isso, o juiz se vê livre para realizar serviços de outras ordens, além de processos que estão parados há anos e os casos onde a conciliação não é possível.

Torna-se então perceptível a economicidade processual advinda com a Justiça Restaurativa, diminuindo a demanda de recursos humanos para a

manutenção do judiciário, bem como de custas processuais. Robalo (2012, p.83) acredita que:

[...] justiça restaurativa prende-se com a economia de custos, sendo certo que, acima de tudo, não tendo sido posta em andamento a “máquina judiciária” [...], mesmo que o Estado tenha de despende o necessário para o eficaz funcionamento dos processos de justiça restaurativa que venham a ser regulados, essa despesa prender-se-á principalmente com a logística e a remuneração ao mediador [...], bem como, sendo caso disso, ao pessoal administrativo que possa trabalhar no centro de mediação. Estas despesas serão sem dúvida inferiores às que se prendem com o pagamento dos salários a todos os agentes policiais, magistrados, secretários judiciais e toda logística por detrás do funcionamento da máquina judiciária.

Além do mais, como já apresentado, a ressocialização do autor do delito, dentro da Justiça Restaurativa, é mais rápida e eficaz do que por meio da promoção de outros projetos ou programas ressocializadores.

Não se pode desconsiderar os demais efeitos positivos, além da celeridade, que surgem para a vítima e sociedade, como a capacidade de vítima e sociedade poderem sugerir soluções para o conflito, a capacidade de reconstruir laços afetivos se for o caso, entre outros benefícios.

Leva-se em conta, também, a rapidez na solução do conflito, uma vez que no judiciário pode levar anos para isso, com a Justiça Restaurativa em algumas reuniões conciliatórias, pode-se chegar a um acordo. Nesse sentido, Robalo (2012, p. 82) explana que:

[...] os processos de justiça restaurativa traduzem uma celeridade difícil de ser alcançada através dos processos penais tradicionais. Se é certo que a Lei Fundamental exige que a justiça deva ser efectivada no mais curto prazo possível, a prática tem demonstrado que os processos demoram longos meses, senão mesmo anos [...]. Imagine-se que o sentirá um arguido ao ser julgado por uma conduta que poderá consistir num ilícito criminal dois anos de a ter praticado. Imagine-se agora que esse mesmo arguido é inocente e que o juiz profere uma sentença de absolvição após aquele período. Não será difícil imaginar o sofrimento, a angústia sentida por esse mesmo arguido na incerteza de saber qual será o seu futuro, o qual estará irremediavelmente nas mãos de outro homem [...].

Essa citada celeridade, se dá devido à Justiça Restaurativa ocorrer de modo mais informal do que os processos judiciais convencionais, dispensando inúmeras formalidades que nada acrescentam para a resolução do conflito.

Ela se torna mais humanizada e mais próxima à população ao ser menos burocrática e evitar desgastes desnecessários pelas partes envolvidas. Seguindo essa linha de pensamento, Santos (2013, p.41) acredita que:

[...] a justiça restaurativa é um exemplo claríssimo de solução pacificadora e consensual, com finalidade de satisfação dos interesses dos envolvidos na dinâmica criminal, sobretudo as vítimas, de modo menos burocrático e formalista.

Enfim, com a prática conciliatória e restauradora, diminuir-se-á a aplicação de penalidades e, por conseguinte, a população carcerária. Nesse sentido, Berdet (2013, p.4010) aponta que “o uso das sanções alternativas tem sido identificado como a melhor ferramenta penal para reduzir a população carcerária no Brasil”.¹³

A Justiça Restaurativa pode ser assim considerada por visar a “devolução” do infrator à sociedade imediatamente após a solução do conflito. Ou seja, como já apresentado, a conciliação não buscará a prisão do autor do delito, mas sim meios concretos aos quais ele poderá reparar os danos.

Os citados meios ocorrerão no seio da sociedade, enquanto ele continua a exercer seu papel como cidadão, não sendo necessário o seu afastamento do convívio social para isso.

A capacidade de reparação emocional deve ser levada em conta ao apresentar os benefícios de tal medida. A justiça comum visa apenas o material e o físico de um conflito, esquecendo-se que os indivíduos envolvidos possuem sentimentos que foram impactados através do conflito.

A Justiça Restaurativa é capaz de amenizar as emoções através da conciliação, onde o infrator assumirá seu erro e buscará repará-lo e tornar-se um cidadão melhor, além de a vítima e a sociedade não sentirem o peso da injustiça e o

¹³ *The use of alternative sanctions has been identified as the better penal tool to reduce prison population in Brazil*

medo de reincidência do fato criminoso, sem se esquecer de que os sentimentos de raiva e afins poderão ser deixados de lado quando ocorrer a conversa entre os envolvidos.

Todos os apontamentos levam a crer que Justiça Restaurativa é um modelo necessário na sociedade mundial e, de forma especial, no Brasil, onde o sentimento de seletividade e ineficiência do sistema penal é consenso entre seus cidadãos.

3.3 Limites e obstáculos à adoção da Justiça Restaurativa

Apesar de seus benefícios, é importante levar em conta que Justiça Restaurativa ainda não possui um rito específico a ser seguido, uma vez que as orientações pertinentes emanadas da ONU são bem amplas, como já apontadas anteriormente.

Essa não padronização abre espaço para questionamentos e apontamentos diversos, pois apesar da ideia de o processo restaurativo ser menos burocrático e informal, não se pode prescindir de orientações e diretrizes para execução de seus procedimentos.

Isso faz com que a Justiça Restaurativa demore a entrar em ação no sistema judiciário brasileiro, pois o Brasil é um Estado burocrático, e antes que ela comece a valer como uma sanção alternativa, serão necessárias orientações para que o seu procedimento seja uniforme em todo o território nacional, ainda que as decisões não sejam, pelos motivos já apresentados.

Ainda não existem declarações universais de quais crimes devem ser resolvidos mediante a adoção da justiça restaurativa. Assim, existe a orientação de que é a faculdade das partes em resolver a situação pela via restaurativa ou não (ROBALO, 2012, p. 138-144).

Porém, no que diz respeito à adoção da Justiça Restaurativa de modo uniforme no Brasil, a edição de lei apontando quais delitos poderiam ser resolvidos pelas vias da justiça restaurativa e quais deveriam seguir pela via comum, seria de grande valia.

Referido diploma deveria também dispor sobre as hipóteses em que o reincidente seguiria pelas vias da Justiça Restaurativa ou se seria estabelecido outro rito a se seguir, diferenciando-se assim das demais hipóteses a serem julgadas pela justiça comum.

Teresa Robalo (2012, p. 84-87), aponta que alguns doutrinadores tentam refutar a justiça restaurativa apresentando os seguintes preceitos:

[...] *i.* os modelos de justiça restaurativa enfraquecem os direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente porque o arguido "(...) sob a pressão indevida (...)" de o processo judicial se encontrar na sua fase inicial ver-se quase obrigado a aceitar que a responsabilização pelos seus actos seja feita perante órgãos não judiciais; *ii.* Por outro lado, entendem que a vítima e o agente não estão numa posição de efectiva igualdade aquando da negociação no âmbito do processo de justiça restaurativa, pois aquela terá mais poder do que este último, o que poderá ser "exacerbado (...) pela diferença de classes, de raça, de idade, de educação, etc."; *iii.* Referem ainda o empobrecimento dos direitos do agente relativamente aos que lhe são garantidos no processo penal, dando-se um especial destaque à vingança que a vítima vai querer pôr em prática na justiça restaurativa, sendo eventualmente coadjuvada pelo mediador; *iv.* defendem, portanto, que as declarações do agente podem valer contra si no caso de o processo de justiça restaurativa falhar e a questão vir a ser discutida em tribunal.[...]; *v.* [...] poderão levar a resultados injustos por violarem o princípio da igualdade no sentido de permitirem resultados díspares para casos idênticos. [...] *vi.* [...] dar origem a uma atitude racista por parte da vítima, muitas vezes da raça branca, contra o agente que faria parte de uma minoria étnica [...]; *vii.* com os processos de justiça restaurativa as vítimas serão forçadas a perdoar o agente numa fase em que ainda não estarão psicologicamente preparadas a fazê-lo [...]; *viii.* [...] não existir prova de que os agentes que tenham participado em processos de justiça restaurativa terem efetivamente reincidido em menor número que os condenados em processo penal. Entende-se também que um encontro entre a vítima e o agente não trará qualquer ensinamento a este último. [...] *ix.* [...] o facto de os autores que apregoam a justiça restaurativa terem como ponto de partida que o agente não deveria ter cometido o crime, no sentido de este último ser negativo e dever ser abolido da sociedade perfeita, visto que, sendo a sociedade constituída por pessoas de diversas origens, deve ser tida por perfeitamente normal que os conflitos se despoletem entre seus membros.

Entretanto, faz-se necessário rebater os pontos elencados pela autora, em esforço de síntese dos discursos de oposição aos modelos restaurativos de justiça. No que cabe ao argumento "7", é perceptível a falta de entendimento da autora, uma vez que é totalmente facultativa a adoção do método restaurativo pelas partes, ou seja, não existe nenhuma obrigação pela sua utilização.

No tocante a disparidade entre vítima e autor apresentada no item "ii", é falsa a alegação de que a vítima se situa em posição de vantagem. O objetivo da Justiça

Restaurativa é a conciliação, desse modo, ambas as partes entram de forma igual neste processo, tanto é, que são colocadas uma de frente com a outra para discutirem a solução.

A alegação no item “iii” e no item “vi”, que se referem à prática da vingança e do racismo, não podem ser levadas em conta, uma vez que o próprio infrator concordou em participar, tendo voz ativa para sugerir o melhor desfecho para todos os envolvidos. Ademais, o mediador deve se manter imparcial, ajudando as partes a encontrar a solução que seja benéfica para todos os envolvidos.

Ao confrontar o item “iv”, de que o que foi alegado pelas partes podem ser usado contra elas caso seja infrutífera a audiência restaurativa, basta lembrar dos princípios que regem a mediação e conciliação, de forma especial a confidencialidade, onde os participantes se comprometem a não dar publicidade ao que foi dito na audiência.

Em relação aos desfechos diferentes para casos iguais apresentado no item “v”, é fato que isso ocorrerá de forma ampla na Justiça Restaurativa, uma vez que se trata de um processo informal conduzido pelos envolvidos. Porém, não será tão destoante em relação às decisões judiciais, que também apontam soluções diferentes para casos iguais.

Deve ser levado em consideração o princípio da adaptabilidade, onde a solução deve atender ao caso concreto, sendo estudado os agentes participantes e, através disso elaborar a melhor resposta ao delito cometido, não oferecendo riscos à segurança jurídica.

Esta preocupação ocorre, pois o sistema judiciário está preocupado com os precedentes, esquecendo-se da análise do caso concreto em que, por mais parecida que as situações possam ser, sempre terão suas peculiaridades e, para tanto, faz se necessário que as respostas sejam diferentes, atendendo as necessidades.

Sobre este pensamento, Robalo (2012, p. 86) acredita que para ocorrer a solução do conflito pela Justiça Restaurativa, é necessária a:

[...] análise de culpa como elemento intimamente ligado à pessoa do arguido faz com que casos aparentemente iguais possam efectivamente

apresentar diferenças de fundo de tal modo fulcrais que as penas que vierem a ser aplicadas a cada um dos casos não tenham qualquer aproximação.

Complementando o pensamento anterior, Oliveira (2012, p.72) aponta que “ainda que os casos concretos sejam similares, cada encontro restaurativo apresentará distintos resultados, pois o diálogo estabelecido entre os sujeitos tem caráter único, resultante das necessidades de cada participante”.

É apontado no item “vii” que a vítima, ainda afetada pelo ato criminoso, será obrigada a perdoar o criminoso, entretanto, como já apresentado, ambas as partes estarão sendo consideradas iguais, assim, não se pode falar em uma “coação” por parte do infrator para que seja perdoado, deve-se lembrar que o processo da Justiça Restaurativa é voluntário, participando a vítima por livre e espontânea vontade, já conhecendo os fatos.

Foi apresentada no item “viii” a inexistência de estudos que comprovem que o processo restaurativo evitou a reincidência. Isto decorre do caráter recente do conceito e das iniciativas de Justiça Restaurativa. A alegação de sua repercussão na não reincidência se alicerça em pressupostos históricos das práticas restaurativas, como as que ocorreram no Canadá (ROBALO, 2012, p.150-155), que servem de subsídio para a concepção de modos de aplicação para a sociedade atual.

Quanto ao apontamento de que o autor não tirará proveito do encontro com a vítima, faz-se necessário questionar qual é o ensinamento que o mesmo autor terá ficando trancafiado em um presídio, além de, inevitavelmente, desenvolver seus conhecimentos criminais.

Espera-se que o encontro do autor com a vítima o faça sentir-se arrependido e, assim, evitar que o mesmo volte a cometer novas ações criminosas.

O último apontamento traz que a Justiça Restaurativa acredita que quem comete um crime não deve ser afastado da sociedade, por isso que se dá a resolução pelos seus próprios membros, levantando a bandeira do abolicionismo do crime, mas tal entendimento é errôneo.

Quem comete o crime deve ser reinserido na sociedade, pois se o praticou, pode ser que o mesmo estava sendo vítima de alguma exclusão social, sem,

contudo, ser apreciado outros elementos que levam o sujeito a cometer o ato criminoso, como por exemplo, a própria escolha em praticá-lo.

A resolução dos conflitos deve ser realizada pelos seus próprios membros, pois a sociedade é formada por pessoas de diversos pensamentos e culturas, o que torna mais fácil a aceitação do criminoso. Robalo (2012, p. 88) afirma que “[...] não nos parece que os autores adeptos da justiça restaurativa se coloquem na utopia de desejarem a abolição do crime e procurarem mecanismos para tal”.

As práticas criminosas estão e sempre estiveram inseridas em nossa sociedade, ocorrendo por diversos motivos e circunstâncias. A Justiça Restaurativa não vem procurando findá-las, o que é totalmente impossível, mas sim apresentar uma solução para que os seus resultados sejam menos penosos para todos os envolvidos, como é possível notar nas experiências vivenciadas nos países que a adotaram como forma de solução de conflitos.

3.4 A Justiça Restaurativa versus o *plea bargain*

Antes de se iniciar a discussão das diferenças entre os institutos em tela, faz-se necessário o entendimento do que se trata o *plea bargain* (ou *plea bargaining*). Desse modo, opta-se pelo conceito apresentado por Áurea de Souza (2012):

O *plea bargaining* é instituto de origem na common law e consiste numa negociação feita entre o representante do Ministério Público e o acusado: o acusado apresenta importantes informações e o Ministério Público pode até deixar de acusá-lo formalmente. [...] O réu no sistema norte-americano pode confessar ou não confessar. Se confessar, pode reivindicar a negociação ou não. Quando faz o pedido de negociação é que ocorre o *plea bargaining*.

Diante o exposto, é notório que a Justiça Restaurativa se difere do sistema *plea bargain*, amplamente utilizado no sistema norte-americano e sem nenhuma possibilidade de utilização no ordenamento jurídico brasileiro.

É inadmissível sua utilização no Brasil uma vez que a aplicação da pena depende do trânsito em julgado, que só ocorrerá após a realização do devido

processo garantista, que concede ao acusado direitos de proteção a liberdade, além de se buscar a verdade real, ao passo que a *plea bargain* busca evitar a instrução penal e a produção de provas.

O meio ao qual a *plea bargain* evita a instrução penal é o acordo entre o representante do Ministério Público e o acusado. O acordo geralmente consiste em uma confissão do acusado em troca de redução de pena, aplicação da pena mínima possível e até mesmo a retirada de acusações de outros crimes.

Como já esclarecido a Justiça Restaurativa propõe o acordo entre os envolvidos, e não o Ministério Público e acusado, a fim de se buscar uma solução mais justa ao conflito. O que se espera da conciliação é que o infrator “pague” pelos seus atos com ações que sejam benéficas a vítima, a sociedade e a si próprio e não que dela resulte um acordo para que passe menos tempo em detenção.

A conciliação ocorre entre a vítima e o infrator, portanto, para que ela seja aplicada como medida restaurativa é necessário que se realize o processo penal apontando o infrator, para que o objetivo de aplicação de solução justa seja alcançado.

A *plea bargain* pode ocorrer no período que compreende o oferecimento da denúncia até a sentença ser proferida. É entendido no sistema americano que quando apresentada as provas ao júri, é indiscutível que o mesmo condenará o acusado, pois para que haja o processo é necessário que esse mesmo júri tenha indiciado o acusado antes. Por esse motivo a sua aplicação é grande nos Estados Unidos (DE SOUZA, 2012).

O método norte-americano permite que, mediante a pressão dos precedentes e do Ministério Público, o réu declare-se culpado, mesmo que não o seja, apenas para conseguir reduzir o tempo de cumprimento de pena.

Assim, vê-se que a Justiça Restaurativa busca a verdade real, como ordena o procedimento brasileiro, e só então abrirá a oportunidade de os envolvidos de buscarem a solução justa, que não é o objetivo da *plea bargain*, que busca apenas a solução processual mais econômica e com resultados favoráveis à acusação.

A Justiça Restaurativa tem alcançado resultados tão favoráveis para o convívio comunitário, que tem sido adotada em diversos países, cada um seguindo o modelo que melhor se adapta a sua cultura e costumes.

Conforme será estudado nos próximos capítulos, o Conselho Nacional de Justiça tem defendido a utilização da Justiça Restaurativa no Brasil, já se verificando resultados relevantes especialmente nos tribunais da região sul do Brasil, aos quais dão força a adoção da medida em território nacional (DA SILVA, 2007).

No próximo capítulo serão abordadas as diversas formas de aplicação da Justiça Restaurativa conforme os costumes de cada sociedade, assim pode-se entender que não se trata de um modelo fechado, que não permite adequações. Nesse sentido, é importante o desenvolvimento de novas pesquisas e de debates públicos sobre este instituto, buscando aprimorá-lo para utilização no Brasil.

4 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO MUNDO

A Justiça Restaurativa tem ganhado o mundo pelos seus métodos pacíficos e céleres de solução de conflitos. Por não possuir formalidades, ela ganha formatos e influências diferentes em cada país onde é aplicada.

Os modelos que serão estudados adiante abordam as experiências vivenciadas no Canadá, na Austrália, em Portugal e na África do Sul.

4.1 Principais modelos restaurativos utilizados no mundo

Para se iniciar a análise das experiências de aplicação da Justiça Restaurativa em diferentes contextos nacionais, é interessante se atentar para os principais modelos de Justiça Restaurativa utilizados. Apesar de a aplicação da Justiça Restaurativa não possuir formalidades obrigatórias, é necessária a existência de métodos de trabalho para o desenvolvimento da prática restaurativa.

Além das tradicionais formas alternativas de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, as experiências alienígenas de Justiça Restaurativa incluem os modelos *Sentencing Circle* e *Family Group Conferences*.

4.1.1 *Sentencing Circles*

Este modelo tem forte ligação com as tribos aborígenes no Canadá, onde busca-se colocar a vítima, agressor e sociedade juntos, permitindo que todos tenham a oportunidade de expressar sua opinião e, desse modo, construam juntos o melhor desfecho para todos os envolvidos (ROBALO, 2012, p. 68).

A ideia do *Sentencing Circle* é a de “cura”, de “cicatrização” dos “ferimentos” que o fato delituoso causou, desse modo, é totalmente importante que a vítima e agressor estejam presentes, frente a frente, buscando a solução.

O objetivo é fazer com que o agressor sinta-se envergonhado perante os presentes – entretanto, não sendo marcado e hostilizado – e, assim, sinta remorso pelo ato praticado evitando que o repita no futuro, culminando no seu regresso ao convívio em sociedade.

Contudo, deve se levar em conta que o *Sentencing Circle* não afasta a pena privativa de liberdade aplicando apenas as restritivas de direitos, ou seja, se após o processo restaurativo os envolvidos entenderem que é melhor o agente se afastar do convívio social, assim será feito.

4.1.2 Family Group Conferences

O *Family Group Conferences* tem sua origem na Nova Zelândia e, tal como o *Sentencing Circle*, fazem parte do processo a vítima, o agressor e seus familiares, além do mediador. Robalo (2012, p. 75), apresenta a finalidade deste modelo restaurador:

Um dos objetivos primordiais dos *family group conferences* consiste em devolver o poder de resolução dos conflitos àqueles que foram diretamente afectados pelos mesmos, onde naturalmente encontramos a vítima e o agente, mas também aqueles que estão mais perto destes últimos.

Além de buscar a reintegração na sociedade, diferentemente do *Sentencing Circle* que visa a vergonha do agressor, o *Family Group Conferences* não busca a “humilhação”, mas a restauração dos laços quebrados, assim o arrependimento do agente é espontâneo e livre de qualquer tipo de processo de “indução vergonhosa” (ROBALO, 2012, p. 76).

A decisão a ser tomada neste modelo visa sempre à compensação dos danos à vítima, ou seja, de forma criativa os envolvidos pensarão em um acordo possível de ser realizado para se superar ou amenizar os efeitos do delito sobre a vítima e, por que não, sobre o autor e os familiares.

Assim, Robalo (2012, p.76) “conclui que este modelo de resposta ao crime é eficaz em todas as linhas, que se tenha em vista o agente, a vítima ou aqueles que com eles compartilham o dia a dia”.

Entretanto, o infrator não estará convivendo apenas com a sua família, devendo ser chamado ao processo todos aqueles membros da comunidade que se sentiram afetados pelo delito, pois sem isso, o isolamento por parte da comunidade persistirá.

4.1.3 Outros Modelos

A Justiça Restaurativa não se limita aos dois modelos citados, devendo ser levado em consideração o método que melhor for aceito no país em que está sendo aplicado.

A escolha dos métodos em cada contexto deve observar a cultura local, abrindo possibilidade de as instituições acadêmicas e a população se manifestarem sobre os meios de orientação para a solução do conflito pela adoção do método alternativo. Seguindo essa orientação, as iniciativas de Justiça Restaurativa, possuem grandes chances de êxito.

4.2 Justiça Restaurativa e Direito Comparado: as experiências de Justiça Restaurativa no Canadá, na Austrália, em Portugal e na África do Sul

Neste ponto, a pesquisa se concentra na análise desenvolvida por Tereza Robalo (2012, p. 149 – 209). Sua abordagem busca compreender os modelos restaurativos utilizados por diferentes países, além de demonstrar as influências culturais em seu procedimento.

É interessante não se esquecer de que legislações específicas regulando a utilização da Justiça Restaurativa são escassas, sendo utilizado como principal orientação normativa as resoluções da ONU, como por exemplo, a 2012/12, e os costumes e previsões normativas específicas (quando existentes) em cada país.

As experiências nacionais investigadas trazem o surgimento do movimento restaurativo em suas culturas, além da estrutura utilizada. Com isso, busca-se compreender a influência cultural na solução de conflitos e quão efetivos os sistemas utilizados tem sido.

4.2.1 Austrália

O modelo restaurativo utilizado na Austrália possui influências do modelo da Nova Zelândia, utilizando-se largamente da teoria da *reintegrative shaming*¹⁴, desenvolvida por John Braithwaite, respeitado criminólogo australiano (ROBALO, 2012, p. 160).

Tal teoria defende que ao final do processo restaurativo, todos os responsáveis sentirão vergonha pelo ocorrido e, então, apresentarão um pedido de desculpas à vítima.

Sobre a teoria de Braithwaite, Mongold e Eduards (2014) discorrem:

A principal proposta de Braithwaite foi que estrutura e cultura de uma sociedade podem influenciar atos desviantes individuais por um processo de humilhação. A maioria dos castigos consiste em algum tipo de vergonha de amigos, família e comunidade. Braithwaite argumenta que a culpa resultante serve tanto como o processo social que constrói a nossa consciência, bem como uma forma de informar o controle social quando a irregularidade ocorre. Braithwaite (1989) distingue os tipos de vergonha: 1) de estigmatização e 2) reintegrativa. Estigmatização ocorre quando a comunidade tenta isolar socialmente o infrator com punições como prisão. Tentativas recentes de aumentar o número de jovens que estão dispensados de tribunal de adultos podem ser considerados um exemplo de estigmatização. Com essas leis, a sociedade procura separar estes delinquentes juvenis da comunidade. No entanto, estas penas criam o risco de uma reação rebelde.¹⁵

Na Austrália, cada Estado tem autonomia para decidir sobre o processo da medida alternativa utilizado, fazendo com que em alguns Estados existam até mais de dois modos de solução de conflitos, entretanto, o mais utilizado é a teoria supracitada. (ROBALO, 2012, p. 160).

Os modelos restaurativos buscaram referências nas vivências de tribos aborígenes, da mesma forma que o Canadá, como abordado na seção 3.2.2. Levando as chamadas assembleias para o âmbito legal.

¹⁴ Tradução livre: vergonha reintegrativa

¹⁵ *Braithwaite's main proposal was that a society's structure and culture can influence individual deviant acts by a process of shaming. Most punishments consist of some type of shaming from friends, family and the community. Braithwaite argues that the resulting guilt serves both as the social process which builds our consciences as well as a form of informal social control when wrongdoing occurs. Braithwaite (1989) distinguished between two types of shaming: 1) stigmatization and 2) reintegrative. Stigmatization occurs when the community attempts to socially isolate the offender with punishments such as incarceration. Recent attempts to increase the numbers of juveniles who are waived to adult court could be considered an example of stigmatization. With these laws, society seeks to detach these juvenile offenders from the community. However, these punishments create the risk of a rebellious reaction.*

Buscando apresentar a forma de realização nas assembleias, Robalo (2012, p. 160 – 161), afirma que elas:

[...] englobam a vítima e os seus apoiantes, o agente e os seus apoiantes, [...] para além de outras pessoas que devam comparecer [...]. Para além destes, estarão presentes, consoantes os casos, advogados, membros da Segurança Social e necessariamente quem deva coordenar tais sessões que duram, aproximadamente, entre 1 a 2 horas. No que concerne ao seu andamento, os passos essenciais consistem na confissão de culpa por parte do agente [...]. Por seu turno, a vítima dará a conhecer ao agente todo o mal causado pelo crime, que físico quer emocional. [...] os participantes da conferência terão um papel fundamental no sentido da elaboração de um plano adaptado às necessidades da vítima e do agente.

Quanto ao procedimento, deve-se levar em conta a existência de um processo penal que, antes da sentença, pode ser proposto ao juiz a realização de uma conferência. Aceitando, o processo fica suspenso. Terminada a conferência, ocorrerá o julgamento em âmbito processual.

O procedimento Australiano traz características interessantes que podem ser aplicadas no Brasil, como, por exemplo, o disposto acima sobre a existência do processo penal e a sua suspensão para a realização da Justiça Restaurativa. Além da permissão de cada estado poder realizar seus próprios modelos.

Entretanto, a característica do *reintegrative shamming* não é interessante de se adotar, pois a ideia da Justiça Restaurativa sem punições que degradem a imagem do infrator (que não é o caso da humilhação) pode ser mais fácil de trabalhar frente à ressocialização do indivíduo.

4.2.2 Canadá

O país que se encontra na América do Norte, é um dos poucos que reconhece em leis a sua grandiosa diversidade cultural, a iniciar por possuir dois idiomas oficiais, além dos que são falados pelos aborígenes que vivem no Canadá.

A cultura aborígene no Canadá, apesar de seguir diversos ramos, traz o chamado círculo de sentença para solução de conflitos das tribos. Os círculos são regidos de forma a seguir a cultura e os costumes culturais da tribo, através de tribunais itinerantes, fazendo com que a solução seja mais pacífica para os envolvidos. (ROBALO, 2012, p. 151).

São esses círculos de influência aborígine aliados ao disposto no artigo 717 do código penal canadense, que criam o modelo e os precedentes para a utilização da Justiça Restaurativa no Canadá.

A redação do supracitado artigo determina:

717 (1) Medidas alternativas podem ser usadas para lidar com uma pessoa acusada de ter cometido um crime somente se ele não é incompatível com a proteção da sociedade e estão reunidas as seguintes condições: (A) as medidas são parte de um programa de medidas alternativas autorizadas pelo Procurador Geral ou delegado do Procurador-Geral ou autorizados por uma pessoa, ou uma pessoa dentro de uma classe de pessoas, designado pelo vice-governador em conselho de uma província; (B) a pessoa que está considerando a possibilidade de usar as medidas está satisfeita que seriam apropriadas, tendo em conta as necessidades da pessoa acusada de ter cometido o crime e os interesses da sociedade e da vítima; (C) a pessoa, depois de ter sido informada das medidas alternativas, plena e livremente consente participar nas assembleias; (D) a pessoa antes de consentir em participar nas medidas alternativas, sido avisada do direito, a ser representado por um advogado; (E) a pessoa assume a responsabilidade pela ação ou omissão que forma a base da ofensa que a pessoa é acusada de ter cometido; (F) não são, na opinião do Procurador-Geral ou agente do Ministério Público, provas suficientes para prosseguir com a acusação do delito; e (G) a acusação do delito não é de forma alguma impedida por lei.¹⁶

A legislação canadense permite que, caso o juiz entenda favorável à aplicação de outro método, estando este de acordo com a legislação, pode-se autorizar a utilização de medidas alternativas. Ou seja, a utilização da Justiça Restaurativa no Canadá, mais precisamente pela adoção dos círculos de sentença, dar-se-á mediante decisão do juiz e não das partes.

A respeito desse método restaurativo, o juiz canadense Heino Lilles (2002), apresenta:

¹⁶ 717 (1) *Alternative measures may be used to deal with a person alleged to have committed an offence only if it is not inconsistent with the protection of society and the following conditions are met: (a) the measures are part of a program of alternative measures authorized by the Attorney General or the Attorney General's delegate or authorized by a person, or a person within a class of persons, designated by the lieutenant governor in council of a province; (b) the person who is considering whether to use the measures is satisfied that they would be appropriate, having regard to the needs of the person alleged to have committed the offence and the interests of society and of the victim; (c) the person, having been informed of the alternative measures, fully and freely consents to participate therein; (d) the person has, before consenting to participate in the alternative measures, been advised of the right to be represented by counsel; (e) the person accepts responsibility for the act or omission that forms the basis of the offence that the person is alleged to have committed; (f) there is, in the opinion of the Attorney General or the Attorney General's agent, sufficient evidence to proceed with the prosecution of the offence; and (g) the prosecution of the offence is not in any way barred at law. (Criminal Code Canada).*

Círculo sentença é um processo adotado pelos juízes como uma alternativa para ouvir apresentações formais de condenação dos advogados de defesa e da Corte. Os círculos exigem um compromisso significativo dos membros da comunidade, de modo que é do interesse da comunidade o acesso desses indivíduos que demonstram elevados níveis de motivação e comprometimento com o processo. O infrator deve, normalmente, assinar uma declaração de culpa numa fase inicial do processo, indicando uma aceitação plena da responsabilidade pela ofensa. Círculo sentença é usado quase exclusivamente para casos graves, que significa que a ofensa é grave ou as circunstâncias do infrator são de natureza a justificar uma intervenção significativa. Não é frequentemente utilizado para casos menores, pois como o processo é intrusivo, demorado e requer um compromisso significativo de todos os participantes. Ele tem sido usado tanto para adultos e jovens, mas principalmente para infratores aborígenes. Deve-se ressaltar que o círculo de sentença não é diverso, que é parte do processo da Corte e que resulta em condenações e registros criminais para os infratores. [...] A condenação pelos Círculos não tenha sido autorizada por lei, existindo apenas como resultado da discricção judicial. No entanto, ainda é uma audiência de sentença e faz parte do processo da Corte. Daqui resulta que o procedimento não é rígido, mas deve estar em conformidade com as regras da justiça natural e outros requisitos legais impostos pelo estatuto ou Common Law.¹⁷

O primeiro juiz canadense a utilizar os círculos de sentença foi Barry Stuart em 1991. Robalo (2012, p 152-153), apresenta o modelo utilizado no Canadá para os chamados círculos de sentença:

[...] o processo terá a particularidade de a audiência ser levada a cabo não na sala de audiências, como seria expectável, mas sim no seio da comunidade a que o arguido pertence, posto que este tenha dado o seu consentimento neste sentido [...]. A comunidade em causa será chamada a pronunciar-se sobre a conduta do agente, bem como a da vítima [...] e dos restantes membros que quiserem falar. No término de tal conferência, os participantes darão a sua opinião sobre a qual sanção que deveria, em seu entender, ser aplicada ao agente. Essa mesma opinião será transmitida ao juiz do processo que é livre de seguir ou não. Porém, certo é que o juiz, tendo a percepção da importância de tal decisão no contexto próprio do arguido, acabará muitas vezes por seguir o entendimento geral da comunidade a que este pertence, pois que a mesma terá sempre em vista a sua reinserção procurando-se, assim, evitar a prática de crimes futuros.

¹⁷ *Circle sentencing is a process adopted by judges as an alternative to hearing formal sentencing submissions from the defense and Crown lawyers. Circles require a significant commitment from community members, so it is in the community's interest to limit access to those individuals who demonstrate high levels of motivation and commitment to the process. The offender must normally enter a plea of guilty at an early stage of the proceedings indicating a full acceptance of responsibility for the offence. Circle sentencing is used almost exclusively for serious cases meaning that the offence is serious or the circumstances of the offender are such as to justify a significant intervention. It is not often used for minor charges, as the process is intrusive, lengthy and requires a significant commitment from all participants. It has been used for both adults and youth, but primarily for Aboriginal offenders. It should be emphasized that circle sentencing is not a form of diversion, that it is part of the court process and that it results in convictions and criminal records for offenders. [...] Circle sentencing has not been authorized by statute but exists solely as a result of judicial discretion. Nevertheless, it is still a sentencing hearing and is part of the court process. It follows that the procedure is not rigid but must conform to the rules of natural justice and other legal requirements imposed by statute or common law.*

Sobre os impactos causados pelo Círculo de Sentença, Lilles (2002):

Em comunidades aborígenes canadenses, muitas vezes há relações em curso entre o agressor, a vítima, e entre as suas famílias alargadas. Em uma pequena comunidade, muitos outros podem ser afetados por uma ofensa criminal. O círculo fornece um ambiente seguro para ouvir o que aconteceu, como isso impactou na vítima e na comunidade, a melhor forma de corrigir o dano e como prevenir futuro agressor. É um processo restaurativo, pois requer dos malfeitores a reparação à vítima e aos outros prejudicados pelo comportamento infrator, incluindo a comunidade. Ele também espera que os infratores parrestauem a si mesmos, o que significa que eles devem abordar essas questões pessoais que contribuíram para o comportamento ofensivo, tais como vícios, situações não resolvidas e o abuso histórico. O Círculo de sentença fornece uma voz para todas as pessoas afetadas pelo comportamento infrator, incluindo as vítimas e familiares. Ele também fornece um fórum para os membros da comunidade que, embora não diretamente afetado pela ofensa, são geralmente preocupados com a segurança de sua comunidade.¹⁸

Os círculos de sentença não são o único modelo de Justiça Restaurativa utilizado no Canadá. Lá ainda existem outros modelos como os *circles of support*¹⁹, que consistem na reintegração de condenados por crimes sexuais, e os processos restaurativos, que é utilizado para a solução de conflitos entre o Estado e a sociedade. (ROBALO, 2012, p. 155).

Nota-se que a cultura aborígene teve (e ainda tem) forte influência nos modelos restaurativos da Austrália e do Canadá, trazendo a sabedoria ancestral aliada ao método ritualístico para a solução de conflitos por intermédio da justiça.

O modelo canadense parece ser o mais assertivo, dando consciência à comunidade de que eles serão os responsáveis, em conjunto à vítima e infrator, para a busca da solução. Além do mais, o método canadense utiliza-se de experiências provenientes de sua própria cultura, fazendo com que o processo restaurativo seja mais fácil de ser aceito pela sociedade.

¹⁸. *In Canadian Aboriginal communities, there are often ongoing relationships between the offender and the victim, and between their extended families. In a small community, many others can be affected by a criminal offence. The circle provides a safe environment to hear what happened, how it impacted on the victim and the community, how best to fix the damage that was done and how to prevent future offending. It is a restorative process because it requires wrongdoers to make reparation to the victim and to others harmed by the offending behaviour, including the community. It also expects offenders to restore themselves, meaning that they must address those personal issues that contributed to the offending behaviour, such as addictions, unresolved grief and historical abuse. The Sentencing Circle provides a voice for all persons affected by the offending behaviour, including victims and family members. It also provides a forum for those community members who, while not directly affected by the offence, are generally concerned about safety in their community.*

¹⁹ Tradução livre: Círculos de Suporte.

4.2.3 África do Sul

O modelo restaurativo sul africano possui influências dos modelos australiano, canadense e neozelandês, entretanto, a Justiça Restaurativa na África não se iniciou apenas com estes modelos, eles foram os responsáveis pelo seu fortalecimento. (ROBALO, 2012, p. 180).

Como forma de solucionar os crimes da apartheid, o Arcebispo Desmond Tutu presidiu a Comissão para a Verdade e Reconciliação, que realizou seus trabalhos segundo método *ubuntu* (sem tradução para o ocidente). A comissão buscava a confissão dos crimes raciais. (ROBALO, 2012, p. 181).

Caso o crime tivesse sido realizado por motivação política, as vítimas tinham a possibilidade de se expressar diante os criminosos. Com essa noção, fica claro que não se trata de um modelo restaurativo, apesar de ser assim classificado por alguns autores – pois o mesmo feria a premissa de que a aceitação da participação na Justiça Restaurativa não implica em confissão –, mas o que não se pode negar é que foi efetivo.

Outro modelo sul africano surge do descaso do Estado para o seu povo antes da democratização. Os próprios membros da comunidade se reuniam com a vítima e o agressor, buscando-se reconhecer o erro e juntos achar alternativas para a solução. O modelo apresentado traz consigo uma das finalidades da Justiça Restaurativa, que é a própria sociedade resolver seus problemas.

Com a consolidação da democracia na África do Sul, este modelo perdeu força, mas foi à base para o modelo restaurativo existente. O próprio modelo democrático sul africano buscava a conversa entre Estado e sociedade para a resolução de conflitos.

Disso surgiram as conferências de grupos de famílias, para tratar de assuntos que envolvessem os jovens. Para os adultos, existe a conferência vítima-ofensor²⁰, que utiliza a figura do mediador para a solução dos conflitos.

Nestas conferências estão presentes o agente e a vítima [...], bem como o mediador e os familiares e amigos de ambos, estes últimos com vista a

²⁰ *Victim-offender conferencing.*

sedimentar o sentimento de pertença a uma comunidade e tendo a possibilidade de se exprimir, pois que também terão sido afectados pelo crime. (ROBALO, 2012, p. 183).

Os casos são remetidos a essa conferência por agências de assistência social, pela polícia ou ainda pelos tribunais. De acordo com Robalo (2012, p. 193), os processos podem demorar de duas a trinta horas, ou seja, o necessário para que se ache a solução do caso.

Essas conferências não estão enquadradas no ordenamento jurídico, tendo sua utilização em processos em andamento com base no entendimento do juiz. O acordo não possui valor legalmente descrito, porém, se o juiz assim entender, pode pedir o arquivamento do processo ou, então, dar continuidade ao mesmo – que também ocorrerá caso não se chegue a um acordo.

Deste modo, pode-se perceber que o modelo sul-africano diverge da legislação brasileira no que cabe a acordos judiciais, pois, de acordo a recente Lei de Mediação:

Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.
Parágrafo único. **O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.** (Lei n. 13.140/2005, grifo meu).

Por este modelo não estar regulamentado, é difícil dizer quais são os tipos de crimes que poder ser solucionados pelo método restaurativo, porém, o que se observa na África do Sul é que são os crimes menos graves que são destinados as conferências, conforme exposto nos estudos de Robalo (2012, p. 184).

Com a leitura do estudo referente à África do Sul, a questão de que o processo restaurativo demandará do entendimento do juiz se apresenta contrário à voluntariedade, conforme apresenta Bianchini (2012, p.118):

O princípio da voluntariedade reflete uma atuação pelos envolvidos sem que exista qualquer forma de coação, constrangimento ou obrigatoriedade. Dessa forma, ao sugerir a aplicação da Justiça Restaurativa, deve ser esclarecido às partes o que ela é, o que ela representa, quais as suas formas de atuação e quais os direitos envolvidos.

Assim, pode-se entender que, no modelo sul-africano, mesmo que as partes desejem realizar a Justiça Restaurativa, o juiz é quem deverá decidir, não tendo o acordo nenhum valor jurídico, conforme já apresentado.

A aplicação no Brasil tem que ser diferente, devendo partir dos próprios envolvidos a vontade de solução pelos métodos restaurativos e, dando força jurídica aos acordos firmados.

4.2.4 Portugal

A experiência restaurativa em Portugal teve seu início em 2004, na Faculdade de Direito do Porto em parceria com o Departamento de Investigação e Ação Penal da comarca de Porto. (ROBALO, 2012, p. 193).

A prática consistia em uma mediação, onde estavam presentes a vítima e o autor, bem como os seus familiares, que podiam opinar ao final do processo de mediação.

Essa experiência, através do que é descrito por Agra e Castro (2004), tem influência do modelo belga, sendo realizada sob a ótica dos seguintes requisitos:

[...] 1) uma definição clara e operacional dos objetivos; 2) a utilização de um método consistente com o que se pretende atingir; 3) a realização de opções teóricas explícitas e consistentes; 4) a necessidade de uma avaliação rigorosa e cientificamente sustentada.

O próprio Ministério Público português, ao se deparar com crimes que envolvessem pessoas com laços de afinidade, sendo este de natureza particular ou semi pública, encaminhava os casos ao departamento da Escola de Criminologia, que era o responsável pelos processos de mediação penal.

O MP entendia que por as partes possuírem laços de afinidades que estavam abalados, além de estarem emocionalmente abalados, era necessária a tentativa da solução do conflito sem que se realizasse a queixa e, por isso, encaminhava os casos à Faculdade do Porto.

Este encaminhamento primeiro se dava com o MP apresentando às partes a possibilidade da solução dos conflitos por outros meios, tendo a aceitação, ocorria a pré-mediação, para que ocorressem os esclarecimentos sobre o ocorrido e, então, as audiências de mediação.

Quando a mediação restava-se frutífera, resultava na desistência da queixa perante o DIAP, porém, se a mesma não alcançasse as suas finalidades, todo o processo criminal se iniciava.

Até o ano de 2008, quando a prática pela Faculdade de Direito do Porto se encerrou pela entrada em vigor de uma Lei que regulamentava a prática, foram encaminhados sessenta e oito casos para a mediação por parte do Ministério Público.

A Lei n. 21/2007 criou um novo regime de mediação penal (ROBALO, 2012, p.197). A iniciativa portuguesa mostra que o sucesso das atividades restaurativas da Faculdade do Porto tornou-se necessárias para a manutenção da sociedade quando estão frente a um crime.

O legislador permite a mediação somente nos casos de natureza privada ou semi pública, pois foi à própria vítima quem iniciou o processo, podendo também por fim ao mesmo com a sua desistência.

Isso evidencia o princípio da *ultima ratio* no sistema português, pois antes de se buscar o processo, os casos das naturezas citadas acima, deverão passar pelo processo de mediação.

Entretanto, apesar de ser digna de louvor à atitude de Portugal, na opinião de Robalo, o legislador deixou a desejar na redação de tal lei, causando confusão nos operadores do direito quanto a sua aplicação:

[...] logo no n. 2 do art. 2º da Lei 21/2007 ficam algumas dúvidas por resolver. Na verdade, efectua-se aí uma restrição no que diz respeito aos crimes semi-públicos no sentido de, quanto a estes, só pode verificar-se o recurso à mediação penal "(...) *quando se trate de crime contra as pessoas ou de crime contra o património*". No que diz respeito à primeira parte, deduzimos que vai ao ponto de incluir todos os crimes que ofendam bens jurídico-penais pessoais [...]. Portanto, quando o legislador se reporta aos crimes "contra a pessoa" deveria ter antes feito referência aos "bens jurídico-penais pessoais". [...] no n. 2 do art. 2º, quando é limitada a mediação penal no que aos crimes semi-públicos diz respeito, aos crimes "contra o património". De que património se trata? (ROBALO, 2012, p. 198-199).

Outros aspectos interessantes que a Lei dispõe dizem respeito ao limite de cinco anos da pena máxima em abstrato do crime praticado para a solução via mediação, se dando ao fato da alteração de três para cinco anos a pena máxima em abstrato para o pedido da prisão preventiva.

A mediação penal também não pode ser aplicada quando o procedimento for sumário ou sumaríssimo, pois o sumaríssimo sempre apontará para penas alternativas a restritiva de liberdade e o sumário, pois ele é aplicado a crimes com flagrância, devendo a audiência iniciar-se em 48 horas.

Para Robalo (2012, p. 205), o que a Lei dispõe quanto ao procedimento merece uma interpretação restritiva, pois o legislador traz que os crimes que estiverem já sendo processados por estes procedimentos não poderão se resolver via mediação, entretanto, nada impede de o processo ser remetido inicialmente à mediação e, sem acordo, ser remetido ao procedimento que lhe cabe.

O artigo 5º da Lei 21/2007 traz a seguinte redação sobre o procedimento:

Artigo 5.º Tramitação subsequente:

1 - Não resultando da mediação acordo entre arguido e ofendido ou não estando o processo de mediação concluído no prazo de três meses sobre a remessa do processo para mediação, o mediador informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal.

2 - O mediador pode solicitar ao Ministério Público uma prorrogação, até um máximo de dois meses, do prazo previsto no número anterior, desde que se verifique uma forte probabilidade de se alcançar um acordo.

3 - Resultando da mediação acordo, o seu teor é reduzido a escrito, em documento assinado pelo arguido e pelo ofendido, e transmitido pelo mediador ao Ministério Público.

4 - No caso previsto no número anterior, a assinatura do acordo equivale a desistência da queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido, podendo o ofendido, caso o acordo não seja cumprido no prazo fixado, renovar a queixa no prazo de um mês, sendo reaberto o inquérito. [...].

O artigo transcrito, em conjunto com os demais contidos na Lei, apresenta que caso o processo de mediação não alcançar acordo ou se estender por mais de três meses, o processo volta ao Ministério Público para ser julgado pela justiça comum. Se o acordo for frutífero, o mesmo será submetido à homologação e não sendo cumprido, a vítima poderá renovar a queixa, reabrindo o inquérito policial.

Apesar de a referida lei não ser completa, sanando todas as dúvidas a respeito de como a mediação deverá ocorrer no âmbito penal, ela deve ser vista como exemplo de coragem do judiciário português frente às novas oportunidades de

solução de conflitos, buscando-se não apenas a aplicação dos artigos penais, mas também o bem estar dos envolvidos, bem como a possível restauração de seus laços de afinidade.

Considerando-se que no Brasil não existe nenhuma lei que regule diretamente a Justiça Restaurativa, o que se têm são orientações do Conselho Nacional de Justiça como, por exemplo, a Resolução 125/2010, que apontam para a sua utilização, (vale frisar, de modo distinto da forma a qual a ONU e o próprio entendimento doutrinário majoritário acerca da Justiça Restaurativa estabelecem para a sua prática), a lei portuguesa pode servir como referência para a necessária inovação legislativa brasileira direcionada ao fomento e regulamentação das práticas de Justiça Restaurativa no país.

5 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

As práticas restaurativas no Brasil, no âmbito criminal, não estão previstas de forma específica em nenhuma lei, levando-se em consideração a Resolução 125/2010 do CNJ e o Protocolo de cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa, firmado em agosto de 2014 com a Associação dos Magistrados Brasileiros, bem como o que se aplica aos Juizados Especiais.

O que se pode encontrar na legislação brasileira são algumas “janelas” que permitem a aplicação da Justiça Restaurativa, tais como o artigo 98, I da Constituição Federal:

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

O presente artigo possibilita a existências de juízes leigos para promover a conciliação em casos de crimes de menor potencial ofensivo e menor complexidade. Sobre tais juízes, Bianchini (2012, p. 163):

Tais juízes leigos, adentrando na esfera de facilitadores, não teriam a competência para julgar o fato, mas teriam a função de promover a abordagem restaurativa. Da mesma forma se expõe a cerca dos conciliadores, recomendando-se a utilização de bacharéis em Direito, os quais poderiam ter o preparo necessário para proceder ao diálogo restaurativo.

No que toca a composição civil, a Lei n. 9.095/99, em seus artigos 72 a 74 e o 79, são analisados por Pinto (2006) da seguinte maneira:

Com base nos dispositivos acima pode o juiz encaminhar o caso a um núcleo de justiça restaurativa, na fase preliminar ou mesmo durante o procedimento sumaríssimo, se não houver sido tentada a conciliação naquela primeira oportunidade, porque tais dispositivos, interpretados extensivamente e com base na diretriz hermenêutica do art. 5º da lei de Introdução ao Código Civil, são normas permissivas e que legitima a ilação de que esse procedimento pode ser encaminhado a um Núcleo de Justiça Restaurativa, para oportunizar a possibilidade de composição civil, inclusive com despenalização nos crimes de ação penal privada ou pública condicionada, e de transação penal, com aplicação de pena alternativa, num procedimento que pode ser conduzido por um mediador ou facilitador, que atuaria como uma espécie de conciliador restaurativo.

Tal posicionamento também é defendido por Bianchini (2012, p. 166 e 168):

[...] possibilita-se o encaminhamento ao centro de Justiça Restaurativa diante da composição dos danos e aceitação de uma pena não privativa de liberdade, apresentada no artigo 72. Assim, tendo como fundamento a autocomposição trabalhada como foco e o preparo dos facilitadores, a Justiça Restaurativa poderá ser regida em consonância com a legislação penal. [...] Há um apontamento abolicionista moderado pelo afastamento do Direito Penal para um tratamento dos casos no âmbito civil, como no caso de descumprimento dos acordos. Contudo, não se trata efetivamente de um abolicionismo, mas de uma adequação ao princípio da *ultima ratio*, isto é, da atuação penal somente como último recurso. De tal modo que, havendo a possibilidade de utilização de outros ramos para a solução do conflito, deve-se buscar essa participação.

Apesar das possibilidades apresentadas, a Justiça Restaurativa em âmbito nacional é pouco conhecida. De acordo com a agência de notícias do CNJ (CARVALHO, 2014), a Justiça Restaurativa está em funcionamento há cerca de 10 anos no Brasil, sendo classificada como “uma técnica de solução de conflitos que prima pela criatividade e sensibilidade na escuta das vítimas e dos ofensores”.

No Brasil, as práticas restaurativas têm sido utilizadas principalmente nas escolas, prevenindo os conflitos ou então em medidas socioeducativas cumpridas por adolescentes infratores.

No Distrito Federal, além dos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, tem sido utilizado também, pioneiramente, em casos de médio e alto potencial ofensivo, conforme informações constantes no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (2015).

Em agosto de 2014, o Ministro do Supremo tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, afirmou que “diante da crescente demanda por Justiça, os magistrados devem mudar a mentalidade e buscar formas alternativas de solução de conflitos, não privilegiando apenas o ajuizamento de processos judiciais” (LEWANDOWSKI apud VASCONCELLOS, 2014).

A declaração acima ocorreu durante o lançamento do referido Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa, acrescentando ainda:

Para que nós possamos dar conta desse novo anseio por Justiça, dessa busca pelos direitos fundamentais, é preciso mudar a cultura da magistratura, mudar a cultura dos bacharéis em Direito, parar com essa mentalidade, essa ideia de que todos os conflitos e problemas sociais serão resolvidos mediante o ajuizamento de um processo. Nós precisamos buscar meios alternativos de solução de controvérsias. Nós precisamos buscar não apenas resolver as questões litigiosas que se multiplicam na sociedade por meio de uma decisão judicial, mas sim buscar formas alternativas, devolvendo para a própria sociedade a solução de seus problemas. (LEWANDOWSKI apud VASCONCELLOS, 2014).

Nesse sentido, desde 2005, o juiz Leoberto Brancher, considerado um dos pioneiros da Justiça Restaurativa no Brasil, coordenador da campanha da AMB e grande incentivador das práticas restaurativas, vêm aplicando as medidas na área socioeducativa no Rio Grande do Sul.

Em entrevista ao Jornal Oficial da AMB, em 2014, questionado sobre como conheceu a Justiça Restaurativa, declarou:

A gente vivia um quadro de crises recorrentes, rebeliões, motins, a tropa de choque entrava, quebrava todo mundo, os meninos colocavam fogo em colchões, morria gente lá dentro. Era um quadro dramático. Nessa época, fiz um curso de educação em valores humanos (em janeiro de 1999) e foi aí que tive o primeiro contato com a Justiça Restaurativa, considerada como uma Justiça baseada em valores. Me perguntava qual é o papel da lei naquele espaço de selvageria, onde não havia mais espaço para dialogar, não tinha espaço para a palavra. Nem a palavra da lei se fazia mais ouvir. A JR surgiu como resposta. (BRANCHER apud DELGADO, 2014).

Nota-se diante das declarações de Brancher e Lewandowski que parte do judiciário Brasileiro está ciente da necessidade de mudanças e está disposta a

realizá-las. Com isso, vários Estados já estão criando comissões e centros de soluções de conflitos, tendo resultados positivos.

5.1 Carta de Araçatuba

Em abril de 2005 fora realizado em Araçatuba, no interior do Estado de São Paulo, o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, tendo ao fim a assinatura da Carta de Araçatuba, cujo objetivo é a definição dos Princípios da Justiça Restaurativa para o Brasil.

Em seu texto, são apresentados os seguintes princípios:

1 - plena informação sobre as práticas restaurativas anteriormente à participação e os procedimentos em que se envolverão os participantes; 2 - autonomia e voluntariedade para participação das práticas restaurativas, em todas as suas fases; 3 - respeito mútuo entre os participantes do encontro; 4 - co-responsabilidade ativa dos participantes; 5 - atenção à pessoa que sofreu o dano e atendimento de suas necessidades, com consideração às possibilidades da pessoa que o causou; 6 - envolvimento da comunidade pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação; 7 - atenção às diferenças sócio-econômicas e culturais entre os participantes; 8 - atenção às peculiaridades sócio-culturais locais e ao pluralismo cultural; 9 - garantia do direito à dignidade dos participantes; 10 - promoção de relações equânimes e não hierárquicas; 11 - expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito; 12 - facilitação por pessoa devidamente capacitada em procedimentos restaurativos; 13 - observância do princípio da legalidade quanto ao direito material; 14 - direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo; 15 - integração com a rede de assistência social em todos os níveis da federação; 16 - interação com o Sistema de Justiça. (TJRS, 2011).

Nota-se que os princípios por ela apresentados são compatíveis com os que norteiam as práticas de Justiça Restaurativa em todo o mundo, já apresentados no segundo capítulo deste trabalho.

A carta é um marco para a aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil. Entretanto, onze anos após a sua assinatura, o desenvolvimento dos métodos restaurativos no Brasil é lento, sendo ainda pouco conhecido pela população. Além do mais, a carta é apenas uma recomendação, não caracterizando uma obrigação legal a ser seguida.

Na continuidade dos esforços direcionados à adoção de práticas restaurativas de justiça no Brasil, após esta carta surgiram outras, como a de Brasília²¹ e São Luís²², com conteúdos semelhantes, orientando sobre os princípios e a necessidade de novos métodos de utilização da justiça no Brasil.

5.2 Posicionamentos do CNJ sobre Justiça Restaurativa

O Conselho Nacional de Justiça publicou em 2010 a Resolução n. 125 apresentando os métodos alternativos de solução de conflitos, mais voltados ao âmbito civil, entretanto, aplicáveis por analogia ao processo criminal.

A medida tomada pelo CNJ surtiu efeitos positivos no âmbito judicial, reduzindo o número de processos, permitindo que a justiça tratasse com mais celeridade dos casos passíveis de mediação ou conciliação.

A esse respeito, Taise Trentin e Sandro Trentin (2011), expõem que:

A Resolução trata sobre a ampliação do acesso à justiça e da pacificação do conflito por meio dos métodos consensuais, considerando que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que sua apropriada disciplina em programas já implementados nos países tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças, sendo imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais.

Diante do sucesso apresentado, a Resolução ganhou mais força com a recente publicação do novo Código de Processo Civil, que prioriza a conciliação e mediação antes da via judicial, dando ao meio judiciário a característica da cultura de Paz.

Ademais, a adoção da conciliação e da mediação judicial como meio de composição de conflitos representa um avanço. Entretanto, apesar de sua positividade, no que se refere à mediação judicial sofrer algumas críticas, em virtude da essência do instituto da mediação, ela pode ser vista por outro

²¹ Disponível em: <<http://www.aasptj.org.br/artigo/carta-de-bras%C3%ADlia-pela-justi%C3%A7a-para-inf%C3%A2ncia-e-juventude>>. Acesso em maio/2016.

²² Carta elaborada pelos integrantes do I Seminário Brasileiro de Justiça Juvenil Restaurativa, ocorrido entre os dias 07 a 09 de julho de 2010, em São Luís, Maranhão.

ângulo, ou seja, ter um reconhecimento quanto ao tema, uma vez que esse se encontra em constante evolução. É inegável, portanto, a contribuição da mediação para o processo. Depreende-se de todo o exposto que é necessária uma nova base científica para o processo, numa revisão metodológica, com a releitura do conceito de jurisdição. Neste terceiro milênio deve-se priorizar uma coexistência pacífica entre as partes, estimulando o diálogo e participação dos protagonistas do conflito, preservando-se as relações, voltada, portanto a uma maior humanização do conflito. (TRENTIN e TRENTIN, 2011).

A presente resolução regulamenta em todo o território nacional os métodos de conciliação e mediação, além de apresentar as especificidades que os conciliadores e mediadores devem possuir, inclusive impondo-lhes regras de ética.

No artigo 10 da Resolução é apresentada a característica do CEJUSC, já apresentado nos capítulos anteriores, que devem realizar as conciliações ou mediações pré-processuais, as conciliações ou mediações durante o andamento do processo, além do atendimento ao público.

Apesar de no CEJUSC apenas se realizar audiências de âmbito cível e, em alguns casos, no âmbito trabalhista, as três características também devem ser aplicadas aos Núcleos de Justiça Restaurativa, pois realizarão audiências pré-processuais, as que poderão ser solicitadas durante o decorrer do processo, além de poder ser utilizado para o atendimento ao público sobre orientações processuais.

No Estado de São Paulo, há algum tempo, estão em funcionamento os Núcleos Especiais Criminais, que atuam na conciliação criminal, entretanto ainda não alcançando plenamente os objetivos da Justiça Restaurativa, como por exemplo, os princípios da adaptabilidade e o da celeridade – este último no que se refere à figura do facilitador – porém, abrangendo as características citadas nos parágrafos anteriores.

5.3 Núcleos Especiais Criminais – NECRIM e Justiça Restaurativa

A afirmação de que o NECRIM não alcança com plenitude os objetivos da Justiça Restaurativa se dá pelo fato que é o próprio Delegado de Polícia que comanda as audiências conciliatórias, ao passo que a Justiça Restaurativa pede a

desvinculação de autoridades do processo, ainda que tal Delegado possua formação específica direcionada para conduzir a mediação.

Nos demais procedimentos, pode-se dizer que o NECRIM funciona nos mesmos parâmetros que se espera da Justiça Restaurativa, ainda que assim não seja chamado.

O primeiro NECRIM foi criado na cidade de Bauru através da Portaria DEINTER 4, n. 6 de 15 de dezembro de 2009 para atender os crimes de menor potencial ofensivo nos moldes da Lei n. 9099/95 (BARROS FILHO, 2010).

Em 2010 foi instalado em Lins/SP. Com apenas três meses de funcionamento, O NECRIM linense já demonstrou resultados positivos, sendo registradas 200 ocorrências, tendo 71 audiências realizadas, com 65 delas sendo realizado acordo, conforme consta no site da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo (2010).

Sobre o procedimento do NECRIM, Angerami (2015) apresenta que.

Os NECRIMs são compostos por Delegados, Escrivães e Investigadores, que devem ter perfil para conciliar e ter formação nos Cursos Complementares sobre o tema da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Após elaboração do Termo Circunstanciado, o delegado de polícia fará uma audiência de conciliação entre as partes, com o fim de resolver o conflito. Em caso positivo, será lavrado o chamado Termo de Composição Preliminar. A peça deverá conter a qualificação das partes, descrição dos fatos e todos os pontos do acordo e, ao final, deve conter assinatura das partes envolvidas no conflito. Ao final, todos os envolvidos recebem cópia do termo. O próximo passo é remeter os documentos, Termo Circunstanciado e Termo de Composição Preliminar, à apreciação do Poder Judiciário e do Ministério Público. O termo será homologado pelo Juiz de Direito. [...] Se, caso contrário, as partes não chegarem a um acordo, o Delegado de Polícia não lavrará o Termo de Composição Preliminar. Então, somente será encaminhado ao Juiz o Termo Circunstanciado, com a informação de que a tentativa de pacificação não foi alcançada.

Entretanto, não há como negar a eficiência e sucesso do NECRIM, demonstrando que a sociedade entende a necessidade da cultura de paz e que está disposta a trabalhar com isso.

O NECRIM existe no estado de São Paulo, entretanto, em outros Estados da Federação já existem ensaios de métodos semelhantes sob o nome de Justiça

Restaurativa. Como já foi apresentada nos parágrafos anteriores, sua principal forma de utilização ocorreu no âmbito juvenil, prevenindo e reparando danos causados pelos menores infratores.

5.4 As experiências brasileiras de aplicação da Justiça Restaurativa

Os êxitos mais expressivos ocorreram em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul sob o comando do juiz Rezende de Melo. A Justiça Restaurativa vem sendo aplicada na 3ª Vara da Infância e da Juventude através das medidas socioeducativas. (DA SILVA, p. 70).

As práticas restaurativas foram sendo realizadas de forma principal nos casos envolvendo adolescentes reincidentes, uma vez que eram aplicadas apenas na fase processual, por conta da grande resistência dos magistrados.

Sobre o procedimento adotado, Karina da Silva (2007, p.71) apresenta que:

Os critérios para a seleção dos casos são a admissão pelo adolescente da autoria do cometimento do ato infracional, ter vítima identificada e não ser caso de homicídio, latrocínio, estupro nem de conflitos familiares. Na prática, a maior parte dos atos infracionais atendidos pelo programa são roubo qualificado e furto. A participação da vítima e do ofensor é voluntária. Após ser feita a seleção inicial dos casos, segue-se a etapa do Pré-Círculo, que consiste em explicar às partes o que é justiça restaurativa, a dinâmica do círculo e verificar o seu interesse em participar. Esses contatos são feitos com ofensor e vítima separadamente. Primeiro contacta-se o adolescente e sua família para, somente depois, se estes aceitarem participar, contactar a vítima. Após, seguem-se os Círculos Restaurativos. Estes duram em média uma hora e meia; ocorrem numa sala do Fórum destinada exclusivamente para o programa e são conduzidos por dois coordenadores, que desempenham o papel de facilitadores. Os coordenadores têm a função de assegurar que todos tenham a oportunidade de se expressar, de certificar que se sentiram escutados e, ainda, de contribuir para a definição do acordo/plano. Obtido um acordo/plano, este é redigido pelo coordenador, assinado por todos e cada um recebe uma cópia. Após, é feita uma audiência sem a presença das partes para avaliação e homologação do acordo. Depois, o adolescente é encaminhado para o Programa de Execução de Medidas Sócio-Educativas e um técnico é responsável por acompanhar o cumprimento do acordo pelo adolescente, enquanto um coordenador do Círculo acompanha as necessidades da vítima e, se necessário, a encaminha aos serviços sociais adequados. Por fim, há os Pós-Círculos, que são feitos após 30 dias da realização dos Círculos, oportunidade em que os Coordenadores entram em contato com as partes e verificam se o acordo foi cumprido.

Apesar de ser inegável o reconhecimento pela utilização das práticas restaurativas, contudo, no caso de Porto Alegre, não foi utilizado todas as características que são atribuídas a Justiça Restaurativa, como por exemplo, a sua utilização se deu apenas em casos em que o processo já estava formado.

Na Bahia, a aplicação da Justiça Restaurativa, em termos de objetivos e características, obteve avanço significativo. Com a Resolução n. 8 de 2010, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (NUPEMEC, 2011), foi criado o Núcleo de Justiça Restaurativa com a seguinte perspectiva:

A Justiça Restaurativa tem como ferramenta de atividade o consenso e, para alcançá-lo, vítima, infrator, terceiros afetados pela infração e membros da comunidade refletem, transformam e constroem soluções para os conflitos causados pelo crime. A Justiça Restaurativa chega como mecanismo de transformação social, uma vez que abre caminho para a forma participativa de promoção da paz social, dando possibilidade de conciliação às vítimas e, aos agressores, de resolverem os transtornos oriundos dos conflitos sociais. (NUPEMEC, 2011).

Além do mais, o Núcleo de Justiça Restaurativa desenvolve mensalmente palestras para a comunidade, aproximando a comunidade do interesse em participar das soluções de conflito.

No site do Tribunal de Justiça da Bahia, especificamente na área do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos é possível encontrar as estatísticas do ano de 2014, sendo 60 casos, tendo sido realizados 32 acordos, com atuação em uma área de aproximadamente 1.200.000 habitantes, conforme informações constantes do site do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2011).

Com os exemplos apresentados nota-se a divergência de procedimentos, o que demonstra a necessidade da edição de uma lei nacional a fim de regulamentar a aplicação da à Justiça Restaurativa, unindo as experiências do NECRIM de São Paulo com as de Porto Alegre e Bahia, além das outras existentes, contudo, sem interferir nas características que as culturas locais agregam ao procedimento.

5.5 Subsídios para a uniformização da aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil

Apesar de já existirem práticas restaurativas no Brasil, elas ainda não atendem totalmente a finalidade a qual foram desenvolvidas, existindo travas que limitam sua eficácia, como já explicitado.

Desse modo, nesta subseção serão apresentados subsídios para uniformização de um modelo restaurativo, levando em conta os princípios e objetivos da Justiça Restaurativa.

Neste modelo proposto, ocorrido o conflito, a vítima deverá realizar os procedimentos do mesmo modo que são realizados hoje, devendo procurar a Delegacia de Polícia e realizar a sua queixa-crime, ao qual será instaurado o devido Inquérito Policial, devendo ser concluído no prazo legal.

Ao término do Inquérito, a vítima deverá ser questionada sobre a aceitação da prática restaurativa, desde que a natureza do delito permita – como foi apresentado ao longo deste trabalho, devendo se tratar crimes de menor potencial ofensivo e complexidade.

Havendo a aceitação, o Delegado de Polícia encaminhará os autos do Inquérito para o Ministério Público junto à carta de admissão ao procedimento restaurativo. O Ministério Público então encaminhará para os Núcleos Restaurativos e acompanhará o desenrolar das negociações.

Essa necessidade de acompanhamento pelo Ministério Público é defendida por Pinto (2006):

Os casos indicados para uma possível solução restaurativa, segundo critérios estabelecidos, após parecer favorável do Ministério Público, seriam encaminhados para os núcleos de justiça restaurativa, para avaliação multidisciplinar e, convergindo-se sobre sua viabilidade técnica, se avançaria nas ações preparatórias para o encontro restaurativo.

Com o caso encaminhado para o núcleo, o infrator é notificado a se manifestar sobre a aceitação da solução via Justiça Restaurativa. Não havendo a aceitação de uma das partes, segue o processo conforme a natureza da ação penal.

Importante salientar que se ao término do Inquérito Policial a vítima não quiser a Justiça Restaurativa, ou então o infrator não aceitar participar, poderão durante o processo criminal, caso mudem de ideia, propor a solução via práticas restaurativas, suspendendo o processo. Tal posicionamento é defendido por Pinto (2006), fazendo alusão ao artigo 89 da Lei 9.099/95:

[...] também para as situações que admitam a suspensão condicional do processo pode ser feito o encaminhamento ao Núcleo de Justiça Restaurativa, pois a par das condições legais obrigatórias para a suspensão do processo, o § 2º permite a especificação de outras condições judiciais - tais condições poderiam perfeitamente ser definidas no encontro restaurativo.

Para Bianchini (2012, p. 165-166) é importante que o facilitador apresente os meios e objetivos da Justiça Restaurativa ao infrator sem a presença da vítima, pois para esta a emoção poderia influenciar de forma negativa a decisão do outro.

Uma vez aceita a solução via restauração, o Núcleo de Justiça Restaurativa deverá marcar audiência e designar o facilitador, que deverá ter sido formado pelo curso de mediação e conciliação promovido pelo CNJ. A audiência poderá durar o tempo que for necessário, além de poder ser realizada em várias audiências com intervalos de 15 dias.

Marcada a audiência, deverá ser publicado em jornal de grande circulação do local onde o Núcleo está instalado, para que a população tenha conhecimento e se sinta motivada a participar. Entretanto, a participação da sociedade deverá ser limitada quanto ao número de pessoas para que, ao invés de célere, o processo restaurativo não se estenda, uma vez que os membros da sociedade também possuem voz ativa no processo restaurativo.

Com as partes e os membros da sociedade presentes, o facilitador deverá fazer a leitura da queixa, sem apresentar evidências ou provas colhidas durante o Inquérito Policial, apresentando a vítima e o ofensor, para que os membros da sociedade presentes tenha conhecimento mais aprofundado do que está sendo tratado.

O facilitador é o responsável pela condução dos trabalhos, podendo interferir e sugerir ações se assim achar necessário. Ele não possui poder de decisão, uma vez que o processo restaurativo é movido em face do empoderamento das partes.

Após as introduções, o facilitador permitirá que a vítima conte a sua versão da história e, logo após, o infrator fará o mesmo. Encerrada essa parte da audiência, as partes são novamente questionadas se desejam solucionar esse conflito via métodos restaurativos. Se alguma das partes desistir, o processo criminal é retomado e audiência restaurativa encerrada.

Entretanto, se as partes desejarem continuar, é aberto aos membros da sociedade que exprimam seus pontos de vista sobre a vítima e o infrator, devendo sempre apresentar práticas que acreditam que solucionarão o conflito.

Essas sugestões devem abranger a pessoa da vítima, do infrator e da sociedade. Por exemplo, em um crime de furto, pode ser sugerida a devolução do bem ou quantia furtados, o comprometimento do infrator em realizar um curso profissionalizante, de modo a conseguir um emprego com salário que supra as suas necessidades e, também, que se comprometa a realizar trabalhos comunitários de modo a se integrar na comunidade em que vive.

Apresentados os pontos de vista e sugestões dos membros da sociedade, cabe à vítima e ao infrator realizar a negociação, com o facilitador conduzindo os trabalhos de negociação.

Para a negociação, Bianchini (2012, p.167) aponta que:

Um pedido de desculpas pode até bastar e ser adequado a certos casos, mas para reabilitar e imprimir reparação transformadora ao caráter e dignidade do infrator, não. Afinal, a Justiça Restaurativa tem como intuito promover também a recuperação pessoal e social do delinquente, levando-o à conscientização de que o mal que praticou causou também, principalmente, danos morais e psicológicos profundos, intimamente traumatizantes e não só prejuízos monetários ou materiais, como se pensa na maioria das vezes, apontando para a possibilidade de uma prestação de serviços à comunidade, envolvendo uma pena não privativa de liberdade debatida entre as partes.

Chegando-se a um compromisso, deverá ser lavrado um termo em que a vítima, o infrator e 03 membros da sociedade presentes deverão assinar. O termo

será encaminhado ao Ministério Público que dará o seu parecer e encaminhará ao juiz criminal para homologação.

Concluído o procedimento restaurativo no núcleo, o caso seria retornado ao Ministério Público, com um relatório e um acordo restaurativo escrito e subscrito pelos participantes. A Promotoria incluiria as cláusulas ali inseridas na sua proposta, para homologação judicial, e se passaria, então, à fase executiva, com o acompanhamento integral do cumprimento do acordo, inclusive para monitoramento e avaliação do programa. (PINTO, 2006).

Respeitada a independência funcional do Ministério Público, nem o Ministério Público nem o juiz deverão se manifestar contrários as disposições do termo, exceto quando estas ferirem direitos fundamentais ou infringirem leis.

Em caso de negociação infrutífera, ou então se perceber que após inúmeras audiências as partes continuam fechadas ao acordo, apesar de manifestarem sua vontade e solução via métodos restaurativos, o facilitador deverá encerrar o processo restaurativo, realizando observações acerca das negociações e encaminhar ao Ministério Público para que, se assim entender, prossiga com o processo criminal, ou então, retorne os autos ao Núcleo de Justiça Restaurativa para que se inicie novo procedimento.

Após a realização do acordo, as partes não poderão desistir. Caso haja o descumprimento do acordo, o mesmo será considerado nulo e o processo criminal retomado, sem a oportunidade de aplicação da Justiça Restaurativa.

É importante ressaltar que em caso de acordo infrutífero ou então da desistência da solução pelos métodos restaurativos, o que foi dito nas audiências restaurativas não poderão, em hipótese alguma, ser utilizadas como provas no processo criminal, aplicando-se o princípio da confidencialidade, pois os atos realizados apenas possuem efeitos no âmbito restaurativo.

Deve ser observada essa regra, pois senão as partes, principalmente o infrator, não se sentiriam motivadas a participação, pois estariam “assinando” uma espécie de “declaração de culpa”. O que não cabe na Justiça Restaurativa, já que ela não busca culpados e inocentes, mas sim o restabelecimento do convívio social.

É sob a ótica da cultura de paz que a Justiça Restaurativa deve se pautar e ajudar a sociedade a romper com antigos paradigmas e possibilitar a mudança da justiça, tornando-a mais humanizada.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa realizada reforça a percepção de que o sistema penal brasileiro não alcança a realização das funções da pena no que cabe à ressocialização. Tal percepção é ainda mais alarmante quando se verifica que a infração da lei por parte dos cidadãos se dá, em grande parte dos casos, por consequência da exclusão social.

A falta de oportunidades coloca o indivíduo à margem da sociedade, construindo um cenário ao qual o indivíduo não se sente parte de sua comunidade. Ao cometer um crime, o infrator é retirado da sociedade e levado para “casas” mantidas pelo Estado para a sua “recuperação”. Entretanto, quando termina o cumprimento de sua pena, a sociedade, na maioria das vezes, o rejeita por ser um ex-presidiário, não sendo oferecidas as condições necessárias para sua efetiva “melhora”.

O modelo penal ideal é aquele que não estigmatiza o indivíduo, com o mesmo estando inserido em sua comunidade, sendo-lhe ofertada às oportunidades necessárias para se tornar um indivíduo “especializado”.

Seria incorreto atribuir toda a existência da criminalidade apenas às faltas de oportunidade, pois existem muitos outros fatores que levam o homem a delinquir – como também o próprio desejo de cometer crimes –, entretanto, pode-se afirmar que a não especialização do indivíduo impacta significativamente na criminalidade.

Desse modo, não pode a penalização ter o objetivo de utilizar o sofrimento para imputar medo aos demais membros da sociedade, para que eles não venham a delinquir, sem também após o cumprimento da pena, não mais se preocuparem com o apenado.

As interpretações e análises de juristas apresentadas neste trabalho mostram que se começa a entender que a situação atual não é sustentável, o que possibilita a adoção de novas práticas a fim de se alcançar a função ressocializadora. Na emergência dessas novas práticas encontra-se a Justiça Restaurativa, objeto desta investigação. Sua intenção é fazer com que a sociedade se sensibilize com a

situação e enxergue a vítima como um membro que necessite de apoio e o infrator como um que necessite de incentivos para a mudança de suas condutas.

A Justiça Restaurativa coloca os interessados na solução do conflito para fazê-lo, sem que o Estado interfira diretamente, aplicando medidas que, muitas vezes, ofertarão a falsa sensação de justiça.

A experiência restaurativa vem sendo utilizada em vários países, tendo em cada lugar peculiaridades, devido a sua informalidade. Assim, as comunidades conseguem aplicar seus costumes na hora de solucionar o conflito, tornando a aceitação do infrator mais fácil, bem como a “recuperação” da vítima.

Apesar de no Brasil não existir legislação específica a respeito da Justiça Restaurativa, as leis que norteiam os Meios Alternativos de Solução de Conflitos e os Juizados Especiais apresentam a possibilidade de implementação do instituto estudo ao sistema brasileiro.

Cada vez mais, a Justiça Restaurativa ganha adeptos no Brasil defendendo a sua aplicação, tendo já sido realizado o Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, resultando na Carta de Araçatuba, que apresenta os princípios deste instituto.

Os métodos restaurativos estão em funcionamento no Brasil há 10 anos, entretanto, ainda são desconhecidos pelo grande público, se desenvolvendo lentamente, porém, com sucesso.

No Brasil, a Justiça Restaurativa tem sido usada principalmente na solução e prevenção de conflitos envolvendo os menores infratores, com louváveis resultados no Rio Grande do Sul.

Em São Paulo, os Núcleos Especiais Criminais demonstram que os métodos restaurativos podem ser usados não apenas com menores infratores, mas também com os adultos, como ocorre em outros países.

Entretanto, apesar dos exemplos mencionados, a pesquisa realizada permitiu a verificação da falta de consonância das práticas consolidadas no país com alguns princípios e objetivos da Justiça Restaurativa, sendo necessária a criação de legislação específica para regulamentar os métodos sem, contudo, tirar a característica informal que o instituto possui.

A Justiça Restaurativa contribui para a chamada Cultura de Paz, que busca a solução de conflitos sem deixar máculas no passado, resolvendo todos os pontos e, se possível, restabelecendo o convívio.

É importante lembrar que a Justiça Restaurativa não tem a pretensão de substituir o sistema penal atual, sendo utilizada em todas as formas de crime, pois se deve entender que nem todos os casos são passíveis de acordo, pela sua natureza e resultados.

Para o desenvolvimento deste instituto no Brasil, é necessária sua divulgação. Afinal, somente se conhecendo o que propõe, seus benefícios – e também malefícios -, objetivos e princípios é que o seu desenvolvimento será pleno.

A partir do conhecimento da Justiça Restaurativa, almeja-se que a sociedade apoie e deseje os meios restaurativos para a solução de seus conflitos, contribuindo para o desenvolvimento da Cultura de Paz e ressocialização de seus membros.

É certo que esta pesquisa não esgota a análise da temática. Pelo contrário, ela se propõe a ser mais uma peça do motor da curiosidade, gerando novas pesquisas e ideias direcionadas a adequar a aplicação da Justiça Restaurativa, da melhor forma possível, em nossa sociedade.

O desenvolvimento do ser humano se dá quando o mesmo é capaz de se entender e entender ao próximo, respeitando seus limites e ajudando nas suas fraquezas, e é isso o que Justiça Restaurativa propõe ao permitir que a própria sociedade resolva os seus conflitos.

REFERÊNCIAS

AGRA, Cândido de; CASTRO, Josefina. **Mediação e Justiça Restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação**. 2004. Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/25028/2/49820.pdf>>. Acesso em abr/2016

AGUILAR, Alejandra Vélez. **Penas Alternativas a la Sancion Privativa de la Libertad**. Disponível em: <<http://www.pudh.unam.mx/perseo/?p=634>>. Acesso em out/2015

ANGERAMI, Ana Carolina. **Núcleo Especial Criminal – NECRIM: a atuação da polícia civil na resolução de conflitos**. 2015. Disponível em: <<<http://carolangerami.jusbrasil.com.br/artigos/140495082/nucleo-especial-criminal-necrim>>>. Acesso em abr/2016

AZEVEDO, Mônica Louize de. **Penas Alternativas à Prisão: os substitutos penais no sistema penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2005, 234p.

BARROS FILHO, Mário Leite de. **O Delegado de Polícia como Pacificador Social: O núcleo especial criminal (NECRIM) em Bauru**. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/16961/o-delegado-de-policia-como-pacificador-social>>. Acesso em abr/2016

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. 239p.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. 146p.

BERDET, Marcelo. **Are Alternative Sanctions na Effective Civil Remedy to Overcrowding Prison Population in Brazil?**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 103, ano 21, p. 383 – 407. jul./ago. 2013

BIANCHINI, Edgar Hrycyclo. **Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanda Editora, 2012, 192p.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004. 897p.

BONINI, Luci M. M.; CANDIDO, Valéria Bressan. **Cultura De Paz E Justiça Restaurativa Em Escolas De Guarulhos**: parceria entre a justiça e a educação. 2015. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/13116/2305>>. Acesso em maio/2016

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em jun/2016

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em jun/2016

BRASIL. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em jun/2016

BRASIL. **Lei n. 9.099/95**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em jun/2016

BRASIL. **Lei n. 13.140/15**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em maio/2016.

CANADÁ. **Criminal Code**. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-178.html#h-262>>. Acesso em fev/2016

CARVALHO, Luiz de. **Justiça Restaurativa**: o que é e como funciona. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em abr/2016

CASTRO SILVA, Gil Braga de. **A Importância das Penas Alternativas**. Disponível em: <<http://gilbragacastro.jusbrasil.com.br/artigos/148459128/a-importancia-das-penas-alternativas>>. Acesso em out/2015

CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. **Evolução Histórica do Direito Penal**. 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4756>. Acesso em maio/2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: 2010. 12 ed. p. 33 – 34; 237 – 246

CNJ. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em abr/2016

CONECTAS. **Declaração de ministro da Justiça sobre presídios brasileiros é acurada e preocupante**. 2012. Disponível em <<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/declaracao-de-ministro-da-justica-sobre-presidios-brasileiro-e-acurada-e-preocupante>>. Acesso em set/2015

DA SILVA, Karina Duarte Rocha. **Justiça Restaurativa e Sua Aplicação no Brasil**. 2007. 83p. Disponível em: <www.fesmpdf.org.br/arquivos/1_con_Karina_Duarte.pdf>. Acesso em abr/2016

DE SOUZA, Áurea Maira Ferraz. **O Que se Entende por “Plea Bargaining”?**. 2012. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121924834/o-que-se-entende-por-plea-bargaining>>. Acesso em abr/2016

DELGADO, Márcia. **Foco na Restauração do Tecido Social**. 2014. Disponível em: <<http://emam.org.br/arquivo/documentos/4423df8a-a152-45dc-810f-2111837bc666.pdf>>. Acesso em abr/2016

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **A função da pena e sua importância para o direito brasileiro**. IDECRIM. Disponível em <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/119-a-funcao-da-pena-e-sua-importancia-para-o-direito-brasileiro>>. Acesso em out/2015

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p.144.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987, 288p.

GABBAY, Daniela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, 104p.

LILLES, Heino. **Circle Sentencing: part of the restorative justice continuum**. 2002. Disponível em: <http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDQ3>. Acesso em abr/2016

LINK, Valéria de Souza. **O Sistema de Justiça Penal e a Justiça Restaurativa: concepções filosóficas e psicológicas subjacentes.** 2008. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=12270@1>. Acesso em out/2015

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. 124p.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FRABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral.** São Paulo: Atlas, 2010. 26 ed. 464p.

MONGOLD, Jennifer L.; EDWARDS, Bradley D. **Reintegrative Shaming: theory into practice.** 2014. Disponível em: <<http://www.jtpcrim.org/September-2014-Special-Edition/Reintegrative-Shaming.pdf>>. Acesso em abr/2016

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 93 – 104

MONTINEGRO, Monaliza. **A Desordem Gera a Desordem: conheça a teoria das janelas quebradas.** 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/05/26/a-desordem-gera-desordem-conheca-a-teoria-das-janelas-quebradas/>>. Acesso em: abr/2016

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Das Funções da Pena.** 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12620>. Acesso em out/2015

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da Pena e Sua Finalidade no Direito Penal Brasileiro.** EGOV, 2012. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teorias-da-pena-e-sua-finalidade-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em out/2015

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: introdução e parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 1. 38 ed. 388p.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal.** São Paulo: Rideel, 2009. vol. 1. 38 ed. 381p.

NUPEMEC. **Justiça Restaurativa**. 2011. Disponível em: <<
http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/index.php?option=com_content&view=article&id=10&Itemid=24>>. Acesso em abr/2016

OLIVEIRA, Cristina. **Notas Sobre a Justiça Restaurativa**. Porto Alegre: revista Síntese, 2012, vol. 13, n. 75, ago/set 2012. p. 54 – 73

ONU. **Handbook on Justice Restorative Programmes**. 2006. Disponível em:
<https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf>. Acesso em out/2015.

ONU. **Resolution 2012/12**: basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. Disponível em: <
<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em out/2015

PACHECO, Andreia Teixeira Moret. **Justiça Restaurativa**: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo poder judiciário. 2012. Disponível em <
<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9749/Andreia%20Teixeira%20Moret%20Pacheco.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em out/2015

PERBONE, Camila Silvia Martinez. **As Vantagens da Aplicação de Penas Alternativas**. In: LEHFELD, Lucas de Souza (Org.). Manual dos Direitos do Cidadão. 2010, p.55-57. Disponível em:
<http://baraodemaua.br/comunicacao/publicacoes/pdf/vantagens_penas_alternativas.pdf>. Acesso em out/2015

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A Construção da Justiça Restaurativa no Brasil**: o impacto no sistema de justiça criminal. 2006. Disponível em:<
<http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/A-CONSTRU%C3%87%C3%83O-DA-JUSTI%C3%87A-RESTAURATIVA-NO-BRASIL-O-IMPACTO-NO-SISTEMA-DE-JUSTI%C3%87A-CRIMINAL-Por-Renato-S%C3%B3crates-Gomes-Pinto.pdf>>. Acesso em abr/2016

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa**: um novo caminho?. Revista IOB: Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre: Síntese, v. 8, n.45, dez.2007/jan.2008. p.190-202

PORTUGAL. **Lei n. 21/2007**. Disponível em:
<<http://www.presidenciaue.parlamento.pt/CJustica/leis/212007.pdf>>. Acesso em abr/2016

QUEIROZ, Cláudia Lemos. **Aspectos Relevantes do Mediador**. In GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUN, Helena Gurfinkel (org). *Mediação no Judiciário: teoria na práica e prática na teoria*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, p. 100-131

RIBEIRO, Gabrielle Carvalho; FREIRE, Mariana Belchior Ribeiro. **Funções da pena: paradoxos fáticos da teoria preventiva**. ESMARN: Revista Direito e Liberdade. Vol. 13, n 12. jul/dez, 2011. p. 147-170

ROBALO, Teresa L. de G. de A. e Souza, **Justiça Restaurativa: um caminho para a humanização do direito**. Curitiba: Juruá, 2012. 304p.

SALDAÑA, Quintiliano. **Nova Criminologia**. Campinas: Russel Editores, 2013. 240p.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Incompatibilidades entre a Justiça Restaurativa e o Instituto da Transação Penal**. Porto Alegre: revista Síntese, 2013, vol. 14, n. 80, jun/jul 2013. p.41 – 51

SECRETARIA DE SEGURANÇA PUBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Seccional de Ourinhos inaugura Núcleo Especial Criminal**. 2010. Disponível em: <<http://www.ssp.sp.gov.br/noticia/lenoticia.aspx?id=20713>>. Acesso em maio/2016

SOARES, Orlando. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 279 – 289.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em Juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo**. São Paulo: Atlas, 2012, p.47

SILVA, Bruno Nova. **Uma análise da limitação do âmbito de aplicabilidade da justiça restaurativa sob a perspectiva das funções da pena**. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,uma-analise-da-limitacao-do-ambito-de-aplicabilidade-da-justica-restaurativa-sob-a-perspectiva-das-funcoes-da-43340.html>>. Acesso em set/2015

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixa. **Mediação Como um Meio Alternativo de Tratamento de Conflitos Prevista no Novo CPC**. 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10863&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em abr/2016

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **TJDFT Cria Núcleo de Estudos Para Expansão da Justiça Restaurativa**. 2015. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2015/dezembro/tjdft-cria-nucleo-de-estudos-para-expansao-da-justica-restaurativa>>. Acesso em maio/2016

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Carta de Araçatuba: princípios da Justiça Restaurativa**. 2011. Disponível em: <<http://ijj.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/carta-aracatuba>>. Acesso em maio/2016.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, ed. 4, p. 393 – 402

VASCONELLOS, Jorge. **O Século XXI Marca a Era dos Direitos e do Poder Judiciário, afirma Ricardo Lewandowski**. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61987-o-seculo-xxi-marca-a-era-dos-direitos-e-do-poder-judiciario-afirma-ricardo-lewandowski>>. Acesso em abr/2016

ANEXO A – CARTA DE ARAÇATUBA

PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Redação elaborada pelos integrantes do **I SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA**, realizado na cidade de Araçatuba, estado de São Paulo - Brasil, nos dias 28, 29 e 30 de abril de 2005.

Acreditamos que o século XXI pode ser o século da Justiça e da Paz no planeta, que a violência, as guerras e toda sorte de perturbações à vida humana e ao meio ambiente a que temos estado expostos, são fruto de valores e práticas culturais e, como tal, podem ser transformadas. Acreditamos que o poder de mudança está ao alcance de cada pessoa, de cada grupo, de cada instituição que se disponha a respeitar a vida e a dignidade humana.

Acreditamos que o modo violento como se exerce o poder, em todos os campos do relacionamento humano, pode ser pacífico, mudando-se os valores segundo os quais compreendemos e as práticas, com as quais fazemos justiça em nossas relações interpessoais e institucionais.

Reformular nossa concepção de Justiça é, portanto, uma escolha Ética imprescindível na construção de uma sociedade democrática que respeite os Direitos Humanos e pratique a Cultura de Paz. Essa nova concepção de Justiça está em construção no mundo e propõe que, muito mais que culpabilização, punição e retaliações do passado, passemos a nos preocupar com a restauração das relações pessoais, com a reparação dos danos de todos aqueles que foram afetados, com o presente e com o futuro.

Acreditamos que só desse modo, será possível resistir às diversas modalidades de violência que contaminam o mundo sem realimentar sua corrente de propagação.

Acreditamos que, por isso, será necessário recomendar que cada pessoa, família, comunidade e instituição promovam reflexões e diálogos acerca dos temas da Justiça e da Paz, em especial acerca das alternativas para implementar Valores e Práticas Restaurativas.

Acreditamos que estas mudanças devem ser paulatinas e que, portanto, não podem prescindir do modelo institucional de Justiça tal como hoje estabelecido, sobretudo das garantias penais e processuais asseguradas constitucionalmente a todos aqueles que têm contra si, acusações de práticas de atos considerados como infracionais.

Acreditamos ainda, que as Práticas Restaurativas não implicam uma maximização da área de incidência do Direito Penal, mas, pelo contrário, uma reformulação do modo como encaramos a resolução dos conflitos.

As Práticas Restaurativas preconizam um encontro entre a pessoa que causou um dano a outrem e aquela que o sofreu, com a participação eventualmente de pessoas que lhe darão suporte, caso assim o desejarem, inclusive de advogados, assistentes sociais, psicólogos ou profissionais de outras áreas. Pautada pelo entendimento de que, o envolvimento da comunidade é fundamental para a restauração das relações de modo não violento, o encontro é a oportunidade dos afetados pelo ato de compartilharem suas experiências e atenderem suas necessidades, procurando chegar a um acordo.

Desta forma, entendemos que as Práticas Restaurativas que pretendemos, passem a fazer parte do modo de consecução da Justiça entre nós e se norteiem pelos seguintes princípios:

1. Plena informação sobre as Práticas Restaurativas anteriormente à participação e os procedimentos em que se envolverão os participantes;
2. Autonomia e voluntariedade para participação das Práticas Restaurativas, em todas as suas fases;
3. Respeito mútuo entre os participantes do encontro;
4. Co-Responsabilidade ativa dos participantes;
5. Atenção à pessoa que sofreu o dano e atendimento de suas necessidades, com consideração às possibilidades da pessoa que o causou;
6. Envolvimento da comunidade pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação;
7. Atenção às diferenças sócio-econômicas e culturais entre os participantes;
8. Atenção às peculiaridades sócio-culturais locais e ao pluralismo cultural;
9. Garantia do direito à dignidade dos participantes;

10. Promoção de relações equânimes e não hierárquicas;
11. Expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito;
12. Facilitação por pessoa devidamente capacitada em procedimentos restaurativos;
13. Observância do princípio da legalidade quanto ao direito material;
14. Direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo;
15. Integração com a rede de assistência social em todos os níveis da federação;
16. Interação com o Sistema de Justiça.

Araçatuba, 30 de Abril de 2005.