

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Júlia Schilling Magalhães

**APROXIMAÇÕES ENTRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E
ABOLICIONISMO PENAL**

Porto Alegre
2014

JÚLIA SCHILLING MAGALHÃES

**APROXIMAÇÕES ENTRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E
ABOLICIONISMO PENAL**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Dra. Vanessa Chiari Gonçalves

Co-orientadora: Me. Raquel Lima Scalcon

Porto Alegre
2014

JÚLIA SCHILLING MAGALHÃES

**APROXIMAÇÕES ENTRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E
ABOLICIONISMO PENAL**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em _____ de 2014

Conceito: _____

BANCA EXAMINADORA:

Professora Vanessa Chiari Gonçalves

Professora Ana Paula Motta Costa

Professor Marcus Vinicius Aguiar Macedo

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai e à minha mãe, Jefe e Nina, pela dedicação de sempre, pela confiança, pelo amor incondicional. Por todas as discussões políticas e sobre a vida que me fizeram ser que eu sou hoje. Por sempre acreditarem em mim, muitas vezes mais que eu mesma. Por serem quem são, por serem a base que me sustenta. Por tudo que me ensinaram e que me ensinam. Em especial ao meu pai, por ter discutido e lido comigo cada frase deste trabalho. Também ao meu irmão, Pedro, pelo amor e por todas as brigas, por me chamar de mana desde a primeira vez que falou comigo. Por ser tão diferente de mim e ao mesmo tempo tão parecido. Por batalhar pelo que ama, por respeitar as diferenças, por não ter vergonha de se expressar. Pelo artista que é. Pela amizade que temos.

Agradeço ao Lucas, meu amor, meu amigo, meu amante, meu companheiro de vida. Pela simplicidade, pelo carinho. Por todos esses anos de cumplicidade e de convivência diária. Pela força e pela dedicação. Pela vida que temos pela frente e os sonhos que compartilhamos. Pela felicidade que temos juntos. Por sempre ouvir minhas discussões políticas, por abrir a cabeça para novas visões de mundo, como ele costuma dizer. Pela confiança e pelo respeito. Por entender minha ausência nesses dias de pesquisa e de escrita. Também por ter me dado a sogra mais querida do mundo e os avós mais maravilhosos/as, que hoje considero como sendo meus, já que os meus não estão mais por perto. Agradeço, então, a eles também – Gracinha, vovinho José, vovinha Eva e vó Cici – em nome de toda a família Senandes e D’Avila, por toda a alegria e carinho que sempre me receberam.

Agradeço à Ariane e à Michele, muito mais que colegas. Pelos anos de convivência na sala de aula (e, principalmente, fora dela), pelo apoio nas provas e trabalhos. Por terem sido as responsáveis pela minha entrada no SAJU! Um pouco mais especial, à Nani, por todas as discussões sobre as possibilidades do abolicionismo penal e da justiça restaurativa, que muito me ajudaram na construção deste trabalho. Também à Lívia e à Mari. Às melhores “migs”! A essas quatro pessoas maravilhosas, por terem sido tão essenciais na minha caminhada acadêmica e na minha vida. Pela militância. Pelo companheirismo de SAJU e de outros tantos momentos, por serem um olhar sempre próximo e quente nessa Faculdade tão fria. Pelas viagens, pelas cachoeiras, por todas as conversas, por todas as risadas (e às vezes choros coletivos). Pela amizade e pelo amor que quero ter para a vida toda. Por sempre me aceitarem do jeito que eu sou. Por me ouvirem sempre. Por compartilharem tantos dos mesmos ideais que eu, pela luta e pela crença num mundo melhor para todas e todos nós.

Ao Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (SAJU) da UFRGS por ser o grande responsável pelos momentos prazerosos da minha vida acadêmica e por me fazer permanecer nela. Pela luta pelos direitos humanos, pela luta de esquerda, pela assessoria popular. Por toda militância política e protagonismo estudantil. Pela pluralidade. Por ter me apresentado tantas lutas diferentes e tão ricas. Por permitir que eu me encontrasse dentro do direito. Por me permitir sonhar. A todas as pessoas que fazem ou fizeram parte desse programa, a todos/as companheiros/as, por toda dedicação e amor quase inexplicáveis. Por todas as discussões em Conselho, todas as infinitas reuniões. E, em especial, ao Franco, pelo companheirismo e afeto nos tempos de Coordenação.

Ao Grupo de Mediação do SAJU (GM), por ter me proporcionado o contato com a mediação de conflitos e também com a temática deste trabalho. A todas e todos os/as seus/suas integrantes, pelo amor de cada dia, pela amizade, pela luta constante por um mundo mais humano, menos violento. Por todas as reuniões, oficinas e cursos. Por todo o aprendizado nesses anos de construção coletiva. Afinal, como já disse Raul, *sonho que se sonha só é só um sonho que se sonha só, mas sonho que se sonha junto é realidade*.

Às minhas professoras orientadoras, Vanessa e Raquel, pela correção e críticas a este trabalho. Pela disponibilidade de sempre. Também pelas professoras que são, por trazerem visões críticas à sala de aula, tão necessárias ao estudo do direito. Pela dedicação à docência, tão difícil de achar hoje em dia neste egrégio castelinho.

Aos amigos e amigas, desde o tempo do Santa Rosa, do Tietbohl, do Tubino e dos cursinhos. Também ao pessoal da Rua Artigas e da Praça das Nações (que saudade!). Àqueles e àquelas que estão há muito tempo percorrendo esse caminho ao meu lado, que cresceram junto comigo. E também àqueles e àquelas que há pouco se aproximaram, mas que já fazem toda a diferença. À minha família, tios e tias, primos e primas. A todas as pessoas que, de alguma forma, fizeram e fazem parte da minha vida, que influenciaram a pessoa que eu sou hoje.

Nesse caminho, percebendo que condutas negativas ou indesejadas não desaparecem por conta do rigor punitivo, percebendo que somar ao dano do crime a dor da pena é multiplicar danos, será preciso romper com a concepção formal de crime, compreendendo-se a natureza política e a artificialidade de sua definição. Será preciso romper com os sentimentos de medo, de vingança e de culpa, que sustentam o clima emocional do sistema penal; romper com o maniqueísmo que, dividindo as pessoas entre boas e más, impulsiona o desejo da punição e a busca por bodes expiatórios, de culpados individualizados e demonizados; romper com a monopolizadora enganosamente satisfatória e violenta reação punitiva.

Se acreditamos na construção futura de sociedades mais justas, mais solidárias, mais livres, mais iguais, se acreditamos que outro mundo é possível, temos que nos libertar do destrutivo sentimento de vingança, trocando-o pelo perdão, pela compaixão, pela compreensão, abrindo espaço, nos conflitos interindividuais, para estilos compensatórios, assistenciais, conciliadores.

Maria Lúcia Karam (2004)

RESUMO

A presente pesquisa objetiva estudar a justiça restaurativa e o abolicionismo penal, com o fim de averiguar a possibilidade de construção de um novo modelo de resolução de conflitos criminais. Para tanto, primeiramente, conceitua-se o abolicionismo penal, como movimento de política criminal originado na criminologia crítica. Nesse contexto, são abordadas as principais considerações abolicionistas quanto à ilegitimidade do modelo punitivo vigente, em especial, a artificialidade do conceito de crime, a seletividade e estigmatização inerentes ao discurso jurídico-penal, as dificuldades geradas pela apropriação da administração dos conflitos pelo Estado e o fracasso das teorias justificadoras de pena. Ao final desta parte inicial, são abordadas as propostas dos autores abolicionistas Louk Hulsman e Nils Christie, tendo em vista seu viés propositivo, além da forte crítica realizada ao modelo penal tradicional. Em seguida, adentra-se no tema da justiça restaurativa, a partir da sua conceituação e do estabelecimento dos seus principais valores, dos seus princípios, de acordo com a orientação da Organização das Nações Unidas, e das mais comuns práticas restaurativas hoje existentes. Logo após, tenta-se estabelecer a sua relação com o sistema de justiça tradicional, em especial as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva, bem como qual o local e momento de aplicação do modelo restaurador com relação ao modelo tradicional. Ao final do trabalho, analisam-se as críticas atribuídas à justiça restaurativa e a sua superação, bem como a forma como a experiência brasileira vem se comportando neste contexto. Após, então, conclui-se pela efetiva emergência de um novo modelo de resolução de conflitos criminais, a partir da aproximação entre a justiça restaurativa e o abolicionismo penal. A metodologia utilizada, em toda a pesquisa, foi a de análise das exposições doutrinárias quanto ao assunto.

Palavras-chave: Abolicionismo penal. Justiça restaurativa. Política criminal. Criminologia crítica.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo estudiar la justicia restauradora y el abolicionismo penal, con el fin de investigar la posibilidad de construir un nuevo modelo para la resolución de conflictos penales. Para ello, en primero lugar, se define el abolicionismo penal como un movimiento de política criminal que se origina en la criminología crítica. En este contexto, se refiere a las principales consideraciones de los abolicionistas con respecto a la ilegitimidad del modelo punitivo actual, en particular, la artificialidad del concepto de delito, la selectividad e la estigmatización inherente al discurso criminal, las dificultades causadas por la apropiación del Estado por la gestión de los conflictos y el fracaso de las teorías justificadoras de la penalización. Al final de esta primera parte, se analiza las propuestas de los abolicionistas Louk Hulsman y Nils Christie, en vista de su tendencia proposicional, además de la fuerte crítica que se hacen al modelo penal tradicional. Entonces, se entra en el tema de la justicia restauradora, desde su conceptualización y establecimiento de sus valores fundamentales, sus principios, de conformidad con las orientaciones de las Naciones Unidas, y las prácticas restaurativas más comunes que existen en la actualidad. Después, se trata de establecer su relación con el sistema de justicia tradicional, en particular, las diferencias entre la justicia restauradora y la justicia retributiva, así como el lugar y momento de aplicación de la restauración sobre el modelo tradicional. Al final del trabajo, se analiza la críticas sobre la justicia restauradora y la superación de las mismas, así como el comportamiento de la experiencia brasileña en este contexto. Por último, llegamos a la conclusión por la aparición efectiva de un nuevo modelo de resolución de conflictos criminales desde el acercamiento entre la justicia restauradora y el abolicionismo penal. La metodología utilizada en la investigación fue el análisis de los planteamientos doctrinales sobre el tema.

Palabras clave: Abolicionismo penal. Justicia restauradora. Política criminal. Criminología crítica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 ABOLICIONISMO PENAL	12
1.1 ORIGEM E DEFINIÇÃO DO TERMO	12
1.2 CONSIDERAÇÕES ABOLICIONISTAS – A DESLEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL.....	15
1.2.1 <i>Conceito de crime: estigmatização e seletividade.....</i>	<i>16</i>
1.2.2 <i>Apropriação do conflito pelo Estado: distanciamento da realidade, simplificação e suposta igualdade de tratamento.....</i>	<i>18</i>
1.2.3 <i>Fins e fundamentos da pena: o fracasso das teorias justificadoras.....</i>	<i>20</i>
1.3 PROPOSIÇÕES ABOLICIONISTAS	25
2 JUSTIÇA RESTAURATIVA	29
2.1 DEFINIÇÕES	29
2.2 PRINCÍPIOS, VALORES E PRÁTICAS RESTAURATIVAS	33
2.2.1 <i>Um sistema orientado por valores e princípios</i>	<i>34</i>
2.2.2 <i>Princípios restaurativos de acordo com as Nações Unidas</i>	<i>36</i>
2.2.3 <i>Principais práticas restaurativas</i>	<i>39</i>
2.3 RELAÇÃO COM A JUSTIÇA CRIMINAL ESTATAL	41
2.3.1 <i>Justiça restaurativa e justiça retributiva</i>	<i>41</i>
2.3.2 <i>Lugares e momentos de aplicação da justiça restaurativa.....</i>	<i>43</i>
3 A EMERGÊNCIA DE UM NOVO MODELO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CRIMINAIS	46
3.1 CRÍTICAS À JUSTIÇA RESTAURATIVA E A SUA SUPERACÃO.....	46
3.1.1 <i>Extensão da rede de controle penal.....</i>	<i>46</i>
3.1.2 <i>Garantias jurídicas do ofensor.....</i>	<i>48</i>
3.1.3 <i>Participação da vítima e a privatização do conflito.....</i>	<i>50</i>
3.2 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	54
3.2.1 <i>Os projetos restaurativos brasileiros.....</i>	<i>54</i>
3.2.2 <i>Proposta de legislação.....</i>	<i>57</i>
3.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA SOB A PERSPECTIVA ABOLICIONISTA	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68
ANEXO A – RESOLUÇÃO 2002/2012 DA ONU	71
ANEXO B – PROJETO DE LEI 7006/2006.....	76

INTRODUÇÃO

A motivação para o presente trabalho surgiu a partir da experiência da autora no Grupo de Mediação (GM) do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (SAJU) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. O grupo se dedica à realização e à divulgação da mediação como método alternativo de resolução de conflitos, ao passo que se configura como uma prática não violenta em que as próprias pessoas envolvidas no caso poderão dialogar e chegar a um acordo compositivo. Conjuntamente ao conhecimento prévio acerca da mediação de conflitos, há também o descontentamento da autora, deflagrado semestre a semestre do curso de direito, com a forma como a justiça tradicional lida com os conflitos pessoais, em especial no campo penal, em que a atuação seletiva e estigmatizante do sistema vigente demonstra sua total ilegitimidade e incapacidade de atingir os fins a que se destina, em especial com relação à (im)possibilidade de ressocialização dos apenados.

É nesse contexto que surge a proposta da justiça restaurativa como possibilidade de enfrentamento ao modelo atual vigente. Com efeito, o modelo restaurador oportuniza uma análise concreta e humana acerca do conflito, sendo que as próprias partes envolvidas na situação é que serão as protagonistas na tomada de decisão de seus próprios destinos. Aparentemente, portanto, está em real contraposição ao atual discurso jurídico-penal, que busca atribuir culpas e “fazer justiça” a partir de um procedimento pré-estabelecido para todos os casos penais.

Portanto, a partir da presente pesquisa, questiona-se se a justiça restaurativa apresenta-se efetivamente (ou não) como um novo modelo de resolução de conflitos criminais, capaz de superar a crise de ilegitimidade do discurso tradicional. Partindo-se da hipótese positiva, de que o modelo restaurador tem potencial efetivo de superar as incongruências do sistema tradicional, tentar-se-á aproximá-lo dos pressupostos do abolicionismo penal, compreendendo-o como essencial para a sua implementação. A metodologia utilizada, em todo o trabalho, foi a de análise das exposições doutrinárias quanto ao assunto.

Desse modo, no primeiro capítulo, será apresentado o abolicionismo penal, como movimento de política criminal que tem origem na criminologia crítica, bem como suas principais críticas ao sistema de justiça vigente. Assim, se analisará a ilegitimidade do discurso jurídico-penal tradicional partindo (i) da própria noção de crime definida por este, que estigmatiza e seleciona indivíduos específicos, (ii) dos efeitos negativos decorrentes do processo de apropriação da resolução de conflitos pelo Estado, e (iii) do fracasso das teorias

que tentam justificar a opção punitiva realizada por este sistema. Por fim, serão apresentadas as propostas de Nils Christie e Louk Hulsman, uns dos precursores do movimento abolicionista, que se destacam não só por oferecer forte crítica ao sistema tradicional, mas também pela contribuição propositiva que apresentaram ao longo de suas obras, com vistas à configuração de uma justiça comunitária.

No segundo capítulo do trabalho, será realizado um panorama da justiça restaurativa, primeiramente a partir de uma tentativa de definições conceituais e, em seguida, a partir análise de seus principais valores, dos seus princípios (de acordo com as orientações da Organização das Nações Unidas – ONU) e das mais comuns práticas restaurativas atualmente implementadas. Por fim, se relacionará o modelo restaurador com o modelo tradicional, em especial a sua contraposição (ou não) com a justiça retributiva, bem como os momentos e lugares da sua aplicação.

Ao final, então, no terceiro capítulo, pretende-se averiguar quais as críticas destinadas à justiça restaurativa, em especial a possibilidade (indesejada) de extensão da rede de controle penal, a preservação das garantias jurídicas do ofensor e a participação da vítima na composição do conflito. Será analisada, também, a atual conjuntura brasileira, em especial os programas de justiça restaurativa em atividade no país, bem como a proposta de legislação em tramitação no Congresso Nacional. Para encerrar, se tratará da justiça restaurativa a partir da perspectiva abolicionista, buscando-se estabelecer como essa se configura frente às críticas direcionadas ao sistema criminal tradicional e às propostas abolicionistas de Hulsman e Christie.

1 ABOLICIONISMO PENAL

1.1 ORIGEM E DEFINIÇÃO DO TERMO

Antes de conceituar o abolicionismo penal como movimento de política criminal, faz-se necessário discorrer acerca das suas origens na criminologia crítica, em especial a partir das teorias sociológicas. Com efeito, nos anos 1960, com a influência da fenomenologia e da etnometodologia¹, da antipsiquiatria², do interacionismo simbólico³ e do pensamento marxista, conforme refere Elena Larrauri (1992, p. 38), criou-se um contexto social fértil para a superveniência de uma crítica contundente aos postulados da criminologia positivista⁴. Caracterizando a chamada *virada criminológica* (ANDRADE, 2003, p. 198; BARATTA, 2011, p. 85), surge, então, a teoria do etiquetamento (*labeling approach*) ou da reação social, assim definida por Zaffaroni (1991, p. 60):

¹ Corrente sociológica norte-americana que, inspirada na sociologia fenomenológica de Alfred Schutz, compreende que “a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma construção social, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos” (BARATTA, 2011, p. 87). Como principais expoentes, pode-se citar: P. Berger e T. Luckmann, A. Cicourel, H. Garfinkel, P. MacHugh, T.J. Scheff (BARATTA, 2011, P. 92).

² Movimento influente na Inglaterra que “discutió que la «enfermedad mental» fuese exclusivamente una cuestión a determinar técnica, objetiva y médicamente. Afirieron que bajo esta definición se esconden determinados conflictos sociales y políticos. El «esquizofrénico» es aquel que no puede soportar más la estructura de la familia monogámica; el «loco» es aquel que no puede compaginar las demandas contradictorias de una sociedad irracional basada en trabajar para consumir y consumir para trabajar; el «homosexual» — considerado alteración psiquiátrica en EEUU hasta 1974— refleja un conflicto de valores”. (LARRAURI, 1992, p. 49)

³ Corrente da sociologia norte-americana que, com enfoque a partir da psicologia social e da sociolinguística inspirada em George Mead, entende que “a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem” (BARATTA, 2011, p. 87). Como principais expoentes, pode-se citar: H. Becker, E. Goffman, J. Kitsuse, E.M. Lemert, E.M. Schur, F. Sack (BARATTA, 2011, P. 92).

⁴ A Escola positivista, que teve como principais expoentes Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, baseava-se no *paradigma etiológico* – a partir do qual a Criminologia é definida como ciência causal-explicativa, pois se limita a explicar as causas da criminalidade – e entendia o delito a partir de uma *concepção determinista* – visto que esse “não é, portanto, decorrência do livre arbítrio humano, mas o resultado previsível determinado por múltiplos fatores (biológicos, psicológicos, físicos e sociais) que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos como ‘socialmente perigosa’” (ANDRADE, 2003, p. 66). Apoiava-se também da ideologia da *defesa social* reconstruída por Baratta (2011, p. 42) a partir de uma série de princípios: a) *Legitimidade*: o Estado, como expressão da sociedade, está legitimado a reprimir a criminalidade por meio das instâncias oficiais do controle social, que interpretam a legítima reação da sociedade, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante; b) *Bem e Mal*: o delito é um dano para a sociedade e o delinquente um elemento negativo, fazendo do desvio, um mal e da sociedade constituída, um bem; c) *Culpabilidade*: delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contraria valores presentes na sociedade antes mesmo de serem sancionadas pelo legislador; d) *Finalidade ou prevenção*: pena tem a função de retribuir, mas também de prevenir o crime e ressocializar o delinquente; e) *Igualdade*: a reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos, que é um comportamento de uma minoria desviante; f) *Interesse social e delito natural*: os interesses protegidos pelo direito penal são comuns a todos os cidadãos, representando o delito ofensa a interesses fundamentais à existência de toda a sociedade.

A tese central desta corrente pode ser definida, em termos muito gerais, pela afirmação de que cada um de nós se torna aquilo que os outros vêem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o reforço desses papéis.

O *Labeling Approach*, portanto, se preocupou principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade e o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes (BARATTA, 2011, fl. 86). Ao se perguntar “quando se aplica uma etiqueta” pela primeira vez os estudos da criminologia se voltaram à natureza dos atos delitivos, de modo que, se um ato depende da reação social para ser considerado desviante, significa que não existem comportamentos intrinsecamente maus, mas que a própria ideia de delito é construída socialmente (ACHUTTI, 2012, p. 40). Nesse sentido, analisa Vera Regina Pereira Andrade (2003, p. 205):

Moldado pelo interacionismo simbólico e o construtivismo social como esquema explicativo da conduta humana, o *labeling* parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação (ou controle) social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.

Uma conduta não é criminal “em si” ou “*per si*” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem um autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade (patologia). O caráter criminal de uma conduta e a atribuição de criminoso a seu autor depende de processos sociais de “definição”, que atribuem a mesma tal caráter, e de “seleção”, que etiquetam um autor como delinquente.

Dessa forma, ao negar o paradigma etiológico e os princípios da ideologia da defesa social, intrinsecamente relacionados à criminologia positivista, o paradigma da reação social deu margem ao surgimento e à consolidação da chamada “criminologia crítica” ou “nova criminologia” (LARRAURI, 1992, p. 100; ANDRADE, 2003, p. 214; BARATTA, 2011, p. 159), ao passo que, a partir dele, o discurso jurídico-penal ficou irremediavelmente desqualificado pela demonstração incontestável de sua falácia (ZAFFARONNI, 1991, pg. 61). Nesse sentido, Baratta esclarece (2011, p. 30):

O conhecimento de que não é possível considerar a criminalidade como um dado pré-constituído às definições legais de certos comportamentos e de certos sujeitos é característica (...) das diversas tendências da nova criminologia inspirada neste

paradigma [*da reação social*]. A consideração do crime como um comportamento definido pelo direito, e o repúdio do determinismo e da consideração do delinquente como um indivíduo *diferente*, são aspectos essenciais da nova criminologia.

Assim, partindo das teorias da reação social, reconhecendo seus limites em traduzir-se numa crítica macrossociológica do sistema penal e em apreender os condicionamentos estruturais da criminalidade (ANDRADE, 2003, p. 216), a criminologia crítica, numa construção não necessariamente homogênea e de forma lenta e progressiva, supera os pressupostos da criminologia positivista, buscando diferentes propostas às inquietações relativas à crise de legitimidade do sistema penal. A partir dela, conforme refere Daniel Achutti (2012, p. 51), surgem, primeiramente, três correntes que se destacam: o abolicionismo penal, o realismo de esquerda⁵ e o garantismo penal⁶. No presente trabalho, será analisado somente o abolicionismo penal, que corresponde a mais contundente crítica ao sistema penal, dando suporte para o surgimento da justiça restaurativa como via alternativa, conforme se verá mais adiante.

O abolicionismo penal, então, caracteriza-se como uma resposta político-criminal que, nas palavras de Zaffaroni (1991, p. 86),

nega a legitimidade do sistema penal e seu alcance na realidade social contemporânea e, como principal regra, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais.

Na perspectiva de Ferrajoli (2002, p. 200), consideram-se *abolicionistas* as teorias que caracterizam o direito penal como ilegítimo, seja porque não admitem nenhuma justificação às aflições que o mesmo impõe, seja porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a necessidade de sua substituição por instrumentos de controle informal e imediatamente social. Entretanto, não se pode confundi-las com as doutrinas *substitutivas* – que propõe “a substituição da forma penal de reação punitiva com ‘tratamentos’ pedagógicos ou terapêuticos do tipo informal, que permanecem, contudo, sempre institucionalizados e coercitivos e não meramente sociais” – nem com as simplesmente *reformadoras* – as quais “preceituam a redução da esfera da intervenção penal ou, ainda, a redução da específica pena moderna que constituí a reclusão carcerária em favor de sanções penais menos aflitivas”.

⁵ Ver Jock Yong.

⁶ Ver Luigi Ferrajoli.

Nesse sentido, Hulsman (1997, p. 93-94), um dos precursores do abolicionismo penal, entende não ser suficiente a eventual humanização da prisão ou apenas a abolição de tal forma de punição, pregando a abolição total do sistema penal:

Pretender transformar a prisão – e somente a prisão – significa trabalhar no interior de uma posição imutável, sem qualquer perspectiva de progresso. É preciso se situar mais acima, lá no começo do processo, onde são selecionadas as pessoas que vão se tornar detentas.

Além disso, deveriam existir outras solidariedades, que de nenhuma forma são incompatíveis entre si. A meu ver, trata-se de viver quatro classes de solidariedade: a solidariedade com os condenados; a solidariedade com as pessoas vitimizadas; a solidariedade com o conjunto de pessoas que vivem numa sociedade e que precisam se libertar de suas falsas crenças e dos erros que cometem ao relacionar levemente seus problemas na sociedade com a existência do sistema penal; e, finalmente, a solidariedade com as pessoas que asseguram o funcionamento do sistema e quem se pudessem deixar de trabalhar pela sobrevivência de tal máquina, sentiriam o prazer de se libertar.

Os que perceberem e quiserem assumir estas quatro formas de solidariedade não se contentarão com um simples posicionamento de reforma das prisões – e nem mesmo com a abolição pura e simples da pena de prisão. Para estes, onde me incluo, trata-se de **derrubar todo o sistema.** (grifo nosso)

A crítica abolicionista, portanto, se dá com relação ao uso da punição pelo aparelho estatal, que não se configura como um meio adequado para se reagir diante de conflitos intitulados artificialmente de “delitos”, pois “para além da sua finalidade mais latente (*punir o criminoso*), o sistema inteiro foi criado para perpetuar uma ordem social injusta, seletiva e estigmatizante, de forma que até mesmo sistemas que possuam um funcionamento tido como satisfatório não deixarão de ser violentos” (ACHUTTI, 2012, p. 52).

Portanto, alinhado às críticas da reação social e da criminologia crítica, o abolicionismo penal caracteriza-se como sendo um movimento político que busca a construção de uma sociedade mais igualitária e justa e, portanto, menos excludente, a partir da abolição ou (ao menos) a redução da atuação desastrosa do sistema penal. Seus fundamentos doutrinários e seu diagnóstico quanto à ilegitimidade e ineficácia da resposta punitiva, dos custos e da violência que o sistema criminal reproduz são irreversíveis e extremamente úteis para a formação de uma visão crítica do direito penal.

1.2 CONSIDERAÇÕES ABOLICIONISTAS – A DESLEGITIMIDADE DO SISTEMA PENAL

Os teóricos do abolicionismo penal, apesar de proporem diferentes resoluções para a questão criminal, em geral, compartilham da mesma ideia de que o modelo punitivo é

ilegítimo e estruturalmente impossibilitado de cumprir as funções a que teoricamente se destina, se transformando em uma verdadeira “*máquina de punir e excluir*” (HULSMAN, 1997, p. 56). Nesse contexto, seguem-se, nesta sessão, algumas das principais considerações abolicionistas acerca dos equívocos do sistema penal vigente.

1.2.1 Conceito de crime: estigmatização e seletividade

O conceito de crime é artificialmente criado pelo sistema penal, que seleciona determinadas condutas conflituosas ou socialmente negativas, inexistindo um conceito natural e genérico que o defina, se tornando relativo tanto no tempo como no espaço. Aquilo que será ou não criminalizado, conforme concluí Maria Lúcia Karam (2004, p. 72-75) será uma *decisão política*, que não traduz a “proteção dos indivíduos”, mas sim “a instrumentalização do exercício do poder, em sua expressão punitiva, de forma a proporcionar uma disciplina social que resulte funcional para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global de uma formação social historicamente determinada”. Para Zaffaroni (1991, p. 17), tal característica torna clara a incoerência interna do discurso jurídico-penal, que utiliza argumentos tais como “assim diz a lei”, “a faz porque o legislador quer”, impossibilitando qualquer construção racional que legitime o exercício do poder punitivo estatal.

É nesse contexto que Hulsman (1997, p. 64 e 96) dirá que o discurso jurídico-penal *cria o criminoso* e o coloca antecipadamente como “pertencente ao mundo dos maus”, visto que o acontecimento social é analisado a parte de suas interações individuais e coletivas, desde o início qualificado como “crime”. Esse maniqueísmo simplista, que divide as pessoas em boas e más, vem atender à necessidade de criação de “bodes expiatórios”, nas palavras de Maria Lúcia Karam (2004, p. 89), sobre o qual recaí o reconhecimento individualizado da culpabilização. Esclarece a autora que a identificação do “criminoso” em indivíduos isolados e facilmente reconhecidos gera uma sensação de “alívio” nas pessoas não selecionadas pelo sistema penal, que se identificam como “cidadãos de bem”, diferentes e contrapostos do “criminoso”, “delinquente”, mau. Dessa forma, desvia-se a atenção para a punição do inimigo identificado ao invés de investigar as reais razões que ensejam a ocorrência de situações socialmente negativas: “é ao que se encontra um dos principais ângulos de funcionamento do sistema penal, que, tornando invisíveis as fontes geradoras da criminalidade de qualquer natureza, permite e incentiva a crença em desvios pessoais a serem combatidos, deixando encobertos e intocados os desvios estruturais que o alimentam” (KARAM, 2004, P. 91).

A atuação do sistema penal, além de estigmatizante, é também seletiva. Em primeiro lugar, devido a sua própria incapacidade operacional (seleção quantitativa), o modelo repressivo cria uma imensa gama de situações que se enquadram na definição legal de crime, mas, na prática, não possui aparato institucional capaz de operacionalizá-lo por completo – nem assim o desejaria, visto que produziria o incrível efeito de criminalizar todas as pessoas⁷. Nesse sentido, as colocações de Zaffaroni (1991, p. 27):

Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está *estruturalmente* montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis. [...] A seletividade estrutural do sistema penal – que só pode exercer seu poder repressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas – é a mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal. Os órgãos executivos têm “espaço legal” para exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas **operam quando e contra quem decidem**. (grifo nosso)

Desse modo, vem à tona a outra faceta da seletividade do sistema penal (a qualitativa), em que ocorre a escolha das condutas e dos indivíduos sobre os quais será exercida a coerção estatal. É nesse contexto que muitas situações fáticas ficarão à margem do processo de criminalização, não entrando na máquina estatal punitiva, constituindo-se assim a chamada *cifra negra* da criminalidade. No processo de criminalização, portanto, a conduta criminal em si não será condição suficiente, visto que a intervenção coercitiva, por um lado, subestima e imuniza condutas de maior danosidade social ligadas à produção dos estratos mais altos da sociedade (delitos econômicos, ecológicos, ações de criminalidade organizada, graves desviantes dos órgãos estatais) e, por outro, superestima as infrações de menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente aqueles praticados por indivíduos pertencentes aos estratos mais marginalizados da sociedade (ANDRADE, 2003, p. 267). Assim, na seleção de culpados do sistema penal, “são sempre os mesmos que vão para a prisão: as camadas mais frágeis da população, os despossuídos” (HULSMAN, 1997, p. 75).

Baratta (2011, p. 162), considerando as características acima explicitadas, caracteriza o direito penal como um “direito desigual por excelência” ao passo que:

⁷ “Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizadas, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado”. (ZAFFARONI, 1991, p. 26).

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável da reação criminalizante de sua intensidade.

O discurso jurídico-penal, desse modo, é considerado, desde o princípio, como ilegítimo pela crítica abolicionista ao passo que, não só cria a própria noção de “crime”, como também estigmatiza e seleciona as pessoas mais vulneráveis da população, inserindo-lhes a etiqueta de “criminoso”, numa visão maniqueísta de cidadãos do bem *versus* cidadãos do mau. A criminalização e a reação punitiva do Estado se direcionam, portanto, às pessoas mais pobres da população, como se fossem as verdadeiras causadoras da violência, evidenciando a forma injusta como atua a coerção estatal.

1.2.2 Apropriação do conflito pelo Estado: distanciamento da realidade, simplificação e suposta igualdade de tratamento

Ao selecionar determinadas situações sociais que causam dano a alguém e aplicá-las a etiqueta de “crime” ou “delito”, o sistema penal também retira o conflito das pessoas diretamente envolvidas e apropria-se dele, passando a ser o único responsável por julgar e processar o “criminoso” de acordo com as regras pré-estabelecidas por ele próprio. Assim, as pessoas protagonistas da situação inicial são esquecidas no processo penal, restando apenas as figuras estigmatizadas pelo próprio sistema de “vítimas” e “autores”.

Nesse sentido, Hulsman (1997 p. 82) corrobora:

O sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele. Quando o problema cai no aparelho judicial, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram, etiquetados de uma vez por todas como ‘o delinqüente’ e ‘a vítima’. Tanto quanto o autor do fato punível, que, no desenrolar do processo, não encontra mais o sentido do gesto que praticou, a pessoa atingida por este gesto tampouco conserva o domínio do que viveu.

Para o autor (1997, p. 83-84), “a intervenção estereotipada do sistema penal age tanto sobre ‘vítima’, como sobre o ‘delinqüente’”, ao passo que opera em abstrato ao não levar em conta as pessoas envolvidas na sua singularidade. Nesse caminho, conclui que, ao se apropriar do conflito, o sistema penal o “congela”, ignorando o caráter evolutivo das experiências interiores, de modo que “o que se apresenta perante o tribunal, no fundo, nada tem a ver com

o que vivem e pensam os protagonistas no dia do julgamento. Nesse sentido, pode-se dizer que o sistema penal **trata de problemas que não existem**” (grifo no original). Diante de tamanha incoerência, indaga Hulsman (1997, p. 126): “Por que deixar ao Estado, poder frequentemente anônimo e longínquo, o cuidado – exclusivo – com a resolução de problemas nascidos de nossos contatos pessoais?”

Concorda Achutti (2012, p. 17-18) ao mencionar que “a lógica moderna do processo penal reduz a importância e a magnitude de um fato delituoso na vida das pessoas (em especial das vítimas) e determina que o acontecido não é nada mais do que um *fato típico, lícito e culpável*, que merece reprimenda estatal por preencher integralmente estes elementos.” Assim, conforme refere o autor, as possíveis respostas para a resolução do conflito inicialmente expostos são reduzidas, já que o próprio conceito analítico de crime reduz uma situação extremamente complexa para termos técnicos e incompreensíveis às partes. Nesse sentido, também se questiona e, ao final, conclui:

(...) como a *fórmula do crime*, representada pelo seu conceito analítico, poderia responder à complexidade que envolve cada caso? A limitação do processo penal, por analisar apenas os aspectos legais do fato, permite uma abordagem integral sobre a situação? E os envolvidos, podem opinar e colaborar para que a decisão judicial possa contemplar seus pontos de vistas e suas necessidades? (...)
A análise meramente legal realizada pela justiça criminal não permite que os elementos extraprocessuais sejam considerados pelos operadores jurídicos – e quando o são, geralmente ocorrem de forma prejudicial ao acusado; e a participação das partes, quando muito, resta limitada ao depoimento da vítima (na condição de *informante*) e ao interrogatório do réu.

Na mesma linha, Christie (1986, apud ACHUTTI, 2012, p. 67-68) refere ainda a maneira simplificadora e dicotômica (mau/bom, culpado/inocente) que o sistema penal aborda as questões que lhe são remetidas, de modo que a lei penal funcionaria como um sistema binário de classificação entre atos “certos” e “errados” (não-crimes e crimes) e de pessoas “criminosas” e “não criminosas”. O autor, então, também conclui que há uma restrição na análise da situação conflituosa pelo sistema criminal, ao passo que “primeiro, a lei penal tende a olhar *mais para atos do que para interações*. Segundo, olha mais para *sistemas biológicos ou de personalidade do que para sistemas sociais*”. Ainda conforme Christie, os tribunais penais, ao trabalharem de forma simplificada, transmitem a ideia de que “atos, bem como pessoas, *podem* e devem ser avaliadas através de dicotomias simplistas”.

Conforme relata Daniel Achutti (2012, p. 68), Nils Christie, nos últimos anos, aprofunda sua crítica e também faz ressalvas quanto à necessidade de igualdade de tratamento pela lei penal, que supõe que casos iguais devem ser tratados de maneira igual, de modo que

condenados por crimes semelhantes não podem sofrer punições desiguais entre si. O autor ressalta que “o ponto forte das cortes penais é também seu ponto fraco: os casos, as pessoas e as circunstâncias nunca são iguais, mas devem ser *tomados* iguais”, de modo que a igualdade é uma criação artificial, que “facilita a aplicação da lei penal e, em contrapartida, compromete a possibilidade de cada caso poder ser tratado conforme suas peculiaridades”. Dessa forma, para tornar possível tal tratamento igualitário dos casos mais diversos possíveis entre si, é preciso limitar as informações, relevantes para as partes, mas irrelevantes para o sistema penal:

O tratamento legal é, em grande medida, um treinamento sobre o que *não* é relevante e, portanto, não aceitável para ser tratado na corte. As salas de julgamento não são, dessa forma, lugares para revelar *toda* a história – apenas aqueles *bits* e partes que o judiciário considera relevante. O que as partes podem sentir como de importância central pode ser visto como irrelevante e, conseqüentemente, eliminado na corte. (Christie, 2007, p. 373 apud Achutti, 2012, p. 69)

Portanto, o discurso jurídico-penal novamente se mostra ilegítimo de acordo com a crítica abolicionista, ao passo que autoriza o Estado a apropriar-se do conflito, que é das pessoas diretamente envolvidas, passando a julgá-lo a partir de uma perspectiva exterior, estranha às partes, que simplifica o fato social que verdadeiramente ocorreu, reduzindo-o a meros fatores introduzidos pela lei penal, distanciando-se da verdadeira realidade vivenciada pelas pessoas e criando uma falsa expectativa de tratamento igualitário entre casos que originalmente não são – e nem o podem ser – iguais.

1.2.3 *Fins e fundamentos da pena: o fracasso das teorias justificadoras*

O discurso jurídico-penal, como visto, cria o conceito de “crime”, ao assim qualificar determinados fatos socialmente negativos e situações conflituosas, e também a própria figura do “criminoso”, com a interiorização do etiquetamento legal e social desde o seu primeiro contato com o sistema, momento em que o Estado se apropria da situação e passa a ser o único responsável para “julgar” os envolvidos no conflito. Nesse contexto, conforme destaca Hulsman (1997, p. 97), ao transformar um fato social em um “delito”, o direito penal limita as possibilidades de compreensão do que aconteceu na realidade e providencia uma única resposta: a reação punitiva⁸. Assim, ao longo da história do pensamento jurídico-penal,

⁸ Nesse sentido, o autor refere que as interpretações nascidas dos indivíduos e não da estrutura sócio-estatal apontam para diferentes soluções, não se reduzindo unicamente à punição: “aqui se tem toda a gama de reações

diferentes correntes teóricas se dedicaram à fundamentação e à legitimação dessa reação punitiva, partindo, em sua maioria, das idéias de prevenção e de retribuição.

As justificações retributivistas, conforme refere Ferrajoli (2002, p. 205), fundam-se na ideia de que é justo “transformar mal em mal” e foram relançadas no final do século XIX (e, em realidade, nunca totalmente abandonadas pela cultura penalística) com base, por um lado, na tese de origem kantiana segundo a qual “a pena é uma *retribuição ética* que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto”, e, por outro, na de ascendência hegeliana, em que “a pena é uma *retribuição jurídica*, justificada pela necessidade de restaurar o direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que restabeleça o ordenamento legal violado”. A irracionalidade de tais justificações, originadas em reações emocionais e sentimentos de desejo de punição, é manifesta, ao passo que não esclarece, de forma alguma, a necessidade de um mal ser compensado por outro mal de igual proporção (KARAM, 2004, p. 81). Como exemplo, tem-se desproporcionalidade das altas penas previstas para os crimes de furto ou roubo e tráfico de drogas⁹. Com efeito, “se o único objetivo da pena fosse a troca do mal como mal, ou uma espécie de lei de ‘talião’ ou de ‘vingança espiritualizada’, isto certamente não seria suficiente para justificar os sofrimentos impostos pela pena, ao menos em um ordenamento não dominado por crenças supersticiosas” (FERRAJOLI, 2002, p. 208).

Portanto, uma vez refutada a ideia de retribuição, não podendo a pena ser racionalmente justificada como se ela própria fosse um fim ou um valor, o discurso jurídico-penal passa a conceber possíveis justificações que tratam a pena enquanto meio para fins que dizem respeito ao futuro, sendo indicadas quatro finalidades, a partir do utilitarismo penal, as quais dizem respeito a prevenção de novos delitos: *(i)* a emenda ou correição do réu (prevenção especial positiva), *(ii)* a sua neutralização ou colocação em uma condição na qual não possa causar mal (prevenção especial negativa), *(iii)* o fato de conseguir dissuadir todos os outros a imitá-lo por meio do exemplo da punição ou de sua ameaça legislativa (prevenção geral negativa), e *(iv)* a integração disciplinar destes com aqueles e o conseqüente reforço da ordem mediante a reafirmação dos valores jurídicos lesados (prevenção geral positiva) (FERRAJOLI, 2002, p. 202).

possíveis diante de um acontecimento atribuível a uma pessoa: o estilo punitivo, os estilos compensatório, terapêutico, conciliador... se deixarmos as pessoas diretamente envolvidas manejarem seus próprios conflitos veremos que, ao lado da reação punitiva, frequentemente vão aparecer outros estilos de controle social: medidas sanitárias, educacionais, de assistência material e psicológica, reparatorias, etc...” (HULSMAN, 1997, p. 100).

⁹ A pena prevista para os crimes de furto é de um a quatro anos (art. 155, caput, CP) ou de dois a oito anos, no fruto qualificado (art. 155, §4º, CP), de roubo é de quatro a dez anos (art. 157, caput, CP) e tráfico de drogas é de cinco a quinze anos (art. 33 da Lei 11.343/2006); enquanto para homicídio é de seis a vinte anos (art. 121, caput, CP) e de lesão corporal grave é de um a cinco anos (art. 129, §1º, CP) ou dois a oito anos (art. 129, § 2º, CP) .

As teorias prevencionistas igualmente serão refutadas pela óptica abolicionista. Primeiramente, como reconhece Maria Lúcia Karam (2004, p. 79), “a história demonstra que a função da prevenção geral negativa jamais funcionou”, seja pela suposta ameaça das leis penais, que definitivamente não evitam a formação de conflitos ou a prática de condutas qualificadas como crime, seja pela ameaça da imposição de uma pena, que igualmente não faz com que as pessoas deixem ou não de praticar comportamentos socialmente negativos. A tese da prevenção geral positiva, conforme continua a autora (2004, p. 80), também não prosperou, ao passo que, em ambas (prevenção geral negativa e positiva), aparece a “figura do bode expiatório naquele que, recebendo a pena, deve cumpri-la, seja para dissuadir outros da prática de crime, seja para exercitá-los no reconhecimento da norma e da fidelidade ao direito”.

As críticas às justificações da pena pela prevenção geral também encontram respaldo em Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 89), para quem tal concepção traz problemas uma vez que há uma linha tênue com relação ao seu conteúdo vingativo, já que se funda em mecanismos inconscientes a partir dos quais “o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que o outro não reprimiu; que privou-se do que o outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício a uma privação a que o outro não se submeteu”, e, então, “clama por vingança”. Nesse sentido, questionam-se os referidos autores: “Pode o direito penal ser instrumento de vingança de uma multidão anônima? Pode o direito penal alimentar o irracionalismo vingativo para conseguir o controle social?” Em resposta, explicitando a negativa à justificação retributiva, argumentam que o direito penal de um Estado de Direito, diferente daquele de um Estado autoritário, tem o dever de evidenciar todo o irracional, afastá-lo e coibi-lo, não se colocando, dessa forma, como puro instrumento de dominação.

Dando continuidade, verifica-se que as perspectivas de prevenção especial do mesmo modo se mostram inviáveis na perspectiva abolicionista, notadamente em um sistema que faz da pena privativa de liberdade o seu centro, já que a ideia de ressocialização parece ser absolutamente incompatível com a ideia de *segregação*, de modo que, na prática, “a execução penal não ressocializa, nem cumpre qualquer das funções ‘re’ que lhe são atribuídas – ressocialização, reeducação, reinserção, reintegração – todas essas funções ‘re’ não passando de uma deslavada mentira” (KARAM, 2004, p. 81). Nesse sentido, Hulsman (1997, p. 71-72) coloca:

Gostaríamos que quem causou um dano ou um prejuízo sentisse remorsos, pesar, compaixão por aquele a quem fez mal. Mas, como esperar que tais sentimentos possam nascer no coração de um homem esmagado por um castigo desmedido, que não compreende, que não aceita e não pode assimilar? (...)

O sistema penal produz efeitos totalmente contrários a que pretende determinado discurso oficial, que fale em ‘favorecer a emenda do condenado’. O sistema penal endurece o condenado, jogando-o contra ‘a ordem social’ na qual pretende reintroduzi-lo, fazendo dele **uma outra vítima.**” (grifo no original)

Concluí-se, então, que todas essas teorias legitimadoras da pena, fundadas nas irrealizáveis idéias de retribuição e prevenção, “servem para esconder o fato de que a pena, na realidade, só se explica – e só se pode explicar – em sua *função simbólica* de manifestação do poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder” (KARAM, 2004, p. 82). Assim, ao contrário do que ocorre com outras sanções jurídicas não-criminais, a reação punitiva do direito penal torna-se inidônea para a resolução de conflitos, restando somente sua irracional característica de infligir dor, conforme ressalta Zaffaroni (1991, p. 204):

O próprio nome “pena” *indica um sofrimento*. Sofrimento, existe, entretanto, em quase todas as sanções jurídicas: sofremos quando nos embargam a casa, nos cobram juros definitivo, nos anulam um processo, nos colocam em quarentena, nos conduzem coercitivamente como testemunhas, etc. Nenhum desses sofrimentos é denominado “pena”, pois possuem um sentido, ou seja, de acordo com modelos abstratos, servem para resolver algum conflito. A pena, ao contrário, como sofrimento órfão de racionalidade, há vários séculos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder.

Nesse contexto, mostra-se relevante, ainda, tecer alguns comentários especificamente no que tange a pena privativa de liberdade, a qual materializa a dor produzida pela pena em sua dimensão mais extrema (KARAM, 2004, p. 82). Para tanto, novamente recorre-se a Hulsman (1997, p. 62-63), para quem inexistente qualquer benefício no encarceramento:

A prisão representa muito mais do que a privação de liberdade com todas as suas seqüelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é, também, e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo. Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um **sofrimento estéril.** (...)

O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamento socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação. Na prisão, os homens são **despersonalizados** e **dessocializados.** (grifos no original)

A prisão, portanto, ao invés de reduzir a criminalidade, ressocializando o condenado, produz efeitos contrários de consolidação de verdadeiras carreiras criminosas, cunhadas no conceito de “desvio secundário”.

Nesse sentido, Foucault (2009, p. 250-245) resume uma série de críticas à prisão, que se apresenta como o grande fracasso da justiça criminal em denúncias que emergem logo após a sua criação e que, mesmo após diversas tentativas de reformulação do sistema carcerário, se repetem hoje quase sem nenhuma mudança: *(i)* as prisões não diminuem a taxa de criminalidade, de modo que se aumentam o número de prisões e a taxa de crimes e criminosos permanece a mesma ou, ainda pior, aumenta; *(ii)* a detenção provoca fatalmente a reincidência, depois de sair da prisão se tem mais chances de voltar a ela; *(iii)* a detenção fabrica delinquentes pelo tipo de existência que faz os detentos levarem, que ficam isolados em celas, sendo expostos a um trabalho inútil e a limitações violentas, cujo funcionamento se desenrola no sentido de abuso de poder; *(iv)* a prisão favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras, em uma associação que serve também à educação do jovem que está em sua primeira condenação; *(v)* a reincidência passa a ser quase certa ao passo que os liberados do sistema penal ficam sob vigilância constante da polícia, porque só saem da prisão com um “passaporte” que têm que mostrar em todo o lugar onde vão e que menciona a condenação que sofreram; *(vi)* a prisão fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento.

Foucault (2009, p. 258), então, adverte que é preciso inverter o problema e perguntar-se para que serve o fracasso da prisão, qual é a utilidade desses diversos fenômenos insistentemente denunciados e nunca resolvidos. Desse modo, conclui que, em sua função real de fabricar a criminalidade e condicionar a reincidência, a pena de prisão atinge o seu objetivo, o que explica a sua sobrevivência e o insucesso de todas as tentativas reformistas de fazer do sistema carcerário um sistema de reinserção social:

Se tal é a situação, a prisão, ao aparentemente “fracassar”, não erra seu objetivo; ao contrário, ela o atinge na medida em que suscita no meio das outras uma forma particular de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar como um meio relativamente fechado, mas penetrável. Ela contribui para estabelecer uma ilegalidade, visível, marcada, irredutível a um certo nível e secretamente útil – rebelde e dócil ao mesmo tempo; ela desenha, isola e sublinha uma forma de ilegalidade que parece resumir simbolicamente todas as outras, mas que permite deixar na sombra as que se quer ou se deve tolerar. Essa forma é a delinquência propriamente dita. Não devemos ver nesta forma mais intensa e mais nociva de ilegalidade, aquela que o aparelho penal deve mesmo tentar reduzir pela prisão por causa do perigo que representa; ela é antes um efeito da penalidade (e da penalidade de detenção) que permite diferenciar, arrumar e controlar as ilegalidades. Sem

dúvida a delinquência é uma das formas de ilegalidade; em todo caso, tem suas raízes nela; mas é uma ilegalidade que o “sistema carcerário”, com todas as suas ramificações, investiu, recortou, penetrou, organizou, fechou num meio definido e ao qual deu um papel instrumental, em relação às outras ilegalidades. Em resumo, se a oposição jurídica ocorre entre legalidade e prática ilegal, a oposição estratégica ocorre entre as ilegalidades e a delinquência.

O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável – de ilegalidade; produzir os delinquentes, meio aparentemente marginalizado, mas centralmente controlado; produzir o delinquente como sujeito patologizado. O sucesso da prisão: na luta em torna da lei e das ilegalidades, especificar uma “delinquência”. Vimos como o sistema carcerário substituiu o infrator pelo “delinquente”. E afixou também sobre a prática jurídica todo um horizonte de conhecimento possível. Ora, esse processo de constituição da delinquência-objeto se une à operação política que dissocia as ilegalidades e delas isola a delinquência. A prisão é o elo desses dois mecanismos; permite=lhes reforçarem perpetuamente um ao outro, objetivar a delinquência por trás da infração, consolidar a delinquência no movimento das ilegalidades. **O sucesso é tal que, depois de um século e meio de “fracasso”, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la.** (FOUCAULT, 2009, p. 262-263) (grifo nosso)

Portanto, mais uma vez fica clara a ilegitimidade e irracionalidade do sistema punitivo estatal, cujas tentativas de justificação fracassaram em seus objetivos, revelando-se a injustiça que lhe é inerente, ao passo que necessariamente intervém de forma seletiva e estigmatizante, resultando numa reação punitiva ineficaz e imersa num sistema carcerário que tem em sua função essencial a manutenção da “delinquência” e a indução na reincidência.

1.3 PROPOSIÇÕES ABOLICIONISTAS

“Se afastado do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça”.

Louk Hulsman (1997)

O abolicionismo penal, como dito anteriormente, propõe a abolição ou redução do sistema penal estatal e a sua substituição por um sistema informal e social de resolução de conflitos. Essa sessão analisará as propostas sustentadas por Louk Hulsman e Nils Christie, pois são as que mais se alinham à ideia geral da justiça restaurativa, conforme ao final deste trabalho se analisará.

Louk Hulsman, um dos mais radicais abolicionistas, entende que o sistema criminal é problemático desde a sua origem, de modo que propõe a sua completa substituição por formas sociais de resolução de conflitos, sem qualquer intervenção estatal. Para tanto, entende que primeiramente será preciso questionar as próprias categorias criadas pelo discurso penal, como a noção de crime e de autor, pois não seria possível superar a lógica estigmatizante do direito penal sem rejeitar o vocabulário próprio que o sustenta: “as palavras crime, criminoso, criminalidade, política criminal, etc... pertencem ao dialeto penal, refletindo os *a priori* do sistema punitivo estatal” (HULSMAN, 1997, p. 95-96); de forma que entende ser preciso a utilização de uma nova linguagem:

Falar de “atos lamentáveis”, “comportamentos indesejáveis”, “pessoas envolvidas”, “situações problemáticas”, já seria um primeiro passo no sentido de se formar uma nova mentalidade, derrubando barreiras que isolam o acontecimento e limitam as possibilidades de resposta, que impedem, por exemplo, que se compare, do ponto de vista emocional do traumatismo experimentado, um “furto com arrombamento” a dificuldades no trabalho ou nas relações afetivas. Livre da compartimentalização institucional, uma linguagem aberta facilitaria o surgimento de novas formas de enfrentar tais situações.

Entretanto, não bastaria somente a mudança na linguagem, permanecendo as antigas categorias nas novas palavras, já que “não se trata de reconstruir nos mesmos moldes um edifício que acabamos de derrubar, mas sim de olhar a realidade com outros olhos” (HULSMAN, 1997, p. 97). Assim, a partir da mudança conceitual, conforme refere Carvalho (2008, p. 131), Hulsman entende ser possível a substituição da lógica punitiva, inclusive no que diz respeito à ampla descriminalização e descaracterização, para a emergência de modelos informais e flexíveis de resolução de conflitos, similares ao da justiça civil e administrativa.

Louk Hulsman propõe, então, a criação de um sistema social em que o conflito será devolvido às pessoas envolvidas, que seriam o ponto de partida para qualquer solução que se possa ter do mesmo. Seria um sistema descentralizado de administração de conflitos em que não haveria um árbitro ou um conciliador para impor decisão às partes, mas sim pessoas capacitadas a ajudar os interessados a compreender a situação para eles mesmos chegarem a uma solução (ACHUTTI, 2012, p. 115). Nesse contexto, Hulsman (1997, p. 102) menciona a necessidade de disponibilização de *encontros cara a cara*, para que se oportunize “as explicações mútuas, a troca de experiências vividas e, eventualmente, a presença ativa de pessoas psicologicamente próximas”, o que originaria, possivelmente, “soluções realistas para o futuro”. Continua o autor referindo que, independente da forma como se procederá a análise do conflito, impende destacar que somente as próprias pessoas envolvidas na situação é que

são legítimas para chegar a sua resolução, pois ninguém pode dizer de antemão qual é a linha mais adequada a ser seguida. Assim, entende que não cabe à lei impor um padrão de reação uniforme frente à determinada situação social, de modo que cada caso deveria ser analisado de forma independente conforme o caso em concreto, “sendo forçoso reconhecer que **cada situação é única**”. (HULSMAN, 1997, p. 103) (grifos no original)

Assim, com a intenção de devolver os conflitos às partes, os efeitos desejados por Hulsman, em síntese, seriam dois: (i) eliminação dos problemas sociais provocados pelo sistema penal, como a produção de pessoas culpadas, estigmatizadas e marginalizadas; e (ii) revitalização da interação social: a ausência de uma estrutura centralizada de justiça criminal abriria espaço para que a sociedade possa buscar outros mecanismos para solucionar seus problemas – preferencialmente de forma descentralizada e integrada à comunidade local (de Folter, 1986, apud Achutti, 2012, p. 116).

O objetivo, portanto, desse novo sistema comunitário de resolução de conflitos não seria “o de cuidar ou readaptar seus usuários, mas sim ajudá-los a administrar seus problemas, com os métodos que eles próprios escolherem e os meios que lhe forem acessíveis” (HULSMAN, 1997, p. 139-140):

Com a abolição do sistema penal, toda a matéria de resolução de conflitos, repensada numa nova linguagem e retomada num outra lógica, estará transformada desde o seu interior. A renovação deste sistema, naturalmente, não eliminaria as situações problemáticas, mas o fim das chaves de interpretação redutoras e das soluções estereotipadas por ele impostas, de cima e de longe, permitiria que, em todos os níveis de vida social, irrompesse milhares de enfoques e soluções que, hoje, mal conseguimos imaginar.

Nils Christie, por sua vez, embora não seja adepto ao abolicionismo radical de Louk Hulsman, se adequando mais a uma posição minimalista penal, que admite, em situações excepcionais, a atuação repressiva por parte do Estado, também é considerado como pertencente ao movimento abolicionista e propõe a redução da atuação do aparato estatal o máximo possível, sendo substituída por mecanismos descentralizados de resolução de conflitos, de modo que seja permitido às partes não recorrerem ao sistema penal (ACHUTTI, 2012, p. 119).

Assumindo que a estatização do conflito revitimiza o sujeito passivo ao impedir sua participação na resolução do caso, Christie também propõe à devolução do conflito às pessoas envolvidas, a partir da (re)incorporação da vítima, colocando-a em posição de igualdade com o autor do fato para que possam negociar sua resolução (CARVALHO, 2008, p. 130). Para tanto, idealiza um sistema de *tribunais comunitários*, nos quais haveria a resolução local dos

casos, sem a necessidade de intervenção de profissionais jurídicos e que permitiria que as partes fossem conhecidas na sua integralidade, como serem complexos e em constante interação com seu meio e com as pessoas com quem convivem (ACHUTTI, 2012, p. 122).

O modelo de justiça comunitária pensado por Christie, nesse contexto, seria composto por quatro etapas consecutivas (ACHUTTI, 2012, p. 66): *(i)* averiguação da plausibilidade da acusação, com o fim de evitar que terceiros fossem responsabilizados por atos de outras pessoas e que os direitos do acusado fossem violados; *(ii)* elaboração de um relatório completo das necessidades da vítima, considerando o dano que lhe foi causado e as formas como ele pode ser restaurado ou minimizado; *(iii)* análise, pelos tribunais comunitários, acerca de uma possível punição ao ofensor; *(iv)* discussão sobre a situação pessoal e social do ofensor, com a finalidade de averiguar as suas eventuais necessidades. Nesse novo processo de resolução de conflitos, Christie (1981, apud ACHUTTI, p. 71) busca um “olhar para as alternativas à punição, e não punições alternativas” e acredita ser fundamental a abdicção da privação e da restrição de liberdade, ganhando espaço, como forma de resposta, a reparação e ou a indenização pelo dano causado (CARVALHO, 2008, p. 130).

A partir desses postulados é possível perceber semelhanças com as propostas da Justiça Restaurativa. Conforme adverte Achutti (2012, p. 118) o abolicionismo penal poderá enxergar o modelo restaurativo como mais um instrumento para o alargamento da rede estatal penal, mas, tomadas as devidas precauções, é possível atender de forma potencial as propostas construtivas aqui delineadas.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA

O panorama de ilegitimidade do sistema penal vigente evidenciado pelos teóricos do abolicionismo penal contribui não só para uma forte oposição ao modelo de justiça criminal atual, como também dá margem ao surgimento de modelos alternativos de resolução de conflitos penais. É nesse contexto que a justiça restaurativa ganha força no cenário internacional nos anos 90, apresentando-se como um modelo novo de justiça em que os conflitos criminais possam ser enfrentados a partir do paradigma diálogo-consenso, abandonando-se o velho paradigma culpa-castigo da justiça penal tradicional (ACHUTTI, 2009, p. 106). Portanto, neste capítulo, serão tratados o conceito de justiça restaurativa, seus valores, princípios e práticas, bem como a sua relação com o modelo de justiça tradicional.

2.1 DEFINIÇÕES

A justiça restaurativa não possui um conceito único, definido e amplamente aceito, podendo ser considerada um “modelo eclodido” (JACCOUD, 2005, p. 163) dada a sua grande diversidade de orientações, práticas e princípios. Com efeito, seu conceito vem sendo construído desde os primeiros estudos e experiências restaurativas, nas décadas de 70 e 80, nos Estados Unidos, quando se falava em mediação vítima-ofensor e reconciliação, estando ligada ao movimento de descriminalização. Já a partir dos anos 1990, após passar por fases experimentais e experiências piloto, se expandiu para todas as fases do processo penal (JACCOUD, 2005, p. 165-166).

A mesma complexidade encontrada na definição conceitual da justiça restaurativa também atinge os seus objetivos, os quais não necessariamente serão buscados ou alcançados simultaneamente em um único procedimento restaurativo, mas que se direcionam, em geral, à conciliação e à reconciliação entre as partes, à resolução dos conflitos, à reconstrução dos laços rompidos, à prevenção da reincidência e à responsabilização (PALLAMOLLA, 2009, p. 53).

Muito embora tal reconhecida dificuldade de definição do termo, Pallamolla (2009, p. 54) e Achutti (2012, p. 89) referem que o enunciado proposto por Tony Marshall, aparentemente, expressa o entendimento da maioria dos pensadores da temática: “a justiça restaurativa é um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem,

coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e as suas implicações para o futuro”.

Mylène Jaccoud (2005, p. 169) define a justiça restaurativa a partir da participação das partes e dos fins pretendidos com o procedimento restaurativo, de modo que se caracterizaria por “toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando a corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito”. Esse conceito vai ao encontro do entendimento de Howard Zehr (2008, p. 192), para quem há três finalidades inerentes ao processo restaurativo:

O primeiro passo na justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente as das vítimas. Depois disso a justiça restaurativa deveria buscar identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto, o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor. Deve haver espaço também para o envolvimento da comunidade. Em segundo lugar, ela deve tratar do relacionamento vítima-ofensor facilitando sua interação e a troca de informações sobre o acontecido, sobre qualquer um dos envolvidos e sobre suas necessidades. Em terceiro lugar, ela deve se concentrar na resolução dos problemas, tratando não apenas das necessidades presentes, mas das intenções futuras.

Independente de definições conceituais, Braithwaite (2003, p.1, apud PALLAMOLLA, 2009, p. 54) classifica a Justiça Restaurativa como uma forma de lutar contra a injustiça e a estigmatização, ao passo que “aspira oferecer direções práticas sobre como nós, cidadãos, podemos levar uma boa vida por meio da luta contra a injustiça”.

Portanto, conforme delineiam Gerry Jonhstone e Daniel Van Ness (2007, p. 5, apud ACHUTTI, 2012, p. 85), a Justiça Restaurativa é um movimento social que apresenta enorme diversidade, cujo maior objetivo é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem aos crimes, inexistindo um verdadeiro consenso acerca de sua definição:

Alguns consideram a justiça restaurativa como uma nova técnica social ou programa que pode ser usado no interior dos nossos sistemas de justiça criminal. Outros procuram, em última análise, abolir grande parte do edifício de punição do Estado e substituí-lo por respostas baseadas na comunidade que ensinam, curam, reparam e restauram as vítimas, autores de crimes e suas comunidades. Outros, ainda, aplicam a visão de crime e restauração a todos os tipos de conflitos e danos. Na verdade, o objetivo final e o foco principal, eles sugerem, deveria ser a mudança como vemos a nós mesmos e nos relacionamos com os outros na vida cotidiana.

Nesse contexto, os autores (2007, p. 6-8, apud ACHUTTI, 2012, p. 87-89), trabalham a partir de três aspectos que ilustram a dificuldade de fechamento do termo em uma única expressão, entendendo o conceito de justiça restaurativa como:

(a) sujeito a avaliações científicas – a maioria dos autores consideram a justiça restaurativa como uma alternativa construtiva e progressiva frente ao modelo tradicional de justiça, sendo que essa questão não diria respeito a sua taxonomia, mas sim a uma questão de avaliação, de modo que se torna importante observar quando uma experiência ou prática atende ou não os padrões da justiça restaurativa;

(b) internamente complexo – para que as experiências ou práticas de resolução de conflitos sejam consideradas restaurativas deverão apresentar uma ou mais das seguintes características: (i) processo relativamente informal e envolvendo todas as partes afetadas pela situação (vítimas, ofensores e outros) com o fim de discutir o que aconteceu, qual a extensão do dano e o que pode ser feito para repará-lo; (ii) ênfase nos protagonistas do conflito; (iii) mediadores ou facilitadores que se esforçam para que a resposta ao problema seja o menos estigmatizante e punitiva possível, de forma que o ofensor possa reconhecer o dano sem receios e se responsabilizar pela sua reparação; (iv) mediadores e facilitadores que buscam garantir processo e resultados guiados por valores desejáveis (como respeito e inclusão), evitando os indesejáveis (como violência e coerção); (v) mediadores e facilitadores que dão atenção redobrada aos danos causados à vítima e as necessidades dele decorrentes; e (vi) ênfase no fortalecimento ou na reparação entre as relações das pessoas envolvidas;

(c) aberto – qualquer tentativa de fechamento do conceito de justiça restaurativa seria infrutífera, na visão de Jonhstone e Van Ness, pois há imprevisibilidade quanto às transformações e experiências que as práticas restaurativas de hoje poderão vir a sofrer no futuro.

Desse modo, concluem que a “justiça restaurativa é um conceito aberto, internamente complexo e sujeito a avaliações científicas, que continua a se desenvolver com a prática, e isto ajuda a explicar porque ele é tão profundamente contestado” (JONHSTONE e VAN NESS, 2007, p. 8, apud ACHUTTI, 2012, p. 89). Nesse sentido, concorda Leonardo Sica (2005, p. 495), para quem não se deve procurar um conceito unívoco e simples de justiça restaurativa, pois se estaria diante de uma visão reducionista da proposta, “cuja riqueza está justamente na diversidade e na flexibilidade, o que permite a sua melhor adaptação a diferentes cenários sociais”. No mesmo sentido, entende Achutti (2012, p. 90):

Essa construção ainda em aberto e em constante movimento é, paradoxalmente, um dos pontos mais positivos da justiça restaurativa, pois não há um engessamento de sua forma de aplicação e, portanto, os casos-padrão e as respostas-receituário permanecem indeterminados, na busca de adaptação a cada caso e aos seus contextos culturais.

Então, a partir da amplitude conceitual da justiça restaurativa, Jonhstone e Van Ness (2007, p. 9-16, apud PALLAMOLLA, 2009, p. 55-60) recapitulam três concepções do termo, com propósitos diferentes, mas, na maioria das vezes, não antagônicos: a concepção do encontro, a concepção da reparação e a concepção da transformação:

(a) a concepção do *encontro* afirma que a vítima, o ofensor e demais pessoas interessadas no conflito devem se encontrar em um local não formal e dominado por especialistas, como são os fóruns e tribunais. A partir dessa perspectiva, as pessoas envolvidas na situação conflituosa assumem um papel ativo na tomada de decisões (em contraponto à passividade encontrada no sistema de justiça criminal tradicional, em que um terceiro – o juiz – impõe uma pena como resolução da questão¹⁰). Os defensores dessa concepção, com o intuito de diferenciar encontros restaurativos daqueles não restaurativos, passarão a prestar atenção aos valores que devem guiar os diferentes procedimentos restaurativos;

(b) a concepção da *reparação* refere que o dano causado à vítima deve ser reparado, o que seria suficiente para que exista a justiça, não sendo necessário infligir dor ou sofrimento o ofensor¹¹. Os defensores dessa concepção entendem que, para alcançar a reparação, o *encontro* é praticamente indispensável. Entretanto, não sendo possível, o Estado deverá buscar respostas que privilegiem a reparação e não uma sanção de multa ou cárcere. Assim, diferente da concepção do encontro, que se volta para os valores restaurativos, a concepção da reparação se voltará para os princípios restaurativos, como, por exemplo: a necessidade de a justiça ter por finalidade a “cura” da vítima, do ofensor e da comunidade atingida pelo delito; a necessidade de todos os envolvidos terem a oportunidade de participar do processo decisivo; e a necessidade de repensar os papéis e as responsabilidades da comunidade e do governo na promoção de justiça;

¹⁰ Nesse sentido, concorda Zehr (2009, p. 191-192): “A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que a justiça foi feita e que agora a vítima irá para casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Nem sempre é agradável vivenciar, passar pela experiência de justiça. Mas ao menos saberemos que ela existiu porque participamos dela ao invés de ter alguém a fazer isto por nós. Não é suficiente que haja justiça. É preciso *vivenciar* a justiça.”

¹¹ Igualmente, concorda Zehr (2009, p. 175): “Quando um mal é cometido, a questão central não deveria ser ‘o que fazemos com o ofensor?’, ou ‘o que o ofensor merece?’, mas sim ‘o que podemos fazer para corrigir a situação’.”

(c) a concepção da *transformação* compreende a justiça restaurativa como uma forma de vida a ser levada, que visa à transformação da maneira pela qual as pessoas compreendem a si próprias e de como se relacionam com os outros e com o meio ambiente.

Nesse contexto, os procedimentos restaurativos, em geral, conterão aspectos dessas três concepções, não se podendo separá-las na prática, de modo que resultem somente nessa ou naquela concepção de justiça restaurativa, visto que cada procedimento restaurativo será conduzido e interpretado pelas próprias partes. Assim, a diferença entre as concepções de justiça restaurativa está na ênfase dada por cada uma delas (ao encontro, à reparação ou à transformação), sempre existindo, porém, um núcleo comum entre elas, ao passo que os valores e princípios que as permeiam não poderão apresentar perspectivas antagônicas, pertencendo todos a um mesmo movimento considerado restaurativo.

2.2 PRINCÍPIOS, VALORES E PRÁTICAS RESTAURATIVAS

A justiça restaurativa tem como ponto de partida uma *inversão do objeto* (SICA, 2007, p. 27 apud ACHUTTI, 2012, p. 93), pois não visa ao crime em si, à reação social ou à pessoa do delincente (focos tradicionais da intervenção penal), mas sim foca nas consequências do crime e nas relações sociais afetadas pela conduta. Nesse contexto, seja qual for o procedimento restaurativo utilizado, esse estará orientado para atingir os resultados que se espera de um evento restaurativo (reparação de danos, restauração de laços, etc.), conforme as peculiaridades de cada caso. Dessa forma, diante da ausência de sinalização prévia do que é ou não é crime, assim como de sanções pré-determinadas para cada conduta e de um processo pré-estabelecido, o que existe na justiça restaurativa são princípios e valores, que servirão como guias dos procedimentos restaurativos (ACHUTTI, 2012, p. 94). Nesse sentido, refere Alisson Morris (2005, p. 442-443):

Não há uma “forma correta” de implantar ou desenvolver a justiça restaurativa (...). A essência da justiça restaurativa não é a escolha de uma determinada forma sobre outra; é, antes disso, a adoção de qualquer forma que reflita seus valores restaurativos e que almeje atingir os processos, os resultados e os objetivos restaurativos. Tais práticas e processos restaurativos, portanto, devem “empoderar” infratores e vítimas, oferecendo a eles um sentimento de inclusão e de satisfação com tais práticas e processos; devem permitir que as vítimas sintam-se melhores como consequência de sua participação; e devem adequada e significativamente responsabilizar os infratores, encorajando-os a reparar suas vítimas. Se tudo isso ocorrer, nós podemos esperar que as práticas e processos restaurativos tenham um impacto sobre a reincidência e sobre a reintegração, vindo, ainda, a curar as feridas das vítimas.

Portanto, necessário analisar quais os princípios e valores que devem ser observados para que um método de resolução de conflitos possa ser considerado efetivamente uma prática restaurativa.

2.2.1 Um sistema orientado por valores e princípios

Acerca do tema de valores restaurativos, fundamental a classificação feita por Braithwaite (2002, p. 8 apud ACHUTTI, 2012, p. 94), que os divide em três grupos: valores obrigatórios, valores que devem ser encorajados e valores que podem ser considerados com resultado de um encontro bem sucedido, sendo que esses últimos não podem ser exigidos pelo facilitador do procedimento restaurativo, mas sim devem emergir naturalmente dos participantes.

Neste primeiro grupo, o autor (2002, p. 8-11 apud ACHUTTI, 2012, p. 95-96) menciona os seguintes valores, que devem necessariamente ser observados em um procedimento que se quer restaurativo:

(a) não dominação – um programa restaurativo deve evitar toda tentativa de dominação do encontro por um dos participantes. É preciso, portanto, estruturar as práticas restaurativas de modo a minimizar as desigualdades das relações de poder;

(b) empoderamento – a partir da ausência de dominação, o procedimento restaurativo implica no empoderamento das partes, para que atuem da forma mais livre possível, expressando o que realmente desejam e a maneira pela qual acreditam que os danos devem ser recompensados. Esse valor, dada sua importância, se sobrepõe àqueles constantes no segundo e terceiro grupo;

(c) respeito aos limites – a decisão das partes não poderá causar degradação ou humilhação, nem poderá ultrapassar os limites legais estabelecidos como sanção;

(d) escuta respeitosa – os participantes deverão escutar respeitosamente uns aos outros, de forma a não exercer nenhum tipo de dominação e sem desequilibrar o empoderamento dos demais envolvidos no procedimento;

(e) igualdade de preocupação pelos participantes – um acordo exitoso deverá ser fruto de um procedimento igualitário, em que sejam levadas em conta as considerações do ofensor, da vítima e da comunidade;

(f) *accountability/appealability*¹² – deve ser reconhecido o direito de submissão do acordo restaurativo à análise pelo Tribunal ou ainda de julgamento pelo sistema tradicional de justiça ao invés da justiça restaurativa;

(g) respeito aos direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Declaração dos Princípios Básicos para as Vítimas de Crime e Abuso de Poder, assim como outros tratados e acordos internacionais.

Já no segundo grupo, Braithwaite (2002, p. 11 apud ACHUTTI, 2012, p. 96) refere alguns possíveis objetivos do encontro restaurativo, os quais devem sempre que possível ser encorajados pelos facilitadores: a reparação dos danos materiais ou a minimização das consequências emocionais, a restauração da dignidade e a prevenção de novos delitos. Por fim, no terceiro grupo, o autor (2002, p. 12-13 apud ACHUTTI, 2012, p. 96) inclui manifestações espontâneas das partes ao longo do procedimento ou após a sua realização, como um pedido de desculpas, o sentimento de remorso, o perdão pelo ato cometido, dentre outros. Ressalta-se que os valores do terceiro grupo serão buscados a partir do encontro restaurativo, não podendo ser impostos, sob pena de comprometer o seu caráter espontâneo.

Van Ness e Strong (2010, p. 48-50, apud ACHUTTI, 2012, p. 96-97) também propõem uma série de valores que poderão aparecer nos procedimentos restaurativos, com diferenças pontuais em relação à classificação de Braithwaite acima referida, mas com conteúdo muito parecido: (a) valores normativos: responsabilidade ativa, vida social pacífica, respeito e solidariedade; e (b) valores operacionais: reparação, assistência, colaboração, empoderamento, encontro, inclusão, educação moral, proteção, reintegração e resolução. Destacam-se, entre os valores operacionais, o encontro, a reparação, a reintegração e a inclusão, que, nesta classificação, seriam fundamentais ao sistema de justiça restaurativa, sendo que a ausência de um deles poderia comprometer todo o procedimento.

Pedro Scuro Neto (2004, p. 7) também destaca esses valores restaurativos (inclusão, encontro, reparação e reintegração) como fundamentais. Segundo o autor, estando os quatro elementos reunidos, um procedimento será considerado como inteiramente restaurativo. Entretanto, reconhece que o elemento essencial para caracterizar-se uma prática como restaurativa, é a inclusão das partes envolvidas, sendo que a ocorrência ou não dos outros três valores torna o sistema de justiça mais ou menos restaurativo. Assim, também será restaurativo um procedimento em que a reparação não venha diretamente do ofensor, mas por

¹² Conforme refere Achutti (2012, p.95), o termo utilizado por Braithwaite não tem tradução literal para o português, sendo que *accountability* transmite uma ideia de responsabilidade ou prestação de contas, enquanto *appealability* possui relação com a possibilidade de recorrer ao sistema de justiça tradicional.

meio do apoio material ou emocional de outros atores do processo. O processo de reparação, portanto, poderá ser realizado por outras pessoas, não sendo essencial o encontro entre vítima e ofensor. E, finalmente, a própria reintegração do infrator à comunidade também não será essencial, desde que vítima e infrator sejam incluídos e, em um grau substancial, combinem entre si o modo de reparação.

Sob outra perspectiva, não oposta às anteriores, Afonso Konzen (2007, p. 83) propõe que o sistema de valores e princípios da justiça restaurativa pode ser discutido a partir (a) da importância do processo dialogal, (b) da participação dos direta e indiretamente envolvidos; e (c) dos acordos restauradores propriamente ditos. Segundo o autor, na justiça restaurativa o foco está nas necessidades dos protagonistas do fato, sendo a instauração de um diálogo entre eles o principal instrumento para a busca de respostas. Assim, em contraposição ao modelo de justiça tradicional, em que as respostas são impostas por um terceiro, na justiça restaurativa as respostas serão “*postas pelo diálogo*” (KONZEN, 2007, p. 84). E uma relação dialogal, nesse contexto, envolve a capacidade de ouvir e demonstrar respeito à condição daquele que fala, de modo que “a simples instalação da possibilidade de fala e de escuta já indica, por si só, a importância e o significado dessa experiência” (KONZEN, 2007, p. 86). Nessa linha, caracterizando-se a justiça restaurativa como um processo que se dá pela ouvida da voz dos diretamente envolvidos no conflito, emerge como valor restaurativo também o próprio respeito à participação do ofensor, do ofendido e de suas respectivas comunidades (KONZEN, 2007, p. 87). Por fim, quanto ao acordo restaurativo, Konzen (2007, p. 90) refere que independe necessariamente da tradução material do resultado, pois os resultados esperados não se situam no campo da objetividade, como na justiça tradicional. Assim, poderia, por exemplo, ser suficiente para o acordo restaurativo um pedido de desculpas por parte do ofensor.

Assim, como se pode perceber, há uma grande diversidade de valores que permeiam a justiça restaurativa, assim como a diversidade de conceitos que a envolvem, de modo que se torna necessária uma deliberação coletiva e posterior regulamentação com o fim de esclarecer quais os valores que se espera da justiça restaurativa, não necessariamente restringindo, mas sim especificando quais os procedimentos a serem aplicados.

2.2.2 *Princípios restaurativos de acordo com as Nações Unidas*

A Organização das Nações Unidas (ONU), na resolução 2002/12, emitida pelo Conselho Social e Econômico, estabeleceu princípios básicos para o uso de programas de

justiça restaurativa em conflitos de matéria criminal¹³. Não se trata de princípios obrigatórios, mas sim de indicativos a serem ou não utilizados pelos Estados na aplicação da justiça restaurativa, cuja análise se mostra relevante para o entendimento global acerca do tema.

Em sua primeira seção, a Resolução opta por não estabelecer um conceito rígido de justiça restaurativa, dada sua amplitude e abertura já analisados, limitando-se a definir o que são programas, processos e resultados restaurativos. O art. 1º, então, refere que programa de justiça restaurativa envolve qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos. Assim, processos restaurativos (art. 2º) são aqueles no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir, como exemplifica a resolução, a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária e os círculos de sentença. Já os facilitadores estão conceituados no art. 5º como terceiros justos e imparciais, cujo papel é facilitar a participação dos envolvidos no processo restaurativo. Por fim, o resultado restaurativo (art. 3º) é descrito um acordo construído no processo restaurativo, incluindo respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário e objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e as responsabilidades das partes, bem como promover a reintegração da vítima e do ofensor.

Na seção seguinte, a Resolução passa a discorrer sobre o uso dos programas de justiça restaurativa (arts. 6º a 11) os quais podem ser implementados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional, desde que haja prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário tanto da vítima quanto do ofensor, os quais podem ser revogados a qualquer momento. Tal consentimento, no que tange à vítima, implica auxílio e orientação para a tomada da decisão de participar do programa restaurativo, com objetivo de informar a vítima e não coagi-la (PALLAMOLLA, 2009, p. 91).

Ademais, de acordo com o art. 8º da Resolução, no processo restaurativo, a vítima e o ofensor devem concordar sobre os fatos essenciais do caso, sendo que a participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior. Dessa forma, resta claro nesse ponto que o princípio de presunção de inocência é preservado, “pois o ofensor apenas reconhece que *algo aconteceu*, mas jamais que possui

¹³ Texto original da Resolução disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>> (acesso em 18/05/2014). Tradução livre por Renato Sócrates Gomes Pinto disponível em: <http://justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.U3k6CtJdWAd> (acesso em 18/05/2014).

responsabilidade penal em relação aos fatos (ACHUTTI, 2012, p. 100). A esse respeito, também adverte Pallamolla (2009, p. 92-93):

Sem dúvida há que se ter cuidado para que esta regra não venha a ser descumprida, pois mesmo frente à previsão legal desta determinação, que certamente deve haver, o risco encontra-se na subjetividade do julgador, que poderá ter dificuldade em julgar o caso sabendo que houve anterior 'confissão do fato', o que reforça a ideia de que é um risco ter-se um juiz como mediador, sobretudo se este irá posteriormente julgar a causa.

A Resolução destaca ainda que, quando não for possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a devida prestação jurisdicional, hipótese em que deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

Dando continuidade, em sua terceira seção (arts. 12 a 19), a Resolução da ONU dedica-se ao funcionamento dos programas de justiça restaurativa. Primeiramente, refere que tais programas deverão estabelecer diretrizes e regras incluindo (a) as condições para encaminhamento de casos para os programas de justiça restaurativos; (b) o procedimento posterior ao processo restaurativo; (c) a qualificação, o treinamento e a avaliação dos facilitadores; (d) o gerenciamento dos programas de justiça restaurativa; e (e) os padrões de competência e códigos de conduta regulamentando a operação dos programas de justiça restaurativa. A fixação de tais regras e diretrizes gerais na legislação, estabelecendo os limites do processo restaurativo, é de fundamental importância, ao passo que propicia que a proteção a direitos individuais não seja comprometida a partir da informalidade e da flexibilidade dos encontros restaurativos (PALLAMOLLA, 2009, p. 94; ACHUTTI, 2012, p. 101).

Nessa linha, o art. 13 da Resolução assegura garantias processuais fundamentais às partes, como o direito à assistência jurídica no processo restaurativo, a assistência de menores de 18 anos pelos pais ou responsáveis, a necessidade de as partes estarem plenamente informadas acerca dos seus direitos, a natureza do processo e as possíveis consequências de sua decisão, e a impossibilidade de coação ou indução à participação da vítima ou do ofensor no processo restaurativo.

Por sua vez, o art. 14 assegura a confidencialidade do processo restaurativo, que somente poderá ser publicado com o consentimento das partes. Na justiça restaurativa, a confidencialidade assume papel relevante, pois serve de incentivo às partes para que troquem informações e experiências sem o temor de que suas declarações possam ser utilizadas contra

si, aumentando as chances de êxito do encontro (PALLAMOLLA, 2009, p. 94-95; ACHUTTI, 2012, p. 101-102).

Já o art. 15 da mesma Resolução estabelece que os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo a obter o mesmo *status* de qualquer decisão ou julgamento judicial, impossibilitando ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos (proibição de *bis in idem*). Por outro lado, quando não houver acordo, refere o art. 16 que o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal. Por fim, o art. 17 prevê que, caso haja descumprimento do acordo feito no processo restaurativo, o caso poderá retornar ao programa restaurativo ou ao sistema formal de justiça criminal para que se decida a respeito. Na hipótese de o caso retornar ao processo tradicional, frisa a norma que o descumprimento do acordo não poderá ensejar a aplicação de uma pena mais severa (o mesmo limite é aplicado aos casos em que não se chega a um acordo após o processo restaurativo).

Como fechamento, a Resolução aborda, em sua quarta seção (arts. 20 a 22), o desenvolvimento contínuo dos programas de justiça restaurativa, em que se destaca a importância do Estado na formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento e a promoção da justiça restaurativa. Recomenda-se, nesse contexto, o incentivo a encontros regulares entre as autoridades do sistema de justiça criminal e os administradores dos programas de justiça restaurativa, com o fim de desenvolver um entendimento comum entre os órgãos e ampliar a efetividade e a utilização dos procedimentos resultados restaurativos. É indicado, ainda, que sejam realizadas avaliações periódicas, a fim de verificar os resultados dos programas restaurativos e se esses têm um melhor funcionamento como uma alternativa ou como um complemento à justiça tradicional.

Quanto a essas últimas recomendações, refere Pallamolla (2009, p. 97), visam a evitar que as instituições vinculadas à justiça tradicional resistam a mudanças e acabem por encaminhar somente os casos de bagatela à justiça restaurativa, bem como objetivam que os próprios administradores dos programas restaurativos encorajem mudanças na justiça criminal a partir da inclusão de aspectos restaurativos no sistema.

2.2.3 Principais práticas restaurativas

Em consonância com os valores e princípios restaurativos enunciados, haverá a possibilidade de utilização de diferentes práticas restaurativas. Nesse contexto, Lode

Walgrave (2008, p. 31-41, apud ACHUTTI, 2012, p. 103-108) enumera alguns dos procedimentos mais conhecidos atualmente:

(a) *apoio à vítima*: segundo o autor, a estruturação de um serviço de atenção à vítima deve ser a primeira e a mais importante condição para fazer justiça. Com esse procedimento, pretende-se, dentro do possível, minimizar as consequências da ação sofrida pela vítima. Ganhará especial relevância na justiça restaurativa, enquanto na justiça criminal tradicional funciona como mero auxiliar;

(b) *mediação vítima-ofensor*: prática que terá início com um convite do mediador aos envolvidos no conflito para um encontro em que se buscará a reparação, a compensação ou a restituição do dano causado. O mediador atua como facilitador e não propõe qualquer acordo, tampouco busca forçar um entendimento entre as partes. Inicialmente, a própria noção de justiça restaurativa era confundida com a de mediação vítima-ofensor, mas, atualmente, percebe-se que essa tem limitações, pois envolve somente os diretamente envolvidos no conflito, de modo que não mais se identifica a justiça restaurativa apenas com essa prática;

(c) *conferência restaurativa*: representa o encontro da vítima, do ofensor e de suas respectivas comunidades, com o objetivo de encontrar uma solução construtiva para o conflito;

(d) *círculos de sentença e cura*: práticas fortemente ligadas às tradições indígenas do Canadá e dos EUA, sendo realizadas de duas maneiras: os círculos de cura buscam restaurar a paz na comunidade afetada pelo conflito, enquanto os círculos de sentença funcionam como uma “comunidade de co-julgamento” na justiça criminal tradicional, com a presença de um juiz junto à comunidade;

(e) *comitês de paz*: objetivam a pacificação, a partir da resolução de disputas particulares na comunidade e a construção da paz, ao lidar também com problemas mais amplos que afetem a comunidade como um todo;

(f) *conselhos de cidadania*: trabalham a partir de encontros com condenados a pequenos delitos para negociar maneiras de reparar o dano, incluindo diversas ações como pedido de desculpas ou prestação de serviços comunitários. Diferencia-se dos sistemas restaurativos tradicionais, visto que vítima e ofensor raramente têm voz ativa na deliberação final, que cabe ao conselho, comprometendo significativamente o caráter restaurativo do modelo;

(g) *serviços comunitários*: caracteriza-se antes como um resultado de um acordo restaurativo ou de uma decisão judicial do que um modelo restaurativo propriamente dito. Há controvérsia sobre o seu caráter restaurativo, podendo ser considerado como mais uma forma

de imposição de pena ou como um procedimento restaurativo, ao passo que permite uma reparação mais ampla dos danos causados, já que envolve a sociedade como um todo. De todo modo, é relevante para a justiça restaurativa que a prestação de serviços comunitários seja fruto de deliberação das partes;

(h) *outras práticas*: Walgrave refere ainda a prática de penetração dos princípios da justiça restaurativa em iniciativas de pacificação decorrentes de graves violações de direitos humanos, como a Comissão da Verdade e Reconciliação na África do Sul ou ainda a inserção da justiça restaurativa em prisões, como se verifica na Bélgica.

Desse modo, tem-se que a justiça restaurativa é guiada por princípios e valores, inexistindo uma rigidez de práticas por ela assimiladas. Importante, então, verificar o momento e o lugar de aplicação dessas práticas restaurativas com relação ao processo penal tradicional.

2.3 RELAÇÃO COM A JUSTIÇA CRIMINAL ESTATAL

Realizada uma abordagem conceitual de justiça restaurativa, bem como analisados os princípios e os valores que sustentam as suas práticas, imprescindível, ainda, verificar a sua relação com o modelo tradicional de justiça criminal, se é totalmente excludente e contraposta a ele, devendo ser utilizada a sua margem, ou se é possível utilizá-la inserida no sistema tradicional.

2.3.1 *Justiça restaurativa e justiça retributiva*

Inicialmente, cumpre diferenciar o sistema de justiça retributivo do sistema de justiça restaurativo, ainda que, como se verá mais adiante, não sejam totalmente contrapostos. Howard Zher (2008, p. 170-171) inicialmente opta por definir a própria concepção de justiça restaurativa em contraponto a de justiça retributiva, referindo que há *duas lentes* bem diferentes, descritas da seguinte forma:

Justiça Retributiva

O crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas.

Justiça Restaurativa

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

Alguns anos depois, Lode Walgrave (2003, p. 12, apud JACCOUD, 2005, p. 167) propõe uma síntese a partir da existência de três modelos diferenciados: o direito penal, o direito reabilitador e o direito restaurativo, colocando esse último em contraponto aos outros dois modelos “tradicionais” de justiça. O modelo do direito penal, que está no âmbito do Estado repressor, coloca o crime como ponto de referência. Assim, com o objetivo de estabelecer equilíbrio moral, utiliza-se de meios que infligem dor (como a pena privativa de liberdade) para atingir o critério de avaliação de “uma pena adequada” ao infrator. Portanto, no modelo do direito penal, a posição da vítima é totalmente secundária, assim como o é no modelo reabilitador. Nessa segunda perspectiva, inserida no Estado providência, o direito tem como ponto de referência o indivíduo delincente, objetivando a sua adaptação por meio do seu tratamento. Desse modo, o critério de avaliação de justiça será o próprio indivíduo adaptado. Em oposição a esses dois primeiros modelos, o direito restaurador coloca a vítima em uma posição central. Inserido no contexto do Estado responsável, objetiva a anulação dos erros que geraram o evento delitivo, a partir da obrigação de restaurar os danos decorrentes dele. Portanto, o seu ponto de referência são os prejuízos causados e o critério de avaliação é a satisfação das necessidades dos interessados.

Embora a existência de tais distinções clássicas, mais recentemente tem-se questionado se realmente a justiça restaurativa está em plena oposição à justiça retributiva.

Von Hirsch, Ashworth e Shearing (2003, p. 27 apud PALLAMOLLA, 2009, p. 74-75) advertem para o fato de que a justiça restaurativa representa também uma forma de punição, visto que o ofensor, ainda que possa optar pelo sistema tradicional ou pelo restaurativo, não poderá escolher por não responder ao ato danoso. Assim, mesmo sendo voluntário o ato de participar do procedimento restaurativo, o ônus suportado pelo ofensor permanecerá. Nesse contexto, frisam os autores, há que se ter razões suficientes para que o ofensor suporte esse ônus, de modo que os processos restaurativos deveriam ser sempre fiscalizados pelo Estado para que os acordos sejam justos e mantenham uma proporcionalidade entre dano e reparação.

O próprio Howard Zehr, no posfácio à terceira edição de *trocando as lentes* (2008, p. 259), assume que mudou a sua forma de conceituar a justiça restaurativa¹⁴ não mais se valendo de dicotomias tão marcadas, embora acredite que as comparações entre ambas sejam

¹⁴ “Hoje muitas vezes descrevo a justiça restaurativa da seguinte forma: A justiça restaurativa... 1. Tem foco nos danos e conseqüentes *necessidades* (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor). 2. Trata das *obrigações* resultantes desse danos (obrigações do ofensor, mas também da comunidade e da sociedade). 3. Utiliza processos *inclusivos* e *cooperativos*. 4. Envolve todos os que têm um *interesse* na situação (vítimas, ofensores, a comunidade, a sociedade). 5. Busca *corrigir* os males” (ZEHR, 2008, p. 257).

úteis como ferramentas. Portanto, passa a compreender as duas abordagens não como opostas, mas como o começo e o fim de uma escala ou medida, podendo uma prática pender mais para um lado ou para o outro (indo do totalmente restaurativo ao não restaurativo). Desse modo, entende que ambas as justiças podem coexistir: por um lado, principalmente em países em que não há clara tradição de direitos humanos, se torna necessária a existência de sistemas judiciais bem estruturados com o fim de salvaguardar esses direitos e estabelecer algum tipo de verdade quando são negados; contudo, por outro lado, é preciso reconhecer os pontos fracos do sistema legalista e trabalhar no sentido de obter processos e resultados tão restaurativos quanto possível (ZEHR, 2008, p. 260).

Assim, ainda que não totalmente opostas, tem-se que é importante manter a distinção entre a justiça retributiva e a restaurativa. Nesse ponto, portanto, concordamos com Pallamolla (2009, p. 76):

A justiça retributiva acredita que a imposição de pena (sofrimento) irá vindicar a vítima, quando na verdade ela é contraproducente tanto para a vítima quanto para o autor. Já a justiça restaurativa acredita que o que realmente vindica a vítima é o reconhecimento de suas necessidades e danos, somados ao encorajamento do ofensor para assumir a responsabilidade pelo ato, reparar o dano e apontar os motivos de seu comportamento.

Portanto, esclarecidas as diferenças entre o sistema retributivo e o restaurativo, e a sua não completa oposição, restante analisar o lugar e o momento de aplicação de cada um deles, se podem ser utilizados em conjunto ou se devem ser utilizados separadamente.

2.3.2 *Lugares e momentos de aplicação da justiça restaurativa*

Existem dois grandes modelos de justiça restaurativa no que toca ao seu lugar frente ao sistema de justiça criminal tradicional: o modelo centrado nos processos (minimalista) e o modelo centrado nos resultados (maximalista). Tais modelos não se apresentam sempre de forma independente, existindo variações e intercâmbios entre eles.

O modelo centrado nos processos considera, em geral, que as finalidades restaurativas são secundárias, sendo os processos utilizados os responsáveis por definir o modelo de justiça restaurativa, de modo que todo o processo fundamentado sobre a participação (das partes ligadas pela infração ou pela comunidade) se insere no modelo de justiça restaurativa (JACCOUD, 2005, p. 171). Partindo desse modelo, tem-se então a tendência minimalista ou do “desvio do sistema jurídico principal”, que entende que o lugar da justiça restaurativa é

como alternativa ao sistema de justiça estatal, concebendo que as partes ligadas ao conflito devem aceitar antecipadamente a instituição do processo restaurativo. Quanto ao modelo, refere Pallamolla (2009, p. 79):

Este modelo, por ser cooperativo, depende da voluntariedade das partes em querer participar. Não se aceita que o processo restaurativo seja imposto pelo judiciário ou que este imponha uma sanção, mesmo que contenha finalidades restaurativas. Seus representantes são contra a participação de profissionais ligados ao direito e de autoridades nos processos e costumam-se ocupar-se de casos que são derivados ou divertidos do sistema de justiça criminal para programas de mediação, conferências comunitárias e círculos de pacificação ou cura. A finalidade deste modelo é permear e transformar o sistema de justiça criminal de forma gradual.

Ainda quanto à perspectiva minimalista, refere Pallamolla (2009, p. 79), que mais recentemente seus adeptos têm aceitado sua fiscalização exterior pelo Estado, com o fim de evitar abusos ou violações, mantendo-se, entretanto, o processo restaurativo em si sempre afastado do sistema penal.

Já o modelo centrado nos resultados (ou nas finalidades), por outro lado, entende que as finalidades restaurativas são centrais e prioritárias, independentemente dos processos aplicados para atingi-las (JACCOUD, 2005, p.170). Seus adeptos pertencem à perspectiva maximalista, entendendo que a justiça restaurativa deve transformar profundamente o modelo retributivo e, para tal, deve ser integrada ao sistema de justiça estatal, sob pena de ter seus limites de aplicação minimizados (JACCOUD, 2005, p. 172). Há sérias críticas a esse modelo, pois, com o fim de dar maior amplitude à justiça restaurativa, esquece-se de um dos seus princípios fundamentais: a voluntariedade para participação no processo restaurativo. Nesse sentido, concordamos com Pallamolla (2009, p. 82-83), para quem não parece uma escolha acertada a imposição da restauração, sem que os implicados no delito tenham deliberado a respeito:

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

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

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

Portanto, entendemos que o modelo minimalista propõe uma forma de aplicação da justiça restaurativa que está em maior consonância com os seus próprios princípios e valores. Deve, portanto, estar estruturada em separado do sistema penal e ocorrer a partir de procedimentos voluntários. Atenta-se, entretanto, que será preciso tomar os devidos cuidados para que a justiça restaurativa não acabe por figurar como mera expansão da rede de intervenção penal, como será analisado mais especificamente no próximo capítulo.

Por fim, importante destacar que ainda não há um sistema restaurativo integral, em que se tenha substituído por completo o sistema tradicional, de modo que todas as experiências atuais são desenvolvidas a partir da justiça criminal estatal, havendo diferentes momentos de encaminhamento à justiça restaurativa: *(a)* pela polícia ou pelo Ministério Público, na fase pré-acusatória (de investigação); *(b)* pelo Ministério Público, após a fase investigatória, geralmente antes do oferecimento da denúncia; *(c)* pelo juiz, a qualquer momento da fase judicial; *(d)* como complemento ou alternativa à prisão, na fase pós-judicial (PALLAMOLLA, 2009, p. 99). Assim, o processo restaurativo poderá resultar em diferentes consequências, como a extinção do inquérito policial ou do processo criminal, a suspensão condicional do processo ou da pena, o arquivamento da queixa (quando o ofensor cumprir o acordo) e, ainda, a possibilidade de redução da pena ou sua substituição ou até a absolvição do acusado (ACHUTTI, 2012, p. 109).

Desse modo, o modelo de justiça restaurativa emerge como um novo paradigma de justiça criminal, dando a possibilidade concreta de intervenção no conflito a fim de restaurar as relações que foram abaladas por ele, tendo como principais características: *(a)* participação da vítima no debates, incluindo a deliberação sobre a maneira como os danos serão reparados; *(b)* procedimento que poderá ou não resultar em prisão do ofensor, mesmo que ele venha a admitir que praticou o "crime"; *(c)* é possível (e desejável) que as partes cheguem a um acordo de como lidar com a situação conflituosa; *(d)* os operadores jurídicos deixam de ser os protagonistas do processo, abrindo espaço para uma abordagem mais ampla do conflito (ACHUTTI, 2012, p. 109).

3 A EMERGÊNCIA DE UM NOVO MODELO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CRIMINAIS

Neste capítulo, serão abordadas, primeiramente, as críticas destinadas à justiça restaurativa e às possíveis formas de superá-las. Em seguida, será analisado como a experiência brasileira vem se comportando nesse contexto. Por fim, tentar-se-á aproximar a justiça restaurativa do abolicionismo penal, verificando como aquela responde às principais críticas e propostas deste, a fim de construir um novo modelo de resolução de conflitos criminais.

3.1 CRÍTICAS À JUSTIÇA RESTAURATIVA E A SUA SUPERAÇÃO

3.1.1 *Extensão da rede de controle penal*

Originada na expressão inglesa “*netwidening*”, a extensão da rede de controle penal remete a um efeito perverso que pode advir do uso de práticas restaurativas que visam à redução do sistema penal, pois, ao serem aplicadas em situações que possivelmente não seriam tratadas pelo sistema penal (ofensas de menor gravidade), estas práticas podem, ao contrário, contribuir para aumentar o controle no que diz respeito a essas “novas clientelas” (JACCOUD, 2005, p. 178). Está-se diante do risco, portanto, de a justiça restaurativa aumentar o leque de opções interventivas do Estado e o controle que ele mantém sobre a sociedade, como um meio paralelo de ampliação do poder de punir, ao invés de transformar o sistema penal no sentido da sua redução (BENEDETTI, 2006, p. 512).

De acordo com Leonardo Sica (2007, p. 26), esse receio, no Brasil, advém, principalmente, da observação do modelo de justiça consensual introduzido pela Lei nº 9.099/1995¹⁵ e do seu real funcionamento, que se resumiu ao objetivo utilitário de esvaziar prateleiras e aliviar a máquina estatal de suas funções essenciais. Desse modo, houve uma expansão do controle penal como efeito colateral da sobreposição de duas lógicas distintas e incompatíveis (punitiva e consensual). Entretanto, ao passo que se preconiza a justiça restaurativa em separado do processo penal tradicional, essas críticas vão sendo amenizadas.

¹⁵ Lei que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Segundo Larrauri (2004, p. 455), o perigo da extensão da rede de controle penal poderá ocorrer quando se estabelece um programa em que sejam remetidos à justiça restaurativa somente casos de delitos de menor potencial ofensivo. De fato, tal ocorrência advém da falsa crença de que o processo restaurador não comporta ônus para o infrator, ignorando-se o intenso trabalho que requerem as conferências restaurativas, tanto para a vítima quanto para o infrator. Nesse contexto, há diversos fatores que poderão ensejar a expansão da rede de controle penal a partir da implementação de programas restaurativos, entre eles: *(i)* quando é dada prioridade ao sistema penal tradicional, que será o responsável por decidir quais casos serão encaminhados para a justiça restaurativa; *(ii)* nas hipóteses em que os critérios de derivação à justiça restaurativas sejam muito restritivos a ponto de fazer com que somente sejam encaminhados os casos de bagatela; *(iii)* quando os acordos restaurativos não sejam levados em conta pelo judiciário no momento da fixação da pena; ou, ainda, *(iv)* em razão de a justiça restaurativa não ser uma alternativa à pena de prisão, quando o momento escolhido para a sua aplicação for o de execução da pena (LARRAURI, 2004, p. 462).

Desse modo, além de afastar o procedimento restaurativo do processo tradicional, é preciso estabelecer critérios claros de derivação aos programas restaurativos, evitando a inclusão de casos de pouco potencial ofensivo (LARRAURI, 2004, p. 455) ou sobre os quais não se tenha um mínimo de esclarecimento acerca dos fatos. Desse modo, o ideal é que o encaminhamento seja realizado pelo promotor (antes de efetuar a denúncia) ou pelo juiz (antes de receber a denúncia), em ambos os casos após ser constatada a existência de indícios de materialidade e de autoria (PALLAMOLLA, 2009, p. 143).

Nesse contexto, Guadalupe Sanzberro (1999, p. 162, apud PALLAMOLLA, 2009, p. 143) sugere três critérios de derivação para os programas restaurativos: *(i)* a existência de uma vítima personalizada e de *(ii)* certa entidade da infração penal, excluindo-se, assim, os casos de bagatela, e *(iii)* o reconhecimento do fato ou a existência de fato esclarecido pelo autor, além da não exclusão de infratores reincidentes.

Ainda quanto aos critérios de derivação, a fim de não cair na expansão do controle penal, deve-se evitar ao máximo a discricionariedade por parte do sistema tradicional no encaminhamento dos casos à justiça restaurativa. Desse modo, é preciso estipular elementos claros e objetivos que, quando presentes (e desde que haja o consentimento da vítima e do ofensor) obriguem a derivação direta aos programas restaurativos, amenizando-se o risco de deixar tal decisão nas mãos somente do sistema penal tradicional (PALLAMOLLA, 2009, p. 144).

Além de estabelecer critérios claros de derivação, outra medida que poderá diminuir a tendência de expansão da rede penal é que conste como critério de êxito das práticas restaurativas o número de pessoas que se tenha conseguido afastar do sistema tradicional. Ou seja, a avaliação do programa restaurativo será positiva quanto menos processos e menos condenações penais houver (LARRAURI, 2004, p. 455-456).

Portanto, concordando com Pallamolla (2009, p. 145), entende-se que devem ser privilegiados os programas restaurativos aplicados em momento anterior ao processo penal, ou logo no seu início, e evitados aqueles efetivados no momento da fixação da sentença ou durante a execução da pena privativa de liberdade. Assim, objetiva-se que a justiça restaurativa possa, efetivamente, reduzir a aplicação da pena privativa de liberdade e do controle exercido pelo sistema penal.

Nesse sentido, conclui acertadamente Leonardo Sica (2007, p. 27):

A Justiça Restaurativa não deve ser concebida somente como uma forma de encurtar o processamento de infrações penais de menor potencial ofensivo e os eventuais acordos devem ser recepcionados pelo sistema de justiça de forma a evitar, com segurança, qualquer possibilidade de *bis in idem*.

Assim, as chances de fuga da possibilidade de extensão da rede penal diminuem consideravelmente – aumentando, portanto, a probabilidade de se ter a implementação bem sucedida – quando os programas restaurativos forem concebidos (i) de forma autônoma com relação ao sistema penal tradicional, mas com a devida recepção dos acordos restaurativos por esse; e (ii) a partir de critérios de derivação claros e bem definidos, a fim de que não sejam encaminhados casos de bagatela, nem aqueles em que não há indícios mínimos de materialidade e de autoria.

3.1.2 *Garantias jurídicas do ofensor*

Outra crítica direcionada à justiça restaurativa é a de que ela fracassa em proporcionar salvaguardas e garantias dos direitos do ofensor, com o suposto escopo de obter mais facilmente dos infratores uma aceitação de sua responsabilidade e também conseguir mais facilmente acordos entre os participantes (MORRIS, 2005, p. 444). De fato, conforme já mencionado no capítulo anterior, quando se delineou as diferenças entre a justiça retributiva e a justiça restaurativa, percebe-se que, por mais que o modelo restaurador vise à responsabilização efetiva do ofensor para que esse reconheça o dano causado, ao invés de

simplesmente ser-lhe atribuída uma pena pela constatação de culpa, não há como escapar de um mínimo de imposição de um gravame a ele, ao passo que inexistente a possibilidade de simplesmente não responder ao fato delituoso.

Será preciso, portanto, manter as garantias do ofensor também na justiça restaurativa. Desse modo, conforme destaca Pallamolla (2009, p. 154), é preciso estabelecer a autonomia do processo restaurativo, entretanto com uma fiscalização externa estatal, que vise a prevenir possíveis violações de direitos e de garantias fundamentais. Para tanto, se torna necessária (i) a fixação de limites aos encontros restaurativos, (ii) a garantia de livre acesso aos programas restaurativos e da possibilidade de recorrer à assessoria jurídica quando necessário e, ainda, (iii) a certeza de que o acordo restaurativo será levado em consideração pela justiça tradicional (PALLAMOLLA, 2009, p. 155) – mecanismos, inclusive, ratificados na Resolução da ONU, conforme já abordado neste trabalho.

Desse modo, não se pode conceber a justiça restaurativa de forma dissociada da doutrina de proteção aos direitos humanos, já que ambas buscam, em sua essência, a tutela do mesmo bem: o respeito à dignidade humana. Portanto, é preciso se cercar de todas as cautelas possíveis para que o empoderamento da comunidade na busca das soluções de seus próprios conflitos não se dê em detrimento de todo o processo histórico de proteção e afirmação dos direitos humanos (VITTO, 2005 p. 47-48).

Nesse contexto, há de ser repelida a visão reducionista que identifica a justiça restaurativa com “mecanismos de mera reparação pecuniária, ou submissão do infrator a constrangimento ou humilhação” (VITTO, 2005, p. 48):

O modelo de justiça restaurativa busca intervir positivamente em todos os envolvidos no fenômeno criminal. Pretende, destarte, tocar a origem e causa daquele conflito, e a partir daí possibilitar o amadurecimento pessoal do infrator, redução dos danos aproveitados pela vítima e comunidade, com notável ganho na segurança social. Porém, o êxito da fórmula depende de seu correto aparelhamento.

Por isso, e sem embargo da necessidade de se buscar novos meios para tratamento do problema penal, devemos estar atentos para o fato de a aplicação prática do modelo restaurativo em nossa realidade envolver problemas de cunho operacional no tocante à correta preparação da intervenção e capacitação de técnicos, à sua integração com programas securitários e sociais, e ao monitoramento dos acordos obtidos, bem como avaliação do funcionamento da prática, que constitui fator tão importante quanto à sua execução.

Assim, as iniciativas pioneiras que se desenham para a aplicação prática da justiça restaurativa levam consigo a responsabilidade adicional de enfrentar tais contingências e superá-las de molde a impulsionar a prática em nosso país, como alvissareira concepção de reação ao crime. (VITTO, 2005, p. 49)

No que diz respeito às garantias inerentes ao processo penal, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, é preciso referir que, de fato, elas se mostram

insuficientes na prática, sendo meramente formais e desprovidas de potencial preventivo. Isso porque estão inseridas em um sistema que trabalha com a certeza e a proporcionalidade vertical das penas, de modo que “de nada adianta a observância formal desses princípios, se só servirem para levar o acusado ao destino certo e ‘seguro’ da punição severa” (SICA, 2007, p. 8).

Nessa linha, Leonardo Sica (2007, p. 11) retoma o conceito de “garantismo positivo” de Alessandro Baratta, o qual se orienta não somente à contenção do poder punitivo estatal, mas também à segurança dos indivíduos em todos os seus direitos fundamentais, sendo incluídos, também, os direitos de prestação positiva. Assim, ao se compreender a fragilidade das garantias penais tradicionais frente às regras de funcionamento real do sistema de justiça, se propõe (sem abrir mão dessas garantias negativas) o estabelecimento de formas positivas de evitar os malefícios do poder punitivo sobre o cidadão e sobre a comunidade, no contexto de uma política integral de proteção dos direitos. Desse modo, “impõe-se a aceitação de outras formas de resolução do conflito que não somente a punição, para que o tribunal penal possa, por exemplo, aceitar o acordo entre as partes num grande número de situações, por um lado, e, por outro, permitir outros tipos de sanções não aflitivas” (SICA, 2007, p. 12).

Portanto, entende-se que a justiça restaurativa é concebida de modo a preservar os direitos humanos de todos os envolvidos no processo, inexistindo, em seus valores, fatores que possam ocasionar a violação de direitos subjetivos do infrator. Entretanto, de fato, também não há dúvidas de que será necessário impor limites à sua aplicação, em especial com relação aos acordos advindos dos seus procedimentos.

3.1.3 Participação da vítima e a privatização do conflito

Ligado às críticas anteriores e aos procedimentos dialogais em geral, é levantado, ainda, o receio da chamada privatização do conflito, a partir da participação ativa da vítima no processo decisório (conforme preconiza a justiça restaurativa e muitas das proposições abolicionistas, analisadas no primeiro capítulo deste trabalho).

Tais críticas são promovidas, em primeiro lugar, pelos defensores das teorias retribucionistas do merecimento, que argumentam que a participação da vítima e da comunidade põe em risco uma série de princípios – em especial o da igualdade (ou coerência dos castigos), o da proporcionalidade e o da imparcialidade – de forma que entendem ser essencial a presença ativa do Estado para assegurar que não sejam impostos castigos excessivos que violem tais princípios (LARRAURI, 2004, p. 453).

Inicialmente, importante mencionar o destaque feito por Sica (2007, p.5) no sentido de que esses autores partem de uma premissa equivocada, de que, *a priori*, há uma necessidade de castigar. Entretanto, a evolução da justiça penal e das leis penais demonstra o contrário: há um hábito de punir que tomou conta da noção “moderna” de justiça, o qual não reflete uma necessidade psicossocial, mas sim uma necessidade político-institucional, ligada ao processo de apropriação da justiça e instrumentalização do direito penal, com a finalidade de manter o distanciamento e o isolamento de determinadas pessoas e de rotular os “inimigos” da sociedade. Entretanto, continua o autor, a justiça restaurativa situa-se em outro nível: “pretende abater esse sentimento punitivo, reconhecendo essa tentativa como uma etapa fundamental para a evolução da vida comunitária, cuja harmonia é mais ameaçada do que preservada pelas tendências irracionais alimentadas pela ‘necessidade de castigo’” (SICA, 2007, p. 5).

De todo modo, analisando-se especificamente cada um dos princípios supostamente violados pela justiça restaurativa, tem-se que a crítica igualmente não merece prosperar. A suposta violação ao *princípio da igualdade* refere-se ao fato de que cada conferência restaurativa pode chegar a diferentes soluções para casos similares, o que seria desigual. Como resposta, tem-se que a justiça restaurativa, justamente, não se funda em discriminações, mas sim em diferenças, que são legítimas e necessárias para a efetiva justiça para o caso em concreto (LARRAURI, 2004, p. 453-454). Com efeito, nesse mesmo sentido, corroboram as considerações trazidas por Nils Christie de que o tratamento igualitário é uma criação meramente artificial do discurso jurídico-penal tradicional, visto que os casos, as pessoas e as circunstâncias, que nunca serão iguais, deverão ser tratadas como se o fossem.

Já a crítica voltada à violação ao *princípio da proporcionalidade* se dá devido ao fato de a justiça restaurativa ignorar a proporção entre a gravidade do fato, a culpabilidade do autor e a consequência correspondente, visto que se deixa sob o controle das partes a deliberação acerca da forma de reparação (PALLAMOLLA, 2009 p. 156). Nesse contexto, não há dúvida de que é preciso estabelecer limites máximos ao alcance dos acordos restaurativos, bem como de que deva ser exercida uma supervisão externa dos acordos alcançados (LARRAURI, 2004, p. 453), com base na preservação dos direitos humanos, conforme exposto na sessão anterior. No que se refere aos limites mínimos dos acordos restaurativos, parece não haver qualquer problema relacionado à possível desproporcionalidade, sendo, necessário, nesse ponto, estabelecer a obrigatoriedade de sua aceitação pelo judiciário. Com efeito, deve-se, então, constar em lei que os acordos restaurativos serão recebidos pelo processo criminal tradicional, bem como a forma como tal

recepção se procederá (se extinguirá a punibilidade, reduzirá a pena, etc.). Assim, evita-se que o acordo seja simplesmente desconsiderado pelo julgador e também se delimita que esse somente poderá ser rejeitado em caso de violação aos limites máximos de proporcionalidade (PALLAMOLLA, 2009, p. 162).

Por fim, quanto ao possível comprometimento do *princípio da imparcialidade*, argumentam os retribucionistas que, a partir da utilização da justiça restaurativa, a resolução da controvérsia não se dará por terceiros imparciais e sim a partir das partes afetadas, que são, conseqüentemente, parciais (LARRAURI, 2004, p.453). Nesse sentido, conforme sintetiza Pallamolla (2009, p. 166), tal crítica parece esvaziar-se perante os seguintes argumentos: (i) a justiça criminal tradicional, apesar de reconhecer o princípio da imparcialidade, não é capaz de aplicá-lo na prática, frente à seletividade inerente ao sistema penal; (ii) o processo restaurativo prescinde do consentimento das partes e possibilita que essas se retirem a qualquer momento, podendo escolher entre esse ou o devido processo legal; (iii) os acordos restaurativos deverão ser fiscalizados pelo Estado; (iv) conforme inúmeros estudos têm demonstrado, as partes tendem a se sentir tratadas com maior equidade em processos restaurativos. Por fim, ainda complementa Larrauri (2004, p. 454) observando que inexistente argumento definitivo no sentido de que a determinação de culpa e a condenação por um terceiro imparcial sejam uma melhor solução que o acordo alcançado pelas partes diretamente envolvidas no conflito.

Além das críticas direcionadas pelos retribucionistas acima expostas, há ainda que se mencionar a contrariedade dos autores garantistas com relação à inclusão da participação direta da vítima em processos dialogais. Nesse contexto, Salo de Carvalho (2002, p. 146-147) alerta:

Não podemos olvidar, fundando nossa matriz, que a principal conquista da modernidade foi a resolução do caso penal, aplicação da pena e execução da sanção em uma única figura: o Estado. Tal perspectiva esta posta como *conductio sine qua non* de civilidade em todos os filósofos do iluminismo, ou seja, o homem, abdicando do seu direito de resolver o conflito individualmente (autotutela), confere este poder-dever a um terceiro imparcial que atua como substituto processual.

Entende o autor (2002, p. 147) que a vítima não tem capacidade de “sublimação”, ou seja, de se retirar do conflito e observá-lo de fora e buscar uma resposta de forma adequada; pelo contrário, estando intrinsecamente ligada ao conflito, acaba por internalizar desejos de vingança, respondendo irracionalmente e desproporcionalmente ao agressor. Assim, de acordo com essa visão, a justiça restaurativa, se encarada de uma forma simplista, poderá

“criar fortes alicerces para vencer a batalha contra as garantias fundamentais escudada na máscara argumentativa da informalidade, fazendo ressurgir a vítima protagonista, com o intuito de satisfazer as necessidades emocionais desta (vítima) e de prevenir a criminalidade” (BIZZOTTO e RODRIGUES, p. 175, 2006).

Quanto a esse suposto sentimento de vingança da vítima, Robinson e Shapland (2008, p. 342 apud PALLAMOLLA, 2009, p. 170) mencionam uma pesquisa de avaliação de processos restaurativos desenvolvida na Irlanda do Norte: se percebeu que as vítimas não costumam ser vingativas e sim desejam auxiliar o ofensor a não voltar a delinquir, tanto por acreditarem que assim ajudam a evitar que outras pessoas se tornem vítimas, quanto pela vontade de ajudar os ofensores a melhorar suas vidas. Ademais, cabe ressaltar que, quanto mais forem preservados os valores restaurativos – como a não-dominação, o respeito aos direitos humanos e a escuta respeitosa – assim como os limites do acordo restaurativo, menor será a possibilidade de que a vítima se mostre demasiadamente punitiva (PALLAMOLLA, 2009, p. 170).

Outrossim, também com o fim de contornar a crítica garantista, Luiz Antonio Bogo Chies (2002, p. 193) cogita se a resposta não está menos na “devolução” do conflito às vítimas e mais numa forma de “envolvimento” dessas na resolução daquilo que, afinal, também é seu: “menos em devolver, mais em envolver, vez que ‘sou’ parte do conflito, parece-me legítimo que também tenha parte da solução, e, aqui, não tanto numa perspectiva de benefício de resultado, mas sim de compromisso de processo resolutório”. Nesse sentido, concluí o autor (2002, p. 199) que não se está diante de “garantias sim” ou “garantias não”, mas sim de buscar respostas que visem a ofertar garantias socialmente válidas – que são os efeitos sociais saudáveis da resolução judicial dos conflitos – mas, por outro lado, minimizem os efeitos perversos da usura exclusiva do exercício de poder e de dominação.

Nesse sentido, consigna Elena Larrauri (1998, p. 735):

una estrategia alternativa, pero no excluyente, a la necesidad de regular, sometiendo a límites, consiste en reducir el poder punitivo del Estado. La concreción de esta posibilidad quizá sería posible abogando por un modelo de justicia restauradora, que vetase determinados tipos de penas como la prisión (por su carácter exclusivamente punitivo) y concediese un mayor protagonismo a la víctima (para juzgar y para de-terminar la respuesta). Este poder reducido debería ser, obviamente, sometido a garantías.

Complementa, ainda, a autora (1998, p. 735) que o modelo restaurador diferencia-se do modelo penal na medida em que “*a pesar de admitir medidas coactivas, se orienta a la reparación de la víctima o neutralización del conflicto y no a punir al delincuente*”.

Nesse contexto, Leonardo Sica (2007, p. 155, apud PALLAMOLLA, 2009, p. 173) conclui que o objetivo da mediação penal (e da justiça restaurativa, portanto) é a apropriação ou a reapropriação do conflito e não a sua privatização, “o que pode muito bem ser concebido como uma visão democrática do processo de regulação social, que é o pano de fundo para ao surgimento da mediação penal, situando-a num campo bem diverso da privatização”.

Por fim, concordando com Pallamolla (2009, p. 173), cumpre ainda referir que, por estarem baseadas no modelo de justiça tradicional, algumas das críticas direcionadas à justiça restaurativa não mais encontram sustento após uma análise detida do modelo restaurador. Com efeito, a partir de seus valores e princípios, percebe-se que a justiça restaurativa se pauta, especialmente, na ampla defesa dos direitos humanos. Ademais, a informalidade do procedimento não impede que existam diretrizes legais sobre o desenvolvimento dos programas restaurativos (a exemplo dos princípios básicos da Resolução da ONU já tratados neste trabalho), sendo igualmente necessária a participação do Estado como garantidor dos direitos envolvidos e não mais como o único responsável por adjudicar a culpa e impor a punição (PALLAMOLLA, 2009, P. 174).

3.2 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Antes de analisar as possibilidades concretas de construção de um modelo de justiça restaurativa que supere o panorama de ilegitimidade do sistema criminal atual, resguardando os direitos e as garantias jurídicas dos envolvidos, cumpre averiguar qual é o cenário brasileiro atual, bem como quais as críticas e acertos dos programas restaurativos que estão hoje em vigor no país.

3.2.1 *Os projetos restaurativos brasileiros*

Em 1999, conforme pesquisa realizada por Adriana Goulart de Sena Orsini e Caio Augusto Souza Lara (2012/2013, p. 208), foram realizados os primeiros estudos teóricos acerca da justiça restaurativa no Brasil, através do trabalho do Professor Pedro Scuro Neto no Rio Grande do Sul. Entretanto, o tema só ganhou repercussão nacional a partir de abril de 2003, com a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário, órgão do Ministério da Justiça, sendo firmado, em dezembro desse mesmo ano, acordo de cooperação técnica com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), gerando o Programa de Modernização da Gestão do Sistema Judiciário.

Nesse contexto, no final de 2004 e início de 2005, a partir do apoio financeiro do PNUD, foi implementado o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” com a promoção de três projetos-piloto de justiça restaurativa no Brasil, localizados em Brasília-DF, em Porto Alegre-RS e em São Caetano do Sul-SP. Ante o resultado desses primeiros projetos de justiça restaurativa, por meio do decreto 7.037/2009, o governo federal aprovou o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, que estabelece, como um de seus objetivos estratégicos, o incentivo aos projetos-piloto restaurativos como forma de analisar seu impacto e a sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, bem como o desenvolvimento de ações nacionais de mediação de conflitos e de justiça restaurativa em escolas.

O projeto-piloto de Brasília-DF, foi implementado nos Juizados Especiais de Competência Geral do Fórum do Núcleo Bandeirante. É aplicado, portanto, em processos criminais de adultos de infrações de menor potencial ofensivo, passíveis de composição civil e de transação penal. Na atual estrutura do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o projeto está sob os cuidados do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, que é ligado ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (ORSINI e LARA, 2012/2013, p. 313). Nos procedimentos restaurativos, é utilizada a prática da mediação vítima-ofensor, sendo que a participação no processo precisa necessariamente ser voluntária. Ademais, os casos encaminhados devem envolver conflitos entre pessoas que possuam vínculos ou relacionamentos projetados para o futuro e em que haja necessidade de reparação emocional ou patrimonial, excluindo-se os casos de violência doméstica e uso de entorpecentes (BENEDETTI e RAUPP, 2007, p. 13-14).

Já a justiça restaurativa no Estado de São Paulo está vinculada à 1ª Vara da Infância e da Juventude de São Caetano do Sul-SP e é voltada para a construção de espaços de resolução de conflitos no âmbito comunitário, escolar e forense. Inicialmente, onze escolas do município foram preparadas para a interação com o sistema judiciário e para lidar com a nova metodologia, expandindo-se, em 2006, para escolas da capital e de Guarulhos-SP (ORSINI e LARA, 2012/2013, p. 314). O projeto tem como público-alvo, portanto, adolescentes em conflitos com a lei e utiliza como prática o círculo restaurativo, podendo os casos serem encaminhados pelo juiz, pelo promotor, por assistentes sociais ou pelo conselho tutelar (BENEDETTI e RAUPP, p. 9-11, 2007).

Por fim, o mais consolidado destes projetos-piloto é o chamado “Justiça para o Século 21”, vinculado à 3ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre-RS. Tem como público-alvo, portanto, adolescentes que praticaram ato infracional. As práticas restaurativas são

adotadas em duas frentes: uma antes de o magistrado aceitar a representação, como forma alternativa ao sistema tradicional, quando se propõe a realização de círculos restaurativos e outra, durante a execução da sentença, de forma complementar ao sistema tradicional, quando uma equipe multidisciplinar acompanha o/a adolescente e delibera se ele/ela está pronto/a para participar dos círculos (ORSINI e LARA, 2012/2013, p. 311). Em 2010, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul oficializou a Central de Práticas Restaurativas no Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Porto Alegre-RS por meio da Resolução 822/2010, sendo instalados quatro centros em bairros da cidade com o intuito de evitar a judicialização de alguns tipos de conflitos.

Atualmente, existem, ainda, outros dois projetos de justiça restaurativa no Brasil: o de Minas Gerais e o do Maranhão. O primeiro, iniciado em 2010 em Belo Horizonte-MG, foi implementado junto ao Juizado Especial Criminal (em casos de crimes de menor potencial ofensivo, portanto) e no Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente autor de ato infracional e utiliza a prática de círculos restaurativos. O projeto tem recebido amplo compromisso do poder público, de modo que, em 2012, foi assinado Termo de Cooperação Técnica entre o Tribunal de Justiça, o Governo Estadual, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Prefeitura de Belo Horizonte-MG (ORSINI e LARA, 2012/2013, p. 315-316).

Já o projeto maranhense, iniciado em 2009 na cidade de São José de Ribamar-MA (pertencente à região metropolitana de São Luís-MA), desenvolve práticas restaurativas tanto dentro do judiciário, na 2ª Vara da Comarca de São José (Casa da Justiça), em casos de ato infracional, como fora dele, no Núcleo de Justiça Juvenil Restaurativa e em escolas, com a aplicação de círculos de paz. Os casos inseridos no poder judiciário têm a seguinte dinâmica: quando a Promotoria vislumbra a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa, propõe uma medida de advertência com o imediato encaminhamento para o círculo restaurativo (ORSINI e LARA, 2012, p. 317-318/2013).

Nesse contexto, apesar da recente experiência brasileira com programas restaurativos, já se pode elencar, como aspecto positivo, a importância da atenção dada à justiça restaurativa pelas instâncias oficiais do governo brasileiro, estando, atualmente, inserida na agenda de diversas instituições. Pode-se mencionar, ainda, a relevância dos projetos empreendidos dentro de comunidades populares ou escolas, concebendo a justiça restaurativa a partir de uma atuação preventiva, de suma importância para o projeto de redução gradual do uso do sistema penal tradicional.

Por outro lado, chama a atenção, também, alguns aspectos negativos, em especial com relação (i) aos casos que são derivados aos programas restaurativos, (ii) ao momento em que

essa é aplicada com relação ao modelo de justiça tradicional, e *(iii)* à forma como os acordos restaurativos são recepcionados por essa. Nesse sentido, Leonardo Sica (2006, p. 469), com razão, elenca algumas impressões a partir da observação, em especial, dos projetos-piloto instaurados:

- (i) crimes de bagatela, os fatos pouco esclarecidos e/ou de duvidosa adequação típica não devem ser encaminhados para a justiça restaurativa, sob o risco de gerar graves ilegalidades, disfuncionalidades e a expansão disfarçada do poder punitivo (em São Caetano do Sul, menores de idade foram submetidos a conferências restaurativas supervisionadas pela Justiça comum, em razão de fatos claramente atípicos e com objetivos meramente disciplinadores);
- (ii) a justiça restaurativa não pode sobrepor-se aos mecanismos da justiça formal, por tratar-se de lógicas diversas, pela possibilidade de *bis in idem* e de revitimização (em Porto Alegre, as medidas restaurativas são propostas após a sentença, pela Vara de execução de medidas sócioeducativas, cumulando-se a essas e, ainda, ocorrendo numa distância temporal do fato que prejudica sensivelmente o diálogo);
- (iii) devem ser estabelecidos critérios de regulação legal para recepção dos acordos pela justiça formal.

Desse modo, observa-se a necessidade de construir um modelo de justiça restaurativa autônomo com relação à justiça criminal tradicional, com o fim de que não se torne mera expansão do controle punitivo deste. Outrossim, deve-se prezar pela aplicação dos processos restauradores em momentos anteriores ao processo penal, com o fim de que esses se tornem efetiva alternativa de resolução conflitos criminais, objetivando a redução do uso do sistema punitivo tradicional, em especial, à aplicação da pena restritiva de liberdade.

3.2.2 *Proposta de legislação*

A justiça restaurativa não requer, *a priori*, o estabelecimento de uma legislação específica, dada sua flexibilidade inerente. Entretanto, conforme refere Sica (2005, p. 472-474), é importante a existência de uma legislação geral que estruture como será a relação entre a justiça restaurativa e a justiça tradicional, enfrentando, em especial, os seguintes aspectos: *(i)* os critérios de envio do caso; *(ii)* as formas jurídicas para recepção da justiça restaurativa pela justiça penal; e *(iii)* a definição de um modelo organizativo implementável. Quanto ao primeiro aspecto, envolve a verificação dos pressupostos materiais mínimos da tutela penal, dentre os quais se destaca a determinação da ofensividade da conduta. Quanto à recepção do acordo pela justiça tradicional, quando esse for inexistente e o caso retornar ao processo penal, o ofensor deve ser resguardado com a cláusula de confidencialidade do procedimento. Já nos casos em que houver acordo, é fundamental que a recepção desse tenha

força de sentença judicial, desaparecendo a necessidade de pena. Quanto ao conteúdo do acordo, caberia ao juiz somente a análise de sua proporcionalidade e razoabilidade. Por fim, quanto ao terceiro aspecto, destaca-se que o ideal é que os programas restaurativos sejam estabelecidos em ambiente separado daquele da justiça tradicional, sendo composta uma equipe multidisciplinar de facilitadores, que inclua pessoas da própria comunidade, procurando evitar o predomínio de profissionais do direito e servidores do judiciário.

Nesse contexto, no Brasil, foi proposto o Projeto de Lei nº 7006/2006¹⁶ pela Comissão de Participação Legislativa, com o objetivo de introduzir a justiça restaurativa no ordenamento jurídico nacional, a partir do acréscimo de dispositivos nos Códigos Penal e de Processo Penal e na Lei dos Juizados Especiais. Entretanto, essa proposta de legislação apresenta algumas incongruências. O primeiro problema é a inexistência de critérios claros e definidos de derivação aos programas restaurativos¹⁷. Como já mencionado, ao inexistir tal referência de forma clara, corre-se o risco de que sejam encaminhados à justiça restaurativa somente os casos de bagatela e de pouca relevância. Há que se atentar, por outro lado, que a definição dos critérios de derivação também não poderá ser restritiva a ponto de impossibilitar o ingresso de crimes considerados mais “graves” (PALLAMOLLA, 2009, p. 181).

Ainda com relação aos encaminhamentos de casos aos programas restaurativos, o projeto prevê que poderão ser realizados pela polícia e pelo promotor de justiça, dependendo, necessariamente, da anuência do juiz. Entretanto, tal previsão mantém a concentração do poder nas mãos do juiz, visto que as próprias partes não poderão optar livremente pelo sistema restaurativo, ainda que o queiram, por ausência de previsão legal. Com efeito, a centralização dessa decisão nas mãos dos magistrados (ou dos demais operadores jurídicos) “contraria diretamente a necessária autonomia do sistema restaurativo, tornando-o mero apêndice do sistema penal e reduzindo substancialmente as chances de não repetir a sua lógica de funcionamento” (ACHUTTI, 2012, p. 259).

Pode-se citar, ainda, como crítica ao referido projeto de lei, o fato de estar “largamente estruturado a partir da linguagem do direito penal, com cláusulas abertas de limitação do uso da justiça restaurativa, que poderão não apenas colonizá-la, mas também repetir o fenômeno da seletividade, tão comum na justiça criminal” (ACHUTTI, 2012, p. 259).

Desse modo, verifica-se a necessidade de maiores discussões a respeito da institucionalização da justiça restaurativa. Como refere Pallamolla (2009, p. 192), parece ser

¹⁶ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=393836&filename=Tramitacao-PL+7006/2006 (acesso em 15/05/2014).

¹⁷ O projeto de lei assim dispõe: “Art. 1º. Esta lei regula o *uso facultativo* e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.” (grifo nosso)

mais positivo optar por uma legislação enxuta, que traga a necessidade de preservação dos direitos do ofensor e evite o *bis in idem*, entretanto deixando margem aos programas restaurativos para escolherem os casos que poderão ser trabalhados e, ao mesmo tempo, reduzindo a discricionariedade judicial no envio de casos e na valoração dos acordos.

3.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA SOB A PERSPECTIVA ABOLICIONISTA

Analisadas as críticas realizadas à justiça restaurativa, bem como a atual conjuntura brasileira, resta, por fim, investigar como o modelo restaurador se comporta frente às considerações e propostas abolicionistas, com o fim de averiguar se esse se configura efetivamente como um novo paradigma de resolução de conflitos criminais.

Inicialmente, no que tange à crítica feita pelos abolicionistas ao modelo tradicional de apropriação dos conflitos individuais pelo Estado, que retira o protagonismo das pessoas diretamente envolvidas e passa a ser o único responsável por julgar e processar o ofensor, a justiça restaurativa parece apresentar uma resposta bastante satisfatória. Com efeito, ao passo que se volta justamente à (re)inserção da vítima e do ofensor (além da própria comunidade) na resolução ativa de seus próprios conflitos, a justiça restaurativa, nesse ponto, efetivamente se configura como um novo paradigma para a resolução de conflitos. De fato, “a devolução do conflito às partes é o primeiro passo não apenas para a emergência desse modelo, mas, fundamentalmente, para a democratização efetiva da justiça penal” (ACHUTTI, p. 249, 2012).

Assim, ao retomar o protagonismo das próprias pessoas envolvidas no conflito criminal, a justiça restaurativa pretende responder ao “agir criminoso” a partir do encontro e da restauração (paradigma diálogo-consenso), ao invés de optar por uma resposta meramente punitiva (paradigma culpa-castigo), inerente ao modelo retributivo tradicional. Desse modo, apresenta-se como uma proposta inovadora, ainda que, como já exposto neste trabalho, ambos os modelos não estejam totalmente em oposição no que toca à punitividade em si. Nesse sentido:

A justiça restaurativa não se funda nem exclusivamente no ato delitivo (violação da lei – modelo retributivo), nem na pessoa do autor, mas no evento do *encontro* entre as pessoas, como forma de abertura para novas perspectivas e novos olhares. A ideia central da justiça restaurativa, portanto, está na pretensão de fornecer aos principais interessados – vítima, autor e grupo social diretamente afetado pelo delito – os meios suficientes para compreender e lidar com a infração (ACHUTTI, p. 250, 2012)

Já quando se trata da superação da estigmatização e da seletividade geradas pelo discurso jurídico-penal tradicional, a justiça restaurativa encontra os maiores entraves. Com efeito, as chances de abandono do paradigma da reação social são praticamente inexistentes quando se concebe o modelo restaurador acoplado intimamente ao sistema de justiça criminal, ao passo se mostra incapaz de ultrapassar a construção da criminalização primária e secundária. Com efeito, a escolha dos comportamentos definidos como crime (criminalização primária) não será alterada pela justiça restaurativa quando a auto-responsabilização do indivíduo tenha como critério a definição de crime da lei penal (BENEDETTI, p. 511, 2006). Os mecanismos de seletividade do sistema político (criminalização secundária) também serão reproduzidos quando a justiça restaurativa encontrar-se aprisionada no seu interior: “se uma das estratégias da criminologia crítica é precisamente a devolução do controle à comunidade, como estímulo ao desenvolvimento de formas sociais de autogestão, a presença impositiva do Estado nos bastidores do sistema penal é um claro empecilho nessa direção” (BENEDETTI, p. 511, 2006).

Desse modo, parece acertada a crítica de Juliana Benedetti (p. 513, 2006), corroborando a proposta defendida neste trabalho, no sentido de que a justiça restaurativa deve ser construída de forma mais independente possível com relação ao sistema tradicional para que, assim, se torne uma verdadeira contraposição a ele:

Para tanto, deve ensaiar, tanto quanto possível, uma desvinculação dos mecanismos seletivos de criminalização primária e secundária, vindo acompanhada de um programa maciço de descriminalização e da participação efetiva da comunidade, além de ser liberada da circunscrição *ratione matéria* e aos crimes considerados menores, com a pretensão de figurar como algo além que um simples anexo do sistema penal. Do contrário, assumindo-se como reforma positiva, não será nada mais do que um método mais eficaz e mais legítimo de controle social.

Nesse sentido, Sica (2007 apud PALAMOLLA, 2012, p. 151) refere a necessidade de cisão da justiça penal num quadro de “dupla entrada” (justiça restaurativa ou modelo tradicional punitivo), de modo que será possível, em tese, a diminuição tanto do número de castigos impostos, quanto da cifra negra, oferecendo-se uma resposta mais acessível e viável para uma série de conflitos que não encontram resposta satisfatória dentro de um “sistema de mão única, fechado e inflexível”. Salienta, ainda, o autor (2007 apud PALAMOLLA, 2012, p. 151), que a “desjudicialização” do acesso à justiça pelo uso de práticas restaurativas pode acarretar, inclusive, a “descriminalização na prática”, ao passo que possibilita que casos sejam

resolvidos pelo programas restaurativos sem reingressarem no sistema tradicional, proporcionando

um acesso mais livre à justiça para grupos sociais marginalizados, para quem o funcionamento do sistema de justiça é só mais uma maneira de prestar serviços “aos ricos” e penalizar os “pobres” e, ainda, a informalização possibilita um abatimento do nível de estigmatização e coerção inerente à justiça formal.

É nesse contexto que se torna possível repensar a tradicional diferenciação entre ilícito civil e ilícito penal, ao passo que, na justiça restaurativa, o foco não é o enquadramento de uma conduta em determinado tipo penal, mas no dano causado e nas formas de reparação. Com efeito, é necessária a “superação das fronteiras artificiais entre os cortes cíveis e criminais” (ACHUTTI, 2012, p. 111) instituindo-se um novo olhar sobre a própria classificação das condutas criminosas. Desse modo, poder-se-ia colocar um freio à rotulação do ofensor como “delinquente”, resultando em uma decisão menos danosa individualmente e socialmente (ao passo que diminuiria as possibilidades de ocorrência pena privativa de liberdade e as suas consequências), desencadeando ações coletivas voltadas à reparação e à superação do dano, ao invés da produção de meras sentenças condenatórias como resposta ao crime (ACHUTTI, p. 111-112, 2012).

Desse modo, concluímos que a justiça restaurativa apresenta-se sim como um modelo diverso e inovador de administração de conflitos, que busca superar as incongruências do sistema criminal tradicional e estabelecer uma forma diversa de compreensão dos fenômenos conflituais da sociedade contemporânea, permitindo pensar a questão “para além do anacrônico modelo causal do crime-castigo” (ACHUTTI, p. 250, 2012), procurando solucionar efetivamente a situação problema e não simplesmente atribuir culpa a um sujeito (ACHUTTI, 2012, p. 109):

A Justiça Restaurativa representa um novo paradigma aplicado ao processo penal, que busca intervir de forma efetiva no conflito que é exteriorizado pelo crime, e restaurar as relações que foram abaladas a partir desse evento. Assim, e desde que seja adequadamente monitorada essa intervenção, o modelo traduz possibilidade real de inclusão da vítima no processo penal sem abalo do sistema de proteção aos direitos humanos construído historicamente (VITTO, 2005, p. 48)

Nesse contexto, Melo (2005, p. 60) sintetiza os motivos pelos quais a justiça restaurativa emerge como um novo paradigma político-criminal:

(i) ela apresenta uma nova percepção da relação indivíduo-sociedade no que concerne ao poder, em oposição à visão vertical de definição do que é justo, proporcionando uma

estruturação horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva;

(ii) ela foca nas singularidades daqueles que estão na relação conflitiva e nos valores que a presidem, abrindo-se, com isso, os motivos que levaram ao conflito;

(iii) a partir desse novo foco na relação, ao invés na resposta punitiva estatal, ela propicia uma nova visão do conflito, que passa a não ser mais aquilo que “há de ser rechaçado, apagado, aniquilado, mas sim aquilo que há de ser trabalhado, elaborado, potencializado”;

(iv) ela volta-se para ao futuro, contra um modelo centrado meramente no “acerto de contas com o passado”, permitindo que se atente também aos termos a que se comprometerão os envolvidos no presente à vista do porvir;

(v) ela aponta para o “rompimento dos limites colocados pelo direito liberal, abrindo-nos, para além do interpessoal, a uma percepção social dos problemas colocados nas situações conflitivas”.

Assim, observa-se que a justiça restaurativa se aproxima à proposta do abolicionismo penal, em especial aquelas elucidadas por Nils Christie e Louk Hulsman, que, além de oferecer crítica contundente ao sistema penal vigente, propõem a construção de um modelo alternativo pautado na justiça comunitária. Dentre as considerações elucidadas por Christie, destacam-se as consequências da apropriação dos conflitos pelo Estado e a maneira simplificadora com a qual a justiça tradicional trata dos conflitos criminais, propondo, assim, a devolução destes às partes envolvidas. Hulsman, do mesmo modo, refere a necessidade de retomada do papel ativo das partes na resolução dos conflitos, mencionando, ainda, a necessidade de se estabelecer uma nova linguagem, com o fim de superar a sua lógica estigmatizante. Assim, percebe-se que ambos os autores contribuíram de forma decisiva para o desenvolvimento do modelo restaurativo como forma alternativa ao modelo tradicional, objetivando a máxima redução do uso deste na administração de conflitos criminais.

Portanto, concordando com a proposta de Daniel Achutti (2012, p. 123-124), tem-se que a justiça restaurativa deve se apoiar na perspectiva abolicionista de modo a construir uma nova proposta de resolução de conflitos que (a) não poderá ser relegada ao papel de mero suplemento expansionista do poder punitivo; (b) exige a adoção de uma nova linguagem, para que não seja colonizada pelas práticas e pelas noções tradicionais de justiça criminal; (c) não faz uma distinção preliminar entre ilícitos civis e ilícitos penais, de forma a permitir que as pessoas envolvidas decidam a maneira pela qual administrarão a situação; (d) não deve se deixar dominar pelos profissionais, sob pena de ser sugada pela indústria do controle do crime

e pela lógica burocrática moderna; *(e)* deve refutar qualquer estereótipo sobre as partes, evitando a revitimização das vítimas e a estigmatização dos ofensores; *(f)* necessita ter seu foco voltado para a satisfação das necessidades da vítima, do ofensor e das suas comunidades de apoio, a partir do envolvimento coletivo na responsabilização pelo cumprimento das condições estipuladas no acordo eventualmente realizado; e *(g)* deve, fundamentalmente, estimular a participação ativa das partes na resolução de seus casos, para que a decisão oriunda do encontro seja um produto de suas próprias propostas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça restaurativa surge no cenário mundial como uma nova possibilidade de enfrentamento dos conflitos penais, ao passo que oportuniza uma análise concreta e humana acerca do conflito, sendo que as próprias partes envolvidas na situação é que serão as protagonistas na tomada de decisão. Nesse contexto, a presente pesquisa buscou averiguar se o modelo restaurador, a partir da aproximação ao abolicionismo penal, apresenta-se efetivamente como um novo modelo de resolução de conflitos, capaz de superar a crise de ilegitimidade do discurso penal tradicional.

Desse modo, no primeiro capítulo, constatou-se que o abolicionismo penal, alinhado às críticas da reação social e da criminologia crítica, caracteriza-se como um movimento de política criminal que busca a construção de uma sociedade mais igualitária e justa e, portanto, menos excludente, a partir da abolição ou (ao menos) a redução da atuação desastrosa do sistema penal. Nesse contexto, procurou-se aprofundar algumas das principais críticas dedicadas ao sistema criminal tradicional.

Com efeito, verificou-se que discurso jurídico-penal não só cria artificialmente a própria noção de “crime”, como também estigmatiza e seleciona as pessoas mais vulneráveis da população, inserindo-lhes a etiqueta de “criminoso”, numa visão maniqueísta de cidadãos do bem *versus* cidadãos do mau. Também se observou que a justiça tradicional, ao “retirar” o conflito das pessoas diretamente envolvidas e “apropriar-se” dele, distancia-se da verdadeira realidade vivenciada pelas pessoas e cria uma falsa expectativa de tratamento igualitário entre casos que originalmente não são – e nem o podem ser – iguais. Constatou-se, por fim, o verdadeiro fracasso de cada uma das teorias justificadoras da pena.

Em seguida, analisaram-se as propostas dos abolicionistas Louk Hulsman e Nils Christie, ambas focadas na construção de um sistema comunitário de resolução de conflitos, em que o protagonismo daqueles diretamente envolvidos na situação seja ressaltado, muito se assemelhando à ideia de justiça restaurativa. Dentre as propostas de Hulsman, há, ainda, a necessidade de se estabelecer uma nova linguagem, com o fim de superar a lógica estigmatizante do discurso jurídico-penal, a partir do uso de expressões como “situações conflituosas” ao invés de “crimes” ou “delitos”.

Assim, passando-se ao segundo capítulo, inicialmente, constatou-se a dificuldade de conceituação precisa do termo justiça restaurativa, dada sua complexidade e abertura. Recapitulou-se, portanto, três concepções do termo, não necessariamente excludentes: a

concepção do *encontro*, a concepção da *reparação*, e a concepção da *transformação*. Nessa linha, como valores restaurativos, foram averiguados, entre outros: a não dominação, o empoderamento das partes, o respeito aos limites legais estabelecidos como sanção, a escuta respeitosa, a igualdade de preocupação pelos participantes, o respeito às convenções internacionais de direitos humanos, a responsabilidade ativa das partes, a inclusão, a reintegração e a importância do processo dialogal.

Percebendo a grande diversidade de valores que permeiam a justiça restaurativa, assim como a diversidade de conceitos que a envolvem, entendeu-se necessária a existência de uma deliberação coletiva e posterior regulamentação com o fim de esclarecer quais os valores que se espera da justiça restaurativa, não necessariamente restringindo, mas sim especificando quais os procedimentos a serem aplicados.

Analisaram-se, também, os princípios estabelecidos na Resolução 2002/2012 da ONU, destacando-se as seguintes disposições: (i) a necessidade de existência de um mínimo de prova acerca da autoria e da materialidade do fato, bem como o consentimento livre e voluntário tanto da vítima quanto do ofensor como requisitos para o encaminhamento de casos os programas restaurativos; (ii) a necessidade de salvaguarda de garantias processuais, como assistência jurídica destinada às parte; (iii) a promoção da confidencialidade do processo restaurativo; e (iv) a necessidade de existência de uma relação entre os programas restaurativos e a justiça tradicional, mormente no que toca à aceitação e à supervisão dos acordos restaurativos.

Quanto às práticas restaurativas existentes atualmente, elencou-se, entre outras, os programas de apoios à vítima, a mediação vítima-ofensor, a conferência restaurativa, os círculos de sentença e cura, os comitês de paz, os conselhos de cidadania e os serviços comunitários.

Ao final do capítulo, foram esclarecidas, ainda, as diferenças entre o sistema retributivo e o restaurativo, e a sua não completa oposição, mesmo com a necessária diferenciação, bem como foram analisados os modelos maximalista e minimalista de justiça restaurativa. Nesse contexto, concluiu-se que o modelo minimalista propõe uma forma de aplicação da justiça restaurativa que está em maior consonância com os seus próprios princípios e valores, de modo que essa deve, então, estar estruturada de forma autônoma com relação ao sistema penal tradicional e ocorrer a partir de procedimentos voluntários.

Finalmente, no terceiro capítulo, foram abordadas, inicialmente, as críticas destinadas à justiça restaurativa e as possíveis formas de superá-las. Quanto à possibilidade indesejada de expansão da rede de controle penal, constatou-se a necessidade de os programas restaurativos

serem concebidos (i) de forma autônoma com relação ao sistema penal tradicional, mas com a devida recepção dos acordos restaurativos por esse; e (ii) a partir de critérios de derivação claros e bem definidos, a fim de que não sejam encaminhados casos de bagatela, nem aqueles em que não há indícios mínimos de materialidade e de autoria. No que se refere às garantias jurídicas do ofensor e às consequências da inserção da vítima no processo decisório, observou-se que a justiça restaurativa é concebida de modo a preservar os direitos humanos de todos os envolvidos no processo, inexistindo, em seus valores, fatores que possam ocasionar a violação de direitos subjetivos do infrator. Entretanto, de fato, não há dúvidas de que será necessário impor limites à sua aplicação, em especial com relação aos acordos advindos dos seus procedimentos, sendo necessária a participação do Estado como fiscalizador.

Em seguida, foi também analisado o cenário brasileiro atual, a partir dos projetos-piloto de justiça restaurativa (Brasília-DF, Porto Alegre-RS e São Caetano do Sul-SP), inseridos no projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” do governo federal desde 2005, bem como os recentes programas implementados em Minas Gerais e no Maranhão. Como aspectos negativos, destacaram-se: (i) o envio de casos de pouco potencial ofensivo aos programas restaurativos, o que pode gerar a indesejada expansão do controle penal, (ii) a aplicação de práticas restaurativas no final do processo penal ou na fase de execução, ocasionando *bis in idem* e restringindo as chances de diminuição do uso do sistema tradicional; e (iii) a inexistência de critérios claros para a recepção dos acordos restaurativos pela justiça tradicional. Foi analisado, ainda, o projeto de lei nº 7006/2006, que visa implementar a justiça restaurativa no sistema brasileiro. Contatou-se que a proposta apresenta algumas incongruências teóricas, de modo que há a necessidade de maiores discussões a respeito da institucionalização da justiça restaurativa.

Por fim, tentou-se aproximar a justiça restaurativa do abolicionismo penal, concluindo-se que essa se apresenta sim como um modelo diverso e inovador de administração de conflitos, que busca superar a ilegitimidade do sistema criminal tradicional e estabelecer uma forma diversa de compreensão dos fenômenos conflituais da sociedade contemporânea, aproximando-se das propostas elucidadas pelos abolicionismo penal de Christie e Hulsman.

Assim, buscando o efetivo desenvolvimento do modelo restaurativo como forma alternativa ao modelo tradicional, de modo a obter a máxima redução do uso deste na administração de conflitos criminais, entende-se ser necessária a adoção da justiça restaurativa a partir da perspectiva abolicionista. Nesse contexto, concordando com a proposta

de Daniel Achutti (2012, p. 123-124), tem-se que a justiça restaurativa *(a)* não poderá ser relegada ao papel de mero suplemento expansionista do poder punitivo; *(b)* exige a adoção de uma nova linguagem, para que não seja colonizada pelas práticas e pelas noções tradicionais de justiça criminal; *(c)* não faz uma distinção preliminar entre ilícitos civis e ilícitos penais, de forma a permitir que as pessoas envolvidas decidam a maneira pela qual administrarão a situação; *(d)* não deve se deixar dominar pelos profissionais, sob pena de ser sugada pela indústria do controle do crime e pela lógica burocrática moderna; *(e)* deve refutar qualquer estereótipo sobre as partes, evitando a revitimização das vítimas e a estigmatização dos ofensores; *(f)* necessita ter seu foco voltado para a satisfação das necessidades da vítima, do ofensor e das suas comunidades de apoio, a partir do envolvimento coletivo na responsabilização pelo cumprimento das condições estipuladas no acordo eventualmente realizado; e *(g)* deve, fundamentalmente, estimular a participação ativa das partes na resolução de seus casos, para que a decisão oriunda do encontro seja um produto de suas próprias propostas. Há, portanto, um longo caminho a ser percorrido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel. **Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal: justiça terapêutica, instantânea e restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. Tese (doutorado em Ciências Criminais), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. **A Justiça Restaurativa em face da criminologia da reação Social**. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

_____. RAUPP, Mariana. **A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre**. In: SICA, Leonardo (coord.). *Revista Ultima Ratio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Projeto de Lei nº 7.006 de 2006. **Câmara**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proporsicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=393836&filename=%20Tramitacao-PL+7006/2006>. Acesso em 15/05/2014.

BIZZOTTO, Alexandre. RODRIGUES, Andreia de Britto. **Os juizados especiais e o movimento restaurativo: velhas guerras, novas estratégias**. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALO, Salo de (orgs). *A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal*. Porto Alegre: Notadez, 2006.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista**. In: Carvalho, Salo de; Wunderlich, Alexandre (orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **É possível se ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia?** In: Carvalho, Salo de; Wunderlich, Alexandre (orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 36ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas. O Sistema penal em questão**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa**. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (orgs). *Justiça Restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. **Pela abolição do sistema penal**. In: Passetti, Edson (org.). *Curso Livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. 2ª Ed. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1992.

_____. **Criminología crítica: abolicionismo y garantismo**. In: *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.

_____. **Tendencias actuales de la justicia restauradora**. In: Álvarez, Fernando Pérez (org.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.

MELO, Eduardo Rezende. **Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva**. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (orgs). *Justiça Restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2005.

MORRIS, Alisson. **Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa**. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (orgs). *Justiça Restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 2002/2012. **Economic and Social Council**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 18/05/2014.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena. LARA, Caio Augusto Souza. **Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da Justiça Restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça**. In: *Responsabilidades: revista interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário*. Vol. 2. N. 2. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012/2013.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

SCURO NETO, Pedro. **Por uma justiça restaurativa ‘real e possível’**. Porto Alegre, 2004. Disponível em: <<http://www.nest.org.br/colab.pedro.scuro.neto/por.uma.justica.restaurativa.real.e.possivel.pdf>>. Acesso em 18/05/2014.

SICA, Leonardo. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa**. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

_____. **Justiça Restaurativa: críticas e contra críticas**. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://slannes.com.br/adm/contcli/229/Justica%20Restaurativa%20Criticas%20e%20contra%20criticas.pdf> (acesso em 15/06/2014).

VITTO, Renato Campos Pinto De. **Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos**. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro. Vol. 1. Parte Geral**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

ANEXO A – RESOLUÇÃO 2002/2012 DA ONU

ECOSOC Resolution 2002/12

Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters

The Economic and Social Council,

Recalling its resolution 1999/26 of 28 July 1999, entitled “Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice”, in which the Council requested the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice to consider the desirability of formulating United Nations standards in the field of mediation and restorative justice,

Recalling also its resolution 2000/14 of 27 July 2000, entitled “Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters”, in which it requested the Secretary-General to seek comments from Member States and relevant intergovernmental and non-governmental organizations, as well as institutes of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme network, on the desirability and the means of establishing common principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters, including the advisability of developing a new instrument for that purpose,

Taking into account the existing international commitments with respect to victims, in particular the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power,

Noting the discussions on restorative justice during the Tenth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, under the agenda item entitled “Offenders and victims: accountability and fairness in the justice process”,

Taking note of General Assembly resolution 56/261 of 31 January 2002, entitled “Plans of action for the implementation of the Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty-first Century”, in particular the action on restorative justice in order to follow up the commitments undertaken in paragraph 28 of the Vienna Declaration,

Noting with appreciation the work of the Group of Experts on Restorative Justice at their meeting held in Ottawa from 29 October to 1 November 2001,

Taking note of the report of the Secretary-General on restorative justice and the report of the Group of Experts on Restorative Justice,

1. *Takes note* of the basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters annexed to the present resolution;

2. *Encourages* Member States to draw on the basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters in the development and operation of restorative justice programmes;

3. *Requests* the Secretary-General to ensure the widest possible dissemination of the basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters among Member States, the institutes of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme network and other international, regional and non-governmental organizations;

4. *Calls upon* Member States that have adopted restorative justice practices to make information about those practices available to other States upon request;

5. *Also calls upon* Member States to assist one another in the development and implementation of research, training or other programmes, as well as activities to stimulate discussion and the exchange of experience on restorative justice;

6. *Further calls upon* Member States to consider, through voluntary contributions, the provision of technical assistance to developing countries and countries with economies in transition, on request, to assist them in the development of restorative justice programmes.

37th plenary meeting

24 July 2002

Annex

Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters

Preamble

Recalling that there has been, worldwide, a significant growth of restorative justice initiatives,

Recognizing that those initiatives often draw upon traditional and indigenous forms of justice which view crime as fundamentally harmful to people,

Emphasizing that restorative justice is an evolving response to crime that respects the dignity and equality of each person, builds understanding, and promotes social harmony through the healing of victims, offenders and communities,

Stressing that this approach enables those affected by crime to share openly their feelings and experiences, and aims at addressing their needs,

Aware that this approach provides an opportunity for victims to obtain reparation, feel safer and seek closure; allows offenders to gain insight into the causes and effects of their behaviour and to take responsibility in a meaningful way; and enables communities to understand the underlying causes of crime, to promote community wellbeing and to prevent crime,

Noting that restorative justice gives rise to a range of measures that are flexible in their adaptation to established criminal justice systems and that complement those systems, taking into account legal, social and cultural circumstances,

Recognizing that the use of restorative justice does not prejudice the right of States to prosecute alleged offenders,

I. Use of terms

1. "Restorative justice programme" means any programme that uses restorative processes and seeks to achieve restorative outcomes.

2. “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 arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles.

3. “Restorative outcome” means an agreement reached as a result of a restorative process. Restorative outcomes include responses and programmes such as reparation, restitution and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender.

4. “Parties” means the victim, the offender and any other individuals or community members affected by a crime who may be involved in a restorative process.

5. “Facilitator” means a person whose role is to facilitate, in a fair and impartial manner, the participation of the parties in a restorative process.

II. Use of restorative justice programmes

6. Restorative justice programmes may be used at any stage of the criminal justice system, subject to national law.

7. Restorative processes should be used only where there is sufficient evidence to charge the offender and with the free and voluntary consent of the victim and the offender. The victim and the offender should be able to withdraw such consent at any time during the process. Agreements should be arrived at voluntarily and should contain only reasonable and proportionate obligations.

8. The victim and the offender should normally agree on the basic facts of a case as the basis for their participation in a restorative process. Participation of the offender shall not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings.

9. Disparities leading to power imbalances, as well as cultural differences among the parties, should be taken into consideration in referring a case to, and in conducting, a restorative process.

10. The safety of the parties shall be considered in referring any case to, and in conducting, a restorative process.

11. Where restorative processes are not suitable or possible, the case should be referred to the criminal justice authorities and a decision should be taken as to how to proceed without delay. In such cases, criminal justice officials should endeavour to encourage the offender to take responsibility vis-à-vis the victim and affected communities, and support the reintegration of the victim and the offender into the community.

III. Operation of restorative justice programmes

12. Member States should consider establishing guidelines and standards, with legislative authority when necessary, that govern the use of restorative justice programmes. Such guidelines and standards should respect the basic principles set forth in the present instrument and should address, inter alia:

- (a) The conditions for the referral of cases to restorative justice programmes;
- (b) The handling of cases following a restorative process;

(c) The qualifications, training and assessment of facilitators;

(d) The administration of restorative justice programmes;

(e) Standards of competence and rules of conduct governing the operation of restorative justice programmes.

13. Fundamental procedural safeguards guaranteeing fairness to the offender and the victim should be applied to restorative justice programmes and in particular to restorative processes:

(a) Subject to national law, the victim and the offender should have the right to consult with legal counsel concerning the restorative process and, where necessary, to translation and/or interpretation. Minors should, in addition, have the right to the assistance of a parent or guardian;

(b) Before agreeing to participate in restorative processes, the parties should be fully informed of their rights, the nature of the process and the possible consequences of their decision;

(c) Neither the victim nor the offender should be coerced, or induced by unfair means, to participate in restorative processes or to accept restorative outcomes.

14. Discussions in restorative processes that are not conducted in public should be confidential, and should not be disclosed subsequently, except with the agreement of the parties or as required by national law.

15. The results of agreements arising out of restorative justice programmes should, where appropriate, be judicially supervised or incorporated into judicial decisions or judgements. Where that occurs, the outcome should have the same status as any other judicial decision or judgement and should preclude prosecution in respect of the same facts.

16. Where no agreement is reached among the parties, the case should be referred back to the established criminal justice process and a decision as to how to proceed should be taken without delay. Failure to reach an agreement alone shall not be used in subsequent criminal justice proceedings.

17. Failure to implement an agreement made in the course of a restorative process should be referred back to the restorative programme or, where required by national law, to the established criminal justice process and a decision as to how to proceed should be taken without delay. Failure to implement an agreement, other than a judicial decision or judgement, should not be used as justification for a more severe sentence in subsequent criminal justice proceedings.

18. Facilitators should perform their duties in an impartial manner, with due respect to the dignity of the parties. In that capacity, facilitators should ensure that the parties act with respect towards each other and enable the parties to find a relevant solution among themselves.

19. Facilitators shall possess a good understanding of local cultures and communities and, where appropriate, receive initial training before taking up facilitation duties.

IV. Continuing development of restorative justice programmes

20. Member States should consider the formulation of national strategies and policies aimed at the development of restorative justice and at the promotion of a culture favourable to the

use of restorative justice among law enforcement, judicial and social authorities, as well as local communities.

21. There should be regular consultation between criminal justice authorities and administrators of restorative justice programmes to develop a common understanding and enhance the effectiveness of restorative processes and outcomes, to increase the extent to which restorative programmes are used, and to explore ways in which restorative approaches might be incorporated into criminal justice practices.

22. Member States, in cooperation with civil society where appropriate, should promote research on and evaluation of restorative justice programmes to assess the extent to which they result in restorative outcomes, serve as a complement or alternative to the criminal justice process and provide positive outcomes for all parties. Restorative justice processes may need to undergo change in concrete form over time. Member States should therefore encourage regular evaluation and modification of such programmes. The results of research and evaluation should guide further policy and programme development.

V. Saving clause

23. Nothing in these basic principles shall affect any rights of an offender or a victim which are established in national law or applicable international law.

ANEXO B – PROJETO DE LEI 7006/2006**CÂMARA DOS DEPUTADOS****PROJETO DE LEI****Nº , DE 2006****(Da Comissão de Legislação Participativa)****SUG nº 099/2005**

Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 1º - Esta lei regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 2º - Considera-se procedimento de justiça restaurativa o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa.

Art. 3º - O acordo restaurativo estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção.

Art. 4º - Quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa.

Art. 5º - O núcleo de justiça restaurativa funcionará em local apropriado e com estrutura adequada, contando com recursos materiais e humanos para funcionamento eficiente.

Art. 6º - O núcleo de justiça restaurativa será composto por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada.

§ 1º. À coordenação administrativa compete o gerenciamento do núcleo, apoiando as atividades da coordenação técnica interdisciplinar.

§ 2º. - À coordenação técnica interdisciplinar, que será integrada por profissionais da área de psicologia e serviço social, compete promover a seleção, a capacitação e a avaliação dos facilitadores, bem como a supervisão dos procedimentos restaurativos.

§ 3º – Aos facilitadores, preferencialmente profissionais das áreas de psicologia e serviço social, especialmente capacitados para essa função, cumpre preparar e conduzir o procedimento restaurativo.

Art. 7º – Os atos do procedimento restaurativo compreendem:

- a) consultas às partes sobre se querem, voluntariamente, participar do procedimento;
- b) entrevistas preparatórias com as partes, separadamente;
- c) encontros restaurativos objetivando a resolução dos conflitos que cercam o delito.

Art. 8º – O procedimento restaurativo abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos.

Art. 9º – Nos procedimentos restaurativos deverão ser observados os princípios da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinariedade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé.

Parágrafo Único - O princípio da confidencialidade visa proteger a intimidade e a vida privada das partes.

Art. 10 – Os programas e os procedimentos restaurativos deverão constituir-se com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, sempre que for necessário, para viabilizar a reintegração social de todos os envolvidos.

Art. 11 - É acrescentado ao artigo 107, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso X, com a seguinte redação:

X – pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo.

Art. 12 – É acrescentado ao artigo 117, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso VII, com a seguinte redação:

VII – pela homologação do acordo restaurativo até o seu efetivo cumprimento.

Art. 13 - É acrescentado ao artigo 10, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, o parágrafo quarto, com a seguinte redação:

§ 4º - A autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo.

Art. 14 - São acrescentados ao artigo 24, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, os parágrafos terceiro e quarto, com a seguinte redação:

§ 3º - Poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo.

§ 4º – Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo.

Art. 15 - Fica introduzido o artigo 93 A no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

Art. 93 A - O curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas.

Art. 16 - Fica introduzido o Capítulo VIII, com os artigos 556, 557, 558, 559, 560, 561 e 562, no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

CAPÍTULO VIII

DO PROCESSO RESTAURATIVO

Art. 556 - Nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e conseqüências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo.

Art. 557 – Os núcleos de justiça restaurativa serão integrados por facilitadores, incumbindo-lhes avaliar os casos, informar as partes de forma clara e precisa sobre o procedimento e utilizar as técnicas de mediação que forem necessárias para a resolução do conflito.

Art. 558 - O procedimento restaurativo consiste no encontro entre a vítima e o autor do fato e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou contravenção, com auxílio de facilitadores.

Art. 559 - Havendo acordo e deliberação sobre um plano restaurativo, incumbe aos facilitadores, juntamente com os participantes, reduzi-lo a termo, fazendo dele constar as responsabilidades assumidas e os programas restaurativos, tais como reparação, restituição e prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes, especialmente a reintegração da vítima e do autor do fato.

Art. 560 – Enquanto não for homologado pelo juiz o acordo restaurativo, as partes poderão desistir do processo restaurativo. Em caso de desistência ou descumprimento do acordo, o juiz julgará insubsistente o procedimento restaurativo e o acordo dele resultante, retornando o processo ao seu curso original, na forma da lei processual.

Art. 561 - O facilitador poderá determinar a imediata suspensão do procedimento restaurativo quando verificada a impossibilidade de prosseguimento.

Art. 562 – O acordo estaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final.

Parágrafo Único – Poderá o Juiz deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos.

Art. 17 – Fica alterado o artigo 62 , da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 62 - O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se, sempre que possível, a conciliação, a transação e o uso de práticas restaurativas.

Art. 18 – É acrescentado o parágrafo segundo ao artigo 69, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com a seguinte redação:

§ 2º – A autoridade policial poderá sugerir, no termo circunstanciado, o encaminhamento dos autos para procedimento restaurativo.

Art. 19 – É acrescentado o parágrafo sétimo ao artigo 76, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com o seguinte teor:

§ 7º – Em qualquer fase do procedimento de que trata esta Lei o Ministério Público poderá officiar pelo encaminhamento das partes ao núcleo de justiça restaurativa.

Art. 20 – Esta lei entrará em vigor um ano após a sua publicação.

Sala das Sessões, em de de 2006.

Deputado **GERALDO THADEU**
Presidente