

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**LUCAS CHINEN MACHADO**

**A REITERAÇÃO CRIMINOSA SOB A ÉGIDE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA:  
CRÍTICA DO MODELO VIGENTE**

**CURITIBA**

**2013**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE DIREITO**

**A REITERAÇÃO CRIMINOSA SOB A ÉGIDA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA:  
CRÍTICA DO MODELO VIGENTE**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Msc. André Ribeiro  
Giamberardino

**CURITIBA**  
**2013**

*Àqueles que lutam ferrenhamente por igualdade, pelo reconhecimento e pela  
implementação da isonomia.*

*Àqueles que enfrentam cotidianamente provações sequer imagináveis.*

*Àqueles que, simplesmente, abrem mão de tudo em prol dos demais.*

*Àqueles que sonham por um mundo mais justo.*

*De grande pertinência à Justiça Restaurativa, fica a seguinte lição:*

*“Nós aprendemos a voar como os pássaros.*

*A nadar como os peixes.*

*Mas desaprendemos a simples arte de viver como irmãos.”*

*(Martin Luther King)*

## AGRADECIMENTOS

Ao fim dessa incrível jornada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, são incontáveis os agradecimentos devidos, a tamanha gratidão que tenho por cada um de vocês que, mesmo falhando em lembrar todos aqui, tenho certeza que sabem o quanto foram importantes nessa aventura.

De início, tenho que agradecer àquele ente – ao qual não me atrevo denominar ou mesmo classificar, sobretudo porque, francamente, o que vale é o sentimento e não a ideologia – que me faz sentir protegido, amado e constantemente guiado no caminho certo, dando-me a oportunidade de errar e acertar na medida suficiente para uma vivência incrivelmente feliz.

Em segundo, agradeço imensamente à minha família, aos meus pais, Rosiney Gandolfi Machado e Neila Chinen, ambos raros exemplos de superação, de força e de vontade, ensinando-me que a determinação não deve nunca fraquejar em face das adversidades. À Marcela Chinen Machado, minha querida irmã que sempre demonstrou, com sua sensibilidade e carinho, um sentimento de união indispensável em qualquer família. À Carolina Chinen Machado, minha irmã caçula e quase clone, que tanto nos faz rir e tanto nos ensinou sobre amor, força de vontade e amizade.

Ainda, em nossa família, o segmento canino é alçado à importância igual à de um familiar humano, razão pela qual é indispensável agradecer a dois grandes companheiros que, infelizmente, não mais se encontram entre nós. Ao Pingo, meu lindo cachorro que, diferentemente do que normalmente ocorre, ainda novo me escolheu e me adotou como dono. Foram quase dezesseis anos de companheirismo e amizade, algo que sempre terei na mais alta estima dentro do meu coração. Também, ao Dioup, sem sombra de dúvidas o cachorro mais brincalhão e divertido que já se teve notícia, e que, do mesmo modo, será uma eterna boa lembrança.

De igual modo, gostaria de agradecer aos meus padrinhos Dilson Miyahira e Sandra Chinen, segundos pais por opção que tanto me mimaram e ainda hoje me mimam. Considero seguro dizer que, junto ao meu querido primo Thiago Chinen Miyahira – grande companheiro, vocês são, hoje e sempre, meu porto seguro.

É impossível não reconhecer a imensurável importância dos meus avós Nilza Machado, Francisco Chinen e Tiguça Chinen, todas pessoas absolutamente maravilhosas e que têm, sobretudo, amor por seus netos. Sou eternamente grato, simplesmente, por tê-los em minha vida.

Devo destacar a grande inspiração que tenho por minha avó Tiguça Chinen, que sempre prezou pela educação mesmo em tempos difíceis e complicados. Ademais, é de se registrar que minha querida avó foi a primeira *nissei* a cursar a Universidade Federal do Paraná, Casa em que hoje me graduo, com muita honra.

Também gostaria de agradecer, pela importância sem limites, aos meus queridos tios, tias, primos e primas: Elcio Chinen, Ângela Machado, Armindo Junior Machado, Vandete Machado, Marcos Machado, Rosemary Machado, Carlos Valentim, Wellington, Gracielle, Priscila, Patricia, Mihael, Andrei, Rangel, Rovená, Ricele, Guilherme, Lelê, Maria Eduarda, Manu, Paulinho, Ariel, Célia, Sadal, Nancy, Getúlio, e tantos outros.

Mais que agradecer, dedico o presente trabalho à Amanda Renosto Gennari, minha linda namorada que, de tanto amá-la, não mais me vejo sem você. Obrigado por me entender, por me suportar, por me dar todo o seu amor incondicional, carinho e companheirismo.

Agradeço, outrossim, à família Renosto Gennari e agregados que recentemente ingressaram em minha vida e que, seguramente, já possuem importância sem igual nessa caminhada.

Ademais, devo infindáveis agradecimentos a grandes amigos e amigas com os quais pude aprender e compartilhar ótimas memórias. Primeiramente, àqueles que estão comigo desde o Bom Jesus: Carlos André Kusma, Luis Ricardo Castro e Roger Franco, irmãos por opção; Rodrigo Melo, Vitor Raeder, Eduardo Salvia, Filipe Cini, Eduardo Palmeira, Marco Nihi, Paulo Endo, que mesmo um pouco sumidos ainda são pessoas da maior estima e consideração; Mayara Scholze, Karina Yumi, Milena Malanski e Ana Luiza, parceiras para tudo, independentemente do evento.

Não posso esquecer daqueles que, em grande parte, participaram da minha feliz infância, da qual guardo uma vastidão de excelentes lembranças. Agradeço, portanto, aos irmãos Rodrigo e André Pierrot; Bernardo Carvalho – e à sua querida família atleticana, com os quais pude (e, se possível, ainda poderei) partilhar momentos de alegria com o nosso Furacão; Lucas Seckler, Renan Machado, Otávio Augusto, Marcelo Pardo (de quem estendo agradecimentos às famílias Pardo Moraes e Shinohara), Daniel Cavalcanti, Fernanda Gonçalves, dentre tantos outros.

E, finalmente, agradeço aos amigos e amigas que tive a imensa honra de conhecer em nossa estimada instituição. Inicialmente, sou eternamente grato ao Professor André Ribeiro Giamberardino, mestre e amigo que desde o terceiro ano

me acolheu sob suas asas e me ensinou a voar, fazendo-me interessar, cada vez mais, pelo vasto horizonte do direito penal e da criminologia crítica.

Também agradeço ao amigo e Professor Daniel Wunder Hachem, pessoa que vive intensamente tudo o que faz, a quem devo, em grande parte, a consecução dessa monografia. Obrigado pela ajuda dispensada, saiba que serei sempre grato pelos conselhos, acadêmicos ou não.

Outrossim, são devidos os mais sinceros agradecimentos à Professora Priscila Placha Sá, símbolo de luta sem perder a cortesia, que em apenas um semestre conquistou o meu mais profundo respeito e admiração. Obrigado e deseje-lhe ainda mais sucesso.

Também gostaria de agradecer à Professora Katie Silene Cáceres Argüello, a quem recaiu a responsabilidade de nos ensinar, sob bases absolutamente críticas, o fascinante mundo do direito penal.

Agradeço aos meus queridos amigos e amigas de turma, que ao meu lado conquistaram mais essa vitória. Em especial, agradeço pelo companheirismo de Luiz Paulo Dammski, Diego Motta, Marco Marinho, Rafael Jesus, Arthur Rempel, Wallace Siqueira, Kessley Pereira, Ana Paula Dias Lorenzetti, João Paulo, Renata Moura, Susana Stoppa, Larissa Graebin, Stephanie Suzuki, Letícia Brambilla, Nicole Luy, Anna Galeb, Marcela Requião, Rafael Julião. Também agradeço aos guerreiros do Ad Baculum Futebol Clube, Matheus Falk, Thiago Priess, Marcelo Garcia, Caio Cesar, Otávio Oliveira, Cristiano Gurgel, Marlon Bazzo, sem sombra de dúvidas o time mais vitorioso dessa Faculdade.

Aliás, também agradeço a grande parceria desses cinco últimos anos com o time de futebol de campo de Direito da Universidade Federal do Paraná, definitivamente o time mais tabajara que tive o prazer de jogar, e à AAAD, pelos momentos esportivos e lúdicos proporcionados. Então, agradeço aos amigos “Guimarra”, “Fabito”, Nelson “Mulambo”, “Carlitos”, Mitsuhashi, Nikolai “Rei do Alojamento”, Andrei, “Pedra”, “Doug”, Pannuti, Taborda, Ariel, Andretta, Giovanaz, Caio, Pretel, Ritz, Marks, Borges, “Balotélho”, Gilson, Diegão, “Gui” Grando, “Beijola”, Zanella, “Baiano”, Bernardo, Nagao, Henrique, e ao meu irmãozinho Rafael Zaitter.

Cabe especial menção aos queridos Everton Sutil, Ricardo “Cascavel” Bueno, Humberto Scussel e Kamai Arruda (dos quais estendo os meus sinceros agradecimentos aos demais amigos “diurnos”), grupo de amigos indescritíveis do

qual sempre recebi apoio e ajuda. Desejo que nossa amizade apenas se fortifique, independentemente dos rumos futuros de cada um.

Agradeço aos meus veteranos e minhas veteranas que fizeram essa aventura ainda mais completa. À irmã por opção Letícia Regina Camargo Kreuz que merece um capítulo à parte nesses agradecimentos. Amiga que sempre quis o melhor para mim, mesmo quando nem eu acreditava. Obrigado por tudo e espero que nossas vidas nunca se desenlacem. Estendo também os agradecimentos à sua linda família, aos queridos Artêmio, Silvia, Julia, Léo.

Obrigado também a Gabriel Merheb Petrus, amigo que, assim que ingressei nessa magnífica Casa, deu-me o melhor conselho possível: viva intensamente tudo o que a Faculdade tem a oferecer; agradeço também ao Diego Bochnie, Saulo Pivetta, Fran Montemezzo, Eduardo Ribeiro, Isabela Rissio, Carol Franco, Renato Almeida, Yuri Campagnaro, Eduardo Borges, Daniel Fauth, Mauricio Correa Rezende, Evandro Sutil, Ana Flávia, Luisa Rodrigues, Thayse Fedalto, Camila Scorsim, Eloisa Dias Gonçalves, Izabela Robl, Michael Dionisio, Fernanda Rezende, dentre tantos outros veteranos e veteranas que, juntos, me ensinaram que um mundo melhor é possível.

Também gostaria de agradecer aos queridos Lucas “Mosca” Prates e Aulus Graça, ambos absolutamente íntegros e dedicados ao próximo. Quem sabe um dia retomamos aquela parceria inesquecível dos tempos saudosos do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária Popular – SAJUP, onde sedimentou-se a criticidade do meu ser e onde conheci pessoas maravilhosas.

Por fim, devo muitos agradecimentos ao Partido Acadêmico Renovador – PAR da Faculdade de Direito da UFPR. Em todos os momentos em que orgulhosamente militei sob sua bandeira, senti que experimentava uma sensação sem igual, absolutamente libertadora e significativa. Isso, assim como a família que ora fiz parte, eu nunca esquecerei. Por onde for estarei com o PAR. Deixo, ao fim, àqueles que hoje compõem um grupo tão especial (Mariana, Allan, Karolyne, Juliana, Ana Cristina, Ana Milani, Vanessa, Mauricio, Débora, Marwan, Guilherme, Bruna, Débora Bueno, Larissa, Emanuel, Gabrielle, Joyce, dentre outros), meus préstimos de que a luta nunca arrefeça, e que nunca deixem de sonhar, pois o ideal só pode ser alcançando enquanto constituir meta do nosso imaginário.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>ix</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>x</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I – A REINCIDÊNCIA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL.....</b>	<b>13</b>
1.1. A história da pena criminal no mundo ocidental.....	13
1.2. As teorias da pena e a falibilidade do modelo carcerário.....	18
1.3. O instituto da reincidência e suas críticas.....	28
1.4. O julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a recepção da reincidência pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	34
<b>CAPÍTULO II – PANORAMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL E NO MUNDO.....</b>	<b>39</b>
2.1. A Justiça Restaurativa no tempo e no espaço.....	39
2.2. Noções introdutórias da Justiça Restaurativa.....	44
2.3. As práticas restaurativas e o papel dos participantes.....	55
2.4. A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e o Projeto de Lei nº 7.006/2006.....	64
<b>CAPÍTULO III – PARALELO ENTRE A REITERAÇÃO DELITIVA NA JUSTIÇA RESTAURATIVA E NA JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL.....</b>	<b>72</b>
3.1. A Justiça Restaurativa em comparação com a Justiça Criminal Formal.....	72
3.2. Pesquisas científicas que apontam o potencial da Justiça Restaurativa em reduzir a reiteração delitiva.....	79
3.3. A tentativa necessária da Justiça Restaurativa em face da conjuntura nacional.....	89
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>96</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>100</b>



## RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo associar a questão da reiteração delitiva, sob a égide da Justiça Restaurativa, como forma alternativa de resolução de conflitos, dando substrato a sua aplicação em face do aprofundamento teórico realizado, bem como a partir das diversas pesquisas empíricas que indicam a efetividade e a eficácia do modelo restaurativo. Como garantia da consecução de tal propósito, o estudo recebeu a seguinte estruturação: (a) primeiro, para contextualizar, foram abordados a história e a evolução da pena moderna, contestando subseqüentemente a penologia hoje em voga sob o viés da criminologia crítica e, na seqüência, enfocando-se apenas no instituto da reincidência e suas críticas, bem como realizando-se uma análise dotada de criticidade a respeito da recente decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou como recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil o referido instituto; (b) segundo, foram trazidas à lume as bases da Justiça Restaurativa, perpassando pela origem, evolução, noções introdutórias estruturantes, as partes componentes do processo restaurativo, assim como o exame dos modelos de práticas de índole restaurativa mais comuns e corriqueiros, encerrando-se o capítulo com a análise da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, e do Projeto de Lei nº 7.006/2006, ambos diplomas que prescrevem a adoção de meios consensuais de resolução de conflitos; (c) ao fim, alcança-se o cerne do trabalho ora em comento, iniciando-se pela possível associação de sistemas e/ou métodos restaurativos com o sistema penal contemporâneo, na modalidade amplamente dominante nos dias de hoje; em seguida, far-se-á a análise de diversas pesquisas que, em regra, apontam para o potencial da Justiça Restaurativa em atuar na redução da criminalidade, diminuindo os índices de reiteração delitiva no plano fático; ao fim, pugna-se pela formatação imediata, por premente necessidade, do sistema vigente para agregar, o quanto possível, os elementos da restauratividade, sobretudo à vista dos evidentes benefícios que tal produz no que tange à redução da reiteração delitiva, agindo como medida verdadeira de controle social absolutamente humanizada e nada repressora.

**Palavras-Chave:** Justiça Restaurativa. Reiteração delitiva. Reincidência. Pesquisas empíricas. Supremo Tribunal Federal. Projeto de Lei nº 7.006/2006.

## ABSTRACT

This work has as main objective to associate the issue of repetition criminal offense, under the aegis of Restorative Justice, alternative dispute resolution, giving substrate to its application in the face of deepening theoretical work undertaken, as well as from the various empirical studies indicate the effectiveness and efficiency of the the restorative model. How to guarantee the attainment of this purpose, the study received the following structure: (a) first, to contextualize, were discussed the history and evolution of modern worth contesting subsequently penology in vogue today under de bias of critical criminology and, following, focusing solely on the institute and its criticism of recurrence, as well as performing a criticality analysis provided regarding the recent decision of the Supreme Court which declared as approved by the Constitution of the Federative Republic of Brazil greenhouse institute; (b) second, were brought to light the foundations of Restorative Justice, passing through the origin, evolution, structuring introductory notions, the component parts of the restorative process, as well as examination of models of restorative practices natured most common and mundane, ending the chapter with the analysis of Resolution No. 125/2010 of the National Council of Justice, and Bill Project No. 7.006/2006, both diplomas that prescribe the adoption of consensual means of dispute resolution; (c) the end, attains the heart work now under, starting with the possible association of systems and/or methods with contemporary penal system, in the form widely prevalent these days, then it will be analyzed of several studies that in rule, point to the potential of Restorative Justice to act in reducing crime, reducing rates of criminal provisions in the plan factual reiteration, to end up wrestling for formatting immediate, pressing need for, the existing system to add as much as possible, elements of restoration, especially in view of the obvious benefits that this produces in relation to the reduction of repetition criminal offense, acting as a true measure of social control absolutely humane and nothing repressive.

**Keywords:** Restorative Justice. Repetition criminal offense. Reoffending. Empirical research. Supreme Court. Bill Project No. 7.006/2006.

## INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho possui grande importância atualmente, sobretudo porque se traduz em forma empiricamente eficaz de lidar com um dos maiores – senão o maior – problema penal da atualidade: a crise do modelo correcionalista da sanção criminal mediada pelo hiperencarceramento vigente nas últimas décadas.

A reiteração delitiva consiste no principal fator da falibilidade do sistema penitenciário, que tem sido comprovado ao longo da História e desde os primórdios da criação do cárcere. Aliás, há que se ressaltar a crítica absolutamente procedente dos criminólogos de vertente progressista, eis que estudos constataram a compatibilidade entre a natureza da sanção criminal e o modo de produção vigente a cada época, ou seja, pautando-se por meros interesses econômicos.

A prisão não cumpre as finalidades que se propôs; é capaz de neutralizar apenas um pequeno contingente populacional – notadamente por fatos burdos e toscos característicos dos segmentos menos favorecidos da sociedade, que são submetidos a incríveis provações sem ao menos contar com uma educação social e cultural adequada – que, em sua grande maioria, egressa do cárcere pior do que entrou, deformados pela inserção em uma subcultura inexoravelmente criminosa. Logo, observa-se o fracasso das funções utilitaristas da pena, com especial destaque para a prevenção especial positiva.

Evidentemente, as altíssimas taxas de reincidência – isso sem desvelar os índices ainda maiores de reiteração delitiva – são sintomas visceralmente interligados à crise do modelo correcionalista moderno. Diante do fracasso ressocializador exposto, impõe-se a busca por alternativas, dentre as quais insurge a Justiça Restaurativa.

A Justiça Restaurativa promove a mutação das lentes do direito penal. Ao invés da simples punição, submetendo o indivíduo às condições mais degradantes e desumanizadoras sequer imagináveis, promove uma pedagogia de orientação familiar, de amparo e internalização da culpa pelo fenômeno criminal. Logo, o delito não constitui ofensa ao Estado, mas sim às partes direta e indiretamente envolvidas no conflito, reforçando o senso comunitário da proposta.

Destarte, tal medida de resolução de litígios centra-se nas partes, ajudando-as a se recuperarem tanto sob o viés material quanto sob o espectro da imaterialidade – da *psique* e do espírito. Isso permite o retorno ao *status quo ante* e à efetiva reabilitação e reintegração de todos os envolvidos, logrando êxito na (re)consecução da paz social.

O enfoque do trabalho é no infrator que, ao participar de processos restaurativos, consegue formar o nexos de causalidade entre a conduta criminosa e os efeitos dela, a vitimização causada à terceiro. Desse modo, permite-se, sob a égide da psicanálise, a insurgência do remorso, sentimento de extrema importância na redução da reiteração delitiva, porquanto improvável que o agente cometa novos delitos sabendo das consequências pessoais que isso causa.

Não à toa que a Justiça Restaurativa demonstra, por mero acaso, o elemento colateral da redução da criminalidade. A despeito de não tratar-se de objetivo primariamente perseguido, as práticas de estirpe restaurativa promovem, consoante se observa de pesquisas empíricas aludidas no trabalho, resultados interessantíssimos no que tange à redução da reiteração delitiva, máxime se comparados aos resultados oriundos da justiça criminal formal.

Ao fim e ao cabo, pode-se dizer com relativa segurança que a Justiça Restaurativa influencia positivamente na mudança comportamental do infrator, ocasionando, por consectário, a própria diminuição da criminalidade real e aparente. Por isso mesmo que o presente estudo é posto a termo pela conclusão da premente necessidade de condicionar o sistema penal contemporâneo à restauratividade, implementando os elementos dessa índole o quanto possível.

Como resultado, tende-se a observar a diminuição significativa da quantidade de pessoas prisionizadas e, conseqüentemente, mais aptas a reingressarem na sociedade como sujeitos úteis, contributivos e participativos, além de terem reforçados seus laços com a comunidade. A despeito das críticas feitas, uma possibilidade atualmente factível é a implementação do Projeto de Lei nº 7.006/2006.

Todavia, é forçoso ressaltar que o sucesso da Justiça Restaurativa depende, em sede de definitividade, da adoção integral de seus preceitos, dentre os quais destaca-se a resolução mais paradoxal e, concomitantemente, mais urgente nos tempos do capitalismo desenfreado: o fim da desigualdade social e a extensão de políticas públicas efetivas a todos, sem exceção.

## CAPÍTULO I – A REINCIDÊNCIA NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL

### 1.1. A história da pena criminal no mundo ocidental

Antes de alcançar o objeto central do presente trabalho, há que se apreciar alguns pontos importantes para prover de fundamentos e justificações as conclusões vindouras. Nesse sentido, cabe discorrer sobre a história da pena – principalmente moderna – no mundo ocidental.

Inicialmente, é de essencial cabimento ressaltar alguns elementos importantes prévios às fases da pena. Primeiro, vale destacar a reprodução de Edmundo S. HENDLER<sup>1</sup>, o qual, amparado por pensadores de grande renome, afirmou que o discurso punitivo legitimante da pena moderna assentou-se, sobretudo, na obra *“Malleus Malleficarum”*, escrito em 1487 pelos inquisidores Heinrich KRAMER e James SPRENGER.

Sob outro aspecto, convém ressaltar que, de acordo com Daniel W. VAN NESS e Karen Heetderks STRONG<sup>2</sup>, operou-se uma verdadeira mudança de pensamento quando da subrogação do Estado na posição da vítima, em relação ao interesse de resolver os conflitos. Com isso, o Rei passou a ser a vítima suprema dos crimes, sustentando o reconhecimento legal (e simbólico) de todas as injúrias causadas.

O Brasil, à época colônia de Portugal, adotou como sistema legal as ordenações desse país (seguindo as orientações supra), que só deixaram de vigorar com o advento do Código Criminal do Império de 1930. Nele, segundo Massimo PAVARINI e André Ribeiro GIAMBERARDINO, imperavam as penas corporais e de morte – evidentemente retributivas, restando à prisão o papel de *“instrumento de constrangimento ao pagamento de dívidas ou de custódia do condenado que aguarda o cumprimento de sua pena”*<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> HENDLER, Edmundo S. *Las raíces arcaicas del derecho penal*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 95.

<sup>2</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 9.

<sup>3</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 218.

Adiante, comentar-se-á as fases da pena moderna. A primeira surgiu com o advento do Iluminismo e com a explosão das revoluções de índole burguesa no século XVIII. À ocasião, adotou-se o utilitarismo penal como forma de limitar o poder do Príncipe, distinguindo-se a pena em abstrato da pena em concreto. A primeira deveria significar a certeza da punição, ao passo que a segunda assentava-se na limitação da pena retributiva à luz do princípio da proporcionalidade. O juiz, à época, apenas proferia as palavras da lei, *in casu*, as penas exatas oriundas do Parlamento.

Por seu turno, a segunda fase da pena teve lugar nos séculos XVIII e XIX, quando sedimentados os sistemas penitenciários ou *workhouses* (com origem no século XVI). As prisões modernas inspiraram-se nas casas de correção e de trabalho que impunham o labor aos presos – “indolentes” em função da falta de mão-de-obra ou qualificação técnica adequada – para o Capital, razão pela qual as penas eram indeterminadas.

Segundo o criminólogo Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>4</sup>, a gênese da penitenciária foi influenciada pela expulsão dos camponeses do campo no século XVI, que terminaram por se concentrarem nas cidades, as quais eram incapazes de absorver toda a mão-de-obra disponível. Por conta disso, criou-se uma massa de desocupados forçados que foram compelidos a ingressar nas denominadas *workhouses* – instituições criadas para lidar com os problemas da exclusão social do capitalismo ascendente.

Destarte, as *workhouses* foram criadas com o objetivo de disciplinar a mão-de-obra excedente para adequá-la ao trabalho assalariado da manufatura – em um primeiro momento – e, posteriormente, da indústria, ao mesmo tempo em que incutia ou reforçava os valores da família, da escola e de outras instituições sociais. Ainda na lição do autor supramencionado, tal modelo comportava a exclusão de penas breves e perpétuas, delineando o objetivo correccional do sujeito pelas penas criminais.

Vale ressaltar o entendimento de VAN NESS/STRONG<sup>5</sup>, para quem as *workhouses* surgiram como forma de conter o crescimento brutal no tratamento dos criminosos, pois havia a crença de que os infratores eram meros produtos de

---

<sup>4</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 459-460.

<sup>5</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 10.

ambientes criminogênicos, razão pela qual se fazia necessário isolá-los em locais de penitência, para a correção da mente.

Aliás, é imperioso trazer a inteligentíssima definição de prisão, angulada pelo viés da criticidade, de Juarez CIRINO DOS SANTOS, *in verbis*:

*“A prisão é o aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista, constituído para exercício do poder de punir mediante privação de liberdade, em que o tempo exprime a relação crime/punição: o tempo é o critério geral e abstrato do valor da mercadoria na economia, assim como a medida de retribuição equivalente do crime no Direito. Portanto, esse dispositivo do poder disciplinar funciona como aparelho jurídico econômico, que cobra a dívida do crime em tempo de liberdade suprimida, e como aparelho técnico disciplinar, programado para realizar a transformação individual do condenado.”<sup>6</sup>*

Ademais, observa-se que a prisão, no entendimento ora exposto, agia (e, de certo modo, ainda age) como entidade produtora de indivíduos dóceis e úteis para a fábrica, através do controle e disciplinamento rigorosos. Isso ocorre, para o Professor Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>7</sup>, em razão do capitalismo industrial que expropria a mais-valia da força de trabalho em favor de uma sociedade de produção e circulação de mercadorias.

O desenvolvimento do capitalismo industrial disseminou amplamente o sistema prisional em tela, fazendo surgir os modelos penitenciários clássicos. O modelo de Filadélfia propugnava o confinamento dos presos em salas isoladas para rezar e trabalhar (como nova pedagogia da correção), mas entra em decadência ao impedir o trabalho coletivo necessário à industrialização, tornando-se antieconômico ao privar o mercado de força de trabalho útil.

O modelo de Auburn, por seu turno, orientava-se para o atendimento das necessidades da coletivização do trabalho, prescrevendo o trabalho conjunto de dia e o confinamento solitário à noite, sob o mais absoluto silêncio para garantir a disciplina.

Do mesmo modo, Georg RUSCHE e Otto KIRCHHEIMER afirmaram que no modelo penitenciário de Auburn *“As prisões tornaram-se fábricas operosas novamente e começaram a produzir bens em bases lucrativas”<sup>8</sup>*. Todavia,

---

<sup>6</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 455.

<sup>7</sup> Ibid, p. 461-462.

<sup>8</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 183.

ressaltaram que o confinamento solitário produzia, de certo modo, um desperdício de material humano, haja vista que as taxas de reincidência à época eram baixíssimas em função da economia aquecida e da facilidade de se encontrar empregos.

Há que se ressaltar, outrossim, a existência dos modelos inglês e irlandês. PAVARINI/GIAMBERARDINO<sup>9</sup> lembraram que o primeiro vigorou inicialmente na prisão de Pentonville em Londres, e baseava-se na fragmentação do cumprimento da pena em três diferentes períodos, a saber: (i) segregação integral e absoluta nos primeiros meses; (ii) segregação apenas noturna e trabalho comum durante o dia sob o regime do silêncio; e (iii) liberdade condicional vigiada do sujeito. Já o segundo modelo idealizado por Walter CROFTON acrescentava uma fase semelhante a do sistema auburniano e previa um “teste” para avaliar o bom comportamento do preso em colônias agrícolas ou industriais, antes de receber a liberdade condicional.

Sob outras balizas, é interessante observar a mudança operada com a profissionalização do sistema de justiça no século XIX (EUA) que passou a relegar à vítima um papel meramente passivo, destituído de maior importância. Assim, também se fixaram as bases vigentes até hoje – inclusive no Brasil, pela qual as entidades dominantes passam a ser a polícia para a investigação do crime, o Ministério Público para a acusação e os oficiais de correção para o processo de execução<sup>10</sup>.

A terceira fase da pena teve seu ápice no século XX, ao adotar o modelo correccionalista intrinsecamente vinculado aos Estados de Bem-Estar Social. Até a década de 1960, a inclusão social poderia ser feita majoritariamente dentro da prisão, mas após esse período – no culminar da década de 1980, teve lugar o fenômeno do desencarceramento que esvaziou as prisões e retirou o sentido da reabilitação dos internos com vistas ao trabalho.

A mudança nas bases políticas no fim do século XIX transformou a noção da pena, de acordo com RUSCHE/KIRCHHEIMER<sup>11</sup>, passando-se a examiná-la sob o prisma da periculosidade do sujeito ao invés de utilizar a proporcionalidade entre crime e pena. Assim, os infratores deveriam ser moralmente educados com a

---

<sup>9</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 222.

<sup>10</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 128.

<sup>11</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 199-200.



finalidade de retornarem, o quanto antes, ao mercado; caso fossem vistos como irrecuperáveis, o destino seria o banimento por tempo indeterminado.

Portanto, o modelo correcionalista previa a utilização das sanções de ordem criminal para os culpáveis e as medidas de segurança para aqueles considerados (indevidamente, diga-se de passagem) perigosos, ante a possibilidade de reiteração delitiva, através de uma prognose que não se pautava (e ainda não o faz) por qualquer elemento dotado de cientificidade.

Como exemplo, o Código Penal brasileiro de 1940 ainda vigente, fortemente influenciado pelo tecnicismo jurídico previa, na sua gênese, a possibilidade de cumulação de penas privativas de liberdade e medidas de segurança, associando-se a culpabilidade e a periculosidade do sujeito<sup>12</sup> – o que se denominou de sistema do “*doppio binário*”.

Hoje em dia, a visualização principalmente sob a perspectiva do neoliberalismo faz crer na crise da ideia do Estado de Bem-Estar Social, criticando-se a possibilidade da plena inclusão (o chamado “capitalismo inclusivo”), o que, conseqüentemente, impulsionou – como nunca antes visto – os índices de encarceramento mundial – a famigerada “superpopulação carcerária”.

Enfim, a crise da pena hoje é a crise de um modelo e de uma ideia: da prevenção especial positiva, que pugna pela chamada “ideologia re” (analisada em tópico posterior). Insta ressaltar que, no Brasil, não houve efetivamente a aplicação da prevenção especial positiva, pois, sobretudo, não se implantou eficientemente o Estado de Bem-Estar Social.

Vale transcrever, por sua notabilidade, a lição de VAN NESS/STRONG:

*“Infelizmente, a insatisfação contemporânea com o modelo da sentença de reabilitação não levou a um repensamento da ideia de crime como simples ofensa contra o Estado. Ao invés, promoveu estados de crescente imposição de sanções repressivas e punitivas contra aqueles que cometeram crimes, com o cristalino objetivo de punir e incapacitar criminosos.”<sup>13</sup> (tradução livre)*

---

<sup>12</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 226.

<sup>13</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 11. *“Unfortunately, contemporary dissatisfaction with the rehabilitation modelo of sentencing has not led to rethinking the idea that crime is simply na offense against the state. Instead, it has prompted states to impose increasingly repressive and punitive sanctions against those who commit crimes, with the claimed goals of punishing and incapacitating criminals.”*

Curiosamente, os *Quakers*, a mesma sociedade que propôs e operacionalizou o modelo filadelfiano de penitenciária, passaram a defender, nos anos de 1960 e 1970, o cerceamento ou mesmo a abolição das prisões. Isso, em razão dos constantes abusos e do ceticismo em não acreditar em um sistema de justiça criminal calcado em bases absolutamente injustas e desiguais. Diante disso, concluíram que as prisões falharam no seu papel de ressocialização e, nada obstante, ainda infligiam grandes sofrimentos aos internos, razão pela qual advogaram a utilização de práticas alternativas para lidar com o fenômeno criminal<sup>14</sup>.

Evidentemente, há que se pensar em uma radical transformação do sistema carcerário mundial. No Brasil, avultou o número de presos nas últimas décadas, alçando-se ao patamar de mais de 500 mil indivíduos encarcerados e submetidos às condições mais degradantes e desumanas possíveis, sobretudo em face do grande déficit de vagas em instituições penitenciárias. Assim permanece o Estado, teimosamente sustentando a manutenção do modelo vigente que, dentre tantas outras falhas, exerce um equivocado controle social fundamentando-se em medidas repressivas e inegavelmente humilhantes.

## **1.2. As teorias da pena e a falibilidade do modelo carcerário**

De início, há que se delimitar o conceito de pena. Para PAVARINI/GIAMBERARDINO<sup>15</sup>, a pena deve conter alguns atributos essenciais, a exemplo da aflictividade – sancionando o sujeito em seus direitos e interesses, assim como o reprimindo com o fito de estabelecer um nexos de causalidade entre a reprovação e a censura -, expressividade – como simbolismo para representar a pretensão punitiva – e estrategicidade – para manter determinadas relações de poder. O atributo da legalidade, acrescido por força das penas legais, legitima a reação punitiva do Estado.

Antes de adentrar efetivamente ao tópico proposto, cabe sublinhar que a filosofia penal abarca as teorias que sustentam determinadas finalidades da pena, sendo assim qualificadas como ideológicas; ao passo que a sociologia penal é

---

<sup>14</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 16.

<sup>15</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 139-140.

aquela que abarca teorias que explicam as funções efetivamente exercidas pela pena, independentemente da finalidade manifestamente pretendida.

Feita a supramencionada distinção, convém assinalar que a sociologia penal comporta as funções manifestas e latentes da pena, ao passo que a filosofia da pena, também chamada de “penologia”, abarca dois horizontes penais diferentes, a saber: a pena justa ou retributiva e a pena útil ou preventiva.

A primeira estabelece uma punição (considerada justa) como compensação integral de um mal causado (conforme a culpabilidade do autor) e decorre de três principais fatores de perpetuação: (i) dos valores populares impregnados pelo retributivismo, evidentemente regido pela lógica do talião (o famigerado “olho por olho, dente por dente”); (ii) da forte influência da tradição judaico-cristã, da justiça divina, pela qual a culpa do infrator deve ser expiada; e (iii) da influência da filosofia idealista ocidental, com expressão máxima em Immanuel KANT – para quem a pena consiste em um imperativo categórico de afirmação da própria dignidade do sujeito livre e moral, e em Friedrich HEGEL – para o qual o crime é a negação do direito e a pena é a negação do crime.

De pleno acordo estão Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>16</sup> e Massimo PAVARINI/André Ribeiro GIAMBERARDINO<sup>17</sup>, estes que ainda acrescentam, ao referido rol, que o discurso retributivo se ampara também na própria lei penal, eis que, por força do artigo 59 do Código Penal brasileiro, cabe ao juiz aplicar a pena conforme o necessário e suficiente à reprovação do delito.

A segunda (a pena utilitária) nasce como limitação do poder punitivo (ao invés de fundamentá-lo) e passa a contemplar um caráter teleológico, voltada a uma determinada finalidade que não a pena em si mesma. Nela também se observa a lógica utilitarista do ser humano, em que todas as ações são fundadas no custo benefício entre a dor e o prazer. As finalidades anunciadas constituem as chamadas “teorias da prevenção geral e especial da pena”, sedimentadas sobre o discurso oficial ou manifesto da punição penal.

Assim, existem dois grandes grupos de modelos legitimantes do poder punitivo visando o controle social: um atuando sobre a generalidade das pessoas, dissuadindo-as (prevenção geral negativa) ou reforçando a norma vigente

---

<sup>16</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 422.

<sup>17</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 142-143.

(prevenção geral positiva); e outro atuando diretamente sobre aqueles que delinquiram, neutralizando-os (prevenção especial negativa) ou reproduzindo valores ideologicamente positivos na pessoa (prevenção especial positiva).

Nesse mesmo sentido posicionam-se Eugenio Raúl ZAFFARONI<sup>18</sup>, Massimo PAVARINI/André Ribeiro GIAMBERARDINO<sup>19</sup>, e Claus ROXIN<sup>20</sup>. Todavia, sustenta o jurista alemão que a teoria da retribuição não justifica cabalmente a pena estatal, senão vejamos:

*“Resumindo numa só frase as três razões: a teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante.”<sup>21</sup>*

Em pormenores, considerando que a teoria da retribuição da pena visa compensar a culpa humana por intermédio da imposição de uma sanção penal, observa-se o verdadeiro fracasso dela ao não estabelecer um limite sobre quais pressupostos da culpa humana se assenta a autorização ao castigo.

A segunda razão repousa sobre o imenso *gap* de cientificidade que circunda a teoria da pena retributiva, haja vista ser absolutamente temerário que o Parlamento prescreva intervenções gravíssimas na esfera pessoal do cidadão com base em meras suposições, distantes de qualquer comprovação teórica ou prática.

A terceira objeção de Claus ROXIN assenta-se em que, por conta da própria racionalidade, não há como retribuir um mal cometido com outro se não for por um mero ato de fé, o que, evidentemente, não pode ser imposto e tampouco deve ser um critério de validade para embasar a punição. No nosso caso, o artigo 1º, parágrafo único, da Magna Carta, veda tal possibilidade ao estabelecer que todo o poder emana do povo (e não de poderes transcendentais).

No mesmo diapasão encontra-se o criminólogo brasileiro Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 115.

<sup>19</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 146.

<sup>20</sup> ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja Universidade. p. 16-17.

<sup>21</sup> *Ibid*, p. 19.

<sup>22</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 423.

No que tange à teoria utilitarista da pena, ROXIN assevera que a teoria da prevenção especial não intenta retribuir o fato passado, mas sim justificar a pena visando à prevenção de novos delitos pelo autor, seja:

*“corrigindo o corrigível, isto é, o que hoje chamamos de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação da liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis.”<sup>23</sup>*

Nesse tocante, CIRINO DOS SANTOS<sup>24</sup> distingue a prevenção especial em dois polos: (i) negativa, que visa neutralizar o condenado incapacitando-o de cometer novos crimes; e (ii) positiva, que promove a chamada “ideologia re”, buscando corrigir o apenado mediante o trabalho dos “ortopedistas da moral”, quais sejam, psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros. Do mesmo modo se posicionam, sinteticamente, PAVARINI/GIAMBERARDINO<sup>25</sup>.

Ainda, RUSCHE/KIRCHHEIMER<sup>26</sup> lembraram que o confinamento solitário europeu, à época de sua introdução no contexto das *workhouses*, tinha por objetivo, além de intimidar a generalidade das pessoas, regenerar ou corrigir o preso tornando-o uma força de trabalho apta e disciplinada, o que, no entanto, não alcançou o sucesso esperado.

Dessa forma, observa-se que dita corrente não merece guarida, pois, assim como a teoria retributiva, falha em limitar os pressupostos substanciais do poder punitivo do Estado e, outrossim, não delimita temporalmente a sanção, pois tal deve se estender até a efetiva correção do infrator. Além disso, não se justifica na hipótese em que não há risco de reiteração delitiva do sujeito para os crimes mais graves e tampouco se sustenta porque a pena corretiva não contém, em si mesma, a justificação do seu próprio fim, dado que não incumbe ao Estado avaliar se determinado comportamento “estranho” deve ser coercitivamente reprimível.

As críticas acima expostas também estão presentes em ROXIN<sup>27</sup>, CIRINO DOS SANTOS<sup>28</sup> e, em parte, PAVARINI/GIAMBERARDINO<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja Universidade. p. 20.

<sup>24</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 424.

<sup>25</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 148-150.

<sup>26</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 186-187.

<sup>27</sup> ROXIN, op. cit., p. 22.

Além disso, a prevenção especial negativa mediante privação da liberdade possui alguns aspectos contraditórios, a saber: (i) produz maior reincidência em razão dos efeitos nocivos da prisão; (ii) exerce influência negativa sobre o condenado ao inseri-lo com intensidade na subcultura da prisão, realizando a chamada *self fulfilling prophecy*; (iii) rompe, compulsoriamente, diversos laços característicos e identificadores da vida social do apenado, reduzindo ainda mais as chances de um futuro comportamento obediente às normas; (iv) cria no indivíduo uma formação pessoal subjetiva de criminoso, o que só piora com a estigmatização que a sociedade faz do egresso do sistema prisional; (v) fomenta a criação de estereótipos infundados com base em prognoses de preditivos característicos da criminalidade, como a pobreza, o desemprego, a escolarização precária, a moradia em favelas, etc.; (vi) comprova, ainda mais, o *labelling approach*, pelo qual a inserção do preso na subcultura da prisão aumenta, na mesma proporção, as taxas de reincidência e de formação de carreiras criminosas<sup>30</sup>.

Aliás, em relação aos estereótipos mencionados acima, importante mencionar o entendimento do jurista Eugenio Raúl ZAFFARONI, para quem a formação dessas metarregras repousa sobre a comunicação social negativa realizada pelas grandes mídias, ao associarem as pessoas que cometem fatos burdos ou grosseiros como se fossem os únicos delitos perpetrados na sociedade, criando rótulos evidentemente negativos que compactuam com determinados elementos sociais, a exemplo da classe, etnia, idade, gênero e até mesmo estética. Assim:

*“O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária; daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária associados a desvalores estéticos (pessoas feias) que o biologismo criminológico considerou causas do delito quando, na realidade, eram causas da criminalização, embora possam vir a tornarem-se causas do delito quando a pessoa acaba assumindo o papel vinculado ao estereótipo (é o chamado efeito reprodutor da criminalização ou desvio secundário).”<sup>31</sup>*

Já a teoria utilitarista da pena com viés de prevenção geral não vislumbra o sentido e o escopo da pena, pois apenas persegue a consecução de efeitos

---

<sup>28</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 425.

<sup>29</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 144.

<sup>30</sup> CIRINO DOS SANTOS, op. cit. P. 442-443.

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 46.

simbólicos sobre a generalidade das pessoas, atingindo-as ora por um espectro positivo (reafirmação da norma), ora por um espectro negativo (*deterrence*), para reforçar no seu imaginário a observância das normas.

Do mesmo modo posicionam-se Massimo PAVARINI/André Ribeiro GIAMBERARDINO<sup>32</sup> e Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>33</sup>.

No entendimento de Edmundo S. HENDLER, “*a fundamentação dos castigos a partir da variante da prevenção geral positiva (...) resgata o enfoque preventivista, só que não tanto na dissuasão (...), mas, bastante, como afirmação do direito*”<sup>34</sup>. Logo, dotando-se de efeitos absolutamente simbólicos – assim como ocorre com a espetacularização na imposição dos castigos, na formulação de Michel FOUCAULT – para restabelecer a confiança nas normas essenciais à vida em sociedade.

Para Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>35</sup>, a função simbólica do direito penal sob o prisma da prevenção geral negativa só é capaz de êxito em relação àqueles crimes que admitem reflexão, mas não naqueles impulsivos, exemplos clássicos da criminalidade comum que, outrossim, constituem o alvo principal – quiçá efetivamente único – da repressão penal.

Ainda no que tange à prevenção geral, Claus ROXIN<sup>36</sup> objeta com base em três argumentos: (i) há inegável indeterminação que favorece o bel-prazer do Estado acerca de quais comportamentos são penalmente reprimíveis, bem como se questiona o terror estatal como medida idônea para fundamentar a prevenção geral; (ii) não há comprovação científica acerca dos efeitos simbólicos da prevenção geral da pena, salvo para o homem médio em situações regulares, o que, indubitavelmente, deixa à margem importantes segmentos da criminalidade, a exemplo dos criminosos habituais; e (iii) é absolutamente controverso instrumentalizar um determinado sujeito para que sirva de exemplo aos seus pares, sobretudo quando isso implica no sacrifício de vários direitos e garantias constitucionais.

---

<sup>32</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 146-148.

<sup>33</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 426.

<sup>34</sup> HENDLER, Edmundo S. *Las raíces arcaicas del derecho penal*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 100.

<sup>35</sup> CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 447.

<sup>36</sup> ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja Universidade. p. 25.

Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>37</sup> contrapõe sob os mesmos fundamentos e acrescenta que a História ensina que não é a gravidade da pena – sejam cruéis ou de privação de liberdade por longos períodos de tempo, mas sim a certeza ou a probabilidade da punição que possibilita a diminuição da reiteração delitiva.

Ainda, convém informar que normalmente fixa-se a ideia da prevenção geral nas cominações penais; a ideia da retribuição na sentença; e a ideia da prevenção especial na execução da pena. Por seu turno, o Professor recentemente aposentado da Universidade Federal do Paraná – UFPR<sup>38</sup> situa a prevenção especial tanto na individualização da pena na sentença (por força do artigo 59 do Código Penal brasileiro), como na execução da pena pelos chamados “ortopedistas da moral”.

Para ROXIN<sup>39</sup>, o direito penal abarca certos limites. Na fase da cominação legal, vislumbra-se a atuação meramente subsidiária – apenas quando insuficientes outras formas de resolução de conflitos, qualificando-se como garantia própria do cidadão contra as graves sanções do direito penal -, e a ilegitimidade estatal do direito penal em tutelar o cidadão pelo viés da moralidade, a despeito da existência de censuras pautadas na noção moral absolutamente arbitrária do Estado.

Já na fase da aplicação e graduação da pena, o jurista alemão afirma que a conjugação da finalidade da pena com a prevenção geral impõe, para assegurá-la, a utilização da prevenção especial na medida harmônica entre as necessidades da comunidade e o livre desenvolvimento do infrator, consoante o seu grau de culpabilidade<sup>40</sup>. Aqui não se trata de instrumentalizar o sujeito, mas de responsabilizá-lo enquanto membro da comunidade e, simultaneamente, salvaguardar a própria sociedade.

Na parte da execução da pena, ROXIN a entende como justificável apenas se balizada pela devida reintegração do infrator à comunidade, sendo absolutamente ilícito fazê-lo através da interferência ou sem o respeito à autonomia da personalidade do sujeito. Nesse ponto, mister se faz orientar o ofensor no sentido de uma formação espiritual, intelectual e material mais ampla, despertando-o para suas responsabilidades e ajudando-o a desenvolver suas aptidões pessoais particulares.

---

<sup>37</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 427.

<sup>38</sup> Ibid, p. 429.

<sup>39</sup> ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja Universidade. p. 28-29.

<sup>40</sup> Ibid, p. 32-34.



Importante ressaltar, nesse ponto, a brecha que faz o autor em prol da Justiça Restaurativa, ao aduzir que a ressocialização, no sentido mais amplo de reparação do dano, proporciona:

*“forças construtivas para a sua personalidade, em lugar de a pena de vários anos de privação da liberdade ter como consequência um embrutecimento prematuro que pode ir até ao vegetar abúlico do sujeito, como ocorre naturalmente.”<sup>41</sup>*

A falibilidade do sistema carcerário deve especial contribuição à crise da pena atual, que se traduz pelo reiterado fracasso da função da prevenção especial positiva da sanção criminal. Incapaz de remodelar o sujeito como mão-de-obra útil e disciplinada ao mercado de trabalho – sintetizada na clássica formulação do *“nothing works”* de Robert MARTINSON, culminou com a transformação da prisão em mecanismo de pura produção de terror, *“reduzido à prevenção especial negativa de segurança e de incapacitação do preso”<sup>42</sup>*.

Em adendo, a crise da prevenção especial positiva ainda abarca em sua substância a contradição entre o discurso do devido processo legal e o do exercício seletivo do poder de punir, pelo qual, encoberto por aquele, criminaliza desigualmente com base em estereótipos, preconceitos, idiosincrasias (metarregras, basicamente), e concentra, sobremaneira, a criminalização (logo, seletiva) em determinados segmentos marginalizados da sociedade capitalista.

De igual modo, caminha na mesma trilha o jurista Alessandro BARATTA<sup>43</sup>, ao ensinar que o funcionamento da justiça penal é deveras seletivo e direcionado contra as classes populares, mormente sobre aqueles grupos sociais considerados mais débeis, muito embora as condutas criminosas sejam evidentemente praticadas em todos os estratos sociais.

Ademais, a crise da execução da pena nos moldes da prevenção especial positiva é irreversível, haja vista que a prisonização seletiva de grandes contingentes populacionais – conforme se observa com grande destaque nas últimas décadas – promove um condicionamento do condenado, ensinando-o a viver em um

---

<sup>41</sup> ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja Universidade. p. 42.

<sup>42</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 444.

<sup>43</sup> BARATTA, Alessandro. *Princípios do Direito Penal Mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal*. Florianópolis, 2003. p. 4. **Revista Doutrina Penal** nº 10-40, Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 623-650.

ambiente absolutamente corrupto e degenerado (a prisão) e, não obstante, devolve-o às mesmas condições que provocaram a prática criminosa em primeiro lugar.

Logo, o sistema penitenciário não logra êxito em alcançar os objetivos propostos; mas, ao contrário, provoca flagelos inescusáveis às partes direta e indiretamente envolvidas no fenômeno criminal (leia-se, aqui, as respectivas comunidades e não o Estado como vítima suprema dos conflitos). Enquanto a vítima e a comunidade restam desamparadas e inseguras por não terem seus interesses satisfeitos, o condenado é inserido em um ambiente, como visto, absolutamente prejudicial que não o auxilia na recuperação e, pior, transforma significativamente a sua personalidade a ponto de tornar praticamente impossível a reintegração social.

Aliás, em relação à prisonização do infrator, Louk HULSMAN considera temerária a fundamentação do sistema de justiça criminal em uma organização cultural e social produtora de criminalização – potencializada pelo clamor punitivista de que lança mão as grandes mídias, em que se busca reconstruir o fato imobilizando-o no tempo e que, concomitantemente, tenta atribuir, a todo custo, a culpa pelo delito a alguém<sup>44</sup>. A criminalização do sujeito provoca uma quebra significativa em seu substrato material e imaterial, rompendo-se (talvez definitivamente) importantes relações sociais que se constituem em elementos próprios da sua identidade.

Na sequência, não se pode olvidar que, no direito penal brasileiro, evidencia-se a adoção – predominantemente pela legislação, doutrina e jurisprudência – da teoria unificada da pena, pela qual as teorias supramencionadas (e seus defeitos) são conjugadas em uma única. Assim, a pena representa a retribuição do mal causado na medida da culpabilidade do autor, corrigindo-o e neutralizando-o de acordo com os ensinamentos da prevenção especial, e intimidando e reforçando a norma penal à generalidade das pessoas através da prevenção geral.

Nada obstante, a devida reflexão sobre a falência do cárcere fomentou o surgimento das teorias criminológicas críticas da pena. A teoria negativa/agnóstica da pena criminal fundamenta-se nos modelos ideais de estados de polícia (poder vertical e autoritário orientado de acordo com os ensejos da vontade hegemônica da classe dominante) e de direito (poder horizontal e democrático que procura reduzir ou limitar o alcance do poder punitivo do estado de polícia), mutuamente

---

<sup>44</sup> HULSMAN, Louk. *Alternativas à Justiça Criminal*. In: PASSETI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. P. 45.

coexistentes sob uma relação de exclusão no interior do Estado Moderno. A teoria é negativa porque reputa como falsos os discursos de retribuição e prevenção geral e especial da pena; e é agnóstica “*porque renuncia à cognição dos objetivos ocultos da pena criminal, que seriam múltiplos e heterogêneos*”<sup>45</sup>.

Nesse diapasão é o entendimento do jurista argentino Eugenio Raúl ZAFFARONI<sup>46</sup>.

Por sua vez, a teoria materialista/dialética da pena criminal questiona o substrato da retribuição ao reputá-la como decorrência do modo de produção vigente a cada época, sobretudo no capitalismo em que a equivalência se faz mediante a dicotomia entre capital e trabalho assalariado nas relações de produção das sociedades contemporâneas. Calcada em bases marxistas, tal teoria aduz que a retribuição equivalente assenta-se em todos os níveis da vida social, a exemplo do trabalho pelo salário na produção de bens ou serviços, e da pena privativa de liberdade como contraprestação ao crime perpetrado, constituindo-se, por consectário, na forma característica de punição da sociedade capitalista.

Aliás, ainda sobre o tema ora em comento, o criminalista brasileiro Juarez CIRINO DOS SANTOS assevera que:

*“Contudo, se o valor de troca da retribuição equivalente caracteriza a função real da pena criminal, o valor de uso atribuído às funções de prevenção especial e geral possui funções declaradas ineficazes, mas funções reais eficazes de garantia das condições fundamentais da sociedade capitalista: garantem a separação força de trabalho/meios de produção sobre a qual assenta o modo de produção fundado na contradição capital/trabalho assalariado.”*<sup>47</sup>

No que tange à evidente falibilidade do sistema carcerário – em verdade, talvez não tão evidente porquanto constantemente reproposta como solução definitiva -, a História já constatou, por inúmeras vezes, assim como diversas pesquisas empíricas diligentemente produzidas (salvo casos excepcionais estatisticamente irrelevantes), que a prisonização como resposta ao crime é inegavelmente falha, urgindo-se adotar um modelo radicalmente diferenciado.

---

<sup>45</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 432.

<sup>46</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 99-100.

<sup>47</sup> CIRINO DOS SANTOS, op. cit., p. 441.

### 1.3. O instituto da reincidência e suas críticas

Antes de adentrar definitivamente na questão da reincidência, presente na legislação brasileira desde a época do Império, vale notar que tal instituto é assim caracterizado como “recaída no crime” e permanece objeto de grande polêmica ao longo do tempo, remontando desde a Idade Média até os presentes dias. Segundo André Ribeiro GIAMBERARDINO e Jacson ZILIO, o termo proveio da medicina na definição de “reaparecimento da doença” e foi identificada pela criminologia positivista “com a tipologia do ‘criminoso habitual de Enrico Ferri ou, simplesmente, o ‘incurrigível’<sup>48</sup>”.

O instituto da reincidência constitui circunstância agravante obrigatória no direito penal brasileiro – consoante previsão do artigo 61, inciso I, do CP, e ocorre “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”<sup>49</sup>.

Logo, pressupõe a condenação por crime (e não contravenção) anterior, transitado em julgado, e a prática de novo delito após a imutabilidade da decisão pretérita.

Para efeito da reincidência, não se consideram os crimes militares próprios ou políticos, assim como não se qualifica após cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena, computando-se o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer a revogação<sup>50</sup>.

O Professor Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>51</sup> afirma que a recidiva, no sistema de justiça criminal formal, atua como reincidência ficta, na qual o trânsito em julgado estipula a presunção de periculosidade do sujeito (hipótese formal irrelevante que não comporta qualquer comprovação científica), e escamoteia a reincidência real, isto é, o novo crime como decorrência da experiência deformadora do cárcere sobre o agente.

A despeito da quase absoluta ausência de estatísticas criminais oficiais, grande parcela dos órgãos da justiça criminal formal, sobretudo o Supremo Tribunal

---

<sup>48</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro; ZILIO, Jacson. *Reincidência*. No prelo. p. 6.

<sup>49</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 13 nov. 2013. Artigo 63.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 530.

Federal – STF e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ<sup>52</sup>, sustentam que a agravante da reincidência está presente em cerca de 70% dos casos.

Por outro lado, a despeito de não informar as bases da pesquisa, Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>53</sup> afirma que, com fundamento em dados empíricos, a reincidência é a circunstância agravante mais aplicada pelos magistrados brasileiros à taxa de 97,37% dos casos.

Ademais, o instituto da reincidência está amplamente imbricado em vários direitos individuais do preso, assim mapeados:

- a) Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal brasileiro – CP): (i) influencia na definição do regime inicial para o cumprimento da reprimenda (artigo 33, § 2º, alíneas b e c); (ii) impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se o réu for reincidente em crime doloso (artigo 44, inciso II) ou se o réu não for reincidente específico (artigo 44, § 3º); (iii) constitui circunstância agravante obrigatória (artigo 61, inciso I); (iv) define e estabelece os efeitos da reincidência penal (artigos 63 e 64); (v) prepondera no concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes (artigo 67); (vi) impede a suspensão condicional da pena privativa de liberdade (artigo 77, inciso I); (vii) influencia no livramento condicional do apenado, requerendo o cumprimento mínimo de 1/3 da pena se não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes, ou metade se for reincidente em crime doloso, bem como impõe o cumprimento de 2/3 da pena se não for reincidente específico em condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (artigo 83, incisos I, II e V); (viii) revoga a reabilitação em caso de condenação definitiva como reincidente à pena que não seja de multa (artigo 95); (ix) aumenta em 1/3 os prazos estabelecidos no artigo 109 para a prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória (artigo 110); (x) interrompe o curso da prescrição (artigo 117, inciso VI); (xi) impede a concessão do perdão judicial (artigo 120); (xii) impede a aplicação de furto privilegiado (artigo 155, § 2º); (xiii) retira a

---

<sup>52</sup> EUZÉBIO, Gilson. *Pesquisa vai medir reincidência no crime*. Agência CNJ de Notícias. 04 mar. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13447-pesquisa-vai-medir-reincidencia-no-crime>. Acesso em: 13 nov. 2013.

<sup>53</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 532.

faculdade de o juiz deixar de aplicar a pena de reclusão, ou aplicar somente a pena de multa, no crime de apropriação indébita (artigo 168, § 3º); (xiv) impede o estelionato privilegiado (artigo 171, § 1º); (xv) retira a faculdade de o juiz deixar de aplicar a pena no crime de receptação (artigo 180, § 5º); (xvi) retira a faculdade de o juiz deixar de aplicar a pena de reclusão, ou aplicar somente a pena de multa, no crime de sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A, § 2º).

- b) Decreto-lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal brasileiro – CPP): (i) aumenta o tempo de metade para mais de  $\frac{3}{4}$  do cumprimento da pena para a concessão do livramento condicional (artigo 710, inciso I); (ii) aumenta de quatro a oito anos o requerimento da reabilitação ao juiz da condenação (artigo 743).
- c) Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal – LEP): (i) separa o primário do reincidente na seção de cumprimento da reprimenda (artigo 84, § 1º); (ii) aumenta o tempo de  $\frac{1}{6}$  para  $\frac{1}{4}$  do cumprimento da pena para a concessão da saída temporária (artigo 123, inciso II).
- d) Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos): (i) impede a redução da pena de  $\frac{1}{6}$  a  $\frac{2}{3}$  no tráfico ilícito de entorpecentes, nas modalidades previstas no artigo 33, *caput* e § 1º (artigo 33, § 4º); (ii) aumenta o prazo máximo de cinco para dez meses de prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo no crime de consumo próprio (artigo 28, § 4º); (iii) impede a concessão de livramento condicional aos reincidentes específicos nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei (artigo 44, parágrafo único); (iv) veda o direito de apelar em liberdade nos crimes descritos nos artigos 33, *caput* e § 1º, 34 a 37 desta Lei (artigo 59).
- e) Lei nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais): (i) constitui circunstância agravante obrigatória (artigo 15, inciso I).
- f) Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais): (i) impede a transação penal (artigo 76, § 2º, inciso I); (ii) impede a suspensão condicional do processo (artigo 89).

Vale frisar a relevante consideração de GIAMBERARDINO/ZILIO<sup>54</sup> nesse ponto, ao afirmar que a reincidência, em razão de todos os efeitos legais que produz, adere quase que simbioticamente ao condenado como se fosse sua verdadeira identidade, estendendo longamente seus efeitos, máxime àquelas garantias de medidas alternativas à pena privativa de liberdade, o que permite asseverar que a reincidência age não sobre a culpabilidade do autor, mas sobre a sua presunção de periculosidade.

Evidentemente, vislumbra-se a importância do tema ora em comento, sendo medida da mais completa necessidade e urgência trata-lo sob o viés da criticidade, buscando-se, com isso, apurar as causas e os efeitos da reincidência, assim como propor e mesmo efetivar alternativas para tanto.

Uma das principais críticas opostas ao instituto da reincidência no formato vigente repousa sobre a ofensa ao princípio do *nom bis in idem*, pelo qual ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato ou assunto, argumento que fez vários intelectuais pugnam pela inconstitucionalidade do referido instituto.

Ademais, não parece se coadunar com as diretrizes principiológicas do conjunto normativo brasileiro, porquanto absolutamente atrelado à ideia do direito penal do fato, em detrimento do já ultrapassado direito penal do autor. Em outros termos, o sujeito que apresenta comportamento desviante para o ordenamento jurídico criminal deve ser punido em consonância com o que fez e não pelo que representa.

O direito penal do autor foca-se no modo de ser do agente para delimitar a punição do sujeito, associando-se definitivamente à sua periculosidade – muito embora não exista qualquer critério científico para se realizar a prognose do risco de recidiva do sujeito (pela chamada tipologia etiológica), a despeito de algumas tentativas inexitosas. Por óbvio, embasa-se sob fundamentos inelutavelmente antidemocráticos e, por consequência, incompatíveis com um Estado Democrático de Direito.

O direito penal do fato, por sua vez, é corolário lógico do princípio da culpabilidade e proclama que um sujeito só é culpável em relação a um determinado ato ou fato, nada importando as características pessoais do sujeito. Assim, é a

---

<sup>54</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro; ZILIO, Jacson. *Reincidência*. No prelo. p. 5.

culpabilidade que promove o *link* da conduta do agente com o fato concretamente realizado.

Para André Ribeiro GIAMBERARDINO e Jacson ZILIO, o princípio da culpabilidade é absolutamente basilar no arcabouço jurídico criminal brasileiro, ao funcionar como fundamento e medida da pena, pois procura esclarecer os pressupostos que valoram a conduta criminalizada e, concomitantemente, limitar a própria legitimidade da pena aplicada ao infrator do caso concreto<sup>55</sup>.

De igual modo estão Lênio Luiz STRECK<sup>56</sup>, Eugenio Raúl ZAFFARONI<sup>57</sup> - que ainda acrescentam a noção da estigmatização provocada pela mácula da reincidência, Cândido Furtado Maia NETO<sup>58</sup> e Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>59</sup>.

Aliás, de acordo com os intelectuais GIAMBERARDINO/ZILIO<sup>60</sup>, a compreensão do agravamento da pena pela reincidência, no direito penal brasileiro, surgiu justamente como medida presumida (e nada científica) de contenção de riscos, de novas reiterações delitivas, realizando, por evidente, um papel de controle social que inspirava a gradação da pena privativa de liberdade – e não apenas cingindo-se ao grau de culpabilidade do autor.

Em adendo, argumenta-se que a utilização da reincidência nos moldes vigentes afronta diretamente os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, culminando, pela patente majoração da pena, em absoluta desproporção entre meio e resultado. Por consectário, ofende a própria Constituição da República Federativa do Brasil ao conflitar materialmente com as respectivas normas.

Talvez de maneira irônica, alguns aduzem que a não utilização da reincidência lesa os referidos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, na individualização da pena, ao privilegiar o reincidente em face dos demais infratores primários. Ainda, argumentam que aquele que recai no crime possui, indubitavelmente, um maior grau de culpabilidade, razão pela qual deve ser apenado

---

<sup>55</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro; ZILIO, Jacson. *Reincidência*. No prelo. p. 9-11.

<sup>56</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri*. Símbolos & Rituais. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 66-67.

<sup>57</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Reincidência*: um conceito do direito penal autoritário. In: **Livro de Estudos Jurídicos**. v. 3. Rio de Janeiro, 1991. p. 55-56.

<sup>58</sup> NETO, Cândido Furtado Maia. *Direitos Humanos do Preso*: Lei de Execução Penal: Lei nº 7.210/1984. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 147.

<sup>59</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: Parte Geral. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 531.

<sup>60</sup> GIAMBERARDINO/ZILIO, op. cit. P. 6



com mais gravidade sob pena de contrariar os princípios da culpabilidade e da própria isonomia.

A acentuação na culpabilidade do reincidente aludida acima procura sustentar-se na própria teoria da culpabilidade do fato, pela qual a reiteração delitiva do sujeito apenas demonstra um aparente desprezo pelo agir lícitamente a que todos estão submetidos.

Todavia, segundo GIAMBERARDINO/ZILIO<sup>61</sup>, tal fundamento é altamente questionável por assentar-se em um maior desvalor da ação do reincidente – justamente por já ter sido admoestado pelo sistema de justiça criminal formal – em função de um suposto “maior desvalor do próprio agente”.

Com base no exposto, Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>62</sup> defende que a circunstância da reincidência ficta deveria ser considerada um indiferente penal, pois não contém qualquer indicador de periculosidade para fundamentar o agravamento da pena; e que a reincidência real deveria ser considerada atenuante e não agravante da pena, tendo em vista a falibilidade da prevenção especial positiva na execução penal, bem como a ação deformadora da prevenção especial negativa na personalidade do condenado, operada pelo cárcere.

Nesse ponto, faz-se necessário trazer o chamado “princípio da progressiva perda da mitigação” (“*progressive loss of mitigation*”, na denominação em inglês), o qual procura inverter a ordem ao propor, em detrimento da punição acentuada do reincidente, uma redução proporcional da pena em relação aos condenados primários e reincidentes, até um determinado limite. Em outros termos, ao invés de majorar a pena quando reincidente, a reduz gradativamente menos na proporção em que aumenta a quantidade de reiteração delitiva – logo, os primários receberiam a maior redução, com o objetivo de garantir o princípio da culpabilidade.

Interessante notar que tal teoria é flagrantemente sensível à conjuntura penitenciária mundial, pois admite a fragilidade da natureza humana ao considerar tolerável o cometimento de um deslize, ainda que de ordem grave; de igual modo, reconhece a crise da pena atual, compreendendo os efeitos nocivos do cárcere à vida em sociedade e, com isso, tenta reduzir tais consequências por intermédio de um apenamento menor ou mais brando; também aceita a ideia de que o ser

---

<sup>61</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro; ZILIO, Jacson. *Reincidência*. No prelo. p. 5.

<sup>62</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 531.

humano, muitas vezes, não possui a plena ciência dos efeitos de seu comportamento criminoso, sobretudo quando nos deparamos com a precariedade da educação social e cultural do indivíduo.

A despeito disso, Julian V. ROBERTS<sup>63</sup> reproduz o discurso dominante ao considerar o reincidente mais culpável que o primário, analogamente ao que ocorre quando há a premeditação do delito, e pugna pela relevância da reincidência – não a qualificando na feição de direito penal do autor – no apenamento, máxime porque se coaduna com os desígnios das vítimas, dos aplicadores do direito, da sociedade em geral e dos próprios infratores.

No contraponto, Andrew VON HIRSCH<sup>64</sup> refuta a analogia realizada com a premeditação, eis que tal envolve reflexão sobre a conduta e mesmo certo desprezo pela norma penal, o que não se observa com a reincidência, normalmente produto de um ato impulsivo. Assim sendo, manifesta-se pela devida aplicação do princípio da progressiva perda da mitigação, pela concessão de um desconto maior aos primários, minorando-o sucessivamente ao compasso da reiteração delitiva, até cessar pelo atingimento do limite tolerado pelo Estado.

#### **1.4. O julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a recepção da reincidência pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

No dia 4 de abril de 2013, o Supremo Tribunal Federal – STF declarou a constitucionalidade do instituto da reincidência como agravante de pena em processos criminais, conforme dispõe o artigo 61, inciso I, do Código Penal. A questão foi julgada no Recurso Extraordinário nº 453.000, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS. A decisão foi unânime.

O autor do recurso, representado pela Defensoria Pública, pugnou pela inconstitucionalidade da reincidência, pois “– além de contrariar o princípio constitucional da individualização da pena – estigmatiza, obstaculiza uma série de

---

<sup>63</sup> ROBERTS, Julian V. *The Recidivist Premium: for and against*. VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V. (ed.). **Principled Sentencing: readings on theory and policy**. 3ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 152 e 157.

<sup>64</sup> VON HIRSCH, Andrew. *The Discount Approach: progressive loss of mitigation*. VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V. (ed.). **Principled Sentencing: readings on theory and policy**. 3ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2009. P. 161.

*benefícios legais, afeta a coisa julgada e viola, flagrantemente, o nom bis in idem, base fundamental de toda legislação criminal*<sup>65</sup>.

Ademais, o Defensor Público Federal Afonso Carlos Roberto do Prado relembrou, analogamente, que a multa por infração de trânsito ou a dívida de devedor contumaz não são majoradas em razão da reincidência; e, ao fim, alegou que os princípios constitucionais não podem ser afastados por dispositivo legal hierarquicamente inferior.

Em contrapartida, a representante do Ministério Público Federal – MPF, Deborah Duprat, defendeu a constitucionalidade do referido instituto ao afirmar que o sistema penal brasileiro vislumbra na pena uma dupla função, qual seja, reprovar e prevenir crimes. Para tanto, *“a reincidência foi pensada no sentido de censura mais grave àquele que, tendo respondido por crime anterior, persiste na atividade criminosa*<sup>66</sup>.

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio, relator do caso, registrou, em apertada síntese, que *“o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala*<sup>67</sup>. Aliás, a reincidência segue a “ordem natural das coisas” e está em harmonia com a Carta Magna, tanto que *“a regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal*<sup>68</sup>, além de envolver mais de 20 institutos penais.

Os demais ministros (Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa) acompanharam o voto do relator. A Ministra Rosa Weber<sup>69</sup> enfatizou que não se trata de direito penal do

---

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência*. R.E. nº 453.000, do Rio Grande do Sul. Volnei da Silva Leal versus Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 4 de abril de 2013. 43 p. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>. Acesso em: 13 nov. 2013. p. 2.

<sup>66</sup> *STF declara constitucionalidade da reincidência como agravante de pena*. Notícias STF. 04 abr. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>. Acesso em: 13 nov. 2013.

<sup>67</sup> BRASIL, op. cit., p. 8.

<sup>68</sup> BRASIL, op. cit., p. 10.

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência*. R.E. nº 453.000, do Rio Grande do Sul. Volnei da Silva Leal versus Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 4 de abril

autor, porquanto o desvalor da reincidência repousa sobre a condenação criminal pretérita e não na condição pessoal do sujeito. Inclusive, em relação ao princípio do *nom bis in idem*, afirmou que:

*“Trata-se apenas de valorar negativamente a escolha efetuada pelo agente em voltar a delinquir, do que resulta maior juízo de censura em relação a nova conduta praticada, e não uma nova punição em relação ao crime pretérito.”*<sup>70</sup>

Já o Ministro Luiz Fux aduziu que inexistem critérios seguros para apurar a personalidade do agente e as causas que o levaram a delinquir novamente, razão pela qual resta impossível determinar que tal ocorreu em função do fracasso do sistema carcerário e, conseqüentemente, de falha própria do Estado<sup>71</sup>.

Todavia, a despeito da decisão acerca da recepção do telado instituto, é interessante notar a parte do voto do Ministro Gilmar Mendes que reconhece a altíssima taxa de reincidência (estimando-a, mesmo ante a carência de bases sólidas, em cerca de 80%), indicando a falência do próprio modelo prisional que não dispõe das condições minimamente exigidas para a ressocialização. Como alternativas, o magistrado propôs a formação e a escolarização universal, bem como a criação de amplos programas para auxiliar na reintegração do preso<sup>72</sup>.

À supramencionada decisão foi regulamentada repercussão geral, verticalizando o entendimento proferido nessa ocasião a todos os processos semelhantes em trâmite nos demais tribunais do País.

A despeito dos argumentos expostos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, restou perdida uma excelente oportunidade de melhorar significativamente a conjuntura prisional brasileira, sobretudo após o reconhecimento público da falibilidade do nosso sistema carcerário, principalmente no que tange à sua função ressocializadora – que possui como maior indicador da sua crise o elevado montante de reincidência.

Interessante notar também o aparente paradoxo que reveste muitos dos argumentos suscitados, haja vista que as partes e o colegiado lastreiam-se, em

---

de 2013. 43 p. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>. Acesso em: 13 nov. 2013. p. 14.

<sup>70</sup> BRASIL, op. cit., p. 15.

<sup>71</sup> BRASIL, op. cit., p. 19.

<sup>72</sup> BRASIL, op. cit., p. 26.

muito, nos mesmos princípios – mas com significações absolutamente diversas – para defender suas teses.

Nesse sentido, em que pese a reiterada argumentação de que não se opera, em verdade, o *bis in idem* na pena em decorrência do instituto da reincidência, porquanto o que supostamente se pune é a maior culpabilidade do autor por “saber melhor”, não há qualquer comprovação científica de tal afirmação.

Aliás, como já dito, a reincidência estende seus efeitos para o futuro, acompanhando simbioticamente o sujeito na forma de estigmatização, pois a própria acentuação da culpabilidade funda-se em prognoses sem qualquer embasamento científico, acreditando-se ingenuamente que o reincidente é mais perigoso que o primário.

Por evidente, o que se vislumbra acima é a flagrante utilização do direito penal do autor ao invés do direito penal do fato, constitucionalmente assegurado como fundamento do ordenamento jurídico criminal pátrio. Ainda que se tente revestir de culpabilidade, voltando os olhos para o passado – para a conduta delituosa concreta do ofensor, faz-se um juízo negativo do próprio autor para fundamentar a majoração do apenamento.

E mais: a recidiva nos moldes postos ofende diretamente os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, eis que agrava a punição do reincidente sem respeitar o princípio da culpabilidade – entendido como garantia própria do cidadão, sem sombra de dúvidas inconsistente com a ideia “moral” de que deveria “saber melhor”, ou seja, sem proporção entre meio e fim. Por consectário, fere-se o próprio princípio da individualização da pena, ao atribuir uma sanção incompatível com o grau de culpabilidade do infrator.

Há que se levar em conta, ainda, que a formulação do nosso sistema penitenciário, tentando-se aplicar as funções reais e manifestas da pena criminal, não favorece, comprovadamente pela História e, quiçá, pela ciência, a “recuperação” do ofensor. Ao contrário, a noção de prevenção especial positiva não logra qualquer êxito sobre o sujeito – ainda mais considerando que as causas (estruturais) do crime permanecem quando do seu retorno – e, pior, a prevenção especial negativa transforma o preso em absoluto, deformando-o e dificultando ainda mais a sua reinserção social.

Sob outra ótica, dois argumentos merecem as mais sonoras vaias, mormente se cotejados aos fundamentos e diretrizes de um Estado Democrático e Social de

Direito. A suposta validação da reincidência com base na “ordem das coisas” é absolutamente inconcebível: as relações sociais são amplamente dinâmicas e dialéticas, estando em constante mutação. Assim sendo, as “coisas” estão aí para serem mudadas, faltando apenas a vontade e o empenho para tanto.

Já a justificativa histórica da presença da reincidência no arcabouço jurídico brasileiro não se sustenta. O que hoje é inexoravelmente admitido, talvez até desejado, há poucos anos ou décadas não o era. E o Supremo Tribunal Federal já exerceu esse papel, já foi contra o *status quo* e mudou significativamente a vida de muitas pessoas. A crítica aqui repousa, então, na falta de tato e coragem dos excelentíssimos Ministros de enfrentar a maré.

Mais negativo ainda é argumentar que a possível declaração da inconstitucionalidade da reincidência afetaria dezenas de outros institutos de natureza penal, provocando um verdadeiro desmantelamento do conjunto normativo pátrio. Na atual conjuntura carcerária, não se pode temer as mudanças; tem-se que tomar as rédeas da História e enfrentar de peito erguido as represálias, máxime quando mais de quinhentas mil pessoas encarceradas dependem disso.

Em suma, a despeito da (equivocada) decisão do STF, o instituto da reincidência deveria ter sido abolido do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive por questão de política criminal e de segurança pública. Doravante focar-se-á, amplamente, na reiteração delitiva e em formas alternativas de resolver dito problema, que flagela sem mensuração a vida de milhões de pessoas – ativa ou passivamente.

## CAPÍTULO II – PANORAMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL E NO MUNDO

### 2.1. A Justiça Restaurativa no tempo e no espaço

Inicialmente, uma vez assentadas as bases da evolução da pena privativa de liberdade no mundo ocidental, perpassando a filosofia e a sociologia da pena até alcançar a questão crucial da reincidência (ou melhor, da reiteração delitiva), faz-se necessário trazer os alicerces de uma alternativa possível: a Justiça Restaurativa.

Antes de adentrar na questão proposta topicamente, há que se destacar que a Justiça Restaurativa, em linhas gerais, consiste em uma forma alternativa de resolução de conflitos que enfoca as partes direta e indiretamente envolvidas (vítimas, infratores e comunidades) em detrimento do Estado. Logo, trata-se de alternativa viável, mormente após o reconhecimento da falibilidade do modelo penitenciário vigente, com expressão máxima na crise da ideia da prevenção especial positiva.

Em outros termos, Edmundo S. HENDLER aduz tratar-se de uma teoria de justiça *“que dá prioridade à reparação do dano causado pelo comportamento criminal cujo cumprimento logra-se por meio de processos do tipo cooperativo em que participem todos os implicados no conflito”*<sup>73</sup>.

Com base nisso, Daniel W. VAN NESS e Karen Heetderks STRONG propõem a mudança do nosso atual padrão de pensamento, abrindo-se para horizontes ainda não descobertos ou que devem ser retomados, a exemplo da Justiça Restaurativa que, como no passado, visava satisfazer às partes diretas e indiretamente envolvidas ao invés de agradar o Príncipe<sup>74</sup>.

No mesmo sentido posiciona-se Pablo Galain PALERMO<sup>75</sup> e Louk HULSMAN<sup>76</sup>, este que advoga a adoção de uma alternatividade ampla, isto é, por

---

<sup>73</sup> HENDLER, Edmundo S. *Las raíces arcaicas del derecho penal*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 105. *“da prioridad a la reparación del daño causado por el comportamiento criminal cuyo cumplimiento se logra por medio de procesos de tipo cooperativo em los que participen todos los implicados em el conflicto”*.

<sup>74</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 6.

<sup>75</sup> PALERMO, Pablo Galain. *Mediação Penal como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano 19, v. 91, 2011. p. 178.

meio de medidas alternativas aos processos da justiça criminal (sejam ou não de ordem legal) e, além disso, mediante formas substitutivas ao próprio sistema vigente.

Ao olhar em retrospectiva para a História, constata-se que a escolha pelo método punitivo, na forma de penas cruéis ou mesmo por intermédio da reclusão de grandes contingentes populacionais, não foi adequada. Consoante examinado, a prisão efetivamente não ressocializa e, ainda pior, deforma e recondiciona o preso a agir corruptamente ao inseri-lo em uma subcultura criminosa; e, nada obstante, sequer resolve as causas que levaram à prática criminosa em primeiro lugar.

Isso apenas corrobora a retomada (necessária) de um padrão antigo, em que o escopo da resolução dos litígios fixava-se em satisfazer os seres humanos direta e indiretamente envolvidos na questão, até como forma de evitar ciclos de vinganças ou violências e reproduzir a paz comunitária. Esse padrão de pensamento esteve presente tanto em pequenas sociedades estatais fundadas em laços de parentesco quanto em comunidades tuteladas por um Estado de Direito, o que demonstra o seu potencial amplo de implementação.

Segundo VAN NESS/STRONG<sup>77</sup>, a subtração dos conflitos pelo Estado teve lugar com a mudança das sociedades tribais reunidas sob a batuta de lordes feudais para governantes que desejavam reduzir as fontes de conflitos, transformando-se, assim, o Príncipe na vítima suprema dos crimes. Essa ruptura alterou significativamente a participação das partes interessadas, tanto que as restituições decorrentes de delitos até então realizadas foram redirecionadas ao Estado na forma de multas, restando à deriva vítimas e comunidades. Diante disso, o que se passou a defender foi a autoridade estatal e a observância das normas pela generalidade das pessoas.

Importante observar que dita transformação paradigmática desembocou na profissionalização da Justiça, a qual passou a fixar entidades oficiais inter-relacionadas para cada fase do processo de execução. Conseqüentemente, retirou da vítima o seu ativismo e sua legitimidade participativa, transformando-a em mera “testemunha da acusação”.

---

<sup>76</sup> HULSMAN, Louk. *Alternativas à Justiça Criminal*. In: PASSETI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. P. 52-53.

<sup>77</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 9.



De acordo estão Daniel W. VAN NESS/Karen Heetderks STRONG<sup>78</sup> e Harold J. BERMAN<sup>79</sup>.

Outrossim, a insurgência do sistema de justiça criminal moderno oportunizou ao Estado a atividade exclusiva de definir a própria noção de crime, escolhendo – normalmente de forma arbitrária, impulsionado por interesses notadamente políticos e econômicos – quais condutas seriam passíveis de criminalização e qual o montante de pena imposto a cada uma delas. Logo, observa-se que tal sistema não apenas “jogou a vítima para escanteio”, mas também retirou da própria sociedade o direito de delimitar quais condutas deveriam ser objeto de criminalização.

Vale destacar a participação, segundo VAN NESS/STRONG<sup>80</sup>, das comunidades de fé na criação do modelo correccionalista – através do tratamento coletivo dos infratores, direcionando-os ao caminho da religião, da educação e do trabalho – como alternativa às penas brutais que visavam flagelar o corpo do ofensor. As referidas comunidades de fé (que podem ser de qualquer religião) são consideradas pelos autores como importantíssimos sustentáculos que facilitam a reintegração tanto de infratores quanto de vítimas em um modelo restaurativo.

A crise da ideia da prevenção especial positiva endossou a gênese do movimento desencarcerador do fim do século XIX e início do século XX, o qual só alcançou o Brasil na década de 1990, sobretudo pela promulgação da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) que viabilizou a conciliação, a transação penal e a *sursis* processual (ou suspensão condicional do processo). A pena restritiva de direitos, muito embora prevista normativamente, só foi devidamente regulamentada em 1998, ocasião em que passou a ser aplicada.

Hoje, o que temos de mais avançado no sistema penitenciário brasileiro são as teladas medidas alternativas à pena privativa de liberdade. Todavia, é imperioso ressaltar que, em verdade, tais mecanismos apenas complementaram e não substituíram a pena de prisão, constituindo-se, também, em um fator do hiperencarceramento tão propalado nas últimas décadas.

---

<sup>78</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 128-129.

<sup>79</sup> BERMAN, Harold. J. *The Background of the Western Legal Tradition*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 108.

<sup>80</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 109-110.

A Justiça Restaurativa marca presença atualmente em todo o globo. E isso se deve principalmente a uma de suas características mais distintivas e interessantes: a possibilidade virtual de surgir em qualquer região do mundo, sob diversas culturas, economias, sistemas políticos e ordenamentos jurídicos – e mesmo quando não há contato direto ou indireto com qualquer prática restaurativa, haja vista tratar-se de algo eminentemente humano e socialmente racional.

De acordo estão VAN NESS/STRONG<sup>81</sup>.

Aliás, as práticas de índole restaurativa estiveram (e estão) presentes em uma miríade de regiões, culturas e sistemas espalhados pelo mundo. Para VAN NESS/STRONG<sup>82</sup>, MARSHALL<sup>83</sup> e WOOLFORD<sup>84</sup>, destacam-se como principais exemplos primitivos as conferências, inspiradas nas práticas tradicionais dos Maori da Nova Zelândia, e os círculos, derivados dos povos das Primeiras Nações do Canadá.

O australiano John BRAITHWAITE<sup>85</sup> afirma que as práticas restaurativas baseiam-se em tradições das antigas civilizações árabe, grega e romana, assim como se encontram precedentes nas assembleias de julgamento dos povos germânicos e, de igual modo, na civilização hindu e nas tradições budistas e taoístas. O mesmo assevera Harold J. BERMAN<sup>86</sup>.

A título de exemplo, sociedades africanas pré-coloniais tentaram renunciar à punição de criminosos para tratar as consequências do fenômeno delitivo focando-se nas partes, sobretudo vítimas e comunidades, por intermédio de sanções compensatórias que tinham por objetivo prover o retorno ao *status quo ante*; outrossim, populações indígenas de todo o globo adotaram métodos restaurativos de resolução de conflitos que privilegiavam a reparação das partes diretamente envolvidas com o fato do que a simples punição do ofensor.

---

<sup>81</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 32.

<sup>82</sup> Ibid, p. 14.

<sup>83</sup> MARSHALL, Tony. F. *Restorative Justice: an overview*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 31.

<sup>84</sup> WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice: a critical introduction*. Nova Scotia: Fernwood Publishing, 2009. p. 44-45.

<sup>85</sup> BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice & Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 3-7.

<sup>86</sup> BERMAN, Harold. J. *The Background of the Western Legal Tradition*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 108-109.

Do exposto, observa-se que em todos os exemplos ora suscitados apresentou-se uma das características mais importantes da Justiça Restaurativa: a restituição, a qual se sobressai em importância e precede (quando o faz) a própria punição.

Nesse sentido, é inevitável lembrar que procedimentos restaurativos – reparatórios, conciliatórios e compensatórios – foram as formas primitivas de responder ao fenômeno criminal, antecedendo as vinganças de sangue e a retribuição – a qual, à época, era considerada exceção em face da regra da restauração, consoante se observa da lição de Elmar G. M. WEITEKAMP<sup>87</sup>.

Segundo Randy E. BARNETT<sup>88</sup>, a ideia da restituição assenta-se na visão do crime como uma ofensa perpetrada contra os direitos de outrem, o que faz da justiça a ação do infrator em realizar algo de bom para remediar as perdas que causou à vítima.

Já no entendimento de PALERMO<sup>89</sup>, é de se salientar que a ideia de restituição difere da noção já aplicada pelo sistema de justiça criminal formal; a reparação restauradora busca não só a paz jurídica, mas sobretudo a paz social, equilibrando a relação entre autor e vítima do fenômeno criminal, o que muitas vezes se traduz pela celebração de um acordo voluntário entre as partes.

No que tange à origem da Justiça Restaurativa (não como práticas isoladas, mas mediante aplicação institucional por um Estado), importante mencionar a lição do intelectual Edmundo S. HENDLER:

*“O movimento de opinião conhecido como justiça restaurativa, segundo seus apoiadores, começou a despertar a atenção no mundo ocidental a partir de um programa de reconciliação da vítima com o ofensor implantado em 1974 em Ontario, Canadá, e foi imitado rapidamente em não menos de trezentos programas dessa índole na América do Norte e mais de quinhentos na Europa em meados da década de 1990.”<sup>90</sup> (tradução livre)*

<sup>87</sup> WEITEKAMP, Elmar G. M. *The History of Restorative Justice*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 111-119.

<sup>88</sup> BARNETT, Randy E. *Restitution: a new paradigm of criminal justice*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 50-51.

<sup>89</sup> PALERMO, Pablo Galain. *Mediação Penal como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano 19, v. 91, 2011. p. 179-180.

<sup>90</sup> HENDLER, Edmundo S. *Las raíces arcaicas del derecho penal*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009. p. 105. *“El movimiento de opinión conocido como de justicia restaurativa, según sus sostenedores, comenzó a concitar la atención en el mundo occidental a partir de un programa de reconciliación de la víctima con el delincuente implantado en 1974 en Ontario, Canadá, y fue imitado rápidamente en no menos de trescientos programas de esa índole en América del Norte y más de quinientos en Europa a mediados de la década de 1990”*.

Do mesmo modo posiciona-se John BRAITHWAITE<sup>91</sup>, atribuindo ao evento acima mencionado o início da Justiça Restaurativa.

Assim, importante mencionar alguns fatos demonstrativos da implementação da Justiça Restaurativa que saltam aos olhos: (i) em 1988, um comitê parlamentar canadense fez uma denúncia recomendando a expansão da mediação entre vítima e infrator, assim como modificou o entendimento judicial de leis para acrescentar a reparação à vítima e à comunidade; (ii) em 1998, a Argentina iniciou seu primeiro projeto de mediação penal, o Chile criou um modelo para promoção da mediação penal, e o Brasil estabeleceu, para escolas juvenis no Estado de São Paulo, conferências restaurativas com bases comunitárias; (iii) em 2001, o Brasil criou as chamadas “câmaras restaurativas” no Município de Porto Alegre; (iv) em 2002, a ONU emitiu a “*Endorses Declaration of Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*” e, no mesmo ano, a Colômbia emendou sua Constituição para incluir que a acusação ofereça a Justiça Restaurativa às vítimas; (v) em 2006, a ONU publicou o “*Handbook on Restorative Justice Programmes*”<sup>92</sup>.

## 2.2. Noções introdutórias da Justiça Restaurativa

Antes de iniciar o presente tópico, cabe ressaltar uma importante questão: é absolutamente escassa a quantidade de doutrina brasileira sobre o tema ora em comento, razão pela qual se fez por bem pesquisar em diferentes países, os quais, notadamente, possuem um sistema diverso do nosso. Nesse sentido, há que se ter em mente, inclusive, que muitos desses países adotam o sistema do *common law* ao invés do *civil law*, o que já constitui, por si só, um óbice na transposição irrefletida da matéria à nossa realidade.

---

<sup>91</sup> BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice & Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 8.

<sup>92</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 34-38.

Destarte, a respeito da aplicabilidade da Justiça Restaurativa no sistema do *civil law*, é imprescindível mencionar o entendimento de Pablo Galain PALERMO<sup>93</sup>, para quem o referido modelo, a despeito de não se fundar em uma justiça tipicamente “negociada”, tenta desenvolver os princípios restaurativos sem renunciar às instâncias formalizadas da administração da Justiça.

Dito isso, e uma vez assentados os fundamentos históricos da Justiça Restaurativa, faz-se necessário alcançar o cerne do assunto, abordando os aspectos característicos dessa modalidade alternativa – porém eminentemente tradicional – de resolução de conflitos.

Como visto, a razão da proposição de tal modalidade repousa, basicamente, sobre o fracasso da prisão, do hiperencarceramento deformador, e sobre o patente descrédito que recaiu sobre a prevenção especial positiva da pena, de ressocialização e posterior reintegração do infrator à sociedade. A proposta da Justiça Restaurativa é não só reabilitar o ofensor – através de um método diferenciado, indo além ao tentar confrontar os problemas subjacentes ao crime -, mas, ao mesmo tempo, confortar a comunidade e, evidentemente, a própria vítima.

A premissa basilar da Justiça Restaurativa assenta-se sobre a complexidade do fenômeno criminal, no qual diversas variáveis importantes são atualmente ignoradas pelo sistema criminal formal vigente. Nesse intento, sugere-se a leitura da experiência criminal através das lentes da vítima, do infrator e da comunidade.

Dessa forma, VAN NESS/STRONG<sup>94</sup> aduzem que as ofensas são experimentadas por vários atores (vítima, infrator e comunidade), mas o Estado enfoca o ofensor ao preocupar-se, quase que exclusivamente, com a apuração de questões como a culpabilidade e a punição, excluindo da apreciação todos os demais elementos por considerá-los irrelevantes.

Portanto, a abordagem pretendida pela Justiça Restaurativa situa-se na compreensão do fenômeno criminal como uma ofensa perpetrada contra a vítima, seus familiares e a comunidade, buscando-se satisfazer todas as partes como forma de se fazer justiça. Um dos elementos principais – senão essencial – é o acerto de contas (seja de ordem financeira, física ou relacional) com a vítima. Visa-se, através

---

<sup>93</sup> PALERMO, Pablo Galain. *Mediação Penal como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano 19, v. 91, 2011. p. 170-171.

<sup>94</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 4.

da restituição, atingir a paz comunitária. Para VAN NESS/STRONG<sup>95</sup>, tal significa não apenas a ausência de conflito, mas a completude, realização e inteireza, individual e social.

Em suma, a Justiça Restaurativa está, portanto, na base crítica do sistema atual, e parte de diversas assunções, tais como: (i) o crime tem origem nas condições e relações sociais; (ii) a prevenção do crime é baseada, também, na responsabilidade assumida pela sociedade, no sentido de remediar as condições enraizadas em si e responsáveis pelo crime; (iii) as consequências do crime não podem ser resolvidas sem que as partes estejam pessoalmente envolvidas; (iv) a relação em conjunto e advinda de objetivos comuns entre as agências de justiça criminal e a sociedade são fundamentais para a efetividade na resolução dos casos; e (v) fazer justiça consiste em uma abordagem equilibrada, na qual não se pode intentar a dominação dos outros<sup>96</sup>.

Subsequentemente, passar-se-á à análise do conceito de Justiça Restaurativa.

De início, é forçoso lembrar a lição de VAN NESS/STRONG<sup>97</sup>, pela qual o primeiro a cunhar o termo “Justiça Restaurativa”, no sentido criminal, foi Albert EGLASH em 1958, ao aduzir a existência de três modalidades de justiça: (i) a retributiva, fundada na punição; (ii) a distributiva, baseada em tratamentos terapêuticos aos infratores; e (iii) a restaurativa, que reforçava a participação ativa tanto da vítima quanto do ofensor, compondo-os no processo de restituição e reabilitação.

No contraponto, Tony F. MARSHALL<sup>98</sup> atribuiu a primeira utilização do termo “Justiça Restaurativa” à Randy E. BARNETT em 1977, referindo-se a certos princípios restaurativos utilizados em experimentos de mediação entre vítimas e infratores na América.

É imperioso ressaltar a distinção entre Justiça Restaurativa e práticas restaurativas: segundo VAN NESS/STRONG<sup>99</sup>, o termo “práticas restaurativas” é mais amplo porquanto não se cinge aos conflitos de índole criminal, ao passo que a

---

<sup>95</sup> Ibid, p. 7-8.

<sup>96</sup> MARSHALL, Tony. F. *Restorative Justice: an overview*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 30.

<sup>97</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 21-22.

<sup>98</sup> MARSHALL, op. cit., p. 30.

<sup>99</sup> VAN NESS/STRONG, op. cit., p. 50.

expressão “Justiça Restaurativa” alude à existência de um sistema judicial orientado à resolução de contendas delitivas.

Demais, cabe a seguinte ressalva: não há um conceito preciso de Justiça Restaurativa, abarcando-se diversas conotações, sobretudo em função da sua natureza dinâmica e fragmentária. Desse modo, para Howard ZEHR<sup>100</sup>, o crime deve ser visto como uma violação de pessoas e de relacionamentos, incumbindo à Justiça compor as partes direta e indiretamente envolvidas no fenômeno criminal (vítima, infrator e comunidade) na busca por soluções que promovam reparação, reconciliação e reafirmação.

A Justiça Restaurativa, em consonância com Tony F. MARSHALL<sup>101</sup>, é uma abordagem de resolução de problemas que abraça as partes diretamente envolvidas no crime e a comunidade em geral, em uma relação ativa com as agências legais, cujos princípios, primordialmente, são: (i) garantir o envolvimento pessoal entre os interessados (particularmente entre o infrator e a vítima, mas também com os familiares e a comunidade); (ii) realizar uma orientação preventiva de resolução de problemas; e (iii) utilizar a prática com flexibilidade, inserindo-se, aí, a criatividade.

Já no entendimento de John BRAITHWAITE:

*“Justiça Restaurativa significa restaurar vítimas, um sistema de justiça criminal centrado na vítima, assim como restaurando infratores e a comunidade. (restaurar vítimas) significa restaurar a perda da propriedade ou o dano pessoal, reparando (...), significa restaurar a sensação de segurança.”*<sup>102</sup> (tradução livre)

A despeito da diversidade dos conceitos, VAN NESS/STRONG<sup>103</sup> consideram possível identificar três elementos sempre presentes nos processos restaurativos: (i) o encontro, ou seja, a reunião das partes envolvidas no conflito para discutir as causas e as consequências do crime, bem como para construir coletivamente um acordo; (ii) a reparação efetuada às partes prejudicadas pelo fenômeno criminal; e

<sup>100</sup> ZEHR, Howard. *Retributive Justice, Restorative Justice*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader**: texts, sources, context. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 69-81.

<sup>101</sup> MARSHALL, Tony. F. *Restorative Justice: an overview*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader**: texts, sources, context. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 28.

<sup>102</sup> BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and a better future*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader**: texts, sources, context. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 86. *“Restorative justice means restoring victims, a more victim-centred criminal justice system, as well as restoring offenders and restoring community. (...) It means restoring the property loss or the personal injury (...). It means restoring a sense of security”*.

<sup>103</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 41-42.

(iii) a transformação, pela qual há o enfrentamento de problemas estruturais causadores de injustiças que realizam “quebras” sociais, a exemplo da desigualdade social, do racismo e do sexismo.

Com base nisso, os mesmos autores compreendem a Justiça Restaurativa como “*uma teoria de justiça que enfatiza a reparação de um mal causado ou revelado por uma conduta criminal*”<sup>104</sup>, alcançando-se os melhores resultados por intermédio de processos restaurativos – máxime se cotejado ao sistema de justiça criminal formal.

Aliás, ressalte-se que a Justiça Restaurativa, diferentemente da noção punitiva e adversarial que caracteriza a justiça criminal formal, abraça a ideia pedagógica da educação familiar, que procura corrigir em detrimento de punir. Evidencia-se disso que a censura pode ser produzida por meios não institucionais, privilegiando ou direcionando o tratamento a ofensas de direitos individuais, sobretudo aqueles considerados fundamentais.

Isso altera sobremaneira a perspectiva do crime e do criminoso, tratando-se a telada anomalia como um comportamento normal, possível (embora não desejável) dentro desse tipo de modelo. Ainda que paternalista, tal proposta enfoca as pessoas envolvidas no fenômeno criminal ao invés de preocupar-se com os interesses meramente punitivos do Estado (vítima suprema dos conflitos), auxiliando na construção do autocontrole pessoal do ofensor e elidindo quaisquer possibilidades de estigmatização negativa.

Depreende-se do exposto a existência de três princípios restaurativos basilares: (i) a recuperação de vítimas, infratores e comunidades atingidas pelo crime; (ii) o envolvimento ativo tão amplo quanto desejável pelas partes no processo judicial, como forma de construção dialógica e reabilitadora; e (iii) a adoção de um sistema cooperativo na promoção da justiça, em que o governo seja responsável por preservar a ordem justa e a comunidade seja incumbida de estabelecer a paz justa, pautando-se, conseqüentemente, a segurança pública em valores sociais<sup>105</sup>.

No mesmo sentido, MARSHALL considera que os objetivos primários da Justiça Restaurativa devem ser: (i) atender, integralmente, às necessidades da vítima – (materiais, financeiras, emocionais e sociais), incluindo-se também as

---

<sup>104</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 43.

<sup>105</sup> Ibid, p. 43-49.



pessoas a ela ligadas afetadas pelo fenômeno criminal; (ii) prevenir a reincidência ao reintegrar os infratores na comunidade; (iii) capacitar os ofensores para assumirem a responsabilidade ativa por suas ações; (iv) recriar um trabalho em comunidade que dê suporte à reabilitação dos infratores e das vítimas, ao mesmo tempo em que auxilia ativamente na prevenção de crimes; (v) prover meios para evitar custos e atrasos na justiça formal.

Do mesmo modo, faz-se necessário tecer algumas linhas sobre os valores da Justiça Restaurativa, que servem para orientar e fiscalizar se há a consecução – ainda que parcial – dos objetivos propostos. Os autores VAN NESS/STRONG<sup>106</sup> sugerem a distinção entre valores normativos e valores operacionais.

Compõe o rol dos valores normativos: (i) a responsabilidade ativa, orientada no sentido de promover e preservar os valores restaurativos ao mesmo tempo em que busca reparar o comportamento danoso às partes; (ii) a vida social pacífica, que significa responder ao crime de modo a construir harmonia, contentamento, segurança e bem estar comunitário; (iii) o respeito às partes envolvidas no processo, tratando-as com dignidade e valor; e (iv) a solidariedade, a qual visa amparar e conectar as partes mesmo na hipótese de desentendimentos e dissimilaridades.

Por sua vez, compõe o rol dos valores operacionais: (i) a reparação realizada por aquele responsável pelos danos; (ii) a assistência às partes afetadas pelo conflito naquilo que precisam para tornarem-se, novamente, membros comunitários contributivos; (iii) a colaboração das partes na produção de um acordo coletivamente construído; (iv) o empoderamento das partes através da participação ativa no processo; (v) o encontro das partes em local seguro para debater as causas e os efeitos do delito; (vi) a inclusão das partes para moldar e participar ativamente dos processos; (vii) a educação moral reforçando os padrões comunitários; (viii) a proteção física e emocional das partes; (ix) a reintegração das partes na comunidade como membros plenos e contributivos; e (x) a resolução, isto é, o supedâneo máximo às partes quando lidarem com as causas e efeitos do crime.

Desses valores restaurativos operacionais, VAN NESS/STRONG reputam como elementares do alicerce restaurativo – denominando-os como “valores balizadores”: (i) o encontro; (ii) a reparação ou retificação; (iii) a reintegração; e (iv) a inclusão.

---

<sup>106</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 48.

O encontro nada mais é do que colocar as partes envolvidas no fenômeno criminal em uma relação dialógica e horizontal, realizando-se por intermédio de programas ou modalidades de Justiça Restaurativa que serão devidamente abordados no tópico subsequente.

Destarte, o encontro comporta os seguintes elementos: (i) reunião entre as partes; (ii) narrativa pessoal dos fatos e de suas consequências por cada parte; (iii) demonstração de emoção na conversa como forma de cura recíproca aos envolvidos; (iv) compreensão mútua pelas histórias compartilhadas, o que permite adquirir empatia para com o outro; e (v) acordo construído cooperativa e consensualmente de acordo com os interesses respectivos de cada parte<sup>107</sup>.

Ademais, é de se salientar a natureza optativa e voluntária do processo restaurativo, porquanto as partes são informadas sobre as opções disponíveis e escolhem uma mais ao seu agrado. Isto é, a participação em programas restaurativos, por mais desejável que seja – ante os evidentes benefícios que proporciona, não autoriza o Estado ou a comunidade a impô-los compulsoriamente às partes.

Outrossim, de modo a evitar um resultado tendencioso e obtido mediante manipulação ou mesmo dominação por uma das partes, faz-se necessário sempre prover uma alternativa à deliberação (como forma própria de justiça), podendo o infrator desistir do programa e optar por submeter-se ao julgamento formal.

A seguir, a baliza da reparação, também chamada de retificação ou, no popular, o “fazer as pazes”, consiste na iniciativa de tomar atitudes voltadas ao futuro para reparar o mal causado pelo comportamento pretérito. Nesse sentido, são elementares da retificação: (i) o pedido de desculpas (que pode ou não ser aceito), consistente no reconhecimento da “quebra” e na apresentação de remorso (fator considerado essencial para evitar a recidiva e ajudar a vítima em sua recuperação); (ii) a mudança comportamental do infrator, auxiliando-o em sua reabilitação e reintegração; (iii) a restituição do dano causado às partes prejudicadas pelo conflito (não se cinge à vítima do fato); e (iv) a generosidade com a parte, indo espontaneamente além do necessário<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 73.

<sup>108</sup> VAN NESS/STRONG, op. cit., p. 85-89.

Importante aprofundar o entendimento de restituição. Diferentemente do que ocorre no sistema de justiça criminal vigente, na retificação o infrator conscientiza-se da responsabilidade pelo fato e decide, voluntariamente, compensar as partes prejudicadas pelo delito. Assim, logra atingir o potencial restaurativo completo da restituição (a passividade transforma-se em atitude ativa do ofensor em reparar a vítima).

Ressalte-se que, conforme Pablo Galain PALERMO<sup>109</sup>, a restituição do dano constitui elemento básico dos acordos da Justiça Restaurativa, mas não se confunde com a responsabilidade civil *ex delicto*, pois não se trata de uma obrigação civil decorrente de decisão judicial e tampouco possui o mesmo condão.

Inicialmente, deve-se observar que a restituição é devida não apenas para a vítima direta do conflito, mas também àqueles afetados colateralmente pelo fenômeno criminal. Nesse sentido, VAN NESS/STRONG<sup>110</sup> sugerem um modelo composto por vários círculos concêntricos ao redor do crime, nos quais a vítima situa-se no círculo central; as vítimas secundárias ficam no segundo círculo; a comunidade local apresenta-se no terceiro; as seguradoras e empregadoras no quarto; e a sociedade no último círculo.

Todavia, a restituição nem sempre é factível, sobretudo se afeita à realidade social brasileira, em que a criminalização seletiva de segmentos marginalizados da população dificilmente permite a reparação dos danos causados. Inobstante o esforço necessário em reequilibrar tamanha desigualdade, VAN NESS/STRONG<sup>111</sup> aconselham a adoção de um fundo destinado preferencialmente às vítimas em que a restituição é impraticável. Isso, pois a ausência da retificação dificulta sobremaneira a própria reabilitação da vítima.

Notoriamente, sabe-se que o fenômeno criminal afeta gravemente às partes, atingindo-as tanto pelo espectro material (físico e financeiro) quanto pelo espectro emocional (na própria *psique* do sujeito). Diante disso, a Justiça Restaurativa tenciona efetivar a recuperação, de modo a possibilitar o verdadeiro reingresso destes como sujeitos plenos, produtivos e contributivos na comunidade.

---

<sup>109</sup> PALERMO, Pablo Galain. *Mediação Penal como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: a construção de um sistema penal sem juizes*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano 19, v. 91, 2011. p. 179.

<sup>110</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 89.

<sup>111</sup> *Ibid*, p. 93-94.

Desse modo, os elementos curiais da reintegração são: (i) garantir a segurança das partes, inclusive do infrator que se sente acuado e sozinho após o delito – em razão da “quebra” que causou; (ii) respeito ao tratar as partes com dignidade e valor, descartando qualquer possibilidade de estigmatização; (iii) auxílio material e prático, provendo as partes das condições necessárias à efetiva recuperação; e (iv) aconselhamento moral e espiritual, através do perdão e da fé na possibilidade de reabilitação dos envolvidos<sup>112</sup>.

Segundo o balizamento ora proposto, a reintegração das vítimas deve focar, primeiramente, na intervenção da crise e na ajuda com o trauma resultante do crime, e apenas então no apoio para que a vida retorne ao *status quo ante*, retomando o padrão cotidiano. Isso pode ser facilitado com o auxílio da comunidade e da família, ambos aptos a prover um ambiente seguro para que a vítima trabalhe os seus problemas.

Já os condenados digladiam-se também com as mesmas questões, as quais se majoram intensamente em razão do polo que ocupa o ofensor: o de um sujeito tido como perigoso, imoral e até mesmo “descartável” – pela ótica do neoliberalismo. Nesse sentido, é imprescindível atender às necessidades deles e evitar a estigmatização deformadora que praticamente impede a reabilitação do sujeito como alguém pleno e útil à sociedade.

Nesse ponto, é de se destacar a teoria de John BRAITHWAITE<sup>113</sup> da “reintegração envergonhadora” para as causas e consequências do crime, abordando-as sob a perspectiva da psicologia, da filosofia e da teoria política, ao invés da “reintegração estigmatizante” (*labelling approach*) levada a cabo pelo sistema de justiça criminal formal com a produção massiva de reincidentes e criminosos de carreira.

Destarte, a vergonha reintegradora procura inculcar no infrator a vergonha sobre o ato criminoso perpetrado, reafirmando os valores comunitários e a distinção entre o certo e o errado, bem como reforçando o autocontrole interno da pessoa ao aumentar a resistência contra a oportunidade da reiteração delitiva<sup>114</sup>. Em outros termos, busca, através da vergonha reintegradora, acolher, humanizar e reintegrar o

---

<sup>112</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 98.

<sup>113</sup> VAN NESS/STRONG apud MOORE, David. *Evaluating Family Group Conferences*. BILES, David; MCKILLOP, Sandra. In: **Criminal Justice Planning and Coordination**: Proceedings of a Conference Held 19-21 April 1993. Canberra: Australian Institute of Criminology, 1994. p. 104.

<sup>114</sup> Ibid, p. 104.

ofensor, fazendo-o internalizar sua responsabilidade no fato pela percepção da vitimização causada.

Entretanto, não basta agir corretamente apenas em relação às vítimas e aos infratores; a comunidade, enquanto ente que facilita a reintegração das partes, também deve agir de maneira reintegradora. Assim sendo, VAN NESS/STRONG<sup>115</sup> sugerem a utilização de grupos de suporte e assistência – formados por pessoas com experiências similares às das vítimas e dos infratores; a adoção da autoajuda; e o ingresso em comunidades de fé, etc.

A baliza da inclusão, enfim, assenta-se no convite à participação de todas as partes de algum modo afetadas pelo fenômeno criminal, dando a elas a oportunidade de buscar o atendimento de seus interesses próprios, ao mesmo tempo em que constroem coletiva e flexibilizadamente (com complacência em adotar abordagens alternativas) um acordo reparador<sup>116</sup>.

Segundo VAN NESS/STRONG<sup>117</sup>, há quatro modos diferentes de incluir a vítima no processo, dentre os quais os três primeiros estão, em maior ou menor grau, presentes na justiça criminal formal, ao passo que o último é considerado por eles o modelo mais eficaz e desejável, tanto que é adotado pela Justiça Restaurativa. São eles: (i) informar a vítima sobre o caso judicial; (ii) oportunizar à vítima acompanhar o processo enquanto espectadora, nada obstante sua participação posterior como testemunha; (iii) oportunizar à vítima uma apresentação de natureza testemunhal perante a corte; e (iv) possibilitar a plena participação da vítima no processo, inclusive dando-lhe legitimidade para buscar a reparação.

Aliás, para os autores acima mencionados, o valor da inclusão é a verdadeira pedra angular de um sistema restaurativo, sem a qual não há como assim caracterizá-lo. Vejamos:

*“é difícil pensar em um sistema restaurativo a não ser que seja plenamente inclusivo. Deve-se convidar vítimas, infratores e membros comunitários para participar, reconhecer seus interesses e ajustar os processos às suas necessidades”<sup>118</sup> (tradução livre)*

---

<sup>115</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 106-114.

<sup>116</sup> *Ibid*, p. 119-120.

<sup>117</sup> *Ibid*, p. 120-125.

<sup>118</sup> *Ibid*, p. 164. *“It is difficult to think of a system as restorative unless it is fully inclusive. It invites victims, offenders, and community members to participate, acknowledges their interests, and adjusts its processes as needed”*.

Ao comentar sobre a adoção dos valores supramencionados, MARSHALL<sup>119</sup> vê nos encontros organizados entre vítimas e infratores a oportunidade ideal para a existência voluntária da reparação, o que pode constituir um tratamento terapêutico às partes, ajudando-as através da compreensão mútua de suas perspectivas, no desafio de efetivamente se reintegrarem à comunidade.

Do exposto, deve-se atentar para uma importante ressalva: em regra, os processos restaurativos são pensados para lidar com o crime admitido, confesso, remanescendo a necessidade do sistema de justiça criminal formal para a apuração e determinação da culpa.

Aliás, nesse sentido, a Resolução nº 2002/12 da ONU recomenda a adoção das práticas restaurativas na hipótese de provas suficientes da culpabilidade do sujeito, sendo que a participação das partes não pode se fazer mediante coação, na ausência do consentimento. Ainda, é de bom grado que os envolvidos estejam de acordo em relação a alguns fatos fundamentais do caso concreto, mas a confissão do fato pelo ofensor, à ocasião do processo restaurativo, não deve subsistir em eventuais procedimentos judiciais<sup>120</sup>.

Ao fim e ao cabo, a proposta da Justiça Restaurativa não é infalível e tampouco perfeita; uma das principais críticas (procedentes) que se faz dela é a necessidade de imposição de um padrão moral arbitrariamente selecionado às partes, ainda que oriundo de processos decisórios representativos ou mesmo participativos da sociedade.

De pleno acordo está Pablo Galain PALERMO<sup>121</sup> em artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais de 2011.

Consoante dito no primeiro capítulo, é altamente questionável a imposição moral idealizada pela prevenção especial positiva, moldando “ortopêdicamente” o infrator a um formato desejado por um ente amparado em conhecimentos que não encontram a guarida da cientificidade.

---

<sup>119</sup> MARSHALL, Tony. F. *Restorative Justice: an overview*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader**: texts, sources, context. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 32.

<sup>120</sup> UNITED NATIONS. The Economic and Social Council. Resolution No. 2002/12. *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. 37th plenary meeting. 24 July. 2002. 5 p. Disponível em: <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2013.

<sup>121</sup> PALERMO, Pablo Galain. *Mediação Penal como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos*: a construção de um sistema penal sem juízes. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano 19, v. 91, 2011. p. 180.

Sem embargo, a reabilitação do ofensor sugerida pela Justiça Restaurativa procura livrar-se do principal fator que enseja a crise da ideia da pena atual: o sistema penitenciário como entidade hábil a promover a ressocialização do preso. Ao contrário, o processo restaurativo reconhece o fracasso dessa noção e, a partir disso, devolve a reabilitação e a efetiva reintegração do infrator à comunidade, pautando-se por construções coletivas e consensuais para os conflitos. Não à toa, como doravante se verá, há fortes indícios científicos que sugerem a redução das taxas de reiteração delitiva por aqueles sujeitos designados a participar das práticas restaurativas, o que indica o sucesso da referida proposta.

### **2.3. As práticas restaurativas e o papel dos participantes**

Ultrapassadas as noções introdutórias sobre a Justiça Restaurativa, perpassando por suas definições, princípios, valores e algumas das devidas críticas, analisar-se-á, no presente tópico, as práticas restaurativas e suas relações com o sistema vigente, bem como o papel de cada um dos participantes envolvidos.

Logo, impõe-se iniciar pela definição das partes componentes dos processos restaurativos, quais sejam: (i) vítimas; (ii) infratores; (iii) comunidades. Segundo a Resolução nº 2002/12 da ONU, “partes” compreendem *“a vítima, o infrator e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime que participem de um processo restaurativo”*<sup>122</sup>.

As vítimas são aquelas pessoas que foram atingidas, direta ou indiretamente, pelo fenômeno criminal, causando males primários ou secundários. As vítimas primárias ou diretas são os pacientes da conduta criminosa, os quais podem sustentar danos físicos, patrimoniais ou emocionais – que podem durar desde um curto período de tempo até toda a vida; já as vítimas secundárias ou indiretas são aquelas pessoas que foram colateralmente atingidas pelo comportamento

---

<sup>122</sup> UNITED NATIONS. The Economic and Social Council. Resolution No. 2002/12. *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. 37th plenary meeting. 24 July. 2002. 5 p. Disponível em: <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2013.

delinquencial, podendo incluir, dentre outros, familiares, amigos próximos ou vizinhos de ambas as partes<sup>123</sup>.

Importante trazer o conceito de vítima retirado da “Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça para Vítimas de Delitos e de Abusos de Poder” (1980) da ONU<sup>124</sup>: são aquelas pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido algum tipo de prejuízo de ordem material ou imaterial, como consequência de atos ou de omissões violadores das normas vigentes de um Estado-membro.

Ressalte-se ainda que, por tal formulação, a ideia de vítima não se restringe, necessariamente, à figura do paciente do delito, mas também a outros que estejam de alguma forma ligados à vítima direta, à própria sociedade ou mesmo ao autor do fato.

Ainda, segundo NESS/STRONG, as diversas circunstâncias vitimizantes podem produzir diferentes efeitos para danos similares, mas dois aspectos sempre se apresentam: (i) a necessidade da vítima recuperar o controle sobre sua própria vida; e (ii) a necessidade de vindicar seus direitos, haja vista a injustiça perpetrada contra si. Ademais, a vitimização “é uma experiência de impotência, pela qual a vítima é incapaz de prevenir o delito”<sup>125</sup>.

Em apertada síntese, a vitimização pode produzir traumas de qualquer ordem, sentimentos de culpa, rupturas permanentes de laços sociais do indivíduo, todos fatores que dificultam a recuperação. Diante disso, faz-se necessário restabelecer a crença de que as coisas estão no seu devido lugar e, concomitantemente, auxiliar no reempoderamento da vítima ao enfrentar o trauma, conferindo-lhe sentido.

A experiência da vitimização gera traumas em níveis diferentes, situação que impõe, como premissa básica, a necessidade imediata por segurança. A crise decorrente do trauma pode findar-se sozinha, mas há casos em que é absolutamente inescapável a realização de tratamentos de diferentes ordens. Por

---

<sup>123</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 43-44.

<sup>124</sup> UNITED NATIONS. The General Assembly. *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*. 96th plenary meeting. 29 Nov. 1985. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013. “*Victims means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Members States, including those laws proscribing criminal abuse of power*”.

<sup>125</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 44. “(...) an experience of powerless – the victim was unable to prevent the crime from occurring”.



conta disso, é extremamente relevante responder a todas essas questões para possibilitar à vítima o retorno ao *status quo ante*<sup>126</sup>.

Por seu turno, os infratores são aqueles sujeitos agentes da ação criminosa, que provocam algum tipo de dano, material ou imaterial, direta ou indiretamente a alguém. Na Justiça Restaurativa, são colocados em posição desfavorável no confronto com a vítima, ocasião em que podem demonstrar remorso, arrependimento e, inclusive, um caráter mais humano, eventualmente proporcionando uma significativa mudança no seu comportamento<sup>127</sup>.

A responsabilização do infrator deve atender à significação psicanalítica, que afirma a sua existência apenas quando o sujeito compreende a relação de causa e consequência do crime e do dano ou sofrimento causado. É apenas a partir da premissa da compreensão que o ofensor logra demonstrar arrependimento e vontade de se redimir.

Já o sistema de justiça criminal formal se manifesta de maneira diametralmente oposta, pois carrega o condenado de sensações de injustiça ao não fazê-lo associar o rigor da pena e do sistema – que desumaniza, estigmatiza e reprime sem mensuração possível – ao crime praticado. A ideia, então, é justamente fazer o infrator participar do processo decisório, assumindo, ao mesmo tempo em que constrói, o acordo em curso de celebração.

Segundo estudos, os infratores se satisfazem com a participação em práticas restaurativas, principalmente, pelas seguintes razões: (i) ao presenciar a disposição da vítima em ouvi-lo; (ii) ao evitar a prisão e os antecedentes policiais; (iii) ao ter a oportunidade de debater com a vítima um planejamento para corrigir os danos causados<sup>128</sup>.

Antes de definir propriamente o significado de “comunidade”, VAN NESS/STRONG sublinham que, por questão hermenêutica, a comunidade pode ser: (i) geográfica, ou seja, um determinado local espacialmente delimitado pela ocorrência do crime, ou por tratar-se da localidade de residência de uma ou de alguma das partes; (ii) não geográfica, enfatizando a presença de relações sociais que formam uma comunidade fraterna; e (iii) no sentido comum, como sinônimo de “sociedade”.

---

<sup>126</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 99-101.

<sup>127</sup> Ibid, p. 78.

<sup>128</sup> Ibid, p. 79.

Em que pese todas as modalidades serem atingidas, de algum modo, pelo fenômeno criminal, os autores adotam os dois primeiros sentidos sob a formulação “comunidade de interesses” de John BRAITHWAITE, isto é, uma reunião de indivíduos com interesses suficientes para comporem uma determinada comunidade. Ou melhor, como *“comunidade definida pela vontade dos seus membros de agir de acordo com interesses coletivos em detrimento de direitos individuais, através de um senso fundamental de dever, reciprocidade e pertencimento”*<sup>129</sup>.

Logo, as comunidades de interesses compõem a relação decorrente do ato criminoso porque é afetada, em maior ou menor grau, através da ameaça ao senso de confiança e de ordem de seus membros, bem como, a depender do delito praticado, ofensa direta aos valores comuns da comunidade.

Nesse tocante há que se operar uma ressalva: como visto, de acordo com os ensinamentos da criminologia crítica, é altamente questionável a punição do sujeito como exemplo apto a satisfazer pretensas noções abstratas da comunidade, tal como o senso de ordem e segurança. No entanto, a Justiça Restaurativa pretende reeducar o sujeito por intermédio da pedagogia familiar, advertindo-o no mesmo passo que o ampara, fazendo transparecer o enfoque restaurativo voltado a todos os atores envolvidos, seja com menor ou maior participação.

Os facilitadores ou mediadores das práticas restaurativas, embora não sejam considerados partes do programa, têm funções de extrema importância para o bom andamento e para consecução dos objetivos da Justiça Restaurativa. Desse modo, são aqueles que têm por atribuição *“mediar, de maneira justa e imparcial, a participação das partes em um processo restaurativo”*<sup>130</sup> (tradução livre).

Conforme VAN NESS/STRONG, os facilitadores ou mediadores dos processos restaurativos são aqueles encarregados de, inicialmente, prover um ambiente seguro às partes de modo a permitir a discussão franca entre elas, visando alcançar um acordo cooperativamente construído. Podem ser profissionais ou

---

<sup>129</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 44. “(...) *community is then defined by the willingness of its members to act according to interests larger than their own through a fundamental sense of duty, reciprocity, and belonging*”.

<sup>130</sup> UNITED NATIONS. The Economic and Social Council. Resolution No. 2002/12. *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. 37th plenary meeting. 24 July. 2002. 5 p. Disponível em: <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2013. *“facilitate, in a fair and impartial manner, the participation of the parties in a restorative process”*.

voluntários. Obviamente, devem ser imparciais e não devem provocar um determinado resultado, estando sempre atentos às circunstâncias do processo, até para evitar eventuais danos – físicos ou emocionais – às partes<sup>131</sup>.

Acompanhando a categoria imediatamente anterior estão os representantes governamentais, os quais podem coordenar ou meramente participar do processo restaurativo. São exemplos: (i) os policiais envolvidos de alguma maneira com o fato; (ii) o Ministério Público; (iii) o juiz; (iv) a assistência social, etc.<sup>132</sup>. A atuação deles depende, em grande parte, do tipo de prática restaurativa adotada.

Transmutando o enfoque para o segundo assunto de interesse, pode-se dizer que o desenvolvimento da Justiça Restaurativa foi influenciado, sobremaneira, por três exemplos restaurativos clássicos: (i) a mediação entre vítima e infrator (VOM, na sigla em inglês); (ii) as conferências de grupo familiar (FGC, na sigla em inglês); e (iii) os círculos comunitários.

A mediação entre vítima e infrator foi utilizada, pela primeira vez, na cidade de Elmira, Ontario, Canadá, em 1974, ocasião na qual os intelectuais VAN NESS/STRONG<sup>133</sup> atribuíram o surgimento da Justiça Restaurativa enquanto tal. Naquela oportunidade, decidiu-se por realizar a VOM para lidar com um fato que envolveu vinte e duas pessoas, as quais puderam se conhecer, contar suas respectivas visões do conflito e das consequências que enfrentaram e, com isso, obtiveram as desculpas devidas e a restituição acordada entre eles.

Os primeiros programas dessa estirpe receberam a denominação de “reconciliação” entre vítimas e infratores, porquanto se enfatizava o impacto relacional desejado pelo processo. Todavia, tal termo foi gradualmente substituído por carregar consigo certa carga de valor, além de presumir uma relação prévia a ser reconstituída entre as partes, sendo preferível a utilização do termo “mediação”.

Portanto, a VOM caracteriza-se pela oportunidade de reunião entre autor e vítima para, com a assistência de um mediador treinado, comentarem sobre o fenômeno criminal e acordarem a respeito de uma solução considerada justa para ambos, reempoderando-os<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 77.

<sup>132</sup> Ibid, p. 79-80.

<sup>133</sup> Ibid, p. 26-28.

<sup>134</sup> Ibid, p. 66-68.

Para MARSHALL<sup>135</sup>, a VOM tem o condão de compreender melhor as necessidades da vítima, incluindo a de ser consultada; faz com que as partes vejam umas às outras como pessoas e não como estereótipos, o que promove uma experiência de aprendizado a ambas; e, além disso, faz com que o ofensor sinta-se mais afetado pela experiência em oposição à acusação formal e à punição, humanizando-o e criando, em seu âmago, um sentimento de reinserção social.

Do mesmo modo, no entendimento de Pablo Galain PALERMO:

*“A mediação é um processo informal e voluntário no qual as partes confrontadas pelo delito buscam chegar a um acordo de reparação com a ajuda de um terceiro imparcial que não possui o poder de resolver o conflito. Este acordo informal instituído como uma estratégia trilateral de controle social pode ser de tipo compensatório (quando aspira à reparação do dano) ou conciliatório (quando também visa à recomposição das relações interpessoais)”<sup>136</sup>.*

Ainda, o mesmo autor assevera que a mediação entre vítima e infrator provoca uma inversão da finalidade da política criminal, pois passa a legitimar a medida restaurativa não apenas em *ultima ratio*, mas em *prima ratio* para todos os tipos de delitos (inclusive aqueles de natureza grave), objetivando restabelecer a paz social<sup>137</sup>.

A mediação direta entre vítima e infrator nasceu como algo externo ao processo judicial, sendo que muitas dessas experiências foram realizadas posteriormente à condenação ou à prisão do ofensor, e por vezes em decorrência da própria iniciativa da vítima.

Na atualidade, contamos em nosso ordenamento jurídico com a recente Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), na qual se observa a aplicação preferencial de medidas socioeducativas de ordem restaurativa, visando atender, sempre que possível, aos interesses das vítimas<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> MARSHALL, Tony. F. *Restorative Justice: an overview*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 32-34.

<sup>136</sup> PALERMO, Pablo Galain. *Mediação Penal como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano 19, v. 91, 2011. p. 187.

<sup>137</sup> *Ibid*, p. 188.

<sup>138</sup> BRASIL. Lei nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012. *Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990,*

Ademais, há que se relembrar a existência da mediação indireta entre vítima e infrator, nas hipóteses em que o encontro das partes não é desejado. Mesmo não alcançando o resultado restaurativo possível com a mediação direta, restringindo o envolvimento emocional das partes, é um método preferível à utilização do sistema criminal formal.

Vale ressaltar que as mediações ora em comento não se confundem, sob hipótese alguma, com a arbitragem, haja vista que, diferentemente do que ocorre nesta, o mediador deixa as partes resolverem conjuntamente a contenda que os separa, sem interferir negativamente no sentido de um ou outro caminho.

Outro modelo clássico são as conferências de grupo familiar, que surgiram (institucionalmente) como fruto da crescente preocupação do governo neozelandês de 1989 com jovens infratores de origem Maori. Inspirados pela tradição Maori do *whanau conference*, estabeleceu-se um sistema de resolução de conflitos que evitava a retirada dos jovens Maori para instalações estatais afastadas de suas famílias, evitando o rompimento dos laços conforme preza a sua cultura intensamente comunitária. Logo, adotou-se um modelo que utilizava a conversa para emendar as relações entre vítimas, infratores e seus respectivos familiares, restando à decisão sobre um eventual acordo reparador à coletividade<sup>139</sup>. Hoje em dia, o processo restaurativo neozelandês encontra-se plenamente adaptado à resolução de conflitos envolvendo pessoas adultas.

Segundo MARSHALL<sup>140</sup>, as conferências de grupo familiar, além de incluírem no processo pessoas diferentes da vítima e do infrator, amplia o enfoque ao promover o compartilhamento da culpa entre todos os presentes, mas fazendo repousar o dever de restituir sobre o ofensor que, do mesmo modo, deve ser amparado em seus interesses com o escopo de dificultar a incidência de novos problemas.

---

5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.leidireto.com.br/lei-12594.html>. Acesso em: 13 nov. 2013.

Art. 35. A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios:  
III – prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.

<sup>139</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 28-29.

<sup>140</sup> MARSHALL, Tony. F. *Restorative Justice: an overview*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 36-38.

Assim, diferentemente da mediação entre vítima e infrator, as conferências não se restringem às retromencionadas partes, compondo o encontro também os respectivos familiares e, eventualmente, grupos de suporte e representantes governamentais. Ademais, consiste em um processo facilitado e não mediado, logo mais objetivo e conduzido com pouca ou nenhuma preparação prévia das partes<sup>141</sup>.

Na ótica de VAN NESS/STRONG, a FGC proporciona excelentes resultados, pois: (i) as vítimas têm altas taxas de satisfação; (ii) em todos os casos são construídos acordos de restituição, os quais são frequentemente cumpridos sem a necessidade de fiscalização policial; (iii) a taxa de reiteração delitiva diminui; (iv) os infratores desenvolvem empatia por suas vítimas; (v) as famílias dos infratores aduzem que o comportamento destes mudou; (vi) as relações entre policiais e comunidade são fortalecidas, etc.

O último modelo clássico assenta-se sobre as práticas dos círculos comunitários – também chamados de “círculos de sentença” ou “círculos de cura” –, que remontam à mesma época da aplicação inicial das conferências e, igualmente, possuem as raízes nativas dos povos aborígenes das Primeiras Nações do Canadá<sup>142</sup>.

Os círculos comunitários traduzem-se por um espaço de tomada de decisões coordenado por um facilitador que contempla uma grande variedade de atores, os quais podem ou não ter relação ou mesmo um contato prévio com o infrator ou a vítima. Nessa ocasião, as pessoas são ouvidas, compreendidas e desculpadas, sendo realizada uma deliberação conjunta a respeito do que será feito para “acertar as contas”.

Interessante notar que, para VAN NESS/STRONG, “*O processo do círculo permite a discussão entre as normas e as expectativas dos membros, levando para uma afirmação compartilhada do círculo – não apenas para o infrator e a vítima, mas para a comunidade como um todo*”<sup>143</sup>, o que renova a identidade da comunidade e fortalece os laços entre seus membros através da participação ativa.

Dita medida restaurativa foi aplicada pela Justiça canadense em 1992, evidenciando-se algumas vantagens em comparação à justiça criminal formal, pois,

---

<sup>141</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 68-69.

<sup>142</sup> Ibid, p. 29-30.

<sup>143</sup> Ibid, p. 70. “*The circle process allows for discussion of its members’ norms and expectations, leading to a shared affirmation by the circle – not just for the offender and victim, but for the community at large*”.

dentre outras: (i) encorajava a participação popular ou comunitária; (ii) levava à criação de novas opções decisórias; (iii) engajava tanto a vítima como o infrator a participarem ativamente do processo; (iv) proporcionava um melhor entendimento sobre os limites do sistema criminal formal, bem como auxiliava na identificação das causas subjacentes ao delito; e (v) criava um ambiente construtivo.

Ademais, em que pese não receber a reputação de clássica, há ainda a prática restaurativa denominada “painel de impacto entre vítima e infrator” (VOP, na sigla em inglês). Por ela, são reunidos grupos de vítimas e infratores ligados pelo mesmo crime, mas sem que sejam as partes envolvidas no caso concreto, objetivando-se, com isso, ajudar a vítima a encontrar o caminho da recuperação e expor o ofensor à visão dos efeitos nocivos da vitimização, intencionando provocar a percepção sobre o mal causado e a mudança comportamental<sup>144</sup>.

Do mesmo modo que as demais práticas restaurativas, o VOP logra excelentes resultados (sobretudo se cotejados àqueles submetidos ao sistema formal de resolução de conflitos): (i) auxilia significativamente na formação da relação causa e consequência do crime nos infratores; (ii) reduz a reiteração delitiva; e (iii) ajuda na recuperação da vítima.

Convém ressaltar que as modalidades restaurativas ora evidenciadas são apenas algumas de um rol extremamente vasto e mutável, absolutamente dinâmico, tal qual as características identificadoras da Justiça Restaurativa. Isso, pois cada medida dessa índole altera-se consoante os valores, a cultura e as idiosincrasias regionais de cada local.

A eficácia das práticas restaurativas tem recebido, cada vez mais, o necessário supedâneo da cientificidade, porquanto mais e mais pesquisas empíricas sobre o tema são realizadas. A exemplo, um importante estudo mostrou que cerca de 80% (oitenta por cento) das pessoas que escolhem participar de métodos restaurativos obtiveram justiça, em detrimento de menos de 40% (quarenta por cento) que participaram do processo judicial formal<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 71-72.

<sup>145</sup> *Ibid*, p. 78.

#### 2.4. A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e o Projeto de Lei nº 7.006/2006

Nesse tópico, é de suma importância enfatizar a existência das medidas alternativas à pena privativa de liberdade ora vigentes no Brasil, instituídas, em sua maioria, com o advento da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais). Dentre as possibilidades, encontram-se a transação penal, a suspensão condicional do processo e a remissão (Lei nº 8.069/1990) como exemplos que contemplam certo grau de restauratividade.

Todavia, na visão de PAVARINI/GIAMBERARDINO, a Justiça Restaurativa abarca um arco muito mais amplo de possibilidades em relação a simples mediação penal, pois inobstante prever a reparação pecuniária, procura alcançar *“a efetiva restauração dos laços e resolução de conflitos. (...) Os modelos concretizados de mediação penal, hoje dominantes, são aqueles de tipo legal e profissional, com ênfase no viés meramente reparatório e em detrimento da mais rica dimensão da resolução do conflito”*<sup>146</sup>.

Feito isso, iniciar-se-á pela apreciação da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a qual *“dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”*<sup>147</sup>, dentre os quais se destaca a busca pela resolução de conflitos por intermédio dos chamados “meios consensuais”, sobretudo a mediação e a conciliação (artigo 1º, parágrafo único).

Por evidente, o intento do CNJ traduz-se por dar efetividade ao princípio disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do

---

<sup>146</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 91.

<sup>147</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125/2010. *Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. 29 nov. 2010. 10 p. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf). Acesso em: 13 nov. 2013.

Art. 1º. Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução de conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.



Brasil<sup>148</sup>, incrementando o rol de mecanismos judiciais para a resolução consensual de conflitos entre as partes, aproximando os cidadãos, ainda mais, do acesso (justo) à Justiça.

Interessante notar que a Resolução nº 125/2010 adota como premissa a efetividade e a eficácia dos métodos consensuais de resolução de litígios, máxime em relação à mediação e à conciliação, os quais “são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios (...)” e que programas dessa índole têm “reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”<sup>149</sup>.

No entendimento de Andreia Teixeira Moret PACHECO:

*“A Resolução materializa-se afirmando a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, reconhecendo que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos da pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido à excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade dos recursos e da execução das sentenças.”<sup>150</sup>*

Tão importante quanto, a Resolução ainda determina a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos (pertencentes ao Poder Judiciário), especializados por matéria e complementares à justiça criminal vigente. Isso, evidentemente, proporciona um significativo aumento das faculdades do cidadão no acesso à Justiça, pois amplia o rol de medidas indo além da ação judicial como forma de determinar o atendimento de suas demandas.

Todavia, a Resolução comporta alguns problemas relevantes, a exemplo de não distinguir cristalinamente alguns conceitos nela abarcados (artigo 2º, *caput*, do Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores<sup>151</sup>). Desse modo, considera a

<sup>148</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>149</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125/2010. *Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.* 29 nov. 2010. 10 p. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf). Acesso em: 13 nov. 2013.

<sup>150</sup> PACHECO, Andreia Teixeira Moret. *Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo Poder Judiciário.* Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas. p. 70.

<sup>151</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, op. cit.

mediação e a conciliação como institutos sinônimos, com as mesmas finalidades, meios, etc.

Nesse caso, importante trazer a lição de Andreia Teixeira Moret PACHECO<sup>152</sup>, para quem a conciliação busca majoritariamente o acordo, ao passo que a mediação possui a vocação para o acordo, mas visa, ademais, trabalhar com a pacificação do conflito entre os indivíduos.

Além disso, no mesmo Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores, o artigo 2º, inciso II, prescreve implicitamente a obrigatoriedade da submissão aos métodos consensuais de solução de conflitos – pela utilização do termo “dever”, a despeito da possibilidade de interrupção pelas partes a qualquer momento. Isso, por evidente, não se sustenta, haja vista que a *voluntas* constitui-se em elemento essencial para a Justiça Restaurativa, sobretudo no que tange aos seus efeitos imateriais.

No mesmo diapasão, o inciso III do dispositivo ora em comento estabelece uma aparente distinção entre conciliação e mediação, operando, uma vez mais, a indesejada confusão dos conceitos.

Nada obstante, a Resolução nº 125/2010 do CNJ consiste em uma esperança alentadora. Possui aptidão suficiente para prover de importância os métodos (autocompositivos) de resolução de conflitos, facilitando o acesso à Justiça brasileira. Logo, as partes podem optar por tal procedimento tão logo identificadas da possibilidade. Isso, por óbvio, não resolverá a carga excessiva de litígios sob apreciação do Poder Judiciário, mas sem sombra de dúvidas auxiliará nesse intento, ainda mais com o crescimento gradual de sua aplicação.

Transmutando o enfoque, o Projeto de Lei nº 7.006/2006, oriundo da Comissão de Legislação Participativa, encontra-se no dia 28/10/2013 aguardando parecer da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados. O PL propõe mudanças nos Códigos Penal e Processual Penal brasileiros e na Lei nº 9.099/1995, com objetivo de *“facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais”*<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> PACHECO, Andreia Teixeira Moret. *Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas. p. 75.

<sup>153</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa. Projeto de Lei nº 7.006/2006. *Propõe alterações no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de*

Em reflexão acerca de qual critério – quantitativo ou qualitativo – seria adotado com a promulgação do PL, PACHECO assevera que, de início, a seleção dos casos consistiria em medida necessária, devendo-se encaminhar apenas os delitos de menor e médio potencial ofensivo aos núcleos de Justiça Restaurativa. Com a implementação sucessiva dessas experiências, passar-se-á à expansão desse rol.

O artigo 2º do Projeto estabelece o conceito de procedimentos de Justiça Restaurativa, caracterizando-os como um conjunto de práticas e atos sob a orientação de facilitadores para auxiliar no encontro entre vítimas, infratores e demais pessoas envolvidas no fenômeno criminal, que tentarão solucionar as fraturas sociais evidenciadas por intermédio da participação coletiva e ativa em um ambiente estruturado, de alcunha “núcleo de justiça restaurativa”<sup>154</sup>.

De se destacar também o artigo 3º, que firma o objeto e os fins do acordo restaurativo, ao enfatizar que as obrigações assumidas pelas partes visam suprir as necessidades individuais e coletivas dos indivíduos, em maior ou menor grau, atingidos pelo fenômeno criminal<sup>155</sup>.

Entretanto, o Projeto de Lei nº 7.006/2006 conta com alguns aspectos de grande preocupação, sobretudo no que se refere à interferência dos membros do Poder Judiciário nos procedimentos restaurativos. Um exemplo importante é a necessidade da anuência do magistrado e do Ministério Público para a remessa do

---

*setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.* 6 p. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7905051A900BC189CE8A7333E0222579.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006\\_](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7905051A900BC189CE8A7333E0222579.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006_) Acesso em: 13 nov. 2013.

<sup>154</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa. Projeto de Lei nº 7.006/2006. *Propõe alterações no 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.* 6 p. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7905051A900BC189CE8A7333E0222579.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006\\_](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7905051A900BC189CE8A7333E0222579.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006_) Acesso em: 13 nov. 2013.

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 contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa.

<sup>155</sup> Ibid. 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.

processo ao núcleo de Justiça Restaurativa<sup>156</sup> (artigo 4º), tendo em mente o viés absolutamente punitivo de alguns representantes do órgão ministerial.

Outro possível exemplo dessa estirpe é o artigo 16<sup>157</sup> que, ao inserir o parágrafo único do artigo 562 ao Código de Processo Penal brasileiro – a despeito de prescrever que o acordo restaurativo deve, necessariamente, servir de base à decisão judicial final -, faculta ao Juízo deixar de homologar o pacto caso entenda que os princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade não foram respeitados. Isso, estreme de dúvidas, proporciona margens hermenêuticas subjetivas que podem frustrar um acordo celebrado legitimamente entre as partes, que atendeu devidamente a todos os requisitos exigidos.

No que tange ao artigo 5º do PL<sup>158</sup>, PACHECO traz uma importante ressalva, *in verbis*:

*“A existência do núcleo restaurativo é da maior importância, mas não podemos abrir mão da informalidade de tal núcleo, para que não seja o mesmo a reprodução do que ocorre na justiça comum, com sua formalidade e linguagem inacessível. É inadmissível que tais núcleos funcionem como extensão do JECRIM, seguindo sua lógica.”<sup>159</sup>*

É de se criticar também a ausência de uma participação mais efetiva da comunidade, retirando uma significativa parcela da própria identidade da Justiça Restaurativa, como método dialógico, horizontal e amplamente participativo que realiza justiça a partir “de baixo”.

<sup>156</sup> Ibid. 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.

<sup>157</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa. Projeto de Lei nº 7.006/2006. *Propõe alterações no 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*. 6 p. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7905051A900BC189CE8A7333E0222579.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7905051A900BC189CE8A7333E0222579.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006). Acesso em: 13 nov. 2013.

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

Art. 562. O acordo restaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final. Parágrafo único. Poderá o juiz deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos.

<sup>158</sup> Ibid. Art. 5º. O núcleo de justiça restaurativa funcionará em local apropriado e com estrutura adequada, contando com recursos materiais e humanos para funcionamento eficiente.

<sup>159</sup> PACHECO, Andreia Teixeira Moret. *Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas. p. 62.

Em relação aos atos do procedimento restaurativo, o artigo 7º dispõe que as partes devem ser consultadas acerca da sua participação voluntária na referida prática, seguindo-se, então, entrevistas preparatórias com as partes, e, enfim, a realização de encontros restaurativos para a resolução dos litígios<sup>160</sup>.

Convém trazer à lume os princípios que fundamentam a existência e aplicação das práticas restaurativas no PL:

Art. 9. 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.

O artigo 10<sup>161</sup> prescreve a criação de uma rede social de assistência para auxílio na reintegração social das partes envolvidas em programas e procedimentos de índole restaurativa. Nesse ponto, PACHECO assevera a necessidade da criação de convênios “*não só para viabilizá-la, como para difundir os procedimentos e a cultura da paz*”<sup>162</sup>.

Outrossim, importante mencionar algumas alterações anunciadas no PL dos diplomas legislativos em voga: o artigo 11<sup>163</sup> prevê a extinção da punibilidade pelo efetivo cumprimento do acordo restaurativo, até como forma de elidir qualquer possibilidade de *bis in idem* – dupla punição pelo mesmo fato; o artigo 12<sup>164</sup> acrescenta a homologação do acordo restaurativo até seu efetivo cumprimento às

<sup>160</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS, op. cit. 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.

<sup>161</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa. Projeto de Lei nº 7.006/2006. *Propõe alterações no 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*. 6 p. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7905051A900BC189CE8A7333E0222579.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006\\_](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7905051A900BC189CE8A7333E0222579.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006_) Acesso em: 13 nov. 2013.

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.

<sup>162</sup> PACHECO, Andreia Teixeira Moret. *Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas. p. 64.

<sup>163</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS, op. cit. Art. 11. É acrescentado ao artigo 107, do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso X, com a seguinte redação:

X – pelo cumprimento efetivo do acordo restaurativo.

<sup>164</sup> Ibid. Art. 12. É acrescentado ao artigo 117, do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso VII, com a seguinte redação:

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

hipóteses da suspensão do prazo prescricional; o artigo 13<sup>165</sup>, por seu turno, oportuniza à autoridade policial sugerir no relatório do inquérito o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo; o artigo 14<sup>166</sup> prescreve a remessa dos autos do inquérito policial aos núcleos de Justiça Restaurativa, se assim desejarem as partes e desde que com a anuência do Juízo e do MP, facultando a este deixar de propor a ação penal; e, enfim, o artigo 15<sup>167</sup>, que prevê a suspensão do curso da ação penal quando recomendável o uso das práticas restaurativas.

Inobstante a desejada supressão da utilização da via formal para a resolução de conflitos, evitando a ação judicial pelo encaminhamento dos autos do inquérito aos núcleos de Justiça Restaurativa, é absolutamente temerária a formulação prevista no parágrafo quarto do artigo 14 do PL, em face da precária qualidade técnica do dispositivo que abre margens a interpretações equivocadas e sobremaneira prejudiciais ao ofensor.

Nesse sentido, *“a terminologia usada está longe de ser a adequada e permite o entendimento de que a ação penal e o processo restaurativo poderão ocorrer, paralelamente, o que provocará bis in idem, caso a ação penal não seja suspensa pelo magistrado e resulte em condenação e acordo restaurativo”*<sup>168</sup>.

<sup>165</sup> Ibid. Art. 13. É acrescentado ao artigo 10, do Decreto-lei nº 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.

<sup>166</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa. Projeto de Lei nº 7.006/2006. *Propõe alterações no 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*. 6 p. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7905051A900BC189CE8A7333E0222579.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006\\_Acesso em: 13 nov. 2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7905051A900BC189CE8A7333E0222579.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006_Acesso em: 13 nov. 2013).

Art. 14. São acrescentados ao artigo 24, do Decreto-lei nº 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 a vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo.

§ 4º - poderá o Ministério Público deixar de propor a ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo.

<sup>167</sup> Ibid. Art. 15. Fica introduzido o artigo 93 A ao Decreto-lei nº 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.

<sup>168</sup> PACHECO, Andreia Teixeira Moret. *Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas. p. 65.

É de se lamentar, igualmente, alguns aspectos estabelecidos pelo artigo 16<sup>169</sup> do telado Projeto de Lei, porquanto a redação do artigo 556 – então incluído ao CPP – fixa condicionantes (ao encaminhamento de casos aos núcleos de Justiça Restaurativa) absolutamente incompatíveis com a lógica restaurativa, tais como a personalidade e os antecedentes do agente.

Ao fim e ao cabo, em que pese as inadequações técnicas ou substanciais apontadas acima, o Projeto de Lei nº 7.006/2006 surge, em especial, como uma alternativa viável à introdução institucional da Justiça Restaurativa no Brasil e, em geral, como esperança de significativa melhora no sistema judicial pátrio, possibilitando a composição de laços restaurativos entre as partes, bem como auxiliando na recuperação e reintegração social da vítima e, principalmente, do infrator.

---

<sup>169</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS, op. cit. Art. 16. Fica introduzido o Capítulo VIII, com os artigos 556, 557, 558, 559, 560, 561 e 562, no Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

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

## CAPÍTULO III – PARALELO ENTRE A REITERAÇÃO DELITIVA NA JUSTIÇA RESTAURATIVA E NA JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL

### 3.1. A Justiça Restaurativa em comparação com a Justiça Criminal Formal

Devidamente assentadas as bases da Justiça Restaurativa e aprofundado, do cerne aos contornos, o instituto da reincidência, tratar-se-á neste capítulo de um possível paralelo entre a justiça criminal formal e a utilização dos procedimentos restaurativos balizando-se pela reiteração delitiva, isto é, qual dos dois produz o melhor resultado com base nesse fator.

No tópico ora em comento, a intenção é mostrar que a Justiça Restaurativa, por focar-se predominantemente nas partes envolvidas no fenômeno criminal – ao invés de preocupar-se tão-somente com o transgressor e a punição teoricamente devida, é mais eficaz no combate à reiteração criminosa.

Assim, interessante transcrever o posicionamento institucional da Organização das Nações Unidas – ONU a respeito:

*“Considerando que tem havido um significativo aumento de iniciativas com justiça restaurativa em todo o mundo. Reconhecendo que tais iniciativas geralmente se inspiram em formas tradicionais e indígenas que vêem, fundamentalmente, o crime como danoso às pessoas. Enfatizando que a justiça restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades (...).”<sup>170</sup> (Preâmbulo da Resolução nº 2002/12 da ONU – Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal)*

É deveras evidente, para Massimo PAVARINI/André Ribeiro GIAMBERARDINO, a incompatibilidade da pena dentro de um Estado Social de Direito, pois não há lastro em impor um sofrimento a alguém visando à prevenção de crimes. Em função disso, insurge-se o *restorative paradigm* que, a despeito da intenção “colonizadora” do sistema penal contemporâneo, consiste em esperança

---

<sup>170</sup> UNITED NATIONS. The Economic and Social Council. Resolution No. 2002/12. *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. 37th plenary meeting. 24 July. 2002. 5 p. Disponível em: <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2013.



factível de melhoras. É, portanto, o “*modelo consensual contra o modelo conflitual das relações sociais*”<sup>171</sup>.

Todavia, faz-se necessário rememorar, em apertada síntese, alguns aspectos da penologia e da sociologia da pena que fundam o sistema de justiça criminal moderno, consoante realizado no primeiro capítulo do presente trabalho. Desse modo, cabe principiar pela justiça retributiva que, para PACHECO:

*“o conceito de crime é estritamente jurídico, e é o ato lesivo ao Estado, é a violação da Lei Penal e nela existe o monopólio estatal da justiça criminal. (...) o procedimento é contencioso, contraditório, caracterizado pela formalidade de linguagem e atos. A atuação é centralizada nas autoridades e profissionais do Direito, a vítima e o ofensor têm papel de pouquíssima ou nenhuma importância, são coadjuvantes nesse cenário.”*<sup>172</sup>

Nota-se do exposto uma diferença significativa entre a justiça retributiva e a Justiça Restaurativa, a qual procura – como se sabe, abraçar a todos aqueles direta e indiretamente envolvidos no fenômeno criminal para comporem uma solução consentânea, que atenda aos interesses das partes e, por consectário, possibilite excelentes prognósticos no que se refere à prevenção de futuros comportamentos delinquenciais.

A maior eficiência e eficácia das práticas restaurativas na recuperação do infrator se deve à abordagem ampla que se faz; ou seja, há o anseio de lidar com o ofensor por todos os espectros necessários, agindo na recuperação do sujeito pelo viés material, moral e espiritual.

Destarte, a apreensão do relato das partes prejudicadas pela conduta criminal provoca, no infrator, o *link* psicanaliticamente necessário para a responsabilização, operando-se, no popular, o “cair a ficha”, fazendo-se o nexo de causalidade entre a ação e a vitimização causada. Daí é natural a aparição do remorso genuíno, o qual, segundo estudos já aludidos, tende a direcionar o transgressor ao caminho da licitude, da observância das normas.

Inobstante a compatibilidade dos ensejos da Justiça Restaurativa e da justiça criminal formal em reequilibrar a relação desequilibrada pelo fenômeno criminal, a primeira preocupa-se em corrigir os laços rompidos ao requerer uma atuação ativa

<sup>171</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 87-90.

<sup>172</sup> PACHECO, Andreia Teixeira Moret. *Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas. p. 36.

do infrator, o qual voluntariamente se responsabiliza pela reparação da vítima e, em contrapartida, recebe um tratamento justo que oportuniza a efetiva “ressocialização”.

Nesse sentido posicionam-se Tony F. MARSHALL<sup>173</sup> e Andreia Teixeira Moret PACHECO<sup>174</sup>.

Desse modo, para Kathleen DALY<sup>175</sup>, a Justiça Restaurativa consiste na conjugação de elementos novos e de elementos oriundos das teorias retributivistas e utilitaristas, enfocando-se no conflito e nas partes diretamente envolvidas com o objetivo de compensar a vítima e censurar, mediante sanções proporcionais, o infrator a ponto de coibir uma nova reiteração delitiva.

Evidente que a sanção punitiva, mediante imposição de dor e aguda aflição no cárcere, pela própria proposta da Justiça Restaurativa, é substituída por uma modalidade igualmente retributiva, mas que parte do pressuposto da educação, do amparo e do tratamento com vistas à efetiva recuperação e reintegração social do ofensor.

Todavia, como bem advertem VAN NESS/STRONG<sup>176</sup>, o sistema de justiça criminal formal não se cinge ao caráter retributivista, tendo em vista a existência de uma miscelânea absolutamente complexa de filosofias penais que, por vezes, confundem o verdadeiro propósito da pena.

Logo, é forçoso trazer à lume as noções já delineadas sobre a função utilitarista da pena. Como visto, no que cabe ao tema em tela, a prevenção especial (tanto positiva quanto negativa) do sistema criminal em vigor influi decisivamente na questão da reiteração delitiva.

A prevenção especial negativa logra êxito em neutralizar um número limitado de infratores mediante reclusão pela pena privativa de liberdade. Incapacita, com base em prognósticos não científicos, determinados infratores sob a presunção de um futuro comportamento delinquencial (direito penal do autor). Ao fazer isso, além das injustiças que provoca, prejudica uma eventual ressocialização do sujeito ao inseri-lo em um ambiente culturalmente criminoso, corrupto e deformador.

---

<sup>173</sup> MARSHALL, Tony. F. *Restorative Justice: an overview*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 29.

<sup>174</sup> PACHECO, Andreia Teixeira Moret. *Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas. p. 37.

<sup>175</sup> DALY, Kathleen. *Restorative Justice: the real story*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 363-366.

<sup>176</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 53.

Mesmo com a saída do egresso do sistema penitenciário, o estrago, em regra, já foi feito. A “lavagem cerebral” perpetrada pela imersão na subcultura (criminosa) da prisão praticamente impossibilita uma vida saudável em sociedade. Os laços então rompidos pela segregação dificilmente são retomados; geralmente, ditos egressos restam à deriva nas ruas, até surgir o momento em que (seletivamente) são recolocados no cárcere – agora sob a mácula ou estigma de reincidentes.

A prevenção especial positiva não logra melhor resultado. Expressão própria da falibilidade do sistema carcerário sob a orientação da “ideologia re”, a ressocialização do ofensor não ocorre em razão das nefastas consequências acima explicitadas, as quais estão equivocadas desde a sua raiz teórica: a penologia moderna complexa e absolutamente questionável que legitima tais práticas.

A tentativa de ressocialização pelo cárcere atua na produção massiva de reincidentes, isto é, de egressos do sistema prisional que, ora deformados e reconicionados a uma vivência (necessariamente) corrupta e delinquente, ora retornados às mesmas causas que os levaram à criminalidade em primeiro lugar, apenas esperam o momento em que serão novamente reinseridos no sistema, quando da eventual prática de um novo delito.

Sabe-se que as altíssimas taxas de reincidência, estimadas por órgãos oficiais do Brasil em cerca de 70%, sem embargo denotarem o fracasso do sistema vigente, gritam por uma nova solução – quiçá a alternativa da Justiça Restaurativa.

Nesse intento, VAN NESS/STRONG<sup>177</sup> sugerem, para dotar efetivamente de restauratividade um sistema, as seguintes transformações: (i) de perspectiva, adotando-se o elemento da criatividade associado à visão da realidade vigente e da História, bem como a mudança do próprio padrão de pensamento atual pela abertura às novas ideias; (ii) das estruturas, procurando corrigir todo e quaisquer desequilíbrios que influenciem, de uma forma ou de outra, na questão ampla da segurança pública (a exemplo da desigualdade social, no âmbito geral, e na desigualdade entre as partes, no âmbito particular); (iii) de pessoas, isto é, dos valores, comportamentos, mentalidades e caracteres próprios de cada um.

---

<sup>177</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 174-180.

Ao focar a questão das práticas restaurativas, Hasseney HEYES<sup>178</sup> ressalta os notórios benefícios que tais proporcionam: às vítimas, através da participação ativa no processo; aos infratores pela oportunidade da restituição e da retificação; e às comunidades que passam a colaborar diretamente na resolução de conflitos. Isso oferece uma experiência mais completa às partes, que se sentem de fato satisfeitas ao vivenciarem justiça.

Considerando-se a premente necessidade de se implementar a restauratividade no sistema de justiça criminal formal, impõe-se analisar de que modo se relacionam, tanto teoricamente quanto na *práxis*, as práticas restaurativas no modelo vigente.

Nesse sentido, VAN NESS/STRONG afirmaram que, de início, as práticas restaurativas tiveram lugar no sistema de justiça criminal contemporâneo após a determinação da culpa no julgamento, aplicando-se antes da execução da sentença. Nesses casos, o eventual acordo celebrado entre as partes no programa restaurativo era apresentado como recomendação de sentença ao juiz. Hoje em dia o uso das práticas restaurativas já se estendeu ao âmbito da Polícia, do Ministério Público, dos juízes, dos oficiais de execução da pena e mesmo dentro da prisão<sup>179</sup>.

Segundo Tony F. MARSHALL<sup>180</sup>, o primeiro autor a criar, de fato, um modelo compreensível de Justiça Restaurativa foi Howard ZEHR, em um panfleto denominado *Retributive Justice, Restorative Justice* (1985), representando-a como um modelo de justiça alternativo, em oposição a todos os princípios relacionados à justiça retributiva. Os trabalhos de ZEHR, porém, restaram apegados a uma ênfase individualista da Justiça Restaurativa, negligenciando interesses públicos presentes no crime, em detrimento da vítima e do infrator.

Nessa esteira, VAN NESS/STRONG<sup>181</sup> sugerem os seguintes sistemas restaurativos: (i) o modelo do aumento; (ii) o modelo da pista dupla; (iii) o modelo da rede de segurança; (iv) o modelo híbrido; e (v) o modelo unitário.

O modelo de aumento consiste no acréscimo das práticas restaurativas como alternativas aos sistemas de justiça criminal contemporâneos, estando disponíveis

---

<sup>178</sup> HEYES, Hasseney. *Reoffending and Restorative Justice*. JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (org.). In: **Handbook of Restorative Justice**. New York: Routledge, 2011. P. 426.

<sup>179</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 155-158.

<sup>180</sup> MARSHALL, Tony. F. *Restorative Justice: an overview*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 40.

<sup>181</sup> VAN NESS/STRONG, op. cit., p. 159-161.

em determinados momentos ou por todo o processo, e utilizáveis consoante a vontade das partes. Caso contrário, a questão restará ao encargo do sistema de justiça criminal formal. O resultado do processo restaurativo pode ou não influenciar na decisão do aplicador do direito. Os casos são fichados, rastreados e monitorados pelo sistema formal vigente e enviados aos programas restaurativos apenas com o conhecimento e o consentimento do aplicador do direito naquele sistema.

O modelo da rede de segurança é aquele em que o sistema de justiça criminal formal só é ativado caso as partes não desejem se encontrar ou, caso o façam, não cheguem a um acordo, devendo a questão ser resolvida pelo sistema formal contemporâneo. Para esse modelo faz-se necessário uma estrutura restaurativa bem definida.

O modelo da pista dupla é aquele em que dois sistemas são oferecidos separadamente, um sendo restaurativo em relação a valores e processos, e o outro similar ao sistema de justiça criminal formal. A decisão sobre qual modelo será adotado cabe às partes interessadas, aumentando o rol dessas de acordo com a gravidade do delito, a exemplo da inclusão do governo como entidade votante no caso de crimes de genocídio.

O modelo híbrido é aquele pelo qual a questão é colocada no sistema de justiça criminal formal até determinado período, ocasião em que é repassado para programas restaurativos, ou seja, as características de ambos os sistemas tornam-se parte de um único processo normativo, com atos relativos a cada sistema sequencialmente concatenados – ao invés de constituírem alternativas como nos demais modelos.

Por fim, o modelo unitário pressupõe um único processo (restaurativo) que deve responder a todos os crimes, vítimas e infratores de maneira restaurativa, sem depender do sistema de justiça criminal formal para nada. Portanto, deve corresponder àqueles crimes em que há negativa de autoria ou mesmo alegações de defesa legal, como a autodefesa, assim como quando as partes não quiserem participar cooperativamente.

No entendimento de MARSHALL<sup>182</sup>, não é possível conceber um modelo que abarque a utilização independente dos sistemas formal e restaurativo, em razão das tamanhas diferenças entre eles. Por conta disso, advoga o modelo da “justiça

---

<sup>182</sup> MARSHALL, Tony. F. *Restorative Justice: an overview*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader**: texts, sources, context. Portland: Willan Publishing, 2003. p. 31.

integrada”, atuando a Justiça Restaurativa ao máximo possível com o sistema ora vigente, como um processo complementar que promove e melhora a qualidade, efetividade e eficiência da Justiça como um todo.

De pleno acordo encontra-se PALERMO<sup>183</sup>, ao aduzir que a Justiça Restaurativa não se opõe ao modelo de justiça contemporâneo, tanto que ambos compartilham a normatividade penal, os modos de determinação da responsabilidade do autor e as mesmas noções utilitaristas da pena, por ter como escopo a ressocialização do condenado, a reafirmação da ordem jurídica e a proteção futura dos bens jurídicos.

E, igualmente, VAN NESS/STRONG<sup>184</sup> não acreditam na viabilidade de um sistema completamente restaurativo, asseverando que todos os sistemas combinam elementos restaurativos e não restaurativos. Logo, afere-se o nível de restauratividade do sistema conforme maior for à aplicação dos princípios e valores restaurativos, e se assim são sentidos por seu público alvo.

Do exposto, observa-se a impossibilidade atual de prescindir do sistema de justiça criminal formal, o qual ainda mantém utilidade para aferição da autoria e da materialidade delitiva, dentre outros importantes elementos. Sem embargo, não há qualquer óbice à reforma desse modelo, no sentido de estabelecer procedimentos mais informais e participativos, dialógicos e horizontais.

Outrossim, urge como de premente necessidade a humanização do sistema penitenciário, substituindo as lentes punitivas do hodierno para outras carregadas da função educacional, amparadora e tratamental. A prisão, portanto, talvez apenas como medida *ultima ratio*, imposta em casos de extrema necessidade, em que a abordagem humanizadora não tenha atingido seus objetivos.

Todavia, em face da miríade de possibilidades relacionais entre os processos da Justiça Restaurativa e da justiça criminal em vigor, parece necessário – a despeito da preferência por um modelo integralmente restaurativo, envidar esforços no sentido primário de dotar o sistema atual do máximo de restauratividade possível. Gradualmente, com a demonstração do sucesso de tais medidas, adotar-se-á a expansão para o modelo ideal aludido.

---

<sup>183</sup> PALERMO, Pablo Galain. *Mediação Penal como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. ano 19, v. 91, 2011. p. 180-181.

<sup>184</sup> VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. New Providence: Lexis Nexis. p. 163.

Nesse sentido, antes da possível substituição do modelo repressor a que estamos submetidos para um integralmente restaurativo, a conjuntura penitenciária atual demanda um agir rápido e eficiente para aprimorar, o quanto possível, a nefasta situação vigente.

Destarte, em que pese os esforços restaurativos já em curso no país, a aprovação e a efetiva implementação da Lei nº 7.006/2006 tornaram-se medidas da mais urgente necessidade, sobretudo quando consideradas a conjuntura nacional favorável e o apoio governamental – através do Ministério da Justiça brasileiro.

Portanto, como doravante se verá, a utilização das práticas restaurativas possui substrato científico para beneficiar significativamente a situação penitenciária pátria, inclusive em relação às altíssimas taxas de reiteração delitiva observadas em nosso plano fático.

### **3.2. Pesquisas científicas que apontam o potencial da Justiça Restaurativa em reduzir a reiteração delitiva**

De início, há que se principiar com uma importante ressalva: a despeito dos resultados positivos no tocante ao potencial da Justiça Restaurativa em reduzir as taxas de reiteração delitiva, a própria essência do modelo ora em comento não vislumbra nisso um de seus objetivos primários, mas sim como algo colateralmente atingido em função da abordagem restaurativa proposta.

Logo, o escopo da Justiça Restaurativa em satisfazer as necessidades e interesses das partes envolvidas no conflito – ao invés de punir como expressão de poder do Estado, restaurando-as ao seu estado natural e pacífico, termina por provocar, potencialmente, a dissuasão de futuras práticas criminosas.

Desse modo, impõe enfatizar a lição de Andreia Teixeira Moret PACHECO, para quem a Justiça Restaurativa constitui um novo paradigma para resolução de conflitos penais, *“que tem por escopo consertar, reparar o futuro e restaurar relacionamentos, especialmente, entre a vítima, o agressor e a comunidade visando, ainda, prevenir a ocorrência de novos delitos”*<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> PACHECO, Andreia Teixeira Moret. *Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas. p. 37.

Nesse mesmo sentido posiciona-se Hasseney HEYES<sup>186</sup>, o qual sublinha que a natureza da Justiça Restaurativa não constitui técnica de controle social, muito embora seja, por vezes, vista dessa maneira pelos órgãos governamentais em função do seu potencial em reduzir a criminalidade.

O mesmo autor realizou um verdadeiro compêndio de pesquisas empíricas que demonstraram, em maior ou menor grau, a aptidão da Justiça Restaurativa em coibir futuros comportamentos delinquentes, sobretudo se cotejado ao modelo punitivo empregado pelo sistema de justiça criminal contemporâneo.

Cabe mencionar, no entanto, uma importante ressalva: a despeito das raízes antigas e tradicionais da Justiça Restaurativa, o formato ora proposto é relativamente novo, razão pela qual há pouco material sobre reiteração criminosa e sua relação com as práticas restaurativas.

Inicialmente, fez-se necessário definir algumas premissas metodológicas basilares: (i) o conceito e a dimensão da Justiça Restaurativa, adotando-se a noção de MARSHALL *“como um processo pelo qual as partes com participação em uma infração específica resolvem coletivamente como lidar com o resultado da ofensa e suas implicações para o futuro”*<sup>187</sup>; e (ii) o conceito e a dimensão da reincidência, tema que comporta maiores divergências em relação ao primeiro ponto.

Em adendo, também se questionou como a reiteração delitiva deve ser contada, surgindo-se, para tanto, duas análises: (i) a da prevalência, em que qualquer incidente pós-intervenção criminal se qualifica como um evento reincidente; e (ii) a da incidência, que inclui na contagem todos os eventos por infrator pós-intervenção criminal<sup>188</sup>.

Depreende-se disso que as análises da prevalência oferecem informações sobre o número de reincidentes na comunidade, ao passo que as análises de incidência oferecem informações sobre o número de crimes na comunidade. Portanto, a primeira é melhor para avaliar quaisquer mudanças eventuais no comportamento do infrator, ao passo que a segunda é melhor para avaliar os resultados da intervenção na diminuição dos níveis de criminalidade.

---

<sup>186</sup> HEYES, Hasseney. *Reoffending and Restorative Justice*. JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (org.). In: **Handbook of Restorative Justice**. New York: Routledge, 2011. P. 427.

<sup>187</sup> HEYES, apud. MARSHALL, Tony F. *Restorative Justice: an overview*. London: Home Office, 1999. p. 428. *“a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future”*.

<sup>188</sup> Ibid, p. 428.



Outro debate formado repousou sobre o momento em que começaria e terminaria o período de acompanhamento de cada infrator que se submeteu aos procedimentos restaurativos. A variação sobre o período de acompanhamento abarca, evidentemente, resultados passíveis de diferentes interpretações, algo não desejável em absoluto. Exemplificando, a contagem a partir da prisão ou desde a intervenção criminal ou restaurativa pode demonstrar (ou deixar de mostrar) os efeitos nocivos do cárcere na personalidade do sujeito, ou a eficácia mais isenta dos programas restaurativos<sup>189</sup>.

Diante dessa questão, HEYES sugeriu, como forma de evitar falsos resultados, a uniformização dos períodos de acompanhamento, dando-se as mesmas oportunidades de recair no crime a todos os infratores, ou mesmo mantendo desiguais os períodos de acompanhamento, mas realizando uma análise setorizada e particular conforme o objetivo de cada estudo.

O principal método de pesquisa utilizado é o do campo experimental, que visa obter resultados significativos através da comparação entre os sistemas, ou seja, entre procedimentos restaurativos e procedimentos judiciais típicos dos modelos criminais tradicionalmente postos em cada país.

No entendimento de HEYES<sup>190</sup>, o campo experimental traduz-se pelo método de pesquisa mais comum e rigoroso, no qual infratores elegíveis (normalmente balizados por semelhanças tais como o tipo de ofensa perpetrada, idade, sexo e antecedentes criminais, conhecidos preditores da reincidência) são randomicamente atribuídos à intervenção restaurativa – compondo o denominado “grupo de tratamento” – ou à intervenção formal – como partes do chamado “grupo de controle”.

Feito isso, resta aos pesquisadores igualizarem os grupos de tratamento e controle nas variáveis chaves notoriamente associáveis à reiteração delitiva, sendo que qualquer divergência nos resultados pode ser atribuída aos efeitos do tratamento. Para garantir a idoneidade da pesquisa, todas as etapas devem contar com escolhas randômicas, seja na atribuição do tratamento, seja na seleção dos componentes humanos do estudo.

---

<sup>189</sup> HEYES, Hasseney. *Reoffending and Restorative Justice*. JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (org.). In: **Handbook of Restorative Justice**. New York: Routledge, 2011. P. 429.

<sup>190</sup> Ibid, p. 430.

Ademais, é de bom senso ressaltar dois pontos: (i) a verdadeira equalização entre os grupos é realisticamente difícil porquanto as pesquisas não conseguem eliminar, na sua completude, se houve ou não a participação integral de todos os envolvidos; e (ii) a admissão exclusiva de ofensores confessos tanto no grupo de tratamento quanto no grupo de controle pode mascarar o resultado real sobre a eficácia da Justiça Restaurativa.

Um segundo método científico, na lição de HEYES<sup>191</sup>, é aquele que examina variáveis presentes dentro dos próprios programas restaurativos, e como tais eventos relacionam-se com posteriores infrações, indo além da fixação em elementos conhecidamente tidos como associáveis à reincidência.

Assim introduzido o tema topicamente proposto, passar-se-á à análise de algumas pesquisas específicas que demonstram o grande potencial da Justiça Restaurativa na redução da criminalidade, através de resultados empíricos tanto pelo método experimental quanto pelo método da variação<sup>192</sup>.

Primeiramente, muitos dos estudos empíricos em Justiça Restaurativa e reincidência são comparativos. Na Austrália, pesquisadores do Projeto RISE (*Reintegration Shaming Experiments*) concluíram, em 2000, que as conferências são mais efetivas para reduzir posteriores crimes violentos praticados por jovens infratores, mas não para crimes contra a propriedade ou por dirigir sob o efeito de álcool.

Ainda, a reincidência em infratores violentos com mais de vinte e nove anos diminuiu 38% por ano em relação àqueles infratores submetidos aos processos tradicionais. Porém, não foram encontradas mudanças significativas para infratores que cometeram crimes contra o patrimônio ou que dirigiram alcoolizados.

Também na Austrália, no estado da Nova Gales do Sul, outro estudo foi realizado por pesquisadores que conduziram uma análise retrospectiva em 2002, acusando na conclusão que as conferências de grupo familiar reduzem de 15% a 20% o risco predito de reiteração delitiva, em comparação aos processos tradicionais.

Nos Estados Unidos da América, foram feitas comparações entre as conferências de Justiça Restaurativa e outras intervenções formais (como tribunais

---

<sup>191</sup> HEYES, Hassenev. *Reoffending and Restorative Justice*. JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (org.). In: **Handbook of Restorative Justice**. New York: Routledge, 2011. P. 431-432.

<sup>192</sup> Ibid, p. 433-437.

ou formas desviantes deles) que conduziram a resultados diversos. Em 1998, concluiu-se que a reiteração delitiva é significativamente menos provável em certos tipos de delitos, a exemplo daqueles perpetrados com violência, mas não se pode atribuir em definitivo dita redução às conferências, pois alguns infratores, designados para participar desses programas restaurativos, optaram pelos procedimentos formais. Por conta disso, os autores afirmaram que, aparentemente, qualquer redução na reincidência é resultado do programa de voluntariado desviante dos processos formais, sendo tais jovens menos propensos a recair em primeiro lugar.

Em outro experimento realizado nos EUA no ano 2000, comparou-se a taxa de reincarceramento de jovens de até quatorze anos e, como resultado, obteve-se que as conferências restaurativas reduziram significativamente as taxas de novas prisões se comparados com os programas tradicionais – aqui se incluindo a mediação entre vítima e infrator não restaurativa. Após seis meses da prisão inicial, teve-se 14% menos reincidentes no grupo de conferência em comparação com o grupo de controle, o que representa, estatisticamente, uma redução de 40% na recidiva. Porém, as diferenças entre ambos os grupos diminuiu após doze meses da prisão inicial, mas manteve-se uma taxa de reincidência menor nos grupos de conferência.

No Canadá, em 1998, pesquisadores compararam reincidentes designados para projetos restaurativos e para sanções da justiça tradicional. No primeiro, os infratores que se declaravam culpados ajudavam a desenvolver um plano de gestão comunitária, que recebia a ajuda das vítimas que desejassem participar. O resultado foi de que estes obtiveram taxas significativamente menores de reincidência se comparados com aqueles submetidos à condicional nos dezoito meses de acompanhamento, apresentando-se, também, após dois anos, grande diferença em relação àqueles que foram presos.

Outra pesquisa de meta-análise (análise quantitativa de uma análise quantitativa prévia) no Canadá, realizada no ano 2001, concluiu que os programas de Justiça Restaurativa produzem uma redução aproximada de 7% na reincidência – mas admitindo-se variações, eis que houve desde uma redução de 38% até um aumento de 23%. No ano de 1998, foram obtidos resultados similares nesse mesmo tipo de pesquisa no Canadá.

Na Grã-Bretanha, no ano de 2001, uma pesquisa avaliou sete esquemas de Justiça Restaurativa para aprender quais elementos ou combinações deles eram

mais efetivos na redução do crime. Foram notadas diferenças significativas em apenas um deles, em que, por mediações entre vítimas e infratores, apenas 44% foram novamente condenados após dois anos, em comparação aos 56% submetidos ao sistema tradicional. Do mesmo modo, os pesquisadores lograram concluir que a Justiça Restaurativa é mais efetiva na redução da reincidência para aqueles infratores de pequeno risco.

Em 2004, também na Grã-Bretanha, pesquisadores conduziram um largo espectro de análises comparativas de advertências restaurativas e concluíram que aproximadamente 25% registraram novas ofensas, ou reduziram as infrações pelo menos em parte, por inteligência dos encontros de Justiça Restaurativa.

Quando analisados grupos maiores, além de confirmar que as características do infrator (idade da primeira condenação, idade da advertência, gênero e tipo de delito) estão associadas à nova condenação, não foram encontradas diferenças significativas entre aqueles submetidos à Justiça Restaurativa e à justiça criminal formal.

Em 2002, na Nova Zelândia, uma pesquisa descobriu que adultos submetidos a programas restaurativos são significativamente menos propensos a reincidir em cotejo àqueles submetidos aos processos formais. Nesse sentido, houve diferença entre 16% e 33% de recidiva nos programas restaurativos em face de, respectivamente, 30% e 47% de processos formais.

Em que pese o amplo espectro de resultados obtidos nas pesquisas, é seguro dizer que a Justiça Restaurativa consegue obter, provavelmente, a redução da taxa de reincidência. E, nada obstante, a aplicação das práticas restaurativas como o encontro não prejudicam os infratores, pois são momentos extremamente curtos de participação e, por isso mesmo, não operam mudanças radicais desfavoráveis aos envolvidos.

Ademais, deve-se considerar também que processos restaurativos sozinhos obtêm menos sucesso do que se fossem realizados acompanhados de outras medidas absolutamente necessárias, a exemplo daquelas práticas que combatem as causas subjacentes ao crime.

Segundo HEYES<sup>193</sup>, os resultados são mais consistentes em relação às pesquisas que adotaram o método empírico da variação, senão vejamos:

Um estudo realizado na Nova Zelândia em 1999 aponta que jovens infratores participantes de conferências familiares beneficiaram-se por não mais se sentirem más pessoas, concordaram em fazer acordos com as vítimas e se desculparam em reunião com elas, o que resultou em uma redução significativa da probabilidade de reincidência.

Em análise mais recente, com jovens infratores de quinze a dezessete anos em conferências familiares, descobriu-se que a probabilidade de reincidência é menor quando as conferências são inclusivas, justas e indulgentes, permitindo aos ofensores reparar o mal causado, sem estigmatizá-los ou excluí-los do processo. Demais da qualidade das conferências familiares, a resolução imediata de comportamentos antissociais, o acesso adequado à educação, a assistência efetiva de programas restaurativos na reintegração dos infratores em suas comunidades e a evasão de respostas punitivas também são elementos que diminuem a probabilidade da recidiva.

Na Austrália, entre os anos de 1998 e 2001, descobriu-se em estudo que a apresentação de remorso por parte dos transgressores, ou a celebração de acordos consensuais entre as partes envolvidas nas conferências indicam a diminuição da probabilidade de reiteração delitiva. Esse resultado é muito similar a outro que mostrou que ofensores que demonstram arrependimento e percebem um procedimento justo nas conferências familiares são menos propensos a reincidir.

Em pesquisa mais recente, no ano de 2004 na Austrália, concluiu-se que as características do infrator como idade, gênero, antecedentes, idade da primeira infração e idade da conferência são elementos altamente preditivos de futura reincidência.

Em suma, pesquisas recentes em Justiça Restaurativa e reincidência apontam: (i) que infratores, vítimas e apoiadores têm experiências positivas com a Justiça Restaurativa, percebendo que o processo é procedimentalmente justo e normalmente ficam satisfeitos com os resultados; (ii) vários estudos demonstram que as conferências restaurativas têm potencial para reduzir a reincidência, sobretudo quando os infratores demonstram remorso e o acordo na conferência é consensual.

---

<sup>193</sup> HEYES, Hassenev. *Reoffending and Restorative Justice*. JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (org.). In: **Handbook of Restorative Justice**. New York: Routledge, 2011. P. 437-439.

Porém, algumas características do infrator (antecedentes, idade da primeira infração, idade da conferência e gênero) remanescem como preditivos perigosos; (iii) estudos que comparam a Justiça Restaurativa com outras intervenções mostram que ela pode tanto reduzir, não afetar ou mesmo aumentar posteriores infrações.

Outro foco importante de estudos provém do Governo neozelandês, mais especificamente do Ministério da Justiça daquele país no ano de 2011, ao fazer análises a respeito da reincidência em casos de conferências restaurativas dos anos de 2008 e 2009<sup>194</sup>.

Naquela época, as conferências restaurativas eram designadas para cerca de 5% dos casos prévios à sentença judicial. Segundo o relatório ora em comento, a Justiça Restaurativa consiste em forma complementar ao sistema criminal contemporâneo que produz resultados interessantes, pois: (i) reduz a reiteração delitiva; (ii) aumenta a satisfação da vítima e responsabiliza o infrator; (iii) engaja a vítima a participar diretamente do processo e da resolução da contenda; e (iv) responde ao crime em tempo hábil<sup>195</sup>.

Do mesmo modo que os estudos anteriores, na pesquisa neozelandesa também houve a necessidade de se delimitar a dimensão da reiteração delitiva, fixando-a nos doze e vinte e quatro meses seguintes à intervenção restaurativa ou formal. Ademais, foram utilizadas balizas de frequência, gravidade e consequências da recidiva<sup>196</sup>.

Com base nisso, foram formados três grupos: (i) o grupo de interesse, que comportava aquelas pessoas envolvidas em conferências restaurativas; (ii) o grupo que foi submetido ao trabalho do “esquema de desvios para adultos” da Polícia; e (iii) o grupo de controle que abarcava aquelas pessoas que enfrentaram os procedimentos tradicionais da justiça criminal da Nova Zelândia.

A principal descoberta desse estudo foi que os grupos de interesse do ano de 2009, nos doze meses seguintes à conferência, tiveram uma taxa 20% menor de reincidência em relação àqueles que foram submetidos ao processo tradicional. Não foi realizada a verificação do segundo período de acompanhamento (após os vinte e quatro meses da conferência) em função da falta de tempo<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> NOVA ZELÂNDIA. Ministério da Justiça. *Reoffending Analysis for Restorative Justice Cases: 2008 and 2009*. Ministry of Justice, 2011 49 p. 7.

<sup>195</sup> Ibid, p. 11.

<sup>196</sup> Ibid, p. 7.

<sup>197</sup> Ibid, p.. 7-8.

Já nos grupos de 2008 houve um problema, eis que se constatou a participação quantitativamente diferente dos infratores nas conferências. Caso tal questão fosse corrigida, obter-se-ia o resultado de que a taxa de reiteração delitiva diminuiu 11% após doze meses e 6,1% depois de vinte e quatro meses.

O estudo de 2009 merece maiores considerações porque foi realizado com um grupo significativamente maior de pessoas. Aliás, os resultados obtidos são congruentes com outro estudo realizado em 2005, em que se obteve uma redução na taxa de reincidência de 11% após doze meses e 9% após vinte e quatro meses. Tudo isso aponta no sentido de que a Justiça Restaurativa auxilia na redução da reiteração delitiva.

Ademais, no que tange à frequência da reiteração delitiva e de subsequentes aprisionamentos, a análise de 2009 mostrou que os participantes das conferências reincidiram 23% menos do que aqueles que não participaram, nos doze meses seguintes pesquisados, assim como têm 33% menos probabilidade de serem presos com base no mesmo cotejo<sup>198</sup>.

No grupo de 2008, por seu turno, estima-se que houve uma redução de 28%, nos doze meses seguintes, e 23%, nos vinte e quatro meses seguintes, da frequência da reincidência; e 18%, nos doze meses seguintes, e 29%, nos vinte e quatro meses seguintes, de redução da probabilidade de prisão.

No que se refere à frequência de reiteração delitiva, há que se registrar a inexistência de medidas de ajustamento de riscos, razão pela qual não se pode testar se as diferenças entre os anos são estatisticamente significativas.

Os referidos dados de probabilidade de prisão são consistentes com a pesquisa realizada em 2005. Naquele estudo, não foram examinadas mudanças na frequência de reiteração delitiva.

Por fim, o impacto das conferências restaurativas em relação à gravidade das reiterações delitivas é o ponto mais obscuro das medidas da recidiva. Aqui, entenda-se por crimes sérios aqueles com gravidade acima de trinta pontos – pontuação baseada na média da pena de prisão de cada delito, não se considerando as particularidades de cada caso, razão pela qual a gravidade não corresponde, necessariamente, a uma taxa de prisão subsequente.

---

<sup>198</sup> NOVA ZELÂNDIA. Ministério da Justiça. *Reoffending Analysis for Restorative Justice Cases: 2008 and 2009*. Ministry of Justice, 2011 49 p. 8.

O grupo de 2009 não apresentou diferenças relevantes quanto ao objeto ora em exame, mas o grupo de 2008 apresentou redução de 23% e 26% na probabilidade de cometer crimes mais graves, respectivamente após doze e vinte e quatro meses<sup>199</sup>.

Finalmente, convém destacar as evidências trazidas por Lawrence W. SHERMAN e Heather STRANG<sup>200</sup>, os quais observaram pesquisas empíricas acerca do potencial da Justiça Restaurativa em reduzir os índices de criminalidade anguladas pela natureza do delito, balizando-se por três grupos: (i) de crimes violentos<sup>201</sup>; (ii) de crimes contra o patrimônio<sup>202</sup>; e (iii) de crimes sem vítimas<sup>203</sup>.

Já em testes quase experimentais com grupos violentos ou predominantemente violentos, concluiu-se que em vários estudos houve substancial redução na reiteração delitiva após a intervenção restaurativa em comparação com aqueles submetidos aos métodos tradicionais.

Os resultados alcançados em relação aos crimes patrimoniais não são tão consistentes como os decorrentes de crimes violentos, tendo alcançado redução ou mesmo aumento em alguns testes.

Na parte dos experimentos randômicos, o melhor resultado da Justiça Restaurativa foi entre jovens brancos e pobres na Grã-Bretanha no ano de 2006, pois após um ano da intervenção restaurativa ou da intervenção tradicional, houve redução em 88% de prisões no primeiro grupo, ao passo que o segundo grupo reduziu apenas 32%.

Já na Austrália, o mesmo teste obteve resultados divergentes. Com jovens menores de dezoito anos não aborígenes, não foram notados, após dois anos, aumentos ou diminuições de prisões comparando-se os programas restaurativos e os procedimentos formais. Porém, com jovens aborígenes, aqueles designados à Justiça Restaurativa aumentaram em 228% o número das prisões por crimes contra o patrimônio, ao passo que aqueles submetidos à justiça criminal formal obtiveram redução em 66% na respectiva quantidade de prisões.

---

<sup>199</sup> NOVA ZELÂNDIA. Ministério da Justiça. *Reoffending Analysis for Restorative Justice Cases: 2008 and 2009*. Ministry of Justice, 2011 49 p. 8-9.

<sup>200</sup> SHERMAN, Lawrence W; STRANG, Heather. *Restorative Justice: the evidence*. Smith Institute, 2007. P. 68.

<sup>201</sup> Ibid, p. 68-69.

<sup>202</sup> Ibid, p. 69-70.

<sup>203</sup> Ibid, p. 70.



Em contrapartida, um experimento realizado com crianças de sete a quatorze anos em Indianápolis obteve resultados significativamente melhores. As conferências familiares de Justiça Restaurativa resultaram em apenas 15% de novas prisões no cotejo aos 27% submetidos aos métodos tradicionais.

Há que se ressaltar que muitos desses testes não empregaram a conferência restaurativa vis-à-vis. Aliás, metade dos testes comprovaram que a restituição mandatória pelos tribunais diminuiu a taxa de novas prisões na comparação com a liberdade condicional tradicional.

O resultado mais importante, todavia, parece ser aquele que comprovou a falibilidade da “teoria do choque” comumente utilizada na Grã-Bretanha. Estudos demonstraram que a restituição à comunidade ordenada pelo juiz obteve resultados parecidos com a prisão por oito dias, mas sem onerar o Estado com custos operacionais do sistema penitenciário.

Ao fim, a taxa de reincidência em crimes sem vítimas, como o furto de lojas (*shoplifting*), direção automotiva sob o efeito de álcool (*drink-driving*) e provocação de desordem pública, a despeito do senso comum, culminou em resultados menos significativos (nesses tipos de delitos) se comparados com aqueles qualificados como graves.

### **3.3. A tentativa necessária da Justiça Restaurativa em face da conjuntura nacional**

Nesse último tópico, tratar-se-á da recomendação ao Estado brasileiro em adotar procedimentos restaurativos visando aprimorar a preocupante conjuntura penitenciária nacional. Nela, vislumbra-se o crescimento exponencial do número de presos – fenômeno corretamente alcunhado de “hiperencarceramento” – levado a cabo nas últimas décadas.

Aliás, no que tange ao hiperencarceramento, faz-se necessário ressaltar o interessante apontamento que faz a Professora Priscila PLACHA SÁ, ao associá-lo ao “modelo-ideologia neoliberal”. Assim:

*“O Brasil, todavia, tem ascendido rapidamente neste ranking (índice de encarceramento) e a operatividade não só do sistema penitenciário, como do sistema de justiça criminal, tem sustentado uma gestão da exclusão*

*social com um aumento de quase 400% em vinte anos. A mudança de um modelo do Estado de bem-estar, a rigor, nunca experimentado pelo Brasil para um Estado retraído em suas funções essenciais, muito atuante no campo da punição, a um só tempo justificado pelas 'questões orçamentárias' e pelo 'desejo da população', acaba por fundar um sistema social que privilegia a exclusão social e despreza práticas de tolerância e solidariedade.*<sup>204</sup>

Segundo estatísticas do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, entre os anos de 1995 e 2005, a população carcerária do Brasil aumentou de pouco mais de 148 (cento e quarenta e oito) mil pessoas para 361.402 (trezentos e sessenta e um e quatrocentos e duas) mil pessoas, representando um crescimento de aproximadamente 144% em uma única década<sup>205</sup>.

A partir de 2005, com a introdução do sistema InfoPen, observou-se uma taxa de crescimento anual entre 5% e 7%. Hoje, muito embora as estatísticas criminais não se traduzam em números absolutamente confiáveis, pode-se dizer que, estreme de dúvidas, o Brasil já ultrapassou a marca de 500 (quinhentos) mil indivíduos encarcerados.

Nada obstante, o nosso sistema penitenciário atual – ou melhor, a prisão abstratamente idealizada como medida de pacificação e recuperação social -, orientado segundo um emaranhado complexo de filosofias penais, fracassa na efetiva ressocialização do infrator.

Destarte, a segregação social do ofensor não apenas o insere em um ambiente subculturalmente criminoso, corrupto e imoral – em regra, colocando-o – tal qual uma profecia, no caminho quase sem volta da criminalidade de carreira, mas também rompe várias (senão todas) as relações interpessoais que o identificam enquanto sujeito socialmente vivo, parte de um aglomerado social pelo qual nutre os mais profundos (e humanos) sentimentos.

Como exposto anteriormente, as teorias retributivistas e utilitaristas da pena padecem, sem sombra de dúvidas, de falta de credibilidade, não realizando nenhuma das finalidades a que se propuseram. Ao contrário, parecem ter potencializado um efeito negativo de reprodução massiva de reiteração delitiva na sociedade, aumentando, sob índices preocupantes, a taxa da reincidência criminal.

---

<sup>204</sup> PLACHA SÁ, Priscila. *Hiperencarceramento: uma das hipérboles do modelo neoliberal*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. No prelo. p. 3.

<sup>205</sup> PACHECO, apud CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID364AC56ADE924046B46C6B9CC447B586PTBRIE.htm>. P. 13.

Há que se ressaltar que o fator da recidiva constitui-se na principal prova da falibilidade do sistema carcerário como mecanismo reprodutor da famigerada “ideologia re”, que busca (apenas declaradamente) recuperar e reintegrar o ofensor à sociedade. Este ponto constitui o objeto da análise final desse estudo, sobretudo em face da estimativa (confiável) de que aproximadamente 70% dos casos submetidos à apreciação da justiça criminal formal apresentam a agravante da reincidência.

Aqui cabe uma importante distinção. A reincidência não se confunde, sobremaneira, com a reiteração delitiva, pois a primeira consiste naqueles casos filtrados pelo sistema penal que acusam uma nova prática criminosa dentro daquele lapso temporal legalmente prescrito (até cinco anos após o cumprimento ou a extinção da pena, consoante se observa do artigo 64, inciso I, do Código Penal); já a segunda é deveras mais gravosa porquanto trata de todas aquelas reiterações delitivas perpetradas no plano fático, sejam elas conhecidas ou não pelo sistema de justiça criminal.

Destarte, mister se faz trazer a ideia da cifra negra ou oculta, que consiste na diferença entre a criminalidade real (quantidade absoluta de crimes cometidos em determinado espaço) e a criminalidade aparente (pequena parcela de crimes que chega ao conhecimento, mesmo que precário, das autoridades públicas, dos quais menos ainda são efetivamente condenados). Portanto, nenhuma estatística criminal é plenamente verificável em face da impossibilidade de determinar, com precisão e certeza, a quantidade de crimes praticados na sociedade.

Interessante citar a memorável lição de Eugenio Raúl ZAFFARONI, para quem:

*“A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma cifra oculta. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se natural que o sistema penal leve a cabo a seleção da criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário.”<sup>206</sup>*

---

<sup>206</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 44.

Observa-se do excerto acima o surgimento da seletividade criminal, decorrente da incapacidade operacional do Estado (na figura clássica da Polícia) em trabalhar com a criminalidade real e conjugada à notória precariedade estrutural dos agentes policiais.

No contraponto da cifra negra e, por conseguinte, da manipulação que as grandes mídias fazem das informações dali retiradas, a criminologia crítica procura fazer enquetes de vitimização com o fito de apurar as sensações de insegurança e vitimização decorrentes do fenômeno criminal.

Diante dessa situação calamitosa, insurge a releitura do conflito sobre o viés da Justiça Restaurativa. Inspirada por práticas tradicionais comunitárias, a Justiça Restaurativa reverte o enfoque do crime às partes direta e indiretamente envolvidas no fato, buscando restaurá-las com o fito de retomar o *status quo ante* e, por consectário, atingir a pacificação social.

Assim, impende destacar a lição de PACHECO:

*“Na justiça restaurativa se busca resolver o conflito entre indivíduos. A responsabilidade é individual e social, os protagonistas são a vítima, o agressor e a sociedade, o procedimento é de diálogo, a finalidade é resolver conflitos, assumir responsabilidades e reparar danos. A justiça restaurativa tem como objetivo a pacificação social. A justiça restaurativa é aplicável a qualquer tipo de conflito – na família, na vizinhança, na escola, no ambiente de trabalho, enfim, nas comunidades em geral, inclusive no sistema de justiça.”<sup>207</sup>*

E, ainda, o sensível ensinamento de Massimo PAVARINI/André Ribeiro GIAMBERARDINO, senão vejamos:

*“Com efeito, o paradigma da justiça restaurativa emerge com um campo de visão mais amplo. Pede às partes em conflito que reconsiderem o passado, que busquem o sentido de um fato histórico que rompeu determinado equilíbrio; mas pede também que superem juntas tal fratura, caminhando mais serenamente rumo ao futuro.”<sup>208</sup>*

Todavia, em atendimento ao objeto do tópico, centrar-se-á na questão do infrator, o qual recebe dos procedimentos restaurativos a oportunidade de falar e ser ouvido sobre sua perspectiva do fenômeno criminal e suas consequências. Isso, sob

<sup>207</sup> PACHECO, Andreia Teixeira Moret. *Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas. p. 37.

<sup>208</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 94.

o ponto de vista da psicanálise, possibilita a formação do nexos causal entre a conduta criminosa e os efeitos vitimizantes provocados, o que fomenta o remorso e o arrependimento do ofensor.

A oportunidade de vislumbrar o mal causado à parte em toda a sua magnitude engendra a recuperação do sujeito por dentro, como parte própria da consciência e da *voluntas*. Ao contrário, a imposição de um mal “justo” por um ente externo, distante do conflito, provoca sensações indesejáveis das quais se destaca o sentimento da injustiça, por ser submetido a provações desumanizadoras e cruéis sem internalizar a razão para tanto.

Não é à toa que, consoante observado das pesquisas supramencionadas, a demonstração de remorso e arrependimento pelo infrator aumenta a probabilidade da manutenção de um comportamento probo e alinhado com a legalidade.

Ademais, o auxílio proposto pela Justiça Restaurativa ao infrator para a reabilitação material, moral ou espiritual torna-o mais humano e com maiores possibilidades de efetivamente se reintegrar à comunidade como um sujeito pleno, contributivo e participativo.

Evidentemente, todo esse suporte (em grande parte comunitário) proporciona ao sujeito a retomada de uma vida útil em sociedade, facilitando a recomposição de laços rompidos no passado e fortalecendo a criação de novas relações interpessoais que o satisfaçam ainda mais.

Como resultado, a Justiça Restaurativa impacta positivamente no infrator da seguinte forma: (i) vislumbrando o potencial de responsabilizar-se pelos danos e consequências do crime; (ii) participando ativa e diretamente no processo; (iii) relacionando-se com a vítima e a comunidade; (iv) desculpando-se ao sensibilizar-se diante do trauma causado à vítima; (v) discutindo e ouvindo as perspectivas dos envolvidos sobre o fato e participando na consecução de um acordo; (vi) tendo suas necessidades supridas, etc.

Como dito acima, o eventual controle social provocado pela Justiça Restaurativa não consiste, sob qualquer hipótese, em um de seus objetivos primários. Sem nenhum óbice, esse efeito tangencial deve-se, sobremaneira, à própria essência da abordagem restaurativa, recuperando o ofensor como um todo.

Destarte, em que pese a ressalva ora aludida, as pesquisas apontadas no segundo tópico concluíram, em maior ou menor medida (e a despeito de resultados indesejados), pela efetividade e eficácia da utilização de práticas restaurativas na

redução da criminalidade, ao coibir futuros comportamentos delinquentes por aqueles designados aos programas da Justiça Restaurativa.

Hessney HEYES observa que os diferentes processos restaurativos, a aplicação deles em momentos procedimentais diferenciados, assim como sob rótulos diversos, constituem-se em motivos fundamentais para explicar as divergências nos resultados das pesquisas.

Com base nisso, inobstante concordar que os atuais conhecimentos disponíveis são insuficientes para cravar a ligação direta entre a Justiça Restaurativa e a (redução da) reiteração delitiva, HEYES endossa tal relação ao afirmar que:

*“Ainda, nada obstante a redução da criminalidade não ser um dos objetivos principais da Justiça Restaurativa, a reincidência permanece importante para o estudo porque a Justiça Restaurativa permanece teoricamente vinculada a futuras infrações. Aliás, um processo restaurativo exitoso, que responsabiliza o ofensor, encorajando-o a aceitar a responsabilidade pela transgressão e fazer as pazes (desculpando-se), não o envergonhando estigmatizadamente, provendo-o de um fórum que promova perdão e possibilite resultados reintegradores e reabilitadores, inevitavelmente deve produzir reduções em futuras ofensas.”<sup>209</sup> (tradução livre)*

Ademais, como para sustentar o potencial da Justiça Restaurativa em coibir futuros comportamentos delinquentes, Lawrence W. SHERMAN e Heather STRANG afirmaram que, pelas pesquisas, os procedimentos restaurativos funcionam melhor (no que tange à reiteração delitiva), nos crimes de maior gravidade, sobretudo naqueles que comportam elementos de violência<sup>210</sup>.

Aliás, a conclusão da menor eficácia da Justiça Restaurativa em relação a crimes de menor potencial ofensivo (naqueles delitos contra o patrimônio e sem vítimas no estudo) sugere, em outro diapasão, que problemas estruturais não resolvidos pelo Estado podem ser causas subjacentes ao crime, a exemplo da desigualdade social.

Detalhe que a correção desses problemas também está na pauta da Justiça Restaurativa e, ao que tudo indica, a concretização de um sistema plenamente

<sup>209</sup> HEYES, Hasseney. *Reoffending and Restorative Justice*. JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (org.). In: **Handbook of Restorative Justice**. New York: Routledge, 2011. P. 440. *“Reoffending remains important, however, because restorative justice remains theoretically linked to future offending. Recall advocates’ claim that if restorative justice process meet the key aims of holding offenders accountable, encouraging offenders to accept responsibility for their wrongdoing and make amends (e.g. apologize), not stigmatizingly shaming offenders, providing a forum that promotes forgiveness and achieving reintegrative and rehabilitative outcomes, reoffending should be less likely”.*

<sup>210</sup> SHERMAN, Lawrence W; STRANG, Heather. *Restorative Justice: the evidence*. Smith Institute, 2007. P. 68.

restaurativo, abarcando todos os valores e princípios já suscitados, tende a resolver também a reincidência desses delitos menores.

Ao fim e ao cabo, uma vez comprovado o potencial da Justiça Restaurativa na redução da criminalidade, a conjuntura penitenciária nacional exige a implementação de novas formas de resolução de conflitos e de pacificação social, razão pela qual é de premente necessidade – a despeito das falhas já apontadas – a aprovação e a efetiva implementação do Projeto de Lei nº 7.006/2006.

Diante disso, a utilização de procedimentos restaurativos como medidas alternativas à pena privativa de liberdade – consoante dispõe o PL enunciado – providenciaria o teste realístico a respeito do potencial da Justiça Restaurativa em reduzir a criminalidade.

A proposta da Justiça Restaurativa, por evidente, após todo o aprofundamento teórico e prático abordado, parece capaz de trazer excelentes frutos ao Estado brasileiro e, principalmente, a toda a população, seja através da efetiva recuperação de seus entes queridos, que cometeram deslizes e foram vítimas de um sistema absolutamente seletivo e repressor, seja pelo reforço que traz à segurança pública e às relações comunitárias intersubjetivas.

## CONCLUSÃO

Antes de alcançar a conclusão máxima do presente trabalho, fez-se necessário perpassar algumas etapas sem as quais restaria, tão-somente, um resultado pairando sobre vazio, sem qualquer respaldo ou supedâneo. Para tanto, o estudo foi segmentado de forma a dar azo a outras conclusões igualmente importantes, mas secundárias em relação ao cerne da proposta.

Desse modo, iniciou-se pela história da pena moderna, caracterizando a sua natureza e evolução no compasso do tempo, assim como a gênese e a evolução do cárcere no mundo ocidental, perpassando pelos modelos clássicos, orientados conforme a finalidade penal vigente em cada época, até culminar com o sistema penitenciário dos dias de hoje.

Subsequentemente adentrou-se nos aspectos teóricos da sociologia e da filosofia da pena, delimitando o conceito e as devidas críticas da pena criminal retributivista e utilitarista. O foco, por óbvio, residiu na apreciação da prevenção especial positiva e negativa, porquanto elementos determinantes na atual conjuntura penitenciária, em especial a brasileira.

Nesse sentido, a prevenção especial negativa (de neutralização e incapacitação) promove a deformação não só física, mas, sobretudo, da personalidade do condenado, ensinando-o a subcultura do crime absolutamente difundida na prisão – quase, diga-se de passagem, como um “manual de sobrevivência” – e, no mesmo diapasão, rompe os laços intersubjetivos identificadores do próprio sujeito. Ambos os efeitos, por evidente, prejudicam sobremaneira qualquer possibilidade de ressocialização e reintegração social do preso.

Ainda pior é a falibilidade ululante da prevenção especial positiva, do modelo correcionalista que visava implementar a famigerada “ideologia re”, isto é, a prisão como instrumento de reabilitação do interno capacitando-o para retomar sua vida útil em sociedade. Todavia, o “tiro saiu pela culatra”. A conjugação dos efeitos de ambas as vertentes da prevenção especial construiu uma aberração que se expande sem limites. E o principal indicador disso é a altíssima taxa de reincidência em nosso país, beirando o montante de 70% a 80%, segundo estimativas oficiais de agências do Estado.



Assim, chegou-se ao terceiro ponto do primeiro capítulo. Nele, foram abordados o instituto da reincidência e suas críticas, haja vista a absoluta importância e polêmica do tema.

A recidiva recebeu a conceituação legal e doutrinária adequada, inclusive, foi amplamente mapeada no ordenamento jurídico criminal brasileiro, proporcionando uma melhor percepção acerca da extensão dos seus ramos. Descobriu-se que a reincidência influencia dezenas de institutos penais, agravando sem tamanho a situação carcerária dos presos, os quais, a título de exemplo, são submetidos a regimes mais gravosos, têm impedidos ou dificultados várias das benesses penitenciárias, etc.

Insurge-se, a partir do exposto, a necessidade de criticar o referido instituto, com vistas a aboli-lo definitivamente do conjunto normativo pátrio. Destarte, a reincidência consiste em dupla punição do agente – ofendendo diretamente o princípio basilar do *non bis in idem*; sugere a aplicação do autoritário direito penal do autor ao invés do direito penal do fato; não observa o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena, dentre outros.

Em face disso, concluiu-se por defenestrar o instituto da reincidência da janela penal brasileira. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal – STF destoou do posicionamento ora defendido ao declarar a constitucionalidade mediante a recepção da recidiva pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em que pese a magnitude da decisão, reputa-la um mero acidente de percurso, uma batalha perdida que apenas aprimora o desejo de vencer a guerra.

Na sequência, passou-se ao segundo capítulo, que se destinou a tratar – com o necessário aprofundamento, sobre uma forma alternativa (ao sistema penal contemporâneo) de resolução de conflitos: a Justiça Restaurativa.

De início – como de praxe, entendeu-se necessário contextualizar a proposta ora em comento ao assentá-la na marcha da História. Com isso, entendimentos a respeito da sua origem e de sua evolução foram trazidos até alcançar o sistema ideal que se procura implementar. Interessante destacar, aqui, uma das características mais marcantes da Justiça Restaurativa: a capacidade de surgir em quaisquer culturas, regimes, economias, formações políticas, entre outros.

Subsequentemente, teve lugar a descrição de noções introdutórias da Justiça Restaurativa. Nesse ponto, ultrapassamos o conceito, a denominação, os princípios e os valores inatos à proposta. Há que se ressaltar a grande aptidão das práticas

restaurativas em abrir caminho à pacificação social após o fenômeno criminal, pois o foco tange às partes direta e indiretamente envolvidas, buscando a mais completa recuperação delas, na tentativa de retomar – o máximo possível – a conjuntura vigente à época do *status quo ante*.

No entanto, não podem faltar as devidas menções às partes que compõem os processos restaurativos, a saber: a vítima, o infrator e as pessoas da comunidade, ligadas ou não aos envolvidos ou ao fenômeno criminal em si. Outrossim, foram abordados – por puro interesse prático – outros atores que, a despeito de não serem caracterizados como partes, são importantes ao desenvolvimento e à consecução dos objetivos da Justiça Restaurativa. São eles: os facilitadores ou mediadores e os agentes governamentais, que podem ser desde um assistente social até o próprio juiz.

No mesmo tópico foram trazidas à lume algumas das modalidades de processos restaurativos, isto é, fez-se a devida teorização sobre os métodos que vocacionam o atingimento das finalidades da Justiça Restaurativa. Assim sendo, é de se destacar a mediação (direta ou indireta) entre vítima e infrator, as conferências de grupos familiares, os círculos comunitários e os painéis de impacto – todos componentes (mais comuns) de um rol meramente exemplificativo, entre tantas possibilidades disponíveis ou passíveis de criação.

No final do capítulo foram abordados dois importantes diplomas que tentam dotar de restauratividade o ordenamento jurídico em voga. Nessa vereda, iniciou-se pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a qual determina a adoção de meios consensuais de resolução de conflitos – a exemplo da mediação e da conciliação.

O outro instrumento normativo, ainda pendente de aprovação, é o Projeto de Lei nº 7.006/2006, que prescreve a aplicação complementar da Justiça Restaurativa no sistema penal, acrescentando, dentre outros, a sua utilização às medidas alternativas à pena privativa de liberdade.

A guisa da conclusão, o segundo capítulo aferiu a necessidade de implementar a Justiça Restaurativa no Brasil, eis que possibilita um tratamento mais eficaz e humano ao nosso sistema penitenciário, o que tenderia à uma significativa melhora da conjuntura vigente, especialmente na questão do condenado.

Finalmente, o terceiro capítulo promove, inicialmente, a comparação entre a Justiça Restaurativa e o sistema criminal formal, posicionando-se ao lado daquela

em razão dos evidentes benefícios que produz. Sem embargo, muitos dos autores utilizados não imaginam a viabilidade de um sistema integralmente restaurativo, sendo imprescindível – ao menos por ora – a manutenção do modelo vigente.

Alinhando-se ao exposto, pugna-se pela formatação imediata, e na medida do possível, do sistema penal contemporâneo aos elementos da Justiça Restaurativa, o que, por si só, já provocaria excelentes melhorias – a despeito de atingir um resultado muito aquém do possível, caso fosse implementado o modelo restaurativo na sua integralidade, inclusive solucionando as causas subjacentes ao crime.

Em seguida, colheu-se um amplo espectro de pesquisas empíricas que sustentam, em grande monta, a existência de um indissociável (mas ainda encoberto) *link* entre a Justiça Restaurativa e a redução dos índices de reincidência, dando supedâneo científico à conclusão final do presente trabalho: a eficiência e a eficácia das práticas restaurativas na diminuição da criminalidade real e aparente.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Princípios do Direito Penal Mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal*. Florianópolis, 2003. **Revista Doutrina Penal** nº 10-40, Buenos Aires: Depalma, 1987. P. 623-650.

BARNETT, Randy E. *Restitution: a new paradigm of criminal justice*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003.

BERMAN, Harold. J. *The Background of the Western Legal Tradition*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003.

BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice & Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. *Restorative Justice and a better future*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 13 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012. *Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <http://www.leidireto.com.br/lei-12594.html>. Acesso em: 13 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência*. R.E. nº 453.000, do Rio Grande do Sul. Volnei da Silva Leal versus Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 4 de abril de

2013. 43 p. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>.  
Acesso em: 13 nov. 2013.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa. Projeto de Lei nº 7.006/2006. *Propõe alterações no 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.* 6 p. Disponível em:  
[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7905051A900BC189CE8A7333E0222579.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7905051A900BC189CE8A7333E0222579.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006).  
Acesso em: 13 nov. 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 4ª ed. rev., ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125/2010. *Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. 29 nov. 2010. 10 p. Disponível em:  
[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf). Acesso em: 13 nov. 2013.

DALY, Kathleen. *Restorative Justice: the real story*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003.

EUZÉBIO, Gilson. *Pesquisa vai medir reincidência no crime*. **Agência CNJ de Notícias**. 04 mar. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/13447-pesquisa-vai-medir-reincidencia-no-crime>. Acesso em: 13 nov. 2013.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro; ZILIO, Jacson. *Reincidência*. No prelo.

HENDLER, Edmundo S. *Las raíces arcaicas del derecho penal*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

HEYES, Hasseney. *Reoffending and Restorative Justice*. JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (org.). In: **Handbook of Restorative Justice**. New York: Routledge, 2011.

HULSMAN, Louk. *Alternativas à Justiça Criminal*. In: PASSETI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

MARSHALL, Tony. F. *Restorative Justice: an overview*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader: texts, sources, context**. Portland: Willan Publishing, 2003.

NETO, Cândido Furtado Maia. *Direitos Humanos do Preso: Lei de Execução Penal: Lei nº 7.210/1984*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NOVA ZELÂNDIA. Ministério da Justiça. *Reoffending Analysis for Restorative Justice Cases: 2008 and 2009*. Ministry of Justice, 2011 49 p.

PACHECO, Andreia Teixeira Moret. *Justiça Restaurativa: uma possível alternativa a pena de prisão e sua utilização pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas.

PALERMO, Pablo Galain. *Mediação Penal como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 19, v. 91, 2011.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PLACHA SÁ, Priscila. *Hiperencarceramento: uma das hipérboles do modelo neoliberal*. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. No prelo.

ROBERTS, Julian V. *The Recidivist Premium: for and against*. VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V. (ed.). **Principled Sentencing: readings on theory and policy**. 3ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2009.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Lisboa: Veja Universidade.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SHERMAN, Lawrence W; STRANG, Heather. *Restorative Justice: the evidence*. Smith Institute, 2007.

*STF declara constitucionalidade da reincidência como agravante de pena.* **Notícias STF.** 04 abr. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>. Acesso em: 13 nov. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri: Símbolos & Rituais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

UNITED NATIONS. The Economic and Social Council. Resolution No. 2002/12. *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. 37th plenary meeting. 24 July. 2002. 5 p. Disponível em: <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. The General Assembly. *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*. 96th plenary meeting. 29 Nov. 1985. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>. Acesso em: 13 nov. 2013.

VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: an introduction to restorative justice*. 4th ed. p. New Providence: Lexis Nexis.

VON HIRSCH, Andrew. *The Discount Approach: progressive loss of mitigation*. VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian V. (ed.). **Principled Sentencing**: readings on theory and policy. 3ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2009.

WEITEKAMP, Elmar G. M. *The History of Restorative Justice*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader**: texts, sources, context. Portland: Willan Publishing, 2003.

WOOLFORD, Andrew. *The Politics of Restorative Justice: a critical introduction*. Nova Scotia: Fernwood Publishing, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Reincidência: um conceito do direito penal autoritário*. In: **Livro de Estudos Jurídicos**. V. 3. Rio de Janeiro, 1991.

ZEHR, Howard. *Retributive Justice, Restorative Justice*. JOHNSTONE, Gerry (org.). In: **A Restorative Justice Reader**: texts, sources, context. Portland: Willan Publishing, 2003.