

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**EDUARDO RUEDA FERNANDES**

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA HUMANIZADORA AO  
MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL POSTO**

**CURITIBA**

**2016**

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

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA HUMANIZADORA AO  
MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL POSTO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a defesa e obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. André Ribeiro  
Giamberardino

**CURITIBA**

**2016**



**Ministério da Educação e do Desporto**  
**Universidade Federal do Paraná**  
**FACULDADE DE DIREITO**

Ata da reunião da Comissão Julgadora da  
Monografia (Trabalho Final de Curso) do  
Acadêmico(a) **EDUARDO RUEDA  
FERNANDES**

Aos trinta dias do mês de novembro do ano de 2016, às 13:30 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) EDUARDO RUEDA FERNANDES, sobre o tema, "JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO PARADIGMA NA BUSCA PELA HUMANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO (Orientador), (Coorientador), RUI CARLO DISSENHA - Núcleo de Prática Jurídica e FLÁVIO BORTOLOZZI JR., atribuiu as seguintes notas respectivamente: 30,0, 30,0, 30,0 e —; perfazendo a média igual a 30,0.

Obs.

---

---

---

Curitiba - PR, 30 de novembro de 2016.

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO

Orientador

RUI CARLO DISSENHA - Núcleo de  
Prática Jurídica

1º Membro

Coorientador

FLÁVIO BORTOLOZZI JR.


2º Membro

## TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO RUEDA FERNANDES

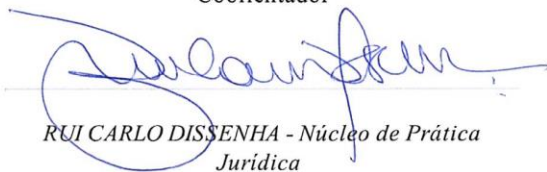
### **JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO PARADIGMA NA BUSCA PELA HUMANIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



*ANDRÉ RIBEIRO GLAMBERARDINO*  
Orientador

Coorientador



*RUI CARLO DISSENHA - Núcleo de Prática  
Jurídica*

Primeiro Membro



*FLÁVIO BORTOLOZZI JR.*  
Segundo Membro

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma breve introdução à Justiça Restaurativa, buscando analisar a compatibilidade ou não de seus pressupostos com o ordenamento jurídico brasileiro. No primeiro capítulo, tratar-se-á das teorias clássicas da pena, apontando suas nuances e inconsistências, sobretudo quando confrontadas com a prática do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. Na sequência, trataremos da Justiça Restaurativa propriamente dita, elencando seus princípios basilares e as técnicas mais comuns. Ao fim, disporemos acerca da compatibilidade da Justiça Restaurativa com o Sistema de Justiça brasileiro e acerca da possibilidade de institucionalização da Justiça Restaurativa no Brasil. Diferentemente da chamada Justiça Retributiva, a Justiça Restaurativa não tem objetivos utilitaristas ou retributivistas, mas por meio de métodos alternativos de resolução de conflitos pretende, em síntese, incentivar a assunção de responsabilidade por parte do ofensor, promover um empoderamento do ofendido, tão fragilizado pelo sistema criminal retributivo e, enfim, a reparação do dano causado pelo ofensor, tudo isso tendo como norte o respeito aos direitos humanos e a voluntariedade e autonomia dos envolvidos.

**Palavras-chave:** Justiça restaurativa, práticas restaurativas, métodos alternativos de resolução de conflitos, teorias da pena, retributivismo, utilitarismo, sistema de justiça criminal.

## ABSTRACT

The present work aims to make a brief introduction to Restorative Justice analyzing the compatibility or not of its assumptions with the Brazilian legal system. In the first chapter, we will deal with the classic theories of punishment, pointing out their nuances and inconsistencies, especially when confronted with the practice of the Brazilian Criminal Justice System. In the sequence, we will deal with the Restorative Justice itself, listing its basic principles and its most common techniques. At last, we will dispose about the compatibility of Restorative Justice with the Brazilian Justice System and about the possibility of institutionalization of Restorative Justice in Brazil. Unlike the so-called Retributive Justice, Restorative Justice has no utilitarian or retributivist goals, but through alternative methods of conflict resolution, it aims to encourage the offender to take responsibility, to promote an empowerment of the offended, so weakened by the retributive criminal system and, finally, reparation of the harm caused by the offender, all of this based on respect for human rights and the willingness and autonomy of those directly involved.

**Keywords:** Restorative Justice, restorative practices, alternative methods of conflict resolution, theories of punishment, retributivism, utilitarianism, criminal justice system.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>CAPÍTULO I: O SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO</b> .....	9
<b>1.1 Os porques do Direito Penal</b> .....	9
1.1.1 A proteção de bens jurídicos e a intervenção mínima .....	9
<b>1.2 A função da pena</b> .....	12
1.2.1 Retributivismo .....	12
1.2.2 Utilitarismo .....	16
1.2.2.1 Prevenção geral negativa .....	17
1.2.2.2 Prevenção geral positiva .....	19
1.2.2.3 Prevenção especial negativa .....	21
1.2.2.4 Prevenção especial positiva .....	21
1.2.3 Teorias ecléticas .....	24
<b>1.3 As teorias críticas da pena</b> .....	25
<b>1.4 A falência do sistema</b> .....	29
<b>CAPÍTULO II: A JUSTIÇA RESTAURATIVA</b> .....	34
<b>2.1. Introdução aos preceitos da Justiça Restaurativa</b> .....	34
2.1.1. O que é a Justiça Restaurativa? .....	35
<b>2.2. Fins da Justiça Restaurativa</b> .....	38
<b>2.3. Espécies de procedimentos restaurativos</b> .....	43
<b>2.4. Modelos de Justiça Restaurativa</b> .....	47
2.4.1. Perspectiva maximalista x perspectiva minimalista .....	48
<b>CAPÍTULO III: A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL</b> .....	50
<b>3.1. Justiça Restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro</b> .....	50
<b>3.2. Experiências em Justiça Restaurativa no Brasil</b> .....	54
3.2.1. Justiça Restaurativa em Porto Alegre/RS .....	56
3.2.2. Justiça Restaurativa em São Caetano do Sul/SP .....	59
3.2.3. Justiça Restaurativa em Brasília/DF .....	62
<b>CONCLUSÃO</b> .....	65
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	68

## INTRODUÇÃO

Questiona Howard Zehr: “Como a sociedade deve responder ao malfeito? Quando um crime ou uma injustiça ocorrem, o que precisa ser feito? O que a justiça requer?”<sup>1</sup>

A resposta dada para essas perguntas envolve o acionamento do Sistema de Justiça Criminal. O crime é investigado pela polícia, o órgão de acusação oferece uma denúncia e o órgão do Poder Judiciário fixa uma pena. Entretanto, há algo nesse sistema que não funciona como deveria.

O Atlas da Violência 2016, publicado recentemente pelo IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, indica que, em 2014, foram registrados 59.627 homicídios em todo o país. Esses números representam uma proporção de 29,1 pessoas vitimadas a cada cem mil habitantes. Esse índice é o maior já registrado na história do Brasil, sendo, inclusive, muito maior que a média de 50 mil entre 2004 e 2007 e 52 entre 2008 e 2011<sup>2</sup>.

Para fins ilustrativos, o Brasil detém 11,4% de todos os homicídios ocorridos em todo o mundo, muito embora somemos apenas cerca de 2,7% da população mundial. Em números absolutos, somos o país que mais mata no mundo.

É fato que a sociedade não tem a confiança necessária nas instituições que compõem o Sistema de Justiça Criminal<sup>3</sup>, mas onde reside a solução para os problemas trazidos pela criminalidade? Certamente, o endurecimento de penas ou mais encarceramento não são as soluções mais adequadas.

---

<sup>1</sup> Tradução livre. No original: “How should societies respond to wrongdoing? When a crime occurs or an injustice is done, what needs to happen? What does justice require?” ZERH, Howard. **A little book of restorative justice**. 2003. p. 2. Disponível em: <[www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf](http://www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf)>. Acessado em: 28/08/2016.

<sup>2</sup> IPEA, FBSP. **Atlas da Violência** 2016. Disponível em: [http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas\\_da\\_violencia\\_2016.pdf](http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf). Acessado em: 05/11/2016.

<sup>3</sup> De acordo com o Relatório ICJ Brasil do 2º semestre de 2015, os índices de confiança na polícia são de 35% e no Judiciário são de 32% e no Ministério Público são de 39%. Das instituições presentes na pesquisa, os três órgãos só estão à frente dos sindicatos, do Congresso Nacional, do Governo Federal e dos partidos políticos. **FGV. Relatório ICJ Brasil 2º semestre/2015**. p. 18. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/16539> Acesso em: 10/11/2016.

Entendemos que o Sistema Criminal não funciona como deveria e não porque lhe falta rigidez, mas porque ele próprio convive com incongruências que o tolhem a efetividade.

Para conferir validade ao Sistema de Justiça Criminal, são diversas as teorias que buscam explicar o porquê das penas. Veremos que essas teorias se dividem basicamente em retributivas e utilitárias. Os partidários das primeiras defendem que a pena é justificada pela necessidade de se retribuir o mal causado pelo crime, na justa medida de sua gravidade. Do outro lado, os utilitaristas pregam que a pena deve servir a um propósito mais amplo que a pura punição, como, por exemplo, ressocializar, coagir a coletividade pelo exemplo, entre outras funções.

As referidas justificativas, como se verá, apresentam pontos frágeis já no plano teórico. Quando provadas empiricamente, por sua vez, os pontos fracos são ainda mais evidentes.

Doutro lado, outras teorias buscam deslegitimar a lógica punitivista e, dentre elas, encontram-se as teorias introdutórias aos modelos restaurativos de Justiça.

A Justiça Restaurativa se traduz numa nova concepção de justiça criminal<sup>4</sup>, trata-se de um punhado de métodos de resolução de conflitos baseados primordialmente no diálogo, no respeito, na assunção de responsabilidades, no intuito de reparação e, por fim, na própria pacificação social. Em palavras mais autorizadas, pode-se dizer que a Justiça Restaurativa:

“1. Tem foco nos danos e consequentes necessidades (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor). 2. Trata-se das obrigações resultantes desses danos (obrigações do ofensor mas também da comunidade e da sociedade). 3. Utiliza processos inclusivos e cooperativos. 4. Envolve todos os que têm um interesse na situação (vítimas, ofensores, a comunidade, a sociedade). 5. Busca corrigir os males<sup>5</sup>”.

---

<sup>4</sup> Utiliza-se a terminação “nova” porque, de fato, a Justiça Restaurativa é recente no Brasil. Entretanto, em países como a Nova Zelândia e a Austrália, práticas restaurativas são utilizadas há décadas, tendo como origem os modelos de resolução de conflitos baseado em costumes milenares de tribos Maoris, que habitam a Oceania.

<sup>5</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 257.

Percebemos que o modelo retributivo de justiça criminal “aliena” os efetivos titulares do conflito, ofendido e ofensor, diminuindo seus papéis, a fim de primar pelo interesse público que reside na punição do acusado (com as exceções das ações penais privadas e, em certa medida, das ações penais públicas condicionadas). De igual modo, a justiça retributiva funciona de modo a reforçar estigmas, na medida em que atribui ao ofensor o *status* de condenado e o insere na subcultura do cárcere. Ainda, a justiça retributiva falha em “passar a mensagem” para as partes envolvidas. De um lado, o processo não dá a oportunidade do diálogo, minando as possibilidades de compreensão mútua entre o ofendido e o ofensor. De outro lado, a pena corporal imposta ao condenado passa muito longe de qualquer ideal educativo, trata-se de sofrimento pelo sofrimento.

Em oposição a todas essas mazelas, um modelo restaurativo, focado na reparação do dano e no diálogo, representa uma mudança de paradigma cuja necessidade já foi reconhecida internacionalmente pela ONU<sup>6</sup> e internamente pelo CNJ<sup>7</sup>.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa pode ser encarada como uma ferramenta viável para fazer do Direito Penal algo melhor, ou, como pretendia Radbruch, para que se faça algo melhor que o Direito Penal<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12.

<sup>7</sup> Resolução 225/2016.

<sup>8</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 246.

## **CAPÍTULO I: O SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO**

### **1.1 Os porques do Direito Penal**

Antes de se pensar como devem (ou deveriam) funcionar os sistemas criminais, é primordial a discussão sobre qual é a função do Direito Penal. A função unanimemente mais primeira, lembrada por Aníbal Bruno<sup>9</sup> e Jescheck<sup>10</sup>, é a de instrumento necessário para a proteção de bens jurídicos essenciais. Outros, a exemplo de Zaffaroni<sup>11</sup>, nos ensinam que o Direito Penal também é, acima de tudo, ferramenta de limitação do poder punitivo, atuando como limitador da arbitrariedade e da sede punitiva.

#### **1.1.1 A proteção de bens jurídicos e a intervenção mínima**

De acordo com Luiz Régis Prado, bens jurídicos são qualquer coisa, seja material ou imaterial, que se apresenta, para o ser humano, como digno, útil ou necessário<sup>12</sup>. Nesse sentido, tanto é bem jurídico a propriedade sobre um par de meias quanto a integridade moral de alguém ou sua própria vida. Partindo daí, poder-se-ia imaginar que, sendo o fim do Direito Penal a tutela e proteção de bens jurídicos, toda lesão a bens jurídicos seria objeto de tutela penal.

Essa racionalidade, entretanto, não é adequada, posto que ignora todas as outras maneiras de resolução de conflitos, trazendo a mesma resposta para desvios das mais distintas gravidades.

A questão atinente, portanto, é justamente definir quais bens jurídicos devem se valer da tutela do Direito Penal ou, em qual medida a lesão a esses bens jurídicos deve ser reprimida penalmente.

---

<sup>9</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 11.

<sup>10</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. p. 9-10.

<sup>11</sup> ZAFFARONI Raul Eugenio. **Direito Penal Brasileiro - II**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 20.

<sup>12</sup> PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 18.

Em síntese, a definição de qual esfera deverá se ocupar da repressão do desvio passa obrigatoriamente pelos postulados dos princípios da lesividade e da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima prevê que nem todos os bens jurídicos devem ser objeto de tutela penal, mas somente aqueles sobre os quais as outras formas de tutela não se mostram efetivas, consagrando a tutela penal como *ultima ratio*. Nessa perspectiva, não é oportuno reprimir penalmente desvios que sejam suficientemente rebatidos com sanções civis ou administrativas efetivas (tendo em vista, ainda, a independência das três esferas). É o que nos ensina Roxin:

De lo dicho hasta ahora se desprende ya que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema (...). Por ello se denomina a la pena como la "ultima ratio de la política social" y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos.<sup>13</sup>

Nesta lógica, sendo o Direito Penal o meio de sanção mais grave do qual o Estado dispõe, é certo que sua aplicabilidade deve ser restrita, devendo, pois, se mostrar como “um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”<sup>14</sup>.

Do mesmo modo, também não merecem a atenção do Direito Penal os desvios que não atinjam bens jurídicos relevantes. Em outras palavras, o Direito Penal não se ocupa – ou não deveria se ocupar – de desvios menores, tais qual jogar lixo na rua, por exemplo. É disso que trata o princípio da

---

<sup>13</sup> Em tradução livre: “Disso se desprende que a proteção de bens jurídicos não é feita somente por meio do Direito Penal, mas que ele deve trabalhar como instrumental a todo o ordenamento jurídico. O Direito Penal só é mesmo a última de todas as medidas protetoras que se pode considerar, o que significa que só se pode fazer intervenção quando faltarem outros meios de resolver o problema. Por isso se denomina a pena como ‘ultima ratio da política social’ e sua missão é definida como de proteção subsidiária de bens jurídicos”. ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997. p.65.

<sup>14</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1.º a 120**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 137.

lesividade, ou ofensividade: “não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão (...) a um bem jurídico determinado”<sup>15</sup>.

É em leitura do princípio da lesividade que se tem, ainda, que, mesmo que a conduta do agente seja adequada ao conceito de crime, para que se acione o sistema penal, deve-se analisar se, no caso concreto, também há lesividade suficiente na conduta. Nesse sentido, o que se pune não é tão somente a lesão à norma, mas a lesão à norma que tenha potencial lesivo em relação a determinado bem juridicamente tutelado. Nesse sentido, Zaffaroni ensina:

O injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional<sup>16</sup>.

O princípio da lesividade, em que pese tenha origem no direito romano, foi aperfeiçoado e reinserido no direito contemporâneo por Roxin, em artigo denominado *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, ou Política Criminal e Sistema Jurídico Penal, quando cunhou a teoria da criminalidade de bagatela<sup>17</sup>. A partir daí, iniciaram-se as construções acerca da inviabilidade de adequação típica de conduta que, por seu reduzido poder lesivo, não poderia ser tratada como crime<sup>18</sup>.

Então, tendo em vista que para configurar-se crime, deve a conduta ser típica, ilícita e culpável, se lhe falta a lesividade, fatalmente padecerá a tipicidade da conduta e, portanto, não mais poderá ser objeto da tutela penal.

Assim, em linhas gerais, ao menos em teoria, de acordo com a lógica estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, devem ser submetidos à tutela

---

<sup>15</sup> PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1.º a 120**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 139.

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Teoria del Delito**. Buenos Aires: Ediar. 1973. p. 226.

<sup>17</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 99.

<sup>18</sup> O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a falta de lesividade, quando acompanhada de “nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada” é causa excludente de tipicidade conforme o julgado HC 98.152/MG.

penal todos aqueles fatos (cometidos por penalmente imputáveis) que lesem bem jurídico relevante e em face dos quais não sejam efetivas sanções civis ou administrativas.

## **1.2 A função da pena**

Entendendo o Direito Penal como uma tartaruga em cima de uma árvore ou como uma construção necessária, é certo que ele existe e que, ao menos a curto e médio prazo, continuará existindo.

A questão que surge na sequência é: qual é a função da pena e, portanto, do Direito Penal? Nessa discussão, ao menos no viés oficial, os teóricos se dividem substancialmente em duas vertentes. A primeira, retributivista, assume a função da pena, primordialmente como de retribuição do mal causado pelo criminoso. A segunda, por outro lado, atém a função da pena a um viés utilitário, voltando-se para conceitos como o da ressocialização e do desestímulo pela coação.

A partir de agora, passaremos a analisar, uma a uma, as funções declaradas da pena.

### **1.2.1 Retributivismo**

Também denominada de teoria absoluta, a corrente retributivista caracteriza a pena como meio de expiação do agente delinquente, sendo o Estado o responsável por “devolvê-lo” o mal causado.

Nessa linha, observa-se que o próprio termo “pena” é oportuno por ser sinônimo de sofrimento, castigo, suplício. Diante disso, teóricos retributivistas têm como pressuposto a ideia de que a pena deve ser algo que necessariamente inflija sofrimento ao destinatário. Sem cuja característica, evidentemente, não se faz expiação.

Essa teoria tem origem no pensamento da moral de Kant, cujo cerne gira em torno de caracterizar a lei penal como um verdadeiro imperativo

categorico. Nessa racionalidade, o fazer cumprir a lei é absolutamente necessário, sendo que, no caso, a pena está completamente desvinculada de uma atribuição utilitária, ou seja, a pena é justificada nela mesma.

Nesta lógica, a pena só é justa se aplicada na exata proporção do mal causado (o que não implica necessariamente em aplicação da lei de talião). Kant, ilustrando sua tese nos traz o seguinte:

Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida, pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguínea não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça<sup>19</sup>.

No mesmo sentido é o pensamento de Hegel, que atribui à pena a função de negação do crime, ou seja, sua função seria anular o mal causado pelo crime cometido. Com esse mecanismo, a pena sobreporia a violação daquele bem jurídico e reafirmaria o direito. Assim como Kant, Hegel entende que a pena deve ser aplicada na medida da gravidade do crime, para que, então, possa “reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito”<sup>20</sup>.

Nos moldes da teoria retributivista, atribuir à pena uma função, qualquer que seja, é tido como uma afronta à própria dignidade do condenado, sobretudo porque o toma como instrumento para o alcance de fins sociais. Em outras palavras seria inaceitável e desrespeitoso desviar o interesse precípua da pena, que é seria um só: a retribuição em igual medida pelo mau causado.

Nesse sentido, a rigor, o retributivismo sequer poderia ser considerado uma teoria de fins da pena, justamente porque seus preceitos negam que a pena tenha qualquer função propriamente dita. Nesse aspecto, ensina Jorge de Figueiredo Dias:

---

<sup>19</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edison Bini. Bauru/SP: Edipro, 2003. p. 176.

<sup>20</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1997. p. 87.

Como teoria dos fins da pena, porém, a doutrina da retribuição deve ser negada. Logo porque ela não é (verdadeiramente não quer ser, nem pode ser) uma teoria dos fins da pena. Ela visa justamente o contrário, isto é, a consideração da pena como entidade independente de fins, como entidade que, no dizer de Maurach, louvado na lição de Hegel, existe na sua *zeckgelöste Majestät*, na sua majestade dissociada de fins. A partir daqui é só um jogo de palavras desinteressante saber se a concretização de uma ideia – no caso, a ideia da Justiça – não é, também ela, um "fim"; ou se como tal devem antes ser consideradas só finalidades empírico-sociais: quando se pergunta pelo fim da pena indaga-se de efeitos relevantes na e para a vida comunitária<sup>21</sup>.

De qualquer modo, ainda que a pena na acepção retributiva não tenha uma finalidade colateral e detenha um fim em si própria, podemos considerá-la uma teoria de justificação da pena.

Seguindo, as teorias retributivistas têm ganhando um teor proporcionalista vinculado à culpabilidade, moldando a retribuição na medida do injusto, o que vem como expressão do princípio da proporcionalidade.

Nesse aspecto, a pena não mais é vista como retribuição ao fato propriamente dito, mas à culpabilidade, em consonância com as teorias modernas do crime.

Diferentemente do que possa parecer à primeira vista, a retribuição não se confunde com vingança institucionalizada. Não se trata de alienação da vingança do particular ao Estado, mas, sobretudo na concepção moderna da teoria, de ajuste da pena ao potencial lesivo do crime, proporcionalmente a sua gravidade e à culpabilidade do agente.

Sintetizando, Cezar Roberto Bittencourt expõe que “segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais”<sup>22</sup>.

Portanto, a lógica parte de um conceito de justiça baseado na ideia de “compensação” de um mal por outro mal, neste caso, a pena. Entretanto, tal premissa é de impossível verificação empírica. Em outras palavras, não há prova de que fazer sofrer o culpado por um crime compense de alguma

---

<sup>21</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.47/48.

<sup>22</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 68.

maneira o mal por ele causado ou, ainda, que esse mecanismo seja desejável para a sociedade.

É o que nos traz Fábio Bergamin Capela:

Não há nada que prove que um mal anule o outro mal, muito pelo contrário, para a sociedade, na verdade, gera-se um produto da soma dos dois males. Por isso, com efeito, apenas mediante um ato de fé, pode-se acreditar em tal concepção.<sup>23</sup>

Capela, seguindo, dispõe:

A teoria da retribuição fracassa perante a tarefa de estabelecer um limite, *quanto ao conteúdo*, ao poder punitivo do Estado. Ela não impede que se inclua no Código Penal qualquer conduta, e que, caso se verifiquem os critérios gerais de imputação, tal conduta seja efetivamente punida<sup>24</sup>.

A crítica que se faz a grante parte das teorias absolutas, portanto, é a de que se baseiam num ideal de justiça tão abstrato que pode assumir os mais diversos significados.

Ainda, se a pena é a pura retribuição de um mal, faz pouco sentido entender que é possível anular o dano causado por um homicídio com uma pena privativa de liberdade.

A inconsistência é maior ainda quando se leva em conta que em diversos sistemas há a possibilidade de aumento de pena, por exemplo, por circunstâncias pessoais do agente, algo que nada tem a ver com o crime cometido, ou com o mal causado à vítima. Do mesmo modo, a lógica não convive muito bem com a ideia de que a pena é flexível, ou seja, pode ser remida por trabalho e estudo, por exemplo. A respeito disso, Giamberardino dispõe:

Mesmo sendo viável, a princípio, “hierarquizar” atos como mais ou menos graves entre si, a partir de valores e critérios a serem determinados, não é possível justificar no caso concreto o ato de punir como equivalente ou justo perante a ação punida. Buscou-se a proporção com uma “moeda comum”, a privação da liberdade, mas o próprio desenvolvimento histórico da execução da pena de prisão comprova exatamente o oposto: a consolidação da privação da

---

<sup>23</sup> CAPELA, Fábio Bergamin. **Em busca de uma quantidade razoável de pena: as funções da pena e seus critérios individualizantes**. Curitiba: UFPR, 2013. p. 23. Programa de pós-graduação em direito da UFPR, Curitiba, 2013.

<sup>24</sup> CAPELA, Fábio Bergamin. **Em busca de uma quantidade razoável de pena: as funções da pena e seus critérios individualizantes**. Curitiba: UFPR, 2013. p. 23. Programa de pós-graduação em direito da UFPR, Curitiba, 2013.

liberdade como modalidade hegemônica de punição foi pautada desde o início pela sua flexibilização segundo parâmetros utilitários, não passando a pena fixada na sentença condenatória de uma “pena virtual” e sujeita a alterações qualitativas e quantitativas no curso de sua execução<sup>25</sup>.

Ainda, nesse raciocínio, tomando como exemplo o modelo brasileiro, a partir do retributivismo se deve entender que o mal causado por um latrocínio pode e deve ser “compensado” por uma pena de 20 a 30 anos de reclusão, enquanto um crime de estupro estaria devidamente retribuído entre 6 e 10 anos, o que não soa adequado.

Outro problema, apontado por Lourenço Martins, diz respeito ao fato de que a lógica retributiva tem como pressuposto o livre arbítrio, assumindo que “será culpado o sujeito que podendo motivar-se pelo respeito da norma optou por delinquir”<sup>26</sup>.

Enfim, Roxin, sobre a noção de pena como retribuição sintetiza:

A teoria da expiação não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como conhecimento de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante.<sup>27</sup>

Portanto, conclui-se que as teorias retributivistas pecam (a) em estabelecer que as ações são completamente desvinculadas de qualquer ingerência do meio, de modo que o agente, ao delinquir, o faria conscientemente, como se anuisse com a pena cominada, (b) por se mostrarem insuficientes no momento de se atribuir ao sujeito uma pena adequada à gravidade em concreto do crime cometido e à culpabilidade e (c) pela insuficiência de fundamentos quanto à legitimidade do poder de punir.

### 1.2.2 Utilitarismo

Também denominados de relativistas, os teóricos utilitaristas da pena entendem ser a pena, sobretudo, uma ferramenta social que tem o intuito de

---

<sup>25</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 83-84.

<sup>26</sup> MARTINS, A. Lourenço. **Medida da pena – finalidades – escolha: abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.68.

<sup>27</sup> ROXIN, Claus. **Sentido e Limites da Pena Estatal. Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986, p. 19.

atenuar a criminalidade, deixando um de lado as noções de retribuição pelo mal causado características do retributivismo.

Daí o nome: são teorias relativas porque entender que a pena tem um objetivo diverso, ou seja, é um meio, um instrumento para alcançar algo, diferentemente da absoluta, que tem a pena como um fim em si mesma<sup>28</sup>.

As teorias utilitaristas, em contraste às retributivistas, “se voltam mais ao futuro que ao passado, e mais ao autor que ao ato”<sup>29</sup>, tendo como pressuposto geral a ideia de prevenção da criminalidade.

Em síntese, compõem as noções utilitaristas a ideia da prevenção geral e da prevenção especial, cada uma em suas esferas positiva e negativa.

### 1.2.2.1 Prevenção geral negativa

A prevenção geral negativa, em linhas gerais, busca, por meio da coação, dissuadir a coletividade da tentação de cometer crimes. A imagem do que pode ocorrer quando se é apanhado pelo sistema criminal, portanto, é a principal arma utilizada pela prevenção geral<sup>30</sup>.

Nessa lógica, pretende-se a diminuição da criminalidade por meio de uma atuação preventiva.

Nesse aspecto, André Giamberardino, citando Jeremy Bentham nos traz que, admitindo-se que a ação humana é movida pelos princípios de dor e prazer:

Se o cálculo racional da dor ou sofrimento advindos da aplicação de uma pena resultasse mais significativo que aquele das vantagens a serem obtidas com o crime, o sujeito se absteria de praticar o ato<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> CAPELA, Fábio Bergamin. **Em busca de uma quantidade razoável de pena: as funções da pena e seus critérios individualizantes**. Curitiba: UFPR, 2013. p. 25. Programa de pós-graduação em direito da UFPR, Curitiba, 2013.

<sup>29</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 85.

<sup>30</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 50-52.

<sup>31</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 87.

Um problema dessa noção, problema esse compartilhado com a noção retributivista, reside no fato de que, para que funcione, deve-se admitir que os potenciais criminosos agem sempre racionalmente, calculando o custo-benefício dos crimes que pretendem praticar<sup>32</sup>. Além disso, por óbvio, a teoria requer uma sociedade cujo sistema criminal que de fato seja capaz de desvendar e reprimir parte significativa dos crimes cometidos e, ainda, capaz de reprimi-los de modo suficientemente indesejável ao potencial criminoso.

Outro ponto problemático é o de que, nesse modelo, as penas não são pensadas para serem adequadas à gravidade do crime, mas simplesmente para intimidar potenciais criminosos da prática daquele crime. Desse modo, servindo-se exclusivamente dessa teoria, seria adequado admitir que crimes cujo interesse de combate é maior deveriam ter necessariamente penas maiores. Essa tendência, inclusive, é observada no nosso próprio sistema criminal, a exemplo da Lei 11.343/06 que, numa tentativa desesperada de suprimir o tráfico de drogas no Brasil atribui ao crime de tráfico de drogas pena máxima maior que o crime de estupro.

Evidentemente, se a função da pena é criar exemplos para o resto da sociedade, a sensação de impunidade é absolutamente indesejável para o sistema, o que leva ao segundo problema, que é despertar o interesse punitivista do Estado.

Beccaria, já no século XVIII, sabiamente afirmava que a criminalidade está muito mais atrelada à certeza da aplicação da pena do que à sua gravidade propriamente dita<sup>33</sup>.

De acordo com esse pensamento, a solução do problema iria no caminho apresentado pela “teoria das janelas quebradas”<sup>34</sup>, de acordo com a qual seria necessário se mostrar que o crime não passa despercebido aos

---

<sup>32</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.122.

<sup>33</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. Bauru: EDIPRO, 1993. p. 61.

<sup>34</sup> WILSON, James Q.; KELLING, George L. **Broken Windows**. 1982. Disponível em: [http://www.manhattan-institute.org/pdf/\\_atlantic\\_monthly-broken\\_windows.pdf](http://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf). Acessado em: 13/07/2016.

olhos do Estado. Nessa linha, uma resposta necessariamente deve ser dada à sociedade, visando a desestimular a prática do crime.

Nos primórdios, a tentativa de alcançar os fins da prevenção geral negativa era feita através dos nefastos suplícios. Naquele modelo penal medieval, na linha do que prega a teoria relativa geral negativa, havia a ideia de que não bastava que o réu sofresse com a pena, mas era fundamental que a sociedade tivesse conhecimento do que de fato acontece com aqueles que violam a lei, com execuções espetacularizadas retratadas por Foucault em sua obra “Vigiar e Punir”<sup>35</sup>.

Entretanto, a resposta efetivamente dada, não é eficaz, posto que costuma vir pelo caminho da intimidação pela rigidez da pena, e não pela certeza de infalibilidade do sistema, justamente porque uma reforma legislativa é muito menos custosa que patrocinar um estado de vigilância constante.

### 1.2.2.2 Prevenção geral positiva

Adiante, se a prevenção geral negativa é informada pela coação, pela obediência, na prevenção geral positiva o interesse é o de difundir a observância da lei penal, atingindo não só aqueles tidos como potenciais violadores da lei, mas toda a sociedade. Atua como mecanismo de legitimação do sistema como um todo.

De acordo com Zaffaroni, a prevenção geral positiva estabelece as penas “não, porém para dissuadi-los pela intimidação, e sim como valor simbólico produtor de consenso e, portanto, reforçador de sua confiança no sistema social geral”<sup>36</sup>.

Em uma perspectiva ampla, Niklas Luhmann entende que o direito teria a função específica de pacificação da sociedade através da generalização congruente de expectativas comportamentais:

---

<sup>35</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes. 1987. p. 8 e ss.

<sup>36</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.121/122.

A função do direito reside em sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões, e essa seleção, por seu lado, baseia-se na compatibilidade entre determinados mecanismos das generalizações temporal, social e prática<sup>37</sup>.

Maurício Stegemann Dieter, sobre as teorias de Luhmann e Jakobs, sintetiza:

Assim, para todos os casos de violação de bens jurídicos culturalmente importantes, aos quais a mídia dedica-se com particular entusiasmo, e cuja conseqüência é a inevitável reação popular exigindo punições para o caso concreto, o magistrado convertido em responsável por reestabilizar a "pax societatis", vê-se (no mínimo) inclinado ou (no máximo) moralmente obrigado, a condenar o(s) réu(s) destes casos que mais afetam a consciência coletiva, pois em caso contrário estaria frustrando as expectativas normativas da sociedade, causando um desequilíbrio na ordem social e uma desconfiança nas instituições<sup>38</sup>.

Portanto, tem-se que o viés preventivo geral positivo atribui à pena e, por conseguinte, ao direito penal a tarefa de manutenção de instituições do Estado.

Seguindo, Dieter tece algumas críticas à teoria levantada por Jakobs. A primeira delas diz respeito justamente ao fato de que ao direito penal não deve caber a função de "fazer a manutenção das instituições do Estado através da manutenção de expectativas normativas", posto que já tem suas funções próprias. Na sequência, sustenta que um direito penal tomado por essa primeira característica levaria "inevitavelmente ao desrespeito do devido processo legal, pois há um pré-julgamento do réu, quem já foi condenado antes mesmo de ser julgado". Por último, fundamenta que a seleção das condutas a serem criminalizadas, incluindo condutas cuja ilegalidade não seria evidente "não estabiliza, pelo contrário, desestabiliza a ordem social em uma volta ao medievo"<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. **A sociologia do direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 116.

<sup>38</sup> DIETER, Maurício Stegemann. **A função simbólica da pena no Brasil: uma crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs**. Disponível em: [revistas.ufpr.br/direito/article/download/7036/5012](http://revistas.ufpr.br/direito/article/download/7036/5012). Acesso em: 13/07/2016.

<sup>39</sup> DIETER, Maurício Stegemann. **A função simbólica da pena no Brasil: uma crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs**. Disponível em: [revistas.ufpr.br/direito/article/download/7036/5012](http://revistas.ufpr.br/direito/article/download/7036/5012). Acesso em: 13/07/2016.

### 1.2.2.3 Prevenção especial negativa

A prevenção especial negativa então, explica a função da pena como de operar uma espécie de “neutralização” do delinquente. Por meio dessa ideia, enquanto durar a periculosidade do agente, deverá durar seu distanciamento da sociedade e diferentemente da prevenção geral positiva, que se verá, a reabilitação do apenado não é o foco principal da pena.

Ferrajoli expõe que o cerne da teoria seria de que o criminoso é seria um “ser antropológicamente inferior”, “degenerado” e, que, sendo assim, a pena seria necessária para conter o perigo que ele representa para a sociedade. Destaco:

Nesta perspectiva as penas assumem o caráter de medidas tecnicamente apropriadas às diversas exigências terapêuticas da defesa social, vale dizer, higiênico-preventivas, terapêutico-repressivas, cirúrgico-eliminatórias, dependendo do tipo de delinquente – ocasionais, passionais, habituais, loucos ou natos – e dos fatores sociais, psicológicos e antropológicos do crime<sup>40</sup>.

A prevenção geral negativa, no entanto, não tem muito êxito quando verificada empiricamente, haja vista a facilidade que líderes de facções criminosas, por exemplo, determinam o cometimento de crimes de dentro das penitenciárias, como se viu no caso do assassinado do juiz Antonio José Machado Dias, ordenado por “Marcola”, enquanto cumpria pena<sup>41</sup>.

Outra crítica possível a ser feita, considerando que o fim da pena seria alcançado com o isolamento do delinquente da sociedade, a prevenção geral positiva seria suficiente para justificar a prisão perpétua ou a pena de morte, por exemplo, haja vista que a pena é baseada estritamente na periculosidade do delinquente<sup>42</sup>.

### 1.2.2.4 Prevenção especial positiva

---

<sup>40</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 215.

<sup>41</sup> Disponível em <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,marcola-e-condenado-a-29-anos-por-morte-de-juiz,465020>>. Acessado em 13/07/2016.

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume I. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102 e ss.

Por fim, pela prevenção especial positiva, a pena teria o intuito de evitar que aqueles que já tomaram contato com o sistema criminal voltem a delinquir.

Hassemer e Francisco Conde, acerca dessa vertente, atestam:

A finalidade última das sanções penais, bem em sua forma de penas propriamente ditas, bem nas medidas de segurança e reabilitação, deve ser a reinserção social ou a ressocialização do delinquente, evitando desta forma que, uma vez cumprida sua pena, volte a delinquir<sup>43</sup>.

Portanto, de acordo com a prevenção especial positiva, o papel da pena é terapêutico, uma espécie de tratamento da “criminosidade” que acomete o delinquente.

Por meio dessa ideia, a pena deve surtir efeito no íntimo do encarcerado, fazendo-o refletir sobre a sanção que lhe foi imposta e sobre o crime que cometeu. A própria Lei de Execuções penais, aos artigos 1º e 10º apresenta essa racionalidade:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. (...)

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

A ideia, então, é que aquele que teve contato com o sistema criminal não volte a delinquir. Para tanto, é preciso que a pena experimentada seja apta a gerar a reflexão pessoal do criminoso.

Paradoxalmente, basta uma breve análise das cifras da reiteração delitiva no Brasil e no mundo que se percebe que tal teoria não se confirma na prática. Conforme pesquisa publicada pelo IPEA no ano de 2015, cerca de 25% dos apenados nos estados de Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná e Rio de Janeiro voltam a ser condenados<sup>44</sup>. Ainda que o número já seja expressivo, a pesquisa considera somente aqueles que se enquadram no conceito legal de reincidência, nos termos dos artigos 63 e 64 do Código Penal,

---

<sup>43</sup> CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 179.

<sup>44</sup> IPEA. **Reincidência criminal no Brasil**. 2015, p. 22.

o que não revela adequadamente o nível de êxito das penas quando se trata de ressocialização, haja vista que tais critérios excluem todos aqueles que não foram novamente condenados no período até 5 anos após a extinção da última pena<sup>45</sup>.

A fim de verificar a reincidência “real”, ou seja, o índice de reiteração delitiva, é mais adequado considerar todos aqueles que já tiveram contato com o encarceramento, haja vista que não há, na prática, diferenciação entre o cumprimento de pena definitiva e uma prisão cautelar, sobretudo tendo em vista a lógica da prevenção especial positiva. Nesse sentido, concluiu o DEPEN, em 2001, que é de cerca de 70% o índice de reincidência carcerária no Brasil<sup>46</sup>.

De qualquer modo, com base em qualquer um dos dois levantamentos, observa-se que o objetivo previsto na Lei de Execuções Penais não vem sendo alcançado.

Adiante, haja vista aproximar a pena de um verdadeiro tratamento psicológico e moral, outra crítica que se faz é a de que a referida teoria somente se sustenta se se puder admitir penas por tempo indeterminado, como ocorre com as medidas de segurança, por exemplo, as quais são tratamentos médicos por excelência. A par disso, Capela, citando Roxin, assevera:

Alerta Claus Roxin que as teorias preventivas especiais positivas nem ao menos logram uma delimitação temporal das penas, uma vez que para alcançarem os objetivos que proclamam, deveriam estabelecer ‘tratamentos’ que prosseguissem até que se desse a correção definitiva do apenado, mesmo que para tanto a duração da pena fosse indefinida. ‘Numa palavra: a teoria da prevenção especial tende, mais que um direito penal da culpa retributivo, a deixar o particular ilimitadamente à mercê da intervenção estatal’<sup>47</sup>.

Além disso, muito embora o termo “pena” não seja estritamente sinônimo de “encarceramento”, o cumprimento de pena em regime fechado faz parte da lógica do sistema. Nesse sentido, no Brasil, conforme dispõe o artigo 33, §2º do Código Penal, o apenado poderá iniciar o cumprimento de sua pena

---

<sup>45</sup> BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

<sup>46</sup> IPEA. **Reincidência criminal no Brasil**. 2015, p. 13.

<sup>47</sup> CAPELA, Fábio Bergamin. **Em busca de uma quantidade razoável de pena: as funções da pena e seus critérios individualizantes**. Curitiba: UFPR, 2013. p. 29. Programa de pós-graduação em direito da UFPR, Curitiba, 2013.

em regime aberto, semiaberto ou fechado, sendo este último reservado, em princípio, para condenações cujo tempo de cumprimento supere 8 anos.

Portanto, tem-se que, quanto mais grave o crime cometido, menos benéfico será o regime inicial de cumprimento. Entretanto, é no mínimo controversa a ideia de que a reabilitação social pode se dar justamente com seu isolamento da sociedade, colocando-o em outra sociedade, esta com uma cultura paralela, e submetendo-o a locais insalubres e superlotados.

Nesse sentido, tendo em vista o mecanismo de fixação do regime inicial, quanto mais grave o crime, pior será o “tratamento” ao qual se submeterá o apenado. Em face disso, não surpreendem os índices de reiteração delitiva.

Enfim, não bastassem as contradições internas, sobretudo em países subdesenvolvidos como o Brasil, as condições dos presídios eliminam definitivamente as esperanças de cumprimento dos objetivos previstos nos artigos 1º e 10º da Lei de Execuções Penais, como se verá adiante.

### 1.2.3 Teorias ecléticas

Paralelamente, existem os teóricos ecléticos, que pretendem conciliar aspectos relevantes das duas vertentes, formando a chamada teoria mista, eclética ou conciliadora.

Giamberardino, mencionando John Rawls e Herbert Hart define que, de acordo com essa teoria:

A “Justificativa Geral da Punição” reside em suas consequências benéficas, e em especial a prevenção geral decorrente da ameaça legal da pena, porém limitada por um “Princípio de Distribuição ou Proporcionalidade” na qual se inserem as considerações retributivas sobre o “justo merecimento”, essas sempre tendo por referência o caso concreto<sup>48</sup>.

Diante dessa definição, pode-se entender, então, que a vertente mista, ao menos nas teorias de Hart e Rawls, primeiramente atribui à pena a função

---

<sup>48</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 91-92.

de intimidar potenciais criminosos. Na sequencia, tendo em vista que uma perspectiva puramente utilitarista poderia, para surtir o efeito coator nos demais, levar à punição exacerbada daqueles que forem apanhados pelo sistema, surge a necessidade de atribuir à pena também o conceito da proporcionalidade, típico da vertente absoluta.

A respeito das teorias ecléticas em geral, a crítica mais recorrente vai no sentido de que elas tentariam “misturar o imisturável”<sup>49</sup>, ao combinar pressupostos que não têm compatibilidade entre si.

Jakobs, acerca dessa incompatibilidade, expõe:

La teoría de la unión acabada de esbozar, junto con sus variantes, no aporta una teoría de la pena pública. Sólo se expondrán aquí dos objeciones. Primero: la teoría de la unión vive de la suposición de que las legitimaciones y los fines de la pena pueden combinarse - al menos a grandes rasgos mediante adición, es decir, precisamente, que pueden unirse. Si esta suposición fuera acertada, de lo que evidentemente parten los representantes de esta teoría, debería buscarse aquel principio que crea esa armonía de lo aparentemente contrapuesto, es decir, que se ve satisfecho tanto por medio **de retribución** como por medio de prevención, aunque a su vez ese principio se resuma en algo tan pobre como que "en alguna medida se produzca una reacción de rechazo frente al hecho". (...)Dicho brevemente: si es posible la armonía, la teoría de la unión se queda corta, ya que no identifica el elemento creador de armonía, incluso, ni siquiera lo busca<sup>50</sup>.

É nesse sentido, então, o contraponto que se faz: ao tentar buscar uma conciliação entre as teorias utilitária e retributiva, o vés misto acabaria por não atender nem a uma nem a outra.

### 1.3 As teorias críticas da pena

<sup>49</sup> SILVA. Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 139.

<sup>50</sup> Em tradução livre: A teoria da união que se acabou de esboçar, junto com suas variantes, não contribui com uma teoria da pena pública. Só se exporão, aqui, duas objeções. Primeiro: a teoria da união vive da suposição de que as legitimações e os fins da pena podem combinar-se – ao menos grosseiramente, mediante adição, quer dizer, precisamente, que podem se unir. Se esta suposição for acertada, do que, evidentemente, partem os representantes desta teoria, dever-se-ia buscar aquele princípio que cria essa harmonia do aparentemente contraposto, quer dizer, que se veja satisfeito tanto por meio de retribuição como por meio de prevenção, mesmo que, por sua vez, este princípio se resuma a algo tão pobre como que “em alguma medida se produza uma reação de rechaço frente ao fato”. (...) Dito brevemente: se é possível a harmonia, a teoria da união não a alcança, já que não identifica o elemento criador de harmonia, inclusive, nem sequer o busca. JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 12.

Diante das incongruências entre as teorias clássicas e o que se verifica na prática é que surgem as teorias críticas da pena, a partir das quais tem-se que o sistema penal apresentaria funções declaradas, que são as quais tratamos até então, e funções não declaradas, que seriam basicamente mecanismos de segregação dos indesejáveis, elegendo, a partir de um critério político, as condutas que serão tidas como criminosas.

Vera Andrade, partindo daí, caracteriza as funções da pena como invertidas, na medida em que buscam, na realidade, o exato inverso daquilo que declaram oficialmente<sup>51</sup>.

Portanto, as funções reais do sistema criminal, de acordo com Vera Andrade, seriam de “perpetuar o próprio crime, permitindo-se a falsa ilusão de combate à violência através da violência, tudo no intuito de promover a segurança das pessoas de bem”<sup>52</sup>.

Entretanto, em contraponto à ideia de que a superficialidade das respostas oficiais seria fruto de um plano meticuloso, Zaffaroni prega:

O discurso jurídico-penal falso não é nem um produto de má-fé me de simples conveniência, nem o resultado da elaboração calculada de alguns gênios malignos, mas é sustentado, em boa parte, pela incapacidade de ser substituído por outro discurso em razão da necessidade de se defenderem os direitos de algumas pessoas<sup>53</sup>.

É, portanto, desse pressuposto que se parte, admitindo a necessidade de uma resposta, ainda que distante da resposta declarada oficialmente, sobretudo pela comprovação de sua falência, ou ainda, pelo absoluto sucesso das funções ocultas.

Juarez Cirino dos Santos sintetiza os discursos críticos da pena em duas vertentes, a negativa (agnóstica), defendida por Nilo Batista e Zaffaroni e

---

<sup>51</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 298.

<sup>52</sup> PINTO, Alessandro Nepomoceno. In: **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Organizadora: Vera Regina Pereira de Andrade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 190.

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 14.

a materialista (dialética), representada por Pachukanis, Rusche/Kirchheimer, Melossi/Pavarini e Alessandro Baratta<sup>54</sup>.

Em resumo, a crítica negativa da pena “tem por fundamento modelos ideais de *estado de polícia* e de *estado de direito*, coexistentes no interior do Estado moderno em relação de exclusão recíproca”<sup>55</sup>. O *estado de polícia* seria caracterizado pelo exercício de um poder “vertical e autoritário”, suprimindo conflitos humanos, a partir dos pressupostos de retribuição e prevenção e de acordo com os interesses daquela classe que se encontrar no poder<sup>56</sup>. Por outro lado, o *estado de direito* poderia ser caracterizado pelo exercício de um poder *horizontal/democrático* a fim de resolver os conflitos sociais de acordo com regras democráticas e limitar o poder punitivo do *estado de polícia*<sup>57</sup>.

Em primeiro lugar, Juarez Cirino ensina que essa teoria rejeita as funções declaradas da pena, portanto, negativa, sendo, ainda, agnóstica na medida em que “renuncia à cognição dos objetivos ocultos da pena criminal”<sup>58</sup>. Ainda, sequer poderia ser chamada de teoria da pena, haja vista que não pretende encontrar uma função da pena, mas sim uma função para o sistema em geral.

Nesse sentido, a teoria negativa/agnóstica, numa perspectiva político-criminal, de acordo com a leitura de Juarez Cirino:

Tem por objetivo ampliar a segurança jurídica de *todos os habitantes* mediante redução do poder punitivo do *estado de polícia* e correspondente ampliação do *estado de direito*, pelo reforço do poder de decisão das *agências jurídicas*<sup>59</sup>.

A referida teoria admite que o poder punitivo característico do *estado de polícia* seria inevitável e irracional, ou seja, as forças punitivistas não são

---

<sup>54</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 14 e ss.

<sup>55</sup> ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR, **Direito penal brasileiro**. Revan, 2003, p. 94-95.

<sup>56</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 15.

<sup>57</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 15.

<sup>58</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 15-16.

<sup>59</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 16.

passíveis de anulação, de modo que não haveria, portanto, como suprimir o poder punitivo estatal totalmente. Diante disso, Zaffaroni dispõe:

O direito penal deve programar o exercício do poder jurídico como um dique que contenha o estado de polícia, impedindo que afogue o estado de direito. Entretanto, as águas do estado de polícia se encontram sempre em um nível superior, de modo que ele tende a ultrapassar o dique por transbordamento. Para evitar isso, deve o dique dar passagem a uma quantidade controlada de poder punitivo, fazendo-o de modo seletivo, filtrando apenas a torrente menos irracional e reduzindo sua turbulência, mediante um complicado sistema de comportas que impeça a ruptura de qualquer delas e que, caso isto ocorra, disponha de outras que reassegurem a contenção<sup>60</sup>.

Nesse aspecto, aceitando a indisponibilidade da pena por conta da força irracional que a elege é que surge a necessidade de se “dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a racionalidade do estado de direito”<sup>61</sup>, de modo semelhante ao funcionamento de um dique. A teoria agnóstica/negativa, então, assume a função do direito penal como ferramenta de redução de danos por meio da contenção do poder punitivo estatal ou, nos termos usados pelos autores, da contenção do *estado de polícia*.

Adiante, surgem também as críticas materialistas/dialéticas da pena, que pretendem explicar a pena como um “fenômeno sócio-cultural específico das sociedades capitalistas”. Mencionando Pachukanis, o Professor Juarez Cirino dos Santos ensina:

A função de *retribuição equivalente* da pena criminal corresponde aos fundamentos *materiais e ideológicos* das sociedades fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, porque existe como *forma de equivalência* jurídica fundada nas *relações de produção* das sociedades capitalistas contemporâneas<sup>62</sup>.

No mesmo sentido, Rusche e Kirchheimer chegam à conclusão de que o sistema de punição funciona como um regulador do mercado de trabalho, ou seja, de algum modo, quando houver excedente de mão-de-obra, o sistema punitivo tomará medidas para suprimir essa força excedente, criminalizando condutas e enchendo as penitenciárias, e, do mesmo modo,

<sup>60</sup> ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR. **Direito Penal brasileiro – I. 3ª Ed.** Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 156.

<sup>61</sup> ZAFFARONI/BATISTA/ALAGIA/SLOKAR. **Direito Penal brasileiro – I. 3ª Ed.** Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 162.

<sup>62</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.** Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 19.

quando houver escassez o sistema tenderá à preservação dessa força de trabalho, buscando sempre o equilíbrio do mercado.

Daí vem a ideia de que o modelo do sistema punitivo observado numa sociedade atesta seu estágio de desenvolvimento econômico:

É evidente que a escravidão como forma de punição é impossível sem uma economia escravagista, que a prisão com trabalho forçado é impossível sem a manufatura ou a indústria, que fianças para todas as classes da sociedade são impossíveis sem uma economia monetária<sup>63</sup>.

Pavarini e Melossi, nessa mesma vertente, num paralelo entre a prisão e o ambiente fabril, esclarecem que o cárcere funciona de modo a viabilizar a “produção de proletários”, numa tentativa de moldar aqueles que não consomem e não produzem à lógica da economia capitalista<sup>64</sup>.

Em síntese, as teorias críticas procuram evitar os caminhos traçados pelas teorias clássicas, seja porque negam suas premissas, a exemplo da teoria agnóstica, seja porque negam a própria existência de uma política criminal, a exemplo da vertente abolicionista.

#### 1.4 A falência do sistema

Vimos que o direito penal brasileiro é lastreado por algumas premissas indissociáveis, capitaneadas pelo princípio maior da intervenção mínima.

A partir daí, é dado ao legislador eleger aquelas condutas que não serão admitidas na sociedade e em face dos que as cometem, são ao mesmo tempo atribuídas consequências. Nesse sentido, então é que se fala da pena propriamente dita, caracterizada por Giamberardino, citando Hart e Boonin, como:

---

<sup>63</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e controle social**. Tradução de Giziene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. p. 152.

<sup>64</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2010. p. 211.

(a) imposição de um dano, ou seja, deve ser aflitiva; (b) de forma intencional; (c) esta intenção deve ser exatamente retribuir e reprovar um ato cometido; (d) de forma “autorizada” ou “oficial”<sup>65</sup>.

O conceito acima é o pressuposto do qual parte o sistema criminal brasileiro, ou seja, a teoria da pena mais próxima do que se tem no Brasil é a vertente mista.

Em suma, pode-se dizer que, no Brasil, a pena é um método com o qual se retribui o mal causado pelo crime, se faz a dissuasão de potenciais criminosos por meio da prevenção geral negativa, se pretende a “reabilitação” do condenado e se “neutraliza” o potencial lesivo do delinquente, ainda que provisoriamente. Um misto de retributivismo e utilitarismo, em suas vertentes geral e especial.

Isso posto, passamos a analisar, muito brevemente, as incongruências do sistema penal brasileiro quando confrontadas com seus objetivos declarados.

Primeiramente, conforme já tratado, o ideal retributivista da pena falha principalmente pela impossibilidade de aferir a extensão do mal causado pelo delinquente. Ademais, a aleatoriedade da pena cominada, obedecendo aos mais distintos critérios de aumento, diminuição, agravamentos e atenuantes disposto no Código Penal, acaba de vez com a possibilidade de uma retribuição por excelência.

Pela lógica retributivista, seria impensável admitir aumento de pena pela reincidência ou pela personalidade do agente, por exemplo, posto que nada têm a ver com o mal causado pelo crime. Tais circunstâncias são alheias às consequências do delito e, portanto, jamais poderiam ser critério de aferição da pena justa e proporcional. Essa realidade não obedece, por óbvio, o intuito retributivista, de modo que, em que pese seja uma das teorias “justificantes” do direito penal, facilmente se observa que não há tanto apego aos seus postulados na prática.

---

<sup>65</sup> GIAMBERADINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 50.

Igualmente falham os intuitos preventivos (geral e especial). De um lado, a ameaça de sanção não surte efeito, justamente porque, mesmo que se pudesse conceber a ideia do “criminoso calculista”, já diagnosticava Beccaria que o que de fato inibe a criminalidade é a certeza de sanção, e não a gravidade em concreto da pena:

Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo (...)<sup>66</sup>.

Quanto mais atrozes forem os castigos, tanto mais audacioso será o culpado para evitá-los. Acumulará os crimes, para subtrair-se à pena merecida pelo primeiro<sup>67</sup>.

Nesse prisma é que reside o grande problema da justificativa preventiva geral da pena no Brasil.

A imensa maioria dos crimes cometidos sequer chegam a compor as estatísticas oficiais, o que reforça a sensação de impunidade, força-motriz, de acordo com a própria teoria preventiva, da criminalidade.

Por outro lado, em que pese sejam razoavelmente variados os tipos de pena previstos em nosso sistema, o núcleo duro da criminalidade, composto pelos condenados em crimes de roubo, tráfico de drogas e furto (frequentemente na forma qualificada), é invariavelmente punido com pena de reclusão.

Conforme a lógica da prevenção especial positiva, a ideia da pena é reabilitar o criminoso, sujeito que sofre de algo parecido com uma doença. Partindo daí, tem-se que, para os mais variados “doentes”, o sistema conscientemente ministra o mesmo “remédio”, só variando a dose. Não bastasse isso, o tal “remédio” que se ministra é uma experiência de confinamento numa outra sociedade, com cultura e leis próprias, relegando ao próprio reeducando a responsabilidade sobre a sua reabilitação, isso se não padecer antes mesmo de voltar a ver a liberdade. Evidentemente, a resposta não parece muito adequada.

---

<sup>66</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. Bauru: EDIPRO, 1993. p. 61.

<sup>67</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. Bauru: EDIPRO, 1993. p. 47.

Adiante, a prevenção especial negativa também falha, posto que a neutralização dos detentos também não ocorre como esperado. Além do já citado exemplo de “Marcola”, são recorrentes as notícias de apreensões de celulares dentro dos presídios, inclusive em presídios de segurança máxima. Ademais, a referida teoria pressupõe que a pena deve perdurar enquanto não cessar a periculosidade do agente, o que, por óbvio, para fazer sentido, requer um sistema de penas indeterminadas semelhante à lógica das medidas de segurança. Felizmente, tal contradição ainda não induziu o sistema à adoção das penas indeterminadas como solução para a questão.

Em síntese, Juarez Cirino, em leitura de Kunz e Albrecht, brilhantemente enumera os fracassos do modelo baseado no encarceramento:

- a) a privação de liberdade produz maior reincidência – e, portanto, maior criminalidade –, ou pelos reais efeitos nocivos da prisão, ou pela seletividade desencadeada pela mera *prognose negativa* da condenação anterior;
- b) a privação de liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado, mediante *desclassificação social* objetiva, com redução das chances de futuro comportamento legal e formação subjetiva de uma *auto-imagem* de criminoso – portanto, habituado à punição;
- c) a execução da pena privativa de liberdade representa a máxima *desintegração social* do condenado, com a perda do lugar de trabalho, a dissolução dos laços familiares, afetivos e sociais, a formação pessoal de atitudes de dependência determinadas pela regulamentação da vida prisional, além do estigma social de ex-condenado;
- d) a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado, que excluem a reintegração social e realizam a chamada *self fulfilling prophecy*, como disposição aparentemente inevitável de carreiras criminosas;
- e) prognoses negativas fundadas em indicadores sociais desfavoráveis, como pobreza, desemprego, escolarização precária, moradia em favelas etc., desencadeiam estereótipos justificadores de criminalização para correção individual por penas privativas de liberdade, cuja execução significa experiência subcultural de prisionalização, deformação pessoal e ampliação da prognose negativa de futuras reinserções no sistema de controle;
- f) finalmente, o grau de periculosidade criminal do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade, porque quanto maior a experiência do preso com a *subcultura da prisão*, maior a reincidência e, portanto, a formação de carreiras criminosas, conforme demonstra o *labeling approach*<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005, p. 25-26.

Enfim, percebe-se que as funções declaradas da pena não se confirmam quando confrontadas com a realidade brasileira. Pior ainda, a impressão que se tem é a de que sequer são empreendidos esforços para confirmar as funções declaradas, como se se tratassem de meros argumentos de legitimação da violência estatal.

O modelo penal vigente, como observam as teorias críticas, além de não cumprir com os objetivos oficiais da pena, traz efeitos colaterais incongruentes com seus próprios postulados.

Conforme já visto, a prevenção geral não intimida como pretende, mas acaba por incentivar o punitivismo legislativo,

Os efeitos colaterais de uma resposta penal padronizada vão desde a chamada *self fulfilling prophecy*, com o aprofundamento dos estigmas com o encarceramento até o fortalecimento dos processos de vitimização, haja vista a posição extremamente fragilizada em que é colocada a vítima no nosso processo penal atual.

Sobretudo quando se trata de criminalidade violenta, o sistema penal brasileiro só tende a agravar ainda mais a situação já fragilizada na qual se encontram as vítimas. Exemplificativamente, já na fase pré-processual, a vítima pode ser compelida a se submeter a exame de corpo de delito pela autoridade policial, sob pena, inclusive, de expedição de mandado de condução coercitiva em seu desfavor. Adiante, na fase processual o mesmo pode ocorrer. Sua condição é equiparada à de informante e, portanto, a vítima sequer tem a possibilidade de se furtar a responder aos questionamentos do juízo e das partes.

Nesse quadro é que se observa que, também em relação à vítima o sistema penal/processual penal brasileiro falha, além de não cumprindo com seus objetivos, trazendo tais efeitos colaterais.

Enfim, é pela absoluta ineficácia, nos fundamentos oficiais, do sistema penal que se buscam alternativas, sendo que a alternativa que nos ocupa neste trabalho é o modelo restaurativo de justiça.

## CAPÍTULO II: A JUSTIÇA RESTAURATIVA

### 2.1. Introdução aos preceitos da Justiça Restaurativa

Conforme já visto, o sistema de justiça criminal brasileiro é fundado em premissas que não têm correspondência na realidade. Além disso, os efeitos colaterais causados pela má gestão da justiça criminal só dão maior certeza de que há algo de incongruente no sistema, que demanda reformas.

Aqui, tratar-se-á da Justiça Restaurativa, modelo que busca dar aos conflitos um tratamento não essencialmente “penal”, mas restaurativo, em contraponto ao modelo “retributivo” consolidado<sup>69</sup>.

Por se tratar de um modelo de resolução de conflitos relativamente novo, ainda não há consenso entre os teóricos acerca de como exatamente se define a Justiça Restaurativa. Por isso também oportuna a utilização do termo “práticas restaurativas”, por exprimir a ideia de um conjunto não necessariamente fechado, mas que segue os mesmos princípios<sup>70</sup>.

Em linhas gerais, as práticas restaurativas consistem em procedimentos alternativos ao processo criminal oficial que, combinando “técnicas de mediação, conciliação e transação”<sup>71</sup> e baseadas na busca do consenso entre ofensor e ofendido, com a participação da comunidade, procuram uma solução para a “cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime”<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Em que pese haja outras maneiras de se fazer o diagnóstico dos sistemas de justiça criminal, opta-se por dividi-los em modelo retributivo (que carrega consigo as justificativas preventivas e retributivas da pena) e modelo restaurativo, na linha do que propôs Howard Zehr em “Trocando as lentes”. Ainda que se entenda que o modelo vigente não se resume à retribuição, conforme já tratado em capítulo anterior, por motivo estritamente de estética textual, opta-se por referir-se ao modelo atual como “retributivo”.

<sup>70</sup> Nesse sentido, há autores que fazem distinção entre os termos “Justiça Restaurativa” e “práticas restaurativas”. De acordo com Ted Wachtel, em “Defining Restorative, International institute foi Restorative Justice”, por exemplo, a diferença substancial se dá pelo momento da aplicação. A Justiça Restaurativa seria posterior ao fato criminoso, enquanto as práticas se inseririam num contexto também anterior, inclusive com intuito preventivo. Neste trabalho, tratar-se-á dos termos como sinônimos, principalmente para facilitar a compreensão.

<sup>71</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?**, 2005. p. 28 Disponível em: <[www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro\\_sedh\\_justica\\_restaurativa.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf)>. Acessado em: 28/08/2016.

<sup>72</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?**, 2005. p. 20 Disponível em: <[www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro\\_sedh\\_justica\\_restaurativa.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf)>. Acessado em: 28/08/2016.

### 2.1.1. O que é a Justiça Restaurativa?

Se há um ponto em que todos os teóricos concordam é que não existe um modelo acabado e universal de Justiça Restaurativa que possa ser exportado e vendido como a solução de todos os problemas (nem sequer existe essa pretensão). Leonardo Sica, nesse sentido, defende:

Procurar um conceito unívoco e simples poderia ensejar uma visão reducionista da proposta cuja riqueza está, justamente, na diversidade e na flexibilidade, o que permite a sua melhor adaptação a diferentes cenários sociais<sup>73</sup>.

Entretanto, se não existe um modelo ideal e genérico, é verdade que podemos, ao menos, delinear quais são os pontos basilares, comuns aos mais diversos modelos de práticas restaurativas.

Em suma, a Justiça Restaurativa e as práticas restaurativas em geral são fundadas no intuito de promover uma maior participação das partes interessadas (ofendido, ofensor e a comunidade) no conflito, a partir de uma perspectiva focada principalmente no dano<sup>74</sup>. É esse também o norte da definição trazida pela ONU:

Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam juntos ativamente na resolução das questões levantadas pelo crime, usualmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir mediação, conciliação, *conferencing* (espécie de reunião com a presença de familiares ou membros da comunidade) e círculos decisórios (tradução livre)<sup>75</sup>.

Refere-se a um processo de “resolução” do crime focando na reparação do dano causado às vítimas, mantendo os ofensores responsáveis por suas ações e, também, frequentemente, engajando a comunidade na resolução desse conflito. A participação dos envolvidos é uma parte essencial do processo que enfatiza a construção de um relacionamento, a reconciliação e o desenvolvimento de acordos em torno de um resultado almejado

<sup>73</sup> SICA, Leonardo. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. p. 417. Disponível em: [https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/151/Bases%20para%20modelo%20brasileiro\\_Sica.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/151/Bases%20para%20modelo%20brasileiro_Sica.pdf?sequence=1). Acesso em: 10/10/2016.

<sup>74</sup> ZERH, Howard. **Restorative Justice: the Concept. Movement Sweeping Criminal Justice Field Focuses on Harm and Responsibility**. Disponível em: <http://dhss.alaska.gov/djj/Documents/.../restorative-concept.pdf>. Acesso em 30/08/2016.

<sup>75</sup> Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU. Disponível em: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Acesso em: 10/10/2016.

entre vítima e ofensor. (...) Através deles, a vítima, o ofensor e a comunidade recuperam controle sobre o processo. Ademais, o processo em si pode, frequentemente, transformar o relacionamento entre a comunidade e o sistema de justiça como um todo. (tradução livre)<sup>76</sup>.

A maior participação das partes nos procedimentos restaurativo é fruto da ideia de “empoderamento”<sup>77</sup> dos envolvidos, tão tolhida pelo processo criminal oficial. Na via ordinária, a vítima, como adiantado, não passa de um corpo de delito qualificado, que se difere da arma ou da pena do crime simplesmente pelo fato de poder falar por si só em Juízo. Quanto ao acusado, sua participação se limita a, se quiser, apresentar sua versão dos fatos. Não há abertura para o diálogo, não há sequer interesse no diálogo, haja vista que as partes do conflito já não mais são a vítima e o ofensor, mas, na prática, o Ministério Público de um lado e a Defesa técnica do outro. Não há, nesse modelo, oportunidade alguma para a resolução autônoma de quaisquer questões.

Por sua vez, quando se fala em dano, a ideia é a de se alcançar a sua reparação. Entretanto, também diferentemente do que o processo criminal ordinário possibilita<sup>78</sup>, haja vista que a previsão do Código de Processo Penal se limita à reparação monetária dos danos causados, o que, sob a perspectiva da Justiça Restaurativa, não é, em absoluto, adequado. A reparação que se refere diz respeito não só ao seu conteúdo concreto, devolução do objeto furtado, por exemplo, mas também ao conteúdo simbólico, emocional<sup>79</sup>.

Nessa linha, tendo em vista a dificuldade em estabelecer um conceito fechado para a Justiça Restaurativa, podemos indicar, inicialmente, ao menos o que a Justiça Restaurativa não é.

---

<sup>76</sup> UNITED NATIONS. **Office on Drugs and Crimes. Handbook of Restorative Justice Programmes. Criminal Justice Handbooks Series.** Disponível em [https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/06-56290\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf). Acesso em 10/10/2016. p. 06.

<sup>77</sup> Tradução livre do termo em inglês “empowerment” e que indica, em linhas gerais, um fenômeno de aquisição de consciência quanto à condição do sujeito, o que implica uma mudança de postura, de passiva-receptiva para ativa-participativa.

<sup>78</sup> O artigo 387, IV, do Código de Processo Penal estabelece que o juiz, ao proferir a sentença condenatória, “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

<sup>79</sup> ZERH, Howard. **Restorative Justice: the Concept. Movement Sweeping Criminal Justice Field Focuses on Harm and Responsibility.** Disponível em: <http://dhss.alaska.gov/djj/Documents/.../restorative-concept.pdf>. Acesso em 30/08/2016.

Howard Zehr estabelece, primeiramente, que a Justiça Restaurativa não é simplesmente um meio para alcançar o perdão da vítima. Isso porque, de acordo com ele, “isso é uma escolha que cabe inteiramente às partes. Não deve haver pressão para que se escolha essa opção”<sup>80</sup>.

Igualmente, a Justiça Restaurativa não se limita a mediação, isso porque, de acordo com Zehr, a mediação pressupõe um “nivelamento moral” das partes e uma “divisão da responsabilidades”. Continua afirmando que a mediação seria viável em determinados tipos de conflito, mas não em todos, mormente quando se trata de crimes sexuais, nos quais a vítima “pode estar lutando para superar uma tendência de culpar a si mesma”<sup>81</sup>.

A Justiça Restaurativa, também de acordo com Howard Zehr, não serve primeiramente para reduzir a reincidência, muito embora essa seja uma das maneiras mais comuns de se fazer sua promoção. Em verdade, reduzir a reincidência é tão somente um “subproduto esperado”, um efeito colateral conhecido e desejável.

Da mesma maneira, a Justiça Restaurativa também não é simplesmente uma pena alternativa aos crimes de menor potencial ofensivo ou para “réus primários”<sup>82</sup>. As práticas restaurativas são cabíveis em se tratando dos mais variados tipos de crime, inclusive aqueles cuja vítima é o próprio Estado.

Enfim, de acordo com o autor, e sendo esse o nosso ponto de partida, a Justiça restaurativa existe, fundamentalmente, porque os ofendidos devem receber uma resposta e ter o dano sofrido reparado de alguma maneira, enquanto os ofensores devem ser encorajados a reconhecer suas responsabilidades, sempre levando em conta que os afetados pelo conflito devem estar envolvidos no processo<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> ZERH, Howard. **A little book of restorative justice**. 2003. p. 6. Tradução livre. Disponível em: <[www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf](http://www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf)>. Acessado em: 28/08/2016.

<sup>81</sup> ZERH, Howard. **A little book of restorative justice**. 2003. p. 7. Tradução livre. Disponível em: <[www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf](http://www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf)>. Acessado em: 28/08/2016.

<sup>82</sup> ZERH, Howard. **A little book of restorative justice**. 2003. p. 9. Tradução livre. Disponível em: <[www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf](http://www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf)>. Acessado em: 28/08/2016.

<sup>83</sup> ZERH, Howard. **A little book of restorative justice**. 2003. p. 8. Tradução livre. Disponível em: <[www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf](http://www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf)>. Acessado em: 28/08/2016.

## 2.2. Fins da Justiça Restaurativa

Por se tratar de um movimento relativamente recente, a Justiça Restaurativa não admite uma conceituação exata. No entanto, alguns objetivos comuns podem ser destacados.

É consenso entre os teóricos que a Justiça Restaurativa tem como intuítos principais a participação ativa das partes e da comunidade, a reparação do dano, o empoderamento do ofendido e a responsabilização do ofensor.

Uma das maiores críticas à Justiça Retributiva diz respeito à diminuição da relevância do papel dos envolvidos no conflito. No processo comum não há um interesse de esclarecer o porquê de cada coisa, justamente porque o acusado e a vítima são tratados como meros objetos de prova, e não como partes do processo. As partes de fato, na Justiça Retributiva, são a defesa e a acusação.

Tudo isso reforça a ideia de que o acusado depende cegamente de sua defesa e a vítima, que normalmente sequer é assistida por advogado, tem sua participação no processo limitada a prestar declarações em audiência, espaço no qual não cabem impressões pessoais ou desabafos: somente o que importa é a contribuição da fala para o esclarecimento dos fatos. De fato, as vítimas são as “notas de rodapé do processo criminal”<sup>84</sup>, como descreveu Howard Zehr.

A vivência de um momento traumático evidentemente deixa sequelas de difícil reparação no emocional do ofendido, é o que se chama de “processo de vitimização primária”. Após o trauma, tudo o que essa pessoa já fragilizada, precisa é de acolhimento e compaixão, e isso é justamente o contrário do que normalmente o Sistema de Justiça Criminal tem a oferecer.

O contato com o Sistema de Justiça Criminal, igualmente, impõe ao ofendido um novo processo de vitimização, também chamado de

---

<sup>84</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 31.

sobrevitimização ou vitimização secundária, na medida em que o faz reviver o trauma sofrido e o coloca em uma posição de absoluta passividade.

Giamberardino indica que a vitimização secundária pode ser observada desde a investigação preliminar, quando poderão ser determinados exames de corpo de delito de ofício pela autoridade policial, inclusive com a possibilidade de condução coercitiva, até a tramitação da ação penal, quando é tratada como objeto de prova<sup>85</sup>.

Como alternativa, a Justiça Restaurativa pretende, portanto, “empoderar” a vítima no processo, dando a ela maior poder de decisão e maior autonomia. O empoderamento se dá de diversas maneiras e em nos momentos mais distintos.

No primeiro momento, a prioridade é dar atenção às necessidades na vítima, procurar saber do que ela precisa, dar espaço para o desabafo, mesmo que o desabafo envolva a manifestação de raiva, posto que se trata de estágio indissociável da experiência traumática<sup>86</sup>. Nesse momento, é preciso criar uma atmosfera de confiança e de acolhimento. O ofendido deve se sentir à vontade para externar seus sentimentos e desejos.

Posteriormente, é também importante que o ofendido possa ter acesso a informações relacionadas aos fatos, também para poder compreendê-los com maior completude. Tendo maiores informações sobre os fatos e tendo a oportunidade de exteriorizar seus sentimentos, o ofendido passa a ter melhores condições para refletir sobre a questão e buscar uma melhor resposta dentro do procedimento restaurativo. Em verdade, é essencial que o ofendido tenha maior autonomia sobre as escolhas e que essas escolhas sejam reais<sup>87</sup>.

Nesse sentido, quanto maior o grau de autonomia do ofendido, maior tende a ser seu grau de satisfação com o procedimento. É o que aponta pesquisa publicada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que analisou

---

<sup>85</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 50.

<sup>86</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 27.

<sup>87</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 27.

processos que tramitavam no Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e nos Juizados Especiais Criminais<sup>88</sup>.

Outro dos grandes problemas da Justiça Retributiva diz respeito à responsabilização do ofensor. No processo criminal comum, não existe uma preocupação com a tomada de responsabilidade por parte do ofensor. Isso porque a sentença no processo penal não vai além do reconhecimento do fato como crime e atribuição de uma pena. A real responsabilização transcende a imposição de uma pena, depende de um efetivo contato do ofensor com o dano causado à vítima. Para que haja uma responsabilização real, é necessário, pois, “encarar aquilo que fizemos e a pessoa a quem fizemos”<sup>89</sup>. Evidentemente, não se trata de injetar moralismo em todo o procedimento, mas de atribuir à experiência maior sensorialidade.

Aí novamente se observa a indispensabilidade da voluntariedade nos procedimentos restaurativos. Obviamente, não faz sentido algum esperar do ofensor uma assunção de responsabilidade sobre fatos que nega ele ter cometido.

Então, a proposta vai no sentido de que o ofensor tenha consciência de todas as dimensões e consequências dos danos que causou ao ofendido, para que então possa ser estimulado a compreender melhor o que fez e porque aquilo não pode ser tolerado<sup>90</sup>. Esse movimento busca fazer com que a resposta dada ao conflito tenha maior aderência, propondo que o ofensor entenda o que quer que seja acordado no procedimento como “merecedor” de ser cumprido, porque legítimo.

A partir daí, pode-se almejar um sistema que ofereça ao ofensor uma censura real, aquela que incentiva uma verdadeira reflexão, diferentemente do que o sistema ordinário faz: punir sem explicar o porquê e sem dar margem para qualquer reflexão efetiva. Giamberardino, citando Klaus Günther, explica:

---

<sup>88</sup> ALVAREZ, Marcos César. (coord.) **A vítima no processo penal brasileiro**. Série Pensando o Direito. São Paulo/Brasília: IBCCRIM, 2010. p. 59.

<sup>89</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 41.

<sup>90</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 41.

O remédio em excesso, como referido, torna-se veneno: abusos de poder e a violência exercida fora da legalidade atuam diretamente contra o elemento expressivo possível da punição, tornando-a gratuita, fazendo com que haja somente “reações defensivas, com as quais o prisioneiro nega a injustiça que causou e o sofrimento da vítima e os neutraliza perante si mesmo”<sup>91</sup>.

Do mesmo modo, a Justiça Restaurativa pretende incluir a comunidade no processo de resolução dos conflitos. A pergunta que se faz é: tendo em vista a complexidade das sociedades atuais, qual é a relevância de se agregar ao processo pessoas que vivem em realidades que nada têm em comum? Leonardo Sica, em resposta, defende:

Numa sociedade fragmentária e anômica, os cidadãos não têm quase mais nada em comum, a não ser um determinado conflito que os opõe. Assim, cada conflito é visto como uma oportunidade a ser aproveitada, até porque inevitável, de estabelecer laços sociais e de evidenciar relações de cidadania que só emergem da ocorrência de um conflito<sup>92</sup>.

No mesmo sentido vai o pensamento de Dzur e Olson, citados por Rosenblatt:

Quando o público está mais envolvido no sistema de justiça criminal, as pessoas se encontram umas com as outras, os vizinhos não são mais estranhos, e o controle social informal se torna mais presente e efetivo. Visto dessa forma, o empoderamento [*empowerment*] é um bem indireto produzido pela participação [comunitária], ao tempo em que o desempoderamento [*disempowerment*] é um mal indireto produzido pelo profissionalismo da justiça criminal. Idealmente, a participação [comunitária] fortalece os laços sociais que capacitam membros da comunidade a deter crimes, e a envergonhar e reintegrar os infratores<sup>93</sup>.

Ademais, por comunidade pode-se entender também as pessoas próximas das partes e que de alguma maneira foram afetadas pelo conflito, a exemplo de familiares, amigos e vizinhos (“comunidade de suporte”) e, nesse sentido, sua participação também teria efeito positivo na responsabilização e censura do ofensor. Nas palavras de Giamberardino:

Eventual inibição da reiteração da conduta decorreria não da intimidação relativa à polícia, ao juiz ou aos jornais, mas sim da

<sup>91</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 140.

<sup>92</sup> SICA, Leonardo. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.º 12, jan./jun. 2006. p. 434.

<sup>93</sup> ROSENBLATT, Fernanda F. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. **Sistema Penal e Violência**. Porto Alegre. v. 6, n. 1. 2014, p.47. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/16915/11618>. Acesso em: 05/11/2016.

vergonha e da responsabilização “sob o olhar daqueles em quem respeitamos e confiamos”, ou seja, familiares e a comunidade de suporte chamada a um lugar protagonista nas práticas restaurativas: “waiho ma te whakama e patu” (“deixe-o sozinho, é punido pela vergonha”, ditado maori)<sup>94</sup>.

Em termos práticos, o que se espera é uma participação qualitativa da comunidade, e não quantitativa. Nesse aspecto, a intenção é que “membros do grupo sejam alçados à condição de líderes e legítimos representantes, conscientes de seu papel social, sua responsabilidade e necessidade de observância dos Direitos Humanos”<sup>95</sup>.

Adiante, a Justiça Restaurativa, para se entender como tal, exige que se busque a reparação do dano causado ao ofendido. Aqui, diferentemente do que o ocorre na Justiça Retributiva, não existe a ideia de anulação do mal por outro mal trazida por Hegel, justamente porque tem-se como pressuposto que injetar mais sofrimento numa relação que já é fragilizada só contribui para a replicação da violência.

Nesse sentido, oportuna a definição de reparação produzida pelo Projeto Alternativo sobre Reparação (Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung, AE-WGM) em 1992 na Alemanha, referenciada por Leonardo Sica:

#### § 1. Reparação.

Entende-se por reparação a compensação das consequências do fato delitivo através de uma prestação voluntária do autor. Seu objetivo é servir ao restabelecimento da paz jurídica. A reparação deverá realizar-se preferencialmente em favor do ofendido; se isso não for possível, não permitir prever um bom resultado ou por si só não for suficiente, caberá admitir a reparação em favor da generalidade (reparação simbólica)<sup>96</sup>.

Por essa definição tem-se que o intuito da reparação deve ser o “restabelecimento da paz jurídica”. Para tanto, a reparação, em primeiro momento, deve vir em benefício do ofendido, mas quando isso não for possível, por “não permitir prever um bom resultado ou por si só não for suficiente”, deverá vir em favor da coletividade, o que se chama de reparação simbólica.

<sup>94</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 150.

<sup>95</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 122.

<sup>96</sup> SICA, Leonardo. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.12, jan./jun. 2009. p. 424.

Quanto à forma da reparação, deve-se ter claro que essa reparação não se limita à compensação pecuniária. Pelo contrário, a reparação pecuniária deve ser tomada somente quando outras modalidades mais adequadas não forem possíveis.

Giamberardino, nesse norte, citando Federica Brunelli, dispõe:

A proposta de reparação simbólica não pode se restringir à dimensão meramente econômica ou pecuniária:

A reparação simbólica tem um significado “interno” à mediação, na medida em que marca formalmente o reconhecimento entre autor e vítima do crime, através de gestos positivos (pedido de desculpas, dar as mãos) que ocorrem espontaneamente entre os envolvidos. Dentre as hipóteses de reparação simbólica realizadas até hoje está também a possibilidade de se desenvolver jornadas de atividades socialmente úteis, por exemplo junto a bibliotecas da comunidade, centros de idosos, orfanatos<sup>97</sup>.

Arrematando, Giamberardino, citando Berger e Luckmann, alerta para o fato de que, em que pese algumas das modalidades de reparação simbólica possam se aproximar dos modelos de penas restritivas de direitos que temos no sistema formal, a distinção se dá pelo fato de que, no modelo restaurativo, há “participação ativa dos envolvidos no processo de discussão e decisão”<sup>98</sup>.

### 2.3. Espécies de procedimentos restaurativos

Como já dito, assim como não existe um modelo universal de Justiça Restaurativa, também não há um procedimento restaurativo padrão.

De acordo com Mara Schiff, os procedimentos restaurativos podem ser divididos basicamente em quatro categorias: mediação/diálogo vítima-ofensor; grupo familiar de conferência/grupo comunitário de conferência; círculos comunitários de sentença e; painéis comunitários<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 157.

<sup>98</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 157.

<sup>99</sup> SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. In: HIRSCH, Andrew Von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or reconcilable paradigms?** Portland: Hart Publishing, 2003. p. 317.

#### a) Mediação vítima-ofensor

A mediação vítima-ofensor, categoria mais usual entre as práticas restaurativas<sup>100</sup>, é baseada em encontros físicos entre o ofendido e o ofensor, nem ambiente seguro e informal, onde poderão desenrolar um diálogo.

Nessa modalidade, há uma reunião prévia e em separado com as partes, já com um mediador capacitado, com o intuito de passar-lhes alguns pontos essenciais de como se desenvolverão os trabalhos, para que então o ofendido/ofensor possa concordar ou não em participar da mediação. Por um lado, a consulta à vítima é necessária pelo fato de que, a depender da gravidade do crime, um encontro com o ofensor pode vir a agravar ainda mais o processo de vitimização sofrido. Por outro lado, é importante em relação ao ofensor porque é nesse encontro que se perceberá se há alguma chance de assunção de responsabilidade por parte dele, sem a qual não se pode dar prosseguimento ao procedimento.

Ao fim da mediação, o ofendido e o ofensor, em consenso, constroem um acordo sobre como poderão ser reparados os danos provenientes dos fatos, podendo a reparação se dar das mais variadas formas, como prestação de serviços à comunidade, restituição de dano material, mudança de comportamento ou até um singelo pedido de desculpas<sup>101</sup>.

#### b) Grupo familiares de conferência/grupo comunitário de conferência

Os grupos familiares/comunitários de conferência surgiram em 1989 da Nova Zelândia como parte de um modelo de justiça juvenil e já em meados dos anos 90 eram utilizados em todos os estados e territórios da Austrália e, a partir dos anos 2000, em diversos estados dos Estados Unidos da América<sup>102</sup>. São

---

<sup>100</sup> KURKI, Leena. Evaluating Restorative Justice Practices. In: Von Hirsch, Andrew et al (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 294.

<sup>101</sup> SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. In: HIRSCH, Andrew Von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or reconcilable paradigms?** Portland: Hart Publishing, 2003. p. 318.

<sup>102</sup> SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. In: HIRSCH, Andrew Von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony. **Restorative**

baseados em práticas ancestrais de tribos Maori da Nova Zelândia e aplicadas com as ressalvas devidas às diferenças de contexto.

Em comparação com a mediação, os grupos de conferência familiar/comunitários envolvem um número maior de pessoas<sup>103</sup>. Além do ofendido e do ofensor, são convidadas pessoas que, de alguma maneira, exerçam influência sobre eles.

Todos os presentes nas conferências têm a oportunidade de falar sobre os fatos e sobre o aquilo que mudou em suas vidas após aquele evento. Ao fim, um termo de acordo é discutido e firmado por todos<sup>104</sup>.

A grande vantagem dessa modalidade é que a presença de pessoas bem quistas pelo ofendido e pelo ofensor trazem maior possibilidade de efetividade ao procedimento. O ofensor tem uma chance melhor de perceber a real dimensão do mal que causou quando, por exemplo, puder ouvir diretamente dos familiares do ofendido os relatos dos danos que sofreram. Igualmente, o ofendido, quando na presença de pessoas próximas ao ofensor, pode ter uma visão diferente daquele sujeito, o que pode vir a facilitar um processo de compartilhamento de responsabilidades.

Ainda, tendo em vista que pessoas próximas do ofensor vivenciaram a negociação dos termos do acordo, existirá maiores chances de que essas pessoas acompanhem o processo de cumprimento do acordado e o fiscalizem, em sendo o caso.

#### c) Círculos comunitários de sentença

---

**Justice and Criminal Justice: Competing or reconcilable paradigms?** Portland: Hart Publishing, 2003. p. 297/318.

<sup>103</sup> SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. In: HIRSCH, Andrew Von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or reconcilable paradigms?** Portland: Hart Publishing, 2003. p. 297.

<sup>104</sup> SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. In: HIRSCH, Andrew Von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or reconcilable paradigms?** Portland: Hart Publishing, 2003. p. 320.

Os círculos comunitários de sentença, assim como as conferências comunitárias/familiares, também envolvem a participação de outros atores que vivenciaram o conflito, além das partes. Nessa modalidade, os familiares, amigos e demais membros da comunidade se reúnem com o objetivo de, ao fim, firmarem um acordo de reparação dos danos por parte do ofensor.

No primeiro momento é feito um círculo com o intuito de debater a posição da vítima, na sequência, outro círculo para debater a posição do ofensor e, por último, um novo círculo com o objetivo de se chegar a um consenso entre as partes. Posteriormente, outros círculos são feitos, esses buscando verificar se o acordo está sendo cumprido de fato<sup>105</sup>.

Evidentemente, de todas as espécies, os círculos de sentença são os que mais demandam tempo e comprometimento dos envolvidos e, por isso, são mais comumente adotados em casos mais graves<sup>106</sup>.

#### d) Painéis comunitários

Por fim, os painéis comunitários são o estilo mais adequado em casos nos quais os fatos tendem a impactar negativamente a sensação de segurança em uma determinada vizinhança, sendo mais comumente adotados em casos que envolvam menor lesividade, usualmente danos à propriedade<sup>107</sup>.

Nessa modalidade, as presenças da vítima diretamente atingida e do ofensor não são imprescindíveis. O procedimento se divide em dois momentos: no primeiro momento, membros da comunidade se reúnem para discutir o

---

<sup>105</sup> SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. In: HIRSCH, Andrew Von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or reconcilable paradigms?** Portland: Hart Publishing, 2003. p. 322.

<sup>106</sup> SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. In: HIRSCH, Andrew Von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or reconcilable paradigms?** Portland: Hart Publishing, 2003. p. 322.

<sup>107</sup> KURKI, Leena. Evaluating Restorative Justice Practices. In: Von Hirsch, Andrew et al (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 305.

ocorrido, no segundo momento, já na presença do ofensor, são transmitidos os termos do que foi deliberado em relação à reparação do dano<sup>108</sup>.

Como se pode perceber, os quatro modelos elencados apresentam distinções relevantes entre si, de modo que a definição acerca de qual deles é o mais adequado deve depender da análise atida ao caso concreto. Em verdade, “cada caso é diferente do anterior, de modo que os procedimentos devem se amoldar às pessoas, e não o contrário”<sup>109</sup>.

## 2.4. Modelos de Justiça Restaurativa

Mylène Jaccoud divide os modelos de Justiça Restaurativa em três: a) o modelo centrado nas finalidades, b) nos processos e c) o modelo centrado nos processos e nas finalidades<sup>110</sup>.

O modelo centrado nas finalidades, também denominado por Walgrave de “maximalista”<sup>111</sup>, deixa um pouco de lado as preocupações com a forma do processo e dão mais importância à reparação propriamente dita do mal causado.

No modelo centrado nos processos o foco da Justiça Restaurativa é voltado à efetivação da participação das partes e à satisfação com o processo em si. O interesse prioritário, portanto, é a “reconciliação” das partes, o compartilhamento de responsabilidades. Nessa vertente, a reparação do dano causado não só é menos importante que conciliação das partes, mas não é, inclusive, ponto fundamental do processo.

---

<sup>108</sup> SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. In: HIRSCH, Andrew Von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or reconcilable paradigms?** Portland: Hart Publishing, 2003. p. 322.

<sup>109</sup> Tradução livre do trecho: “Experienced practioners discovered that each case is different from the last and they must adapt models to people and their needs, not vice versa.”. ROBERTS, Ann Warner. Is Restorative Justice Tied to Specific Models of Practice? In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). **Critical Issues in Restorative Justice**. Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004. p. 244.

<sup>110</sup> JACCOUD, Mylène. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos**. 2005. p. 171.

<sup>111</sup> Walgrave, Lode. **La justice réparatrice: à la recherche d'une théorie et d'un programme**. in **Criminologie**, Vol. 32, 1999. pp. 7-29.

Por fim, os partidários do modelo centrado nos processos e nas finalidades, também chamado de “minimalista”, preveem que a Justiça Restaurativa pode ser definida por vezes através de “processos negociados” (aproximando-se da tendência que valoriza o processo) e, por outras vezes através de “finalidades restaurativas” (conforme o modelo que privilegia a restauração do dano)<sup>112</sup>.

Desses três modelos, de acordo com Mylène Jaccoud, e a cujo posicionamento aqui se filia, o que mais corrompe os princípios da Justiça Restaurativa é o modelo centrado nos processos<sup>113</sup>. É certo que a conciliação das partes é desejável, assim como já dito anteriormente, assim como compartilhamento de responsabilidades entre as partes também é fundamental. Entretanto, a Justiça Restaurativa, como o próprio nome já sugere, é fundada indissociavelmente da intenção de reparação dos danos causados ao ofendido e, nesse sentido, toda iniciativa que não vise necessariamente a reparação do dano causado à vítima não pode ser chamada de Justiça Restaurativa. Portanto, excluimos o segundo modelo para tratarmos mais detidamente dos demais.

#### **2.4.1. Perspectiva maximalista x perspectiva minimalista**

Uma das relevantes divergências entre os teóricos das práticas restaurativas é a quanto ao método de efetivação da justiça restaurativa. Conforme adiantado, toma-se duas tendências: o minimalismo e o maximalismo.

A primeira, minimalista, estabelece como pressuposto a voluntariedade da participação dos envolvidos. O Estado é afastado da condução do “processo” e o procedimento se vê limitado “à adoção de processos de mecanismos não jurídicos ou de mecanismos civis”<sup>114</sup>. De acordo com essa

---

<sup>112</sup> JACCOUD, Mylène. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos**. 2005. p. 171.

<sup>113</sup> JACCOUD, Mylène. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos**. 2005. p. 171.

<sup>114</sup> JACCOUD, Mylène. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos**. 2005. p. 172.

corrente, a Justiça Restaurativa deve ser vista como uma verdadeira alternativa ao sistema de justiça criminal estatal.

A perspectiva maximalista, defendida por Lode Walgrave, em contraponto, defende que a Justiça Restaurativa atue como mecanismo de reforma profunda do sistema retributivo. Nessa vertente, a aplicação dos métodos restaurativos poderia se dar, inclusive, por meio de coerção. Jaccoud, citando Walgrave, defende que a efetividade da Justiça Restaurativa, sobretudo quando se trata de crimes mais graves, depende da coercitividade do sistema, sendo necessário “aceitar que os processos sejam impostos, sobretudo sob a forma de sanções restaurativas”<sup>115</sup>.

Uma das críticas feitas por Jaccoud à intenção minimalista é a de que a voluntariedade na participação limitaria as práticas restaurativas às pequenas causas<sup>116</sup>.

Por outro lado, a atuação maximalista, de acordo com Giamberardino, revela, em regra, um deslocamento do foco do procedimento para a reparação do dano causado muito influenciado por uma ideia compensatória, não raro voltada à compensação patrimonial<sup>117</sup>. Além disso, outra crítica que se faz é a de que os processos restaurativos não têm o impacto desejado se não houver voluntariedade das partes, se a voluntariedade for viciada, ou se não puderem negociar livremente os meios de reparação<sup>118</sup>. Entretanto, a despeito das notórias diferenças entre as correntes, essas perspectivas devem se complementar, e não se excluir<sup>119</sup>.

Em se tratando de Justiça Restaurativa atrelada aos órgãos judiciários, é difícil imaginar uma atuação afim à corrente minimalista, como se verá a partir de breve análise dos projetos-piloto implantados no Brasil em Porto Alegre/RS, São Caetano do Sul/SP e Brasília/DF.

---

<sup>115</sup> JACCOUD, Mylène. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos**. 2005. p. 172.

<sup>116</sup> JACCOUD, Mylène. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos**. 2005. p. 172.

<sup>117</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p.

<sup>118</sup> JACCOUD, Mylène. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos**. 2005. p. 172.

<sup>119</sup> JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. **The meaning of restorative justice. Handbook of Restorative Justice**. Portland: Willan Publishing, 2007. p. 9 e ss.

### CAPÍTULO III: A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

O ordenamento jurídico brasileiro é informado pelo sistema romano-germânico, *civil law*, e, portanto, dada a majorada importância da Lei, a instituição de um sistema diferente do que prevê a Lei naturalmente encontra dificuldades maiores que em países cujo ordenamento jurídico é filiado ao *common law*.

Os ordenamentos jurídicos de países como os Estados Unidos e a Nova Zelândia, por exemplo, delineados pelo sistema *common law*, são mais receptivos à Justiça Restaurativa justamente porque têm institutos como a disponibilidade da ação penal, que proporcionam um alto grau de discricionariedade ao órgão de acusação quando se trata do oferecimento ou não da denúncia<sup>120</sup>.

No Brasil, por outro lado, os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública são os maiores entraves para a adoção de um sistema restaurativo de justiça.

#### 3.1. A Justiça Restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro

A primeira previsão da qual podemos nos valer é o artigo 98 da Constituição Federal de 1988:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I. Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, **permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau<sup>121</sup>.  
(grifo adicionado).

O referido artigo trata-se de norma programática, que estabelece diretrizes de como os organismos estatais devem se organizar daí em diante. Observa-se de leitura desses dispositivo que há exatamente uma abertura de

<sup>120</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos**. 2005. p. 29.

<sup>121</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.

exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, consubstanciada na previsão da transação penal.

Adiante, a Lei 9.099/95, a qual instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, ao tratar da fase preliminar do rito sumaríssimo, dispõe o seguinte:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz **esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade** (grifo adicionado)<sup>122</sup>.

A partir desses dispositivos, de acordo com Renato Sócrates Gomes Pinto, o ordenamento jurídico brasileiro abriu a possibilidade de se instituir, de maneira oficial, práticas restaurativas no processo criminal, na medida em que “permitem ao Juiz oportunizar a possibilidade de *composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade*”<sup>123</sup>.

Além do artigo 72, também o artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais nos trouxe uma exceção ao princípio da indisponibilidade da ação penal, ao instituir a suspensão condicional do processo:

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

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

**I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;**

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

<sup>122</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.099/95.**

<sup>123</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos.** 2005. p. 30.

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

**§2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.** (grifos adicionados)<sup>124</sup>.

Nota-se, portanto, que em que pese o Ministério Público continue, de fato, obrigado a ajuizar a ação penal, poderá, já na peça vestibular, propor a suspensão condicional do processo, que nada mais é que uma maneira de dispor da persecução criminal, o que se traduz em clara exceção ao princípio da indisponibilidade da ação penal.

Assim como no artigo 72, aqui também encontramos espaço para a atuação de um Núcleo de Justiça Restaurativa, sobretudo porque o próprio inciso I do referido dispositivo prevê como condição da suspensão condicional do processo a reparação do dano, se possível.

Ainda, o §2 estabelece que o juiz poderá especificar “outras condições a que fica subordinada a suspensão”. De acordo com Gomes Pinto, essas “outras condições” poderiam justamente ser condições alinhadas a práticas restaurativas<sup>125</sup>, tais quais a participação em círculos restaurativos, o encontro com as vítimas (se oportuno) e, inclusive, determinar que o ofensor cumpra determinadas atividades ajustadas diretamente com a vítima (prestar serviços à comunidade, por exemplo).

Outro ponto de compatibilidade do Direito brasileiro com a Justiça Restaurativa é o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/90. O ECA, informado pelos artigos 226 e 227 da Constituição Federal, é uma Lei de conteúdo misto que, ao passo que estabelece diretrizes à administração pública, também trata de questões como medidas protetivas e atos infracionais, sempre tendo como norte os princípios protetivos da criança e do adolescente.

Nesse aspecto, diferentemente do que ocorre com a legislação penal ordinária, o ECA, no Título III de sua parte especial, “Da prática de ato

---

<sup>124</sup> BRASIL. **Lei n.º 9.099/95.**

<sup>125</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos.** 2005. p. 32.

infracional”, traz dispositivos que demonstram que o intuito da legislação repressiva em face de menores não se limita à apuração do ato infracional e aplicação de sanção, como ocorre na legislação penal comum. Nesse sentido, destaco excerto retirado de texto denominado “Procedimento para apuração de ato infracional atribuído a adolescentes (arts. 171 a 190 do ECA)”, publicado no *site* do Ministério Público do Estado do Paraná:

A finalidade do procedimento para apuração de ato infracional praticado por adolescente, ao contrário do que ocorre com o processo-crime instaurado em relação a imputáveis, não é a aplicação de uma sanção estatal (no caso, as medidas socioeducativas), mas sim a proteção integral do adolescente, que se constitui no objetivo de toda e qualquer disposição estatutária, por força do disposto nos arts. 1º e 6º, da Lei nº 8.069/90<sup>126</sup>.

Ainda, ao contrário do que ocorre na legislação penal ordinária, as medidas socioeducativas pretendem precipuamente, ao menos em teoria, a proteção do próprio adolescente. Além disso, ainda que se constate que há boa prova de materialidade e autoria, há quem defenda que sequer existiria uma obrigatoriedade de aplicação de medida socioeducativa, cuja aplicabilidade é vinculada à necessidade do adolescente<sup>127</sup>, muito embora não seja posicionamento pacífico na jurisprudência.

De qualquer forma, dentre os dispositivos referentes ao ato infracional e às medidas socioeducativas, o mais representativo é o instituto da remissão, trazido ao artigo 126 do Estatuto.

De modo semelhante ao que ocorre na já mencionada suspensão condicional do processo, na remissão o representante do Ministério Público poderá, agora podendo ocorrer antes mesmo do oferecimento de representação, com o qual se dá início do procedimento judicial para apuração do ato infracional, “excluir o processo” por meio da remissão, “atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à

---

<sup>126</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Procedimento para apuração de ato infracional atribuído a adolescentes (arts. 171 a 190 do ECA)**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1661>. Acesso em: 19/10/2016.

<sup>127</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Procedimento para apuração de ato infracional atribuído a adolescentes (arts. 171 a 190 do ECA)**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1661>. Acesso em: 19/10/2016.

personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional”<sup>128</sup>.

A remissão é exemplo, ainda que carecendo recorrer à analogia e guardadas as devidas proporções, de exceção aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, neste caso, do procedimento para apuração de ato infracional.

Ao conceder a remissão, o representante do Ministério Público poderá simplesmente postular pela exclusão do processo ou, ainda, cumulá-la com a aplicação de medidas socioeducativas diferentes da internação ou semiliberdade. É exatamente neste ponto que poderia incidir a aplicação de alguma forma de prática restaurativa.

Diante desses apontamentos, demonstra-se que o ordenamento jurídico brasileiro, a despeito de não adotar expressamente medidas restaurativas, seja nos procedimentos ordinários, seja nos especiais, igualmente não impõe impede que a Justiça Restaurativa tenha local de aplicação.

Ao analisar o contexto brasileiro, percebe-se, inclusive, que a tendência dos órgãos do Judiciário, liderados pelo Conselho Nacional de Justiça, é justamente oferecer uma maior abertura e incentivo à Justiça Restaurativa.

### **3.2. Experiências em Justiça Restaurativa no Brasil**

Conforme tratamos anteriormente, não há previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro que institucionalize a Justiça Restaurativa. Por outro lado, há, na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei dos Juizados Especiais, aberturas para a adoção, ainda que pontual e localizadamente, de modelos de Justiça Restaurativa, sem a necessidade de qualquer inovação legislativa.

---

<sup>128</sup> BRASIL. Lei n.º 8.069/90.

É fato que a adoção da Justiça Restaurativa é tendência internacional. Nos últimos anos, a ONU editou pelo menos três resoluções recomendando aos países membros que instituíssem modelos de Justiça Restaurativa em seus órgãos judiciários (resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12<sup>129</sup>).

Impulsionado por essa demanda a ONU, por meio do PNUD<sup>130</sup>, em parceria com o Ministério da Justiça lançou o “Projeto Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, iniciativa que deu início a três projetos-piloto de implantação de práticas restaurativas no Brasil, em Porto Alegre/RS, Brasília/DF e São Caetano do Sul/SP, dos quais se falará adiante.

Mais recentemente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 225/2016, a qual traz “diretrizes para a implementação e difusão da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário”<sup>131</sup>. Dentre as diretrizes, direcionadas aos Tribunais de Justiça, há, inclusive, comando para a implementação de programas de Justiça Restaurativa nos seguintes termos:

Art. 5º Os Tribunais de Justiça implementarão programas de Justiça Restaurativa, que serão coordenados por órgão competente, estruturado e organizado para tal fim, com representação de magistrados e equipe técnico-científica, com as seguintes atribuições, dentre outras:

I – desenvolver plano de difusão, expansão e implantação da Justiça Restaurativa, sempre respeitando a qualidade necessária a sua implementação;

II – dar consecução aos objetivos programáticos mencionados no art. 3º e atuar na interlocução com a rede de parcerias mencionada do art. 4º;

III – incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores e voluntários nas técnicas e nos métodos próprios de Justiça Restaurativa, sempre prezando pela qualidade de tal formação, que conterà, na essência, respostas a situações de vulnerabilidade e de atos infracionais que deverão

---

<sup>129</sup> As referidas resoluções são intituladas, respectivamente: “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, “Princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal” e “Princípios básicos para a aplicação de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”.

<sup>130</sup> PNUD é a sigla de Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

<sup>131</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Aprovada resolução para difundir a Justiça Restaurativa do Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82457-aprovada-resolucao-para-difundir-a-justica-restaurativa-no-poder-judiciario-2>. Acesso em: 15/10/2016.

constar dentro de uma lógica de fluxo interinstitucional e sistêmica, em articulação com a Rede de Garantia de Direitos;

IV – promover a criação e instalação de espaços de serviço para atendimento restaurativo nos termos do art. 6º desta Resolução<sup>132</sup>.

Com essa resolução, o que antes se tratava de recomendações e indicações, hoje é vinculante e deve representar uma multiplicação no número de iniciativas por todo o país.

Em cerca de 12 anos de experiências<sup>133</sup>, observamos movimentos institucionalizados ligados à Justiça Restaurativa em pelo menos 6 estados brasileiros<sup>134</sup>: Paraná, São Paulo, Maranhão, Bahia, Goiás, Rio Grande do Sul, além do Distrito Federal. Desses, levando em consideração o tempo de atuação, analisaremos os três projetos-piloto criados em 2005 em Porto Alegre/RS, Brasília/DF e São Caetano do Sul/SP.

### 3.2.1. Justiça Restaurativa em Porto Alegre/RS

Porto Alegre é pioneira em aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil. A primeira experiência se deu em 2005, com o Programa Justiça para o Século 21, desenvolvido e instaurado no âmbito da 3ª Vara do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, com apoio do PNUD.

Nos três primeiros anos de experiências, foram realizados 380 procedimentos restaurativos realizados, os quais envolveram a participação de 2.583 pessoas. Outras 5.906 participaram de atividades de formação promovidas pelo projeto<sup>135</sup>. Adiante, entre 2009 e 2012 foram ofertados 1460

---

<sup>132</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 225/2016**.

<sup>133</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Restaurativa: o que é e como funciona?** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>. Acessado em: 15/10/2016.

<sup>134</sup> Conforme informações extraídas no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), há institucionalizados projetos restaurativos em São Paulo, Bahia, Maranhão, Distrito Federal e Goiás. Há ainda, iniciativas no Rio Grande do Sul e Paraná.

<sup>135</sup> JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. **O que é a Justiça para o Século 21?** Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=101&pg=0#.WCZJgfQYF2A>. Acesso em: 01/11/2016.

procedimentos restaurativos, mais comumente em atos infracionais como roubo, lesões corporais e tráfico de drogas<sup>136</sup>.

Com a experiência do projeto, evidenciou-se uma demanda por “estratégias emancipatórias para promoção de avanços no âmbito da comunidade envolvendo a Justiça Restaurativa”<sup>137</sup>. De acordo com Vera Lúcia Deboni, magistrada da 3ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre e coordenadora do programa e Fabiana Nascimento de Oliveira, servidora e integrante da Central de Práticas Restaurativas, a multiplicação e ampliação dos pressupostos restaurativos refletem também sobre a expectativa do Poder Judiciário em evitar o contato dos jovens com a estigmatização proporcionada pelo Sistema de Justiça da Infância e da Juventude.

Em 2010, houve a criação da chamada Central de Práticas Restaurativas<sup>138</sup>, em parceria com o Ministério Público do Rio Grande do Sul, o que veio a institucionalizar as práticas restaurativas, funcionando como um serviço integrante da estrutura do Juizado da Infância e da Juventude.

Além do Juizado, as práticas restaurativas vêm sendo aplicadas também na resolução de conflitos internos de instituições como a unidade de privação de liberdade da Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul, unidades de medidas socioeducativas de meio aberto, abrigos, escolas e ONGs, “evitando sua judicialização”<sup>139</sup>.

O método adotado pelo programa é o de círculos restaurativos, onde são chamados os envolvidos no conflito, amigos, familiares e a membros da

---

<sup>136</sup> CPR JIJ - Central de práticas restaurativas do juizado regional da infância e da juventude de POA. **Apresentação.** Disponível em: [http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.Uf\\_qUZK1GqI](http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.Uf_qUZK1GqI). Acesso em: 01/11/2016.

<sup>137</sup> DEBONI, Vera Lúcia. OLIVEIRA, Fabiana Nascimento de. Justiça Juvenil Restaurativa na Comunidade e a Articulação do Estado na Ampliação de Oportunidades para a Prevenção de Violências e Conflitos In: **Justiça juvenil restaurativa na comunidade: uma experiência possível.** Org. Ana Cristina Cusin Petrucci, et al. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012. p. 56.

<sup>138</sup> Serviço criado pela Resolução 822/2010 do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a fim de institucionalizar as práticas restaurativas, nos termos da resolução, “em qualquer fase do atendimento de adolescente acusado da prática de ato infracional”.

<sup>139</sup> JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. **Práticas Restaurativas em Processos Judiciais.** Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=104&pg=0#.WCZTsvQYF2A>. Acesso em: 01/11/2016.

comunidade. Em consonância com os pressupostos da Justiça Restaurativa, a participação é voluntária, exigindo a concordância da vítima, do adolescente e de seus responsáveis<sup>140</sup>.

Todo o procedimento é presidido por um coordenador, que definirá juntamente com os interessados “um plano de ações para resolver o problema”<sup>141</sup>. Os encontros são divididos em três etapas: a) Pré-círculo, quando a metodologia restaurativa é apresentada aos envolvidos e lhes é feito o convite; b) Círculo, no qual o grupo se reúne a fim de expor seus interesses e necessidades, “projetando ações para compensar danos e promover mudanças” e; c) Pós-círculo, quando é dado cumprimento às metas traçadas na etapa principal, sob acompanhamento dos coordenadores<sup>142</sup>.

De acordo com números fornecidos pela CPR JIJ, o grau de satisfação dos participantes dos procedimentos restaurativos chega a algo em torno de 73,1%. O alto grau de satisfação se deu, sobretudo, porque os procedimentos propiciaram uma “vivência do diálogo e da oportunidade de escuta”, bem como uma “prevenção de novas situações de violência”:

Eu gostei do círculo, porque ele me ajudou bastante, porque se não tivesse acontecido ele, não teria conversado com a outra família. Não ia ter aquele motivo de chegar lá e aconteceu isso, isso (...) não ia ter conversa (...) ia ser direto no quebra pau mesmo, ninguém ia conversar com ninguém.

A única coisa que mudou, assim, em mim foi que eu consegui parar um pouco para pensar e ver que as pessoas têm sentimentos diferentes dos meus. Às vezes o pensamento é diferente, então tem que aprender a respeitar aquilo, porque se a pessoa está me agradando de alguma maneira, seja com palavras ou né, ela tem um motivo e eu tenho que aprender a respeitar esse motivo dela para não ter uma agressão, entendeu, seja verbal ou não. Então eu acho que isso aí mudou um pouco em mim<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. **Práticas Restaurativas em Processos Judiciais**. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=104&pg=0#.WCZTsvQYF2A>. Acesso em: 01/11/2016.

<sup>141</sup> JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. **Práticas Restaurativas em Processos Judiciais**. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=104&pg=0#.WCZTsvQYF2A>. Acesso em: 01/11/2016.

<sup>142</sup> JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. **Práticas Restaurativas em Processos Judiciais**. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=104&pg=0#.WCZTsvQYF2A>. Acesso em: 01/11/2016.

<sup>143</sup> Trechos de entrevistas realizadas pelo Grupo de Pesquisas e Estudos em Ética e Direitos Humanos da PUCRS com adolescentes que participaram de círculos restaurativos (o primeiro, ofensor, a segunda, ofendida) integrante do texto “A justiça juvenil restaurativa na comunidade:

Outro mérito do programa é o seu potencial replicador: em 7 anos de existência (2005-2012), 9339 pessoas foram capacitadas a atuar em procedimentos restaurativos em quatro regiões do país. São servidores de Tribunais do Maranhão, Minas Gerais, Brasília, Rio de Janeiro, Espírito Santo, São Paulo, Amazonas, Pará, Piauí e Paraná<sup>144</sup>.

### 3.2.2. Justiça Restaurativa em São Caetano do Sul/SP

O Projeto de Justiça Restaurativa em São Caetano do Sul teve início em 2005 e, assim como os projetos de Brasília e Porto Alegre, foi inicialmente financiado pela Secretaria de Reforma do Judiciário e pelo Programa para o Desenvolvimento da ONU.

O Programa foi implantado na Vara da Infância e da Juventude, sob a coordenação do Juiz de Direito Eduardo Rezende Melo e conta com apoio institucional do Tribunal de Justiça de São Paulo.

No primeiro momento, o projeto “Justiça e Educação: parceria para a cidadania” teve como foco as escolas e os adolescentes em conflito com a lei. Nessa atuação, um dos grandes problemas identificados pelos operadores do projeto diz respeito a uma tendência criminalizadora presente nos regimentos internos de algumas escolas, principalmente a partir da década de 90. As ocorrências, “que antes eram tratadas como eventos graves e recebiam sanções previstas dentro do Sistema Disciplinar, hoje são vistas como ‘casos de polícia’”<sup>145</sup>.

---

monitoramento e avaliação da experiência de Porto Alegre. Disponível em: [www.acessoajustica.gov.br/pub/\\_downloads/downloads\\_justica\\_juvenil.pdf](http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_justica_juvenil.pdf). Acesso em: 02/11/2016.

<sup>144</sup> CPR JIJ - Central de práticas restaurativas do juizado regional da infância e da juventude de POA. **Apresentação.** Disponível em: [http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.Uf\\_qUZK1Gql](http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.Uf_qUZK1Gql). Acesso em: 01/11/2016.

<sup>145</sup> MELO, Eduardo Rezende. EDNIR, Madza. YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania.** p. 30. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr\\_sao-caetano\\_090209\\_bx.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf). Acesso em: 01/11/2016.

Ainda, observou-se que os próprios Regimentos Internos das escolas tendiam a “tipificar” infrações de maneira semelhante à legislação penal: fazendo constar, em seguida da descrição da conduta, uma pena correspondente. O resultado disso é bastante sintomático: assim como ocorre com a legislação penal ordinária, as penas cominadas não se mostraram adequadas para os fins que pretendiam, o que levou á equivocada constatação de que, para buscar efetividade, seria preciso recorrer a métodos mais drásticos, “como encaminhar alunos adolescentes transgressores às Delegacias de Polícia”<sup>146</sup>.

Em razão dessas demandas, os objetivos fixados foram, em síntese: a) resolver os conflitos preventivamente, evitando judicializar as questões; b) resolver conflitos que se caracterizem como atos infracionais e; c) fortalecer as redes comunitárias, dando condições de que os agentes governamentais e não governamentais se articulem a fim de atender melhor as necessidades das crianças e adolescentes<sup>147</sup>.

O projeto adotou como método de trabalho a as dinâmicas de círculo, utilizando da chamada Comunicação Não-Violenta, um processo de comunicação baseado em: a) observação (perceber o que se está vendo que pode ser enriquecedor); b) sentimento (o que se sente quando em face daquilo que é observado), c) necessidades (reconhecer quais são as necessidades que advém daquela situação) e; d) pedido (com base no diagnóstico das necessidades, formular um pedido que busque resolver a situação)<sup>148</sup>.

A dinâmica de círculo é desenvolvida em três etapas:

<sup>146</sup> MELO, Eduardo Rezende. EDNIR, Madza. YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania.** p. 51. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr\\_sao-caetano\\_090209\\_bx.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf) . Acesso em: 01/11/2016.

<sup>147</sup> MELO, Eduardo Rezende. EDNIR, Madza. YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania.** p. 12. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr\\_sao-caetano\\_090209\\_bx.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf) . Acesso em: 01/11/2016.

<sup>148</sup> ROSENBERG. Marshall B. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais.** Tradução Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006. p. 25.

Compreensão mútua – as partes passam a se perceber como semelhantes; luto e transformação – as escolhas e responsabilidades envolvidas no ato da transgressão são reconhecidas; acordo – participantes desenvolvem ações que reparem, restaurem e reintegrem<sup>149</sup>.

No segundo momento, entre 2006 e 2007, o projeto foi ampliado e aplicado também em comunidades sensíveis, inicialmente no bairro Nova Gerly<sup>150</sup>, agora também por meio de outra técnica restaurativa, o método Zwelethemba<sup>151</sup>.

Além das escolas e do próprio Juizado de Infância e Juventude, outro espaço no qual o projeto foi desenvolvido foi o Conselho Tutelar, “onde crianças e adolescentes haviam sido expostos a riscos e vulnerabilidades, passaram, por meio de um processo restaurativo, a construir e implementar Planos de Ação de forma participativa”<sup>152</sup>.

De acordo com dados fornecidos pelo próprio projeto, entre 2005 e 2008 foram realizados 260 círculos restaurativos no fórum, 88,84% dos quais terminaram com um acordo entre as partes. Dos acordos realizados, 96,54% foram efetivamente cumpridos<sup>153</sup>.

<sup>149</sup> MELO, Eduardo Rezende. EDNIR, Madza. YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania.** p. 13. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr\\_sao-caetano\\_090209\\_bx.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf). Acesso em: 01/11/2016.

<sup>150</sup> MELO, Eduardo Rezende. EDNIR, Madza. YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania.** p. 17. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr\\_sao-caetano\\_090209\\_bx.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf). Acesso em: 01/11/2016.

<sup>151</sup> O método Zwelethemba, desenvolvido na África do Sul, desloca o eixo de ação dos problemas individuais para os problemas coletivos. Ao deixar um pouco de lado as necessidades pessoais dos envolvidos, o método privilegia a mudança em uma perspectiva comunitária.

<sup>152</sup> MELO, Eduardo Rezende. EDNIR, Madza. YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania.** p. 17. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr\\_sao-caetano\\_090209\\_bx.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf). Acesso em: 01/11/2016..

<sup>153</sup> MELO, Eduardo Rezende. EDNIR, Madza. YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania.** p. 21. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr\\_sao-caetano\\_090209\\_bx.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf). Acesso em: 01/11/2016.

Em que pese os números referentes aos processos que tramitaram na Vara de Infância e Juventude sejam promissores, por outro lado, na escola, dos 160 círculos realizados, 153 resultaram em acordo, o que representa 95,625% dos casos, sendo que, desses, 100% foram cumpridos<sup>154</sup>.

Desses números, é possível concluir que mesmo com resultados satisfatórios, a judicialização das questões pode dificultar a resolução restaurativa dos conflitos. A entrada em contato com o Sistema de Justiça Criminal (neste caso, Sistema de Justiça da Infância e da Juventude) se possível, deve ser evitada, posto que, como já dito, traz efeitos indesejáveis como a estigmatização da sociedade e a própria internalização da condição de delinquente:

Na verdade, esses resultados mostram que a intervenção do sistema penal, (...) antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminoso<sup>155</sup>.

Assim como ocorreu em Porto Alegre, o projeto de São Caetano teve seu sucesso reconhecido Brasil afora. Mostra dos frutos do sucesso do programa é o fato de que o Juiz de Direito Dr. Eduardo Rezende Melo o Promotor de Justiça Lélío Ferraz de Siqueira Neto, e também a educadora Madza Ednir e a psicóloga e mediadora Vania Curi Yazbek ministraram palestras em diversas cidades em todas as regiões do país<sup>156</sup>.

### 3.2.3. Justiça Restaurativa em Brasília/DF

O programa de Justiça Restaurativa em Brasília/DF funciona no 1º e no 2º Juizado Especial de Competência Geral do Núcleo de Bandeirante, que

<sup>154</sup> MELO, Eduardo Rezende. EDNIR, Madza. YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania.** p. 22. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadorInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr\\_sao-caetano\\_090209\\_bx.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadorInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf). Acesso em: 01/11/2016.

<sup>155</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 90.

<sup>156</sup> De acordo com informações prestadas pelo próprio projeto, já em 2008 haviam recebido palestras do programa as cidades de São Paulo/SP, São Bernardo do Campo/SP, Santos/SP, Araçatuba/SP, Porto Alegre/RS, Brasília/DF, Natal/RN, Recife/PE, Boa Vista/RR, Chapecó/SC, Belo Horizonte/MG.

exerce jurisdição sobre as regiões administrativas de Park Way, Candangolândia, Núcleo Bandeirante e Riacho Fundo I e II.

O projeto, que teve início em 2005, conta com o apoio institucional do TJDF, do Ministério Público do Distrito Federal, da Defensoria Pública do Distrito Federal, da UnB, da Secretaria de Estado de Ação Social, da Escola da Magistratura do Distrito Federal e do Instituto de Direito Internacional e Comparado.

Diferentemente das iniciativas de São Caetano do Sul/SP e de Porto Alegre/RS, o projeto é desenvolvido no âmbito do Juizado Especial em matéria criminal e, portanto, tem como alvo pessoas adulta, excluídos os casos de violência doméstica e os que envolvessem entorpecentes.

Os procedimentos são preferencialmente iniciados com um pré-encontro, no qual as partes são instruídas sobre o como funciona a Justiça Restaurativa e lhes é colhido o consentimento, primeiro do autor do fato e depois do ofendido. “Esses cuidados têm por finalidade preservar a vítima de situações constrangedoras que possam ser percebidas com revitimização, o que se daria, por exemplo com a negativa dos fatos pelo autor do fato<sup>157</sup>.”

Após a colheita do consentimento e passadas as instruções ao ofensor, ao ofendido e aos seus demais apoiadores eventualmente presentes, inicia-se o encontro restaurativo, quando, se for o caso, é redigido o acordo e homologado pelo Juiz.

Residualmente, caso alguma das partes não aceite o procedimento restaurativo ou não haja acordo, seguir-se-á ao procedimento comum do Juizado Especial.

De acordo com dados do Relatório Anual do programa do ano de 2013, 90 processos foram atendidos no núcleo restaurativo, sendo que destes, 40 ainda estavam em andamento. Dos 50 restantes, 11 foram devolvidos por não

---

<sup>157</sup> SOUSA, Asiel Henrique de. **Projeto Justiça Restaurativa**. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-justica-restaurativa-88>. Acessado em: 05/11/2016.

se adequarem à metodologia adotada. Enfim, dos 39 procedimentos finalizados, 27 resultaram em acordo, o que corresponde a cerca de 69% de efetividade<sup>158</sup>. É relevante destacar, ainda, que dos 12 procedimentos com acordo frustrado, 1 se deu pela impossibilidade de contato com alguma das partes e 3 foram devolvidos por não se adequarem à metodologia da Justiça Restaurativa. Portanto, refazendo o cálculo, entre os 35 procedimentos efetivamente realizados, cerca de 77% resultaram em acordos.

Depreende-se dos dados que, muito embora a adesão e a efetividade do programa não seja tão expressiva quanto se observou nos programas de Porto Alegre/RS e São Caetano do Sul/SP, ainda assim a experiência tem se mostrado eficaz, tendo em vista que, embora os procedimentos sejam muito semelhantes, trata-se de diferentes modalidades de infrações e diferentes condições de ofendidos e ofensores, o que não pode ser ignorado.

---

<sup>158</sup> Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania do Programa Justiça Restaurativa – CEJUSC. **Relatório Anual 2013**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/justica-restaurativa/Relatorios>. Acesso em: 05/11/2016.

## CONCLUSÃO

Ao diagnosticar muito singelamente o Sistema Criminal brasileiro percebemos que perguntas como “o que fazer para reprimir a criminalidade?”, “por que punir” e “como punir?” não são satisfatoriamente respondidas com as respostas automáticas: “punir os criminosos”, “para que paguem pelo que fizeram e não façam mais”, “severamente”.

Questionando friamente as premissas que permeiam o nosso sistema, fica claro que algo não está indo como o planejado, ao menos em relação aos objetivos declarados da pena. Isso pode ser atribuído a diversos motivos, talvez a um equívoco nas premissas do sistema ou mesmo a erros próprios da execução.

Sem entrar novamente na discussão acerca dos problemas com as justificativas da pena, o fato é que temos no Brasil um sistema carcerário absolutamente precário, que desde sempre convive com níveis absurdos de superlotação. Assim, mesmo que se superassem as discussões em relação às inconsistências da pena em si, ainda restariam as críticas a como as penas são hoje executadas no Brasil.

Nesse sentido, é certo que um sistema violento só contribui para “desumanizar” aqueles com quem tem contato. Sem medo de apelar para o ditado popular, “violência gera violência”, e isso é fato. De igual modo, a violência do sistema deixa desamparados também os “sujeitos passivos” do crime, como se viu.

Diante disso, se o sistema não é eficaz nem para os acusados/condenados, nem para as vítimas, evidente que não é satisfatório para a sociedade como um todo<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Conforme aponta o Relatório ICJ Brasil do 2º semestre de 2015, o índice de confiança no judiciário é de 32% da população. **Relatório ICJ Brasil 2º semestre/2015**. p. 18. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/16539> Acesso em: 10/11/2016.

São necessárias reformas estruturais no sistema, e esse trabalho busca analisar, ainda que muito superficialmente, uma das frentes possíveis para essa reforma, que é a instituição da Justiça Restaurativa no Brasil.

A Justiça Restaurativa nos oferece um modelo de resolução de conflitos baseado no diálogo, na compreensão mútua, na reparação dos danos e, ainda, na censura. A metodologia restaurativa, por sua vez, se mostra absolutamente diversa do processo criminal formal, e isso tem funcionado em todo o mundo.

Tem-se visto que perguntar “onde dói” à pessoa atingida, dar espaço, palavra e reconhecimento às vítimas primárias e secundárias, é o fundamento desta nova prática, ter a compreensão sistêmica da situação ocorrida, pensando no adolescente, nas vítimas e comunidades, podem ser estratégias que auxiliem neste caminho. Habilitarmos um novo olhar e uma diferença no olhar pode ser o ponto de partida da mutação, mesmo que possa levar gerações e gerações para efetivar-se<sup>160</sup>.

No entanto, como visto, o próprio modelo de ordenamento jurídico brasileiro (civil law) oferece menor abertura para a Justiça Restaurativa quando comparado com países de maior expressão nessa modalidade (common law).

Esses entraves são materializados principalmente no fato de que a ação penal, quando pública, é obrigatória e indisponível ao órgão acusatório, diferentemente do que ocorre em países como a Nova Zelândia e os Estados Unidos, por exemplo.

Por outro lado, temos observado uma tendência internacional muito forte, impulsionada pela ONU, de adoção da Justiça Restaurativa. O Brasil, seguindo essa tendência, a despeito das limitações aqui presentes, vem paulatinamente admitindo, incentivando e instituindo a Justiça Restaurativa em nosso sistema, a exemplo da própria instauração dos projetos-piloto analisados até, por fim, a edição da resolução 225/2016 do CNJ.

---

<sup>160</sup> DEBONI, Vera Lúcia. OLIVEIRA, Fabiana Nascimento de. Justiça Juvenil Restaurativa na Comunidade e a Articulação do Estado na Ampliação de Oportunidades para a Prevenção de Violências e Conflitos In: **Justiça juvenil restaurativa na comunidade: uma experiência possível**. Org. Ana Cristina Cusin Petrucci, et al. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012. p. 62.

Ainda, mesmo que assim não fosse, podemos observar que, há, já na legislação brasileira, algumas oportunidades de adoção de práticas restaurativas, a exemplo das disposições do ECA e da Lei dos Juizados Especiais e, portanto, podemos concluir que o ordenamento jurídico brasileiro é compatível com a Justiça Restaurativa e pode dela se valer para dar início a uma reforma estrutural em nosso Sistema de Justiça Criminal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Marcos César. (coord.) **A vítima no processo penal brasileiro**. Série Pensando o Direito. São Paulo/Brasília: IBCCRIM, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. Bauru: EDIPRO, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPELA, Fábio Bergamin. **Em busca de uma quantidade razoável de pena: as funções da pena e seus critérios individualizantes**. Curitiba: UFPR, 2013. Programa de pós-graduação em direito da UFPR, Curitiba, 2013.

Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania do Programa Justiça Restaurativa – CEJUSC. **Relatório Anual 2013**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupecon/justica-restaurativa/Relatorios>. Acesso em: 05/11/2016.

CONDE, Francisco Munoz. HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Aprovada resolução para difundir a Justiça Restaurativa do Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82457-aprovada-resolucao-para-difundir-a-justica-restaurativa-no-poder-judiciario-2>. Acesso em: 15/10/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Restaurativa: o que é e como funciona?** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>. Acessado em: 15/10/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 225/2016**.

CPR JIJ - Central de práticas restaurativas do juizado regional da infância e da juventude de POA. **Apresentação**. Disponível em: [http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.Uf\\_qUZK1GqI](http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.Uf_qUZK1GqI). Acesso em: 01/11/2016.

DEBONI, Vera Lúcia. OLIVEIRA, Fabiana Nascimento de. Justiça Juvenil Restaurativa na Comunidade e a Articulação do Estado na Ampliação de Oportunidades para a Prevenção de Violências e Conflitos In: **Justiça juvenil restaurativa na comunidade: uma experiência possível**. Org. Ana Cristina Cusin Petrucci, et al. Porto Alegre: Procuradoria-Geral de Justiça, Assessoria de Imagem Institucional, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIETER, Maurício Stegemann. **A função simbólica da pena no Brasil: uma crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs**. Disponível em: [revistas.ufpr.br/direito/article/download/7036/5012](http://revistas.ufpr.br/direito/article/download/7036/5012). Acesso em: 13/07/2016.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther. **Sobre la teoría de la pena**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. Curitiba: UFPR, 2014. Tese (doutorado). Programa de pós-graduação em direito da UFPR, Curitiba, 2014.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo/SP: Martins Fontes, 1997.

IPEA, FBSP. **Atlas da Violência 2016**. Disponível em: [http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas\\_da\\_violencia\\_2016.pdf](http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf). Acessado em: 05/11/2016.

IPEA. **Reincidência criminal no Brasil**. 2015.

JACCOUD, Mylène. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos**. 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. **The meaning of restorative justice. Handbook of Restorative Justice**. Portland: Willan Publishing, 2007.

Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.12, jan./jun. 2009.

JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. **O que é a Justiça para o Século 21?** Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=101&pg=0#.WCZJgfQYF2A>. Acesso em: 01/11/2016.

JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. **Práticas Restaurativas em Processos Judiciais**. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=104&pg=0#.WCZTsvQYF2A>. Acesso em: 01/11/2016.

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Tradução, textos adicionais e notas Edison Bini. Bauru/SP: Edipro, 2003.

KURKI, Leena. Evaluating Restorative Justice Practices. In: Von Hirsch, Andrew et al (org.). **Restorative Justice and Criminal Justice**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

LUHMANN, Niklas. **A sociologia do direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MELO, Eduardo Rezende. EDNIR, Madza. YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania**. p. 22. Disponível em: [www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr\\_sao-caetano\\_090209\\_bx.pdf](http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf) . Acesso em: 01/11/2016.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Tradução de Sérgio Lamarão. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Procedimento para apuração de ato infracional atribuído a adolescentes (arts. 171 a 190 do ECA)**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1661>. Acesso em: 19/10/2016.

PINTO, Alessandro Nepomoceno. In: **Verso e Reverso do Controle Penal: (Des)Aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Organizadora: Vera Regina Pereira de Andrade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Campos Pinto, PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos**. 2005.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** 2005. p. 28 Disponível em: <[www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro\\_sedh\\_justica\\_restaurativa.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf)>. Acessado em: 28/08/2016.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1.º a 120.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU. Disponível em: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Acesso em: 10/10/2016.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais.** Tradução Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

ROSENBLATT, Fernanda F. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. **Sistema Penal e Violência.** Porto Alegre. v. 6, n. 1. 2014, p.47. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/16915/11618>. Acesso em: 05/11/2016.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. **Sentido e Limites da Pena Estatal. Problemas fundamentais de direito penal.** Tradução de Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e controle social. Tradução de Gizziene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo.** Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.** Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SCHIFF, Mara. Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies. In: HIRSCH, Andrew Von; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or reconcilable paradigms?** Portland: Hart Publishing, 2003.

SICA, Leonardo. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.º 12, jan./jun. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Asiel Henrique de. **Projeto Justiça Restaurativa**. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-justica-restaurativa-88>. Acessado em: 05/11/2016.

ROBERTS, Ann Warner. Is Restorative Justice Tied to Specific Models of Practice? In: ZEHR, Howard & TOEWS, Barb (org.). **Critical Issues in Restorative Justice**. Monsey, New York: Criminal Justice Press, 2004.

UNITED NATIONS. **Office on Drugs and Crimes. Handbook of Restorative Justice Programmes. Criminal Justice Handbooks Series**. Disponível em [https://www.unodc.org/pdf/criminal\\_justice/06-56290\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf). Acesso em 10/10/2016.

WALGRAVE, Lode. **La justice réparatrice: à la recherche d'une théorie et d'un programme**. in *Criminologie*, Vol. 32, 1999.

WILSON, James Q.; KELLING, George L. **Broken Windows**. 1982. Disponível em: [http://www.manhattan-institute.org/pdf/\\_atlantic\\_monthly-broken\\_windows.pdf](http://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf). Acesso em: 13/07/2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Volume I. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Teoria del Delito**. Buenos Aires: Ediar. 1973. p. 226.

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

ZERH, Howard. **A little book of restorative justice**. 2003. p. 6. Tradução livre. Disponível em: [www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf](http://www.unicef.org/tdad/littlebookrjpakaf.pdf). Acessado em: 28/08/2016.

ZERH, Howard. **Restorative Justice: the Concept. Movement Sweeping Criminal Justice Field Focuses on Harm and Responsibility**. Disponível em: [dhss.alaska.gov/djj/Documents/.../restorative-concept.pdf](http://dhss.alaska.gov/djj/Documents/.../restorative-concept.pdf). Acesso em 30/08/2016.