

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

RHAÍSSA MAYARA DE ANDRADE ARAÚJO LIMA

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE A
(IN)APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR AOS CRIMES DE MAIOR
POTENCIAL OFENSIVO**

**JOÃO PESSOA
2018**

RHAÍSSA MAYARA DE ANDRADE ARAÚJO LIMA

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE A
(IN)APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR AOS CRIMES DE MAIOR
POTENCIAL OFENSIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Filipe Mendes Cavalcanti Leite

**JOÃO PESSOA
2018**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

L732j Lima, Rhaíssa Mayara de Andrade Araújo.

Justiça Restaurativa e Mediação Penal: uma análise sobre a (in)aplicabilidade da Mediação Vítima-Ofensor aos crimes de maior potencial ofensivo / Rhaíssa Mayara de Andrade Araújo Lima. - João Pessoa, 2018.
69 f. : il.

Orientação: Filipe Mendes Cavalcanti Leite.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Justiça restaurativa. 2. Mediação penal. 3. Mediação vítima-ofensor. 4. Modelo consensual de justiça criminal. 5. Sistema dialogal de abordagem dos conflitos. I. Leite, Filipe Mendes Cavalcanti. II. Título.

UFPB/CCJ

RHAÍSSA MAYARA DE ANDRADE ARAÚJO LIMA

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE A
(IN)APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR AOS CRIMES DE MAIOR
POTENCIAL OFENSIVO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.


Orientador: Ms. Filipe Mendes Cavalcanti
Leite

DATA DA APROVAÇÃO: 12 DE NOVEMBRO DE 2018

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Ms. FILIPE MENDES CAVALCANTI LEITE
(ORIENTADOR)


Prof. Dr. PAULO HENRIQUE TAVARES DA SILVA
(AVALIADOR)


Prof. Dr. ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS
(AVALIADOR)

**À minha querida amiga Ana Karoline (*in
memorian*), guardiã de um olhar generoso e
pacífico.**

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de dedicar minha maior gratidão a Deus, por cada vitória e, também, por cada derrota que me fez chegar até aqui. Pela misericórdia Dele, que me sustenta e se renova a cada dia. Também por Ele não ter me permitido desistir, mesmo quando o cansaço se punha em seu ápice, durante as árduas rotinas triplas entre aulas, estágio e ensaios da orquestra. E, sobretudo, pelos sonhos Dele para a minha vida, que – de longe – são bem maiores que os meus.

Gratidão a todos que fazem parte da minha família, notadamente a meu porto seguro: minha mãe (Dona Núbia), que nunca mediu esforços para me apoiar e que me ama incondicionalmente, e minha irmã (Samara), com quem partilho cada lágrima e sorriso.

Aos amigos de curso, agradeço a cumplicidade e os incontáveis momentos de descontração em meio ao caos acadêmico. Gratidão eterna a vocês, meus queridos do *Roots before Branches* (Camilla Miranda, Fernanda Cesarino, Jefferson Lima e Mariana Diniz), por cada momento que vivemos.

Por fim, agradeço ao meu orientador, prof. Filipe Mendes Cavalcanti Leite, por ter aceitado me guiar nessa etapa tão especial em minha vida, e à prof^a. Márcia Glebyane Maciel Quirino, por todo empenho, dedicação e solidariedade com que vem atuando frente à coordenação do curso de Direito.

**Quando a única ferramenta de que dispomos é o
martelo, tratamos cada problema como se ele
fosse um prego.**

Abraham Maslow

**Bem-aventurados os pacificadores, porque serão
chamados filhos de Deus.**

Mateus 5:9

RESUMO

Constitui ponto de partida desta monografia o paradigma da justiça restaurativa como um novo modelo de justiça criminal, fortemente influenciado pela eclosão das teses abolicionistas e da perspectiva vitimológica. Especificamente, o presente trabalho pretende analisar se práticas restaurativas como a mediação penal – também denominada mediação vítima-ofensor – são (ou não) aplicáveis aos crimes de maior potencial ofensivo. Para tanto, retratou-se um panorama da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se o respaldo fornecido pela Resolução n. 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça; em seguida, abordou-se a experiência restaurativa no âmbito do Distrito Federal, pondo-se em relevo um caso emblemático ocorrido no Núcleo Bandeirante-DF em 2007 e, por fim, foram demonstradas algumas contribuições da experiência belga, no que se refere aos reflexos que o acordo restaurativo poderia lançar sobre processo e sentença penais.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Mediação penal. Mediação vítima-ofensor. Modelo consensual de justiça criminal. Sistema dialogal de abordagem dos conflitos.

LISTA DE TABELAS E ILUSTRAÇÕES

Tabela 1 – Os três modelos de justiça de acordo com Walgrave	29
Tabela 2 – Processos na JR de 2005-2018	51
Figura 1 – Processos na JR de 2005-2018.....	51
Tabela 3 – Incidência Penal 2005-2012.....	52

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CEJURES – CENTRO JUDICIÁRIO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

CEJUSC – CENTROS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA

CRFB/88 – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

DF – DISTRITO FEDERAL

ECA – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

FBSP – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA

FUNJAB – FUNDAÇÃO JOSÉ ARTHUR BOITEUX

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA

MVO – MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR

NUJURES – NÚCLEO PERMANENTE DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

NUPEMEC – NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

PNDH-3 – PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

PNUD – PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO

RS – RIO GRANDE DO SUL

SINASE – SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO

SP – SÃO PAULO

TJDFT – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A RACIONALIZAÇÃO DA PENA E A FALIBILIDADE DO MODELO ESSENCIALMENTE RETRIBUTIVO	13
2.1 AS TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA: TENTATIVAS FALHAS DE JUSTIFICAÇÃO	13
2.1.1 Teorias absolutas ou retributivas.....	15
2.1.2 Teorias relativas, utilitárias ou preventivas.....	17
2.1.3 Teorias mistas, unitárias ou unificadoras da pena	21
2.2 A ECLOSÃO DAS TESES ABOLICIONISTAS	22
2.3 A CRÍTICA AO SISTEMA JURÍDICO PENAL TRADICIONAL SEGUNDO A PERSPECTIVA VITIMOLÓGICA	25
3 JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL	27
3.1 CARACTERIZANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA: ABORDAGEM CONCEITUAL	27
3.1.1 Processo dialogado.....	30
3.1.2 Reparação.....	33
3.1.3 Restauração	34
3.2 RELAÇÃO ENTRE MEDIAÇÃO E JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	35
3.3 A MEDIAÇÃO PENAL OU MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR	36
3.4 A RELAÇÃO ENTRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O SISTEMA PENAL.....	38
4 SOBRE O PANORAMA JURÍDICO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL E A (IN)APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO PENAL AOS CRIMES DE MAIOR POTENCIAL OFENSIVO	42
4.1 A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS: ESTÍMULOS INICIAIS ÀS PRÁTICAS RESTAURATIVAS	42
4.2 A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES	47
4.2.1 A experiência do Distrito Federal e o emblemático caso ocorrido no Núcleo Bandeirante	50
4.2.2 Os reflexos do acordo restaurativo sobre o processo e a sentença penais: contribuições da experiência belga	56
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

Tendo em conta o *ius puniendi* estatal, a privação de liberdade surge, por volta do século XVIII, como alternativa mais humana aos castigos corporais e à pena de morte. Tempos à frente, contudo, as prisões acabaram se consolidando como principal – senão único – instrumento utilizado pelo Estado a fim de exercer seu poder de punir.

Hodiernamente, o substancial fracasso do sistema penal tradicional se demonstra pelos próprios efeitos marginalizadores do cárcere e pela impossibilidade estrutural de a instituição carcerária cumprir as funções que a ideologia penal lhe atribui. Nesse sentido, não raros são os discursos que sustentam a falibilidade do sistema prisional, o qual não atinge nem mesmo sua finalidade preventiva ou dissuasória, mas, pelo contrário, gera um nítido aperfeiçoamento dos delinquentes, funcionando como uma verdadeira “pós-graduação” do crime e promovendo uma cíclica retroalimentação da violência.

Para se ter uma noção do grave quadro da segurança pública, o Brasil – embora esteja entre os países que mais encarceram no mundo – bateu recorde de homicídios no ano de 2016, alcançando uma marca histórica de 62.517 mortes violentas apenas neste período (FBSP; IPEA, 2018).

Face a essa problemática e ineficaz conjuntura, começou-se a vislumbrar formas alternativas de justiça criminal, sobretudo relacionadas aos delitos de menor potencial ofensivo, de forma a alcançar meios alternativos à pena privativa de liberdade e amenizar as tão comuns e degradantes superlotações carcerárias.

Esse contexto de contínua deslegitimação do modelo essencialmente retributivo, ainda hoje arraigado no sistema de justiça penal – que faz do encarceramento uma forma de reação penal quase que inegociável, ao invés de utilizá-lo como *ultima ratio* –, aliado à necessidade de se resgatar o protagonismo da vítima no processo penal, fomentou uma conjuntura propícia ao desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao tratamento adequado dos conflitos e ao implemento da consensualidade na resolução destes.

É nesse cenário que surge a justiça restaurativa, não apenas como uma técnica de resolução de conflitos ou como mero instrumento de alívio processual, mas sim como um novo paradigma de justiça, pautado na ampliação dos espaços democráticos e na construção de novas modalidades de regulação social, e disposto a conciliar as justas expectativas da vítima, do infrator e até mesmo da própria comunidade em que se insere o conflito.

Veio à tona, pois, a necessidade de se estabelecer um novo modelo de justiça criminal, desvinculado do excessivo formalismo tradicional e cujo enfoque reside não em

simplesmente atribuir culpa a um sujeito – por meio do mero enquadramento de sua conduta a um tipo penal –, mas sim na busca pelos meios mais eficazes de solucionar a situação-problema e restaurar as relações que foram abaladas com este evento. Não deixa de significar, portanto, uma nova maneira de se enxergar e conceber o crime.

Com efeito, muito se discute sobre a aparente limitação das diversas práticas restaurativas aos crimes de menor potencial ofensivo, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Encarando-se a mediação penal – e a justiça restaurativa como um todo – como uma forma complementar semiautônoma de reação penal, o que se pretende neste trabalho é, portanto, verificar se, nos moldes em que o modelo restaurativo foi introduzido no cenário nacional, realmente existe restrições quanto à aplicação das práticas restaurativas, ou se, a exemplo do que vem ocorrendo em outros países, a ampliação destas práticas aos tipos penais concebidos como de maior potencial ofensivo mostra-se viável. Eis a problemática sobre a qual se debruçará a monografia.

Partiu-se, nesse sentido, da hipótese de que essa aparente aplicabilidade restrita decorre da equivocada noção, moldada pelo paradigma essencialmente retributivo vigente, de que a única forma possível de lidar com a violação de regras penais de gravidade acentuada é infligindo dor ao infrator, retirando, ou ao menos limitando, sua liberdade.

Para tanto, cumpre adiantar que não houve a pretensão de conduzir a pesquisa com amparo em uma metodologia rigorosa de pesquisa empírica: utilizou-se, sobretudo, de uma análise bibliográfica (que envolve a consulta a livros, artigos, periódicos, legislações etc.), aliada ao uso de documentação direta (no que se refere a alguns dados fornecidos eletronicamente pelo Núcleo de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios), utilizando-se de uma abordagem dedutiva para alcançar algumas conclusões.

A justificativa da pesquisa, por sua vez, reside na relevância de se perquirir a respeito da possibilidade de revestir a justiça criminal com novas roupagens, mais democráticas, que contemplem o protagonismo da vítima e promovam o adequado tratamento dos conflitos. Os estudos em políticas públicas referentes a esse modelo restaurativo de justiça, inclusive, tornaram-se tendência mundial a partir da Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.

Portanto, longe de ser um ideal propagado por uma parcela minoritária de criminologistas progressistas ou abolicionistas pretensiosos, a justiça restaurativa se configura como um fenômeno em constante ascensão, sendo uma temática constante na criminologia pós-moderna – razão pela qual merece ser frequentemente repisada.

Ademais, este trabalho também decorre da necessidade de se fomentar um pensamento criminológico crítico, direcionando reflexões acerca de um sistema dialogal de abordagem dos conflitos que mitiga a concepção da prisão como principal instrumento de resposta ao crime.

O primeiro capítulo se debruçará, brevemente, sobre as teorias legitimadoras da pena, colocando-se em discussão a racionalização do fenômeno punitivo e os fatores que ensejaram a crise de legitimidade enfrentada pelo sistema penal tradicional vigente, ao tempo em que abordará os modelos retributivo e preventivo como tentativas falhas de justificação e que, espontaneamente, induzem à necessidade de que o punitivismo tradicional ceda espaço a formas democráticas e consensuais de justiça.

Por sua vez, o segundo capítulo da monografia empenhar-se-á na caracterização da justiça restaurativa, bem como tratará especificamente da mediação penal – também denominada mediação vítima-ofensor –, dedicando-se, também, a estabelecer uma relação entre ambos os institutos e a lançar reflexão acerca de como as práticas restaurativas se relacionam com o sistema de justiça tradicional.

O terceiro e último capítulo, por seu turno, tratará inicialmente sobre o panorama da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, abordando os marcos normativos que abriram espaço ao desenvolvimento de práticas restaurativas a nível nacional e enfatizando o importante papel da Resolução 225/2016 do CNJ no que tange à implementação do ideal restaurativo no âmbito do poder judiciário. Posteriormente, dispensará tratamento específico à questão da (in)aplicabilidade de práticas como a mediação penal a casos que envolvam o cometimento de crimes de maior potencial ofensivo, pondo-se em relevo a experiência restaurativa no Distrito Federal, mediante relato de um caso emblemático ocorrido no Núcleo Bandeirante/DF em 2007; além disso, demonstrará a última seção do trabalho algumas contribuições que a experiência belga pode fornecer – sobretudo concernentes aos reflexos que o acordo restaurativo poderia lançar sobre o processo e a sentença penais – a ordenamentos como o brasileiro que, embora colecionem estímulos à prática restaurativa, ainda não têm a justiça restaurativa amparada numa lei propriamente dita.

2 A RACIONALIZAÇÃO DA PENA E A FALIBILIDADE DO MODELO ESSENCIALMENTE RETRIBUTIVO

Seria inadequado que a presente pesquisa adentrasse conceitualmente à seara da justiça restaurativa sem antes perquirir-se a respeito da função da pena ou mesmo sem desbravar os fatores que ensejaram a crise de legitimidade enfrentada pelo sistema penal tradicional vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Iniciará este capítulo, pois, analisando o fenômeno punitivo e refletindo acerca das funções da sanção penal, na medida em que se debruça sobre as teorias legitimadoras da pena e aborda os modelos retributivo e preventivo como tentativas falhas de justificação, as quais induzem à necessidade de que o punitivismo tradicional – caracterizado pela concepção da prisão como consequência essencial e quase que incontornável da ocorrência de um delito – ceda espaço a formas mais democráticas e consensuais de justiça.

2.1 AS TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA: TENTATIVAS FALHAS DE JUSTIFICAÇÃO

As sanções jurídicas possuem, geralmente, caráter reintegrativo (quando visam um retorno ao *stato quo ante*) ou compensatório (quando constituem uma forma de reparação). A pena, entretanto, de maneira singular, possui caráter retributivo, ou seja, independentemente da forma, visa infligir um mal que excede mera reintegração ou compensação (BATISTA, 2011, p. 41).

Nos dizeres de Giamberardino (2014, p. 8), “a pena estatal trata da imposição oficial e intencional a sujeitos que são devidamente condenados, de uma violência que seria absolutamente inadmissível se aplicada a quaisquer outros sujeitos ou em qualquer outra situação”. No entanto, a sanção penal nem sempre foi concebida desta forma.

Historicamente podemos observar que a pena surge com afeições extremamente cruéis e desumanas, estas intrinsecamente atreladas ao absolutismo estatal predominante, o qual promovia os governantes à categoria de verdadeiras divindades, com poderes de castigo inimagináveis e completamente arbitrários.

Abordando o surgimento da sanção penal, Pavarini e Giamberardino (2011, p. 218) asseveram que imperavam as penas corporais e de morte, restando à prisão o papel de “instrumento de constrangimento ao pagamento de dívidas ou de custódia do condenado que aguarda o cumprimento de sua pena”. Nesse sentido, na Antiguidade, o papel exercido pela

pena de prisão reduzia-se a mero encarceramento processual, efetuado enquanto os supostos delinquentes aguardavam pela execução que, muito provavelmente, traduzir-se-ia em um sacrifício, um suplício físico ou moral (BUSATO, 2015, p. 218).

A humanização e a secularização das formas de punição, conforme ressalta Falcón y Tella (apud Souza, 2017, p. 197), somente ocorreria com o medievalismo penal – período que se estende até a segunda metade do século XVIII –, momento no qual se rompe com a dureza da pena e seu sentido “mágico e sacral”. A partir de então, a retribuição sucede a expiação e a razão divina é substituída pela razão do Estado (RAMIREZ; MALARÉE apud BITENCOURT, 2011, p. 118).

Sobre esse processo de evolução das penas, oportunamente discorre Souza:

A partir do fim do século XVIII e começo do século XIX começa a acontecer a supressão dos espetáculos punitivos, tornando a punição a parte mais velada do processo penal, sendo sua eficácia atribuída à sua fatalidade, não à sua intensidade visível. As práticas punitivas se tornaram mais pudicas e o sofrimento físico, a dor do corpo, não são mais elementos constitutivos da pena. Mais do que o suplício, a pena passa a significar a perda de um bem ou de um direito. [...] Não é mais ao corpo, mas à alma que se dirige a punição. O castigo deveria atuar agora sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições (SOUZA, 2017, p. 197).

Com efeito, Busato (2015, p. 218) atribui essa modificação na concepção da pena ao trânsito do Estado absoluto ao Estado liberal, por consequência do predomínio da filosofia idealista (razão humana e contrato social). Pela primeira vez a sanção penal se veria atrelada tão somente a um ideal de justiça, fundado numa responsabilidade penal baseada no livre-arbítrio e na culpabilidade individual. Nada mais lógico, pois, que a pena se revestisse de uma coloração de retribuição, isto é, de referência ao passado, ao mal praticado, e se limitasse pelas fronteiras da proporcionalidade.

Numa conceituação moderna e crítica de prisão, que demonstra bem o processo de evolução dos métodos punitivos e de humanização da pena, Cirino dos Santos afirma:

A prisão é o aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista, constituído para o exercício do poder de punir mediante privação de liberdade [...]. Portanto, esse dispositivo do poder disciplinar funciona como aparelho jurídico econômico, que cobra a dívida do crime em tempo de liberdade suprimida, e como aparelho técnico disciplinar, programado para realizar a transformação individual do condenado (SANTOS, 2012, p. 455).

Seria plausível imaginar, dedutivamente, que a retribuição perdesse espaço ao longo dos séculos, na medida do aprimoramento da racionalidade humana. Entretanto, essa não foi a realidade demonstrada pela evolução histórica das sociedades, sobretudo daquelas inseridas no contexto latino-americano.

Com efeito, o manifesto e exacerbado grau de violência que perpassa a operacionalização do sistema penal nos países ocidentais não corresponde, pode-se dizer, a um grau de elevado amadurecimento na discussão acadêmico-jurídica e política sobre a pena e seu sentido. Não obstante se trate de um tema bastante debatido e com vastíssima produção escrita a respeito, a fundamentação e a justificação da pena estatal seguem constituindo problemas teóricos com contradições, paradoxos e questões não respondidas (GIAMBERARDINO, 2014, p. 8).

Essa necessidade de justificação da imposição penal, portanto, mantém-se relevante e atual por um ilustre motivo, como relembra Anjos (2009, p. 4): “para que a atividade estatal, ao utilizar-se da privação de liberdade ou da restrição de direitos dos cidadãos, não descambe em puro arbítrio”. Nesse sentido, a indagação acerca do sentido da pena estatal permanece a todo tempo relevante.

Tendo isso em conta, os próximos subtópicos abordarão as teorias que permeiam o discurso oficial da teoria jurídica da pena.

2.1.1 Teorias absolutas ou retributivas

As teorias absolutas da pena começaram a ser desenvolvidas no século XIX, inspiradas numa lógica de legitimação interna, segundo a qual se castiga porque há um mal. Para elas, “a essência da pena criminal reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime e nisso se esgota” (CAPELA, 2013, p. 20).

A tipologia absoluta, conforme leciona Roxin (apud Carvalho, 2015, p. 57), deriva da finalidade autônoma e autorreferencial atribuída à pena, caso em que a sanção estaria teoricamente desvinculada de qualquer efeito ou projeção social, fundamentando-se no modelo iluminista do contrato social. A pena seria, então, vista como mero castigo ou retribuição do delito, configurando-se um fim em si mesma – não lhe correspondendo nada mais que simplesmente realizar a justiça (SOUZA, 2017, p. 15).

Nesse sentido, Kant, um dos predecessores da concepção retributiva, em sua obra *Metafísica dos costumes* (1797), estabelece a função retributiva da pena como uma exigência irrenunciável, uma consequência inegociável cuja justificação deriva tão somente do mal praticado, isto é, da violação de um dever jurídico. Em outros termos, o retributivismo kantiano sustenta ser a lei penal um imperativo categórico, cuja ruptura “determina a aplicação da pena, não havendo quaisquer outras justificativas à punição senão a própria inobservância do contrato” (CARVALHO, 2015, p. 58).

Destarte, conforme assevera Busato (2015, p. 219), “à intensidade da agressão de um bem jurídico se responderia mediante um ataque institucional a um bem jurídico de similar medida”, o que demonstra que a visão kantiana se aproximava do princípio de Talião – olho por olho, dente por dente.

Por sua vez, o pensamento de Hegel, externado em sua obra *Princípios da Filosofia do Direito* (1820), desloca o retributivismo dos valores morais e éticos para o debate jurídico, para a consideração objetiva da justiça. Sendo assim, a negação do crime seria a função precípua da pena, isto é, serviria a sanção penal para anular o crime cometido.

Na perspectiva hegeliana, pois, o crime, considerado como violação da ordem jurídica – e não como produção de mal ou violação de um imperativo ético –, justificaria a imposição de uma sanção exclusivamente retributiva: a pena, que seria imposta como oposição racional ao ato irracional do delito, constituindo-se como a negação da negação do direito (CARVALHO, 2015, p. 60).

Sendo assim, na acertada interpretação de Busato (2015, p. 220) sobre Hegel, a pena seria vista como um mal que se aplica não só em razão da existência de outro, mas também com vistas ao restabelecimento da ordem jurídica perturbada.

A diferença entre as teorias de Kant e Hegel reside no fato de que Kant legitima a pena numa necessidade ética, objetivando a vingança proporcional do mal do crime por meio do mal da pena – pois, a comissão do delito perturbaria a ordem moral absoluta –, enquanto Hegel encontra seu fundamento na própria necessidade jurídica de reafirmação e restabelecimento do ordenamento jurídico atingido pelo crime, de forma proporcional à intensidade da negação da lei (BUSATO, 2015, p. 220).

No entanto, o que se pode extrair das lições de Roxin (1997, p. 84) é que, embora as teorias absolutas possuam o mérito de terem se empenhado na construção de uma responsabilidade penal baseada no livre-arbítrio e na culpabilidade individual do sujeito – estabelecendo limites ao poder punitivo do Estado e exercendo importante função de salvaguarda da liberdade –, atualmente elas não se sustentam do ponto de vista científico, sobretudo porque as atuais expectativas do direito penal não comportam a aplicação de sanções que prescindam quaisquer fins sociais.

Poderia se argumentar, primeiramente, no sentido de que a ideia de compensação de um mal por outro mal – no caso, a pena – não é passível de verificação empírica, pois, como ressalva Capela (2013, p. 23), “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”.

Trocando em miúdos, subscreva-se o entendimento de Carvalho (2015, p. 63), segundo o qual a inadequação da resposta retributiva como discurso de legitimação do sistema punitivo resta evidenciada por se fundamentar num princípio de vingança e em critérios de retaliação que resultam em um cálculo sempre impreciso: o da justa retribuição almejada em função (unicamente) do dano causado, a qual se configura empiricamente inverificável, já que “a equivalência real entre o mal causado e a pena é praticamente inalcançável, criando a pena, em virtude disso, nova injustiça (GÜNTHER apud BUSATO, 2015, p. 223).

Com efeito, a equivalência entre crime e castigo consiste numa redução arcaica que acaba por naturalizar e normalizar a pena privativa de liberdade como sanção por excelência e, portanto, inquestionável, inviabilizando possibilidades alternativas de resposta a desvios de condutas legais (CARVALHO, 2015, p. 63). Não parece, pois, racional ou apropriado ao Estado Democrático de Direito que a pena seja concebida tão somente como um mal, desprovido de qualquer utilidade.

2.1.2 Teorias relativas, utilitárias ou preventivas

Em razão das deficiências constatadas na fundamentação das teses absolutas, surgiram as teorias relativas, também denominadas utilitárias ou preventivas.

Os teóricos relativistas ou utilitaristas da pena elegem a prevenção da delinquência como pressuposto geral para a punição. Em contraste ao retribucionismo – o qual “tem como foco apenas o ato criminoso passado, sem a menor preocupação com o futuro do condenado ou da sociedade, em uma visão nitidamente liberal (não intervencionista) do Estado” (ANJOS, 2009, p.13) –, as teorias relativas vêm implantar uma fundamentação da pena “não sob o imperativo categórico da justiça absoluta, mas como um meio ou instrumento útil e necessário à prevenção da criminalidade” (BUSATO, 2015, p. 225).

Trata-se, portanto, de uma justificação da pena voltada para o futuro, em um propósito de evitar novos males, e não de meramente retribuí-los; idealiza-se no castigo um exemplo, destinado a dissuadir pela demonstração de desagrado e pela geração de um prejuízo. Nesse sentido, no relativismo ou utilitarismo da pena, “os pressupostos de legitimação [...] são de natureza empírica; à ideia de realização da justiça, em abstrato, se contrapõe a ideia de prevenir novos crimes” (BUSATO, 2015, p. 226).

O grande expoente da prevenção-geral foi Anselm Ritter Von Feuerbach que, através de sua teoria da coação psicológica, propôs que a pena se destina a impedir as lesões jurídicas, criando nos criminosos potenciais um contra-motivo suficientemente forte para

afastá-los da tentação delituosa (DIAS, 1999, p. 99). A imagem do que pode ocorrer quando um crime é descoberto pelo sistema criminal é, portanto, a principal arma utilizada pela prevenção geral.

Conforme ensina Bitencourt (2011, p. 135), os dois pilares da prevenção geral residem na “ideia da intimidação ou da utilização do medo e a ponderação da racionalidade do homem”, o qual, posto diante do dilema da ameaça de pena, preserva o controle sobre seus impulsos, esquivando-se da prática do crime.

Com efeito, a intimidação ou coação psicológica (efeito dissuasório), de acordo com a teoria de Feuerbach, pretende atuar em dois momentos:

em uma primeira etapa, antes da comissão do delito, com a cominação penal dirigida à generalidade das pessoas, provocando uma sensação de desagrado e impedindo a comissão do delito; e, em um segundo momento, posterior ao fato delitivo, mediante a execução exemplarizada da pena (FEUERBACH apud BUSATO, 2015, p. 227).

Esta ideia de dissuasão mediante ameaça fez com que, posteriormente, a teoria da prevenção geral recebesse a adjetivação de negativa, “visando diferenciá-la de uma chamada prevenção geral positiva¹, que visaria à afirmação de determinados aspectos coletivos, e não à intimidação” (BUSATO, 2015, p. 227).

Embora a ascensão da prevenção geral negativa tenha sido útil a demonstrar a inviolabilidade do ordenamento jurídico perante a sociedade, é certo que ela não restou imune a críticas: o primeiro impasse constatado foi o de que a adoção da prevenção geral pressupõe uma atuação sempre racional dos potenciais criminosos, que calculariam mentalmente o custo-benefício dos crimes que pretendessem praticar (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 122).

Nos dizeres de Bitencourt, o pressuposto antropológico das ideias prevencionistas

[...] supõe um indivíduo que a todo momento pode comparar, calculadamente, vantagens de desvantagens da realização do delito e da imposição da pena. A pena [...] apoia a razão do sujeito na luta contra os impulsos ou motivos que o pressionam

¹Para Zaffaroni (2003, p. 121-122), a prevenção geral positiva estabelece a pena como mecanismo de legitimação da ordem jurídica, como valor simbólico produtor de consenso e, portanto, reforçador da confiança no sistema social geral. Nos dizeres de Sica (2007, p. 63), na sua vertente mais moderna, a prevenção geral positiva preconiza a reafirmação da validade das normas pela atuação da justiça penal; logo, para que ela se efetive, no mínimo, é preciso que os destinatários compreendam o conteúdo e a forma das decisões judiciais, pois, o valor da norma reafirma-se da cominação da pena à sua aplicação. O mesmo autor, fechando a linha de raciocínio no sentido de que as normas penais são, na verdade, um falso – ou ao menos falho – produtor de consenso, remete à lúcida reflexão de Messmer: “se nenhuma compreensão é alcançada, como, então, a decisão pode ser compreendida? Se não é compreendida, evidentemente, não pode cumprir qualquer função de transmitir o valor da norma”. Levando em conta, pois, esse déficit comunicativo da legislação penal para com seus destinatários, caem por terra quaisquer argumentos que almejem legitimar a aplicação da pena, nos moldes do sistema penal tradicional, com base numa suposta finalidade preventivo-geral positiva.

a favor do delito e exerce coerção psicológica perante os motivos contrários ao ditame do direito (BITENCOURT, 2011, p. 134).

Esse fator é completamente desprovido de comprovação empírica, uma vez que, como ressalva Giamberardino (2014, p. 69), ao lidar com a natureza subjetiva da forma pela qual cada ser humano internaliza o pretendido efeito intimidatório da pena, o utilitarismo penal esquivava-se de tratar, por exemplo, dos crimes passionais e cometidos por impulso, ou da questão dos delinquentes habituais, ditos “profissionais” – os quais desprezam por completo o risco de serem condenados ao cumprimento de sanções penais. Há, destarte, uma “falta de instrumentos idôneos que permitam demonstrar a existência de uma relação factível entre a existência das sanções e o não cometimento de delitos” (CARVALHO, 2015, p. 72).

Ademais, a teoria da prevenção geral, como alerta Bitencourt (2011, p. 135), não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinquente: sua confiança em não ser descoberto. Disto se pode extrair que “o pretendido temor que deveria infundir no delinquente, a ameaça de imposição de pena, não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo”; portanto, o criminoso que confia na impunidade “não será intimidado, não terá medo da pena, [...] com o que, este fundamento da pena não encontra qualquer justificativa” (BUSATO, 2015, p. 227).

Outro ponto envolto de críticas diz respeito ao raciocínio de que, de acordo com a teoria geral prevencionista, as sanções penais devem ser pensadas não para serem adequadas à gravidade do crime ou à culpabilidade do agente, mas sim para se ajustarem à necessária intimidação dos potenciais criminosos, de acordo com a frequência com a qual os delitos venham ocorrendo e com a intensidade de repressão a que estes façam jus.

Nesse sentido, “[...] se a busca é por evitar que todos cometam crimes, a pena não guarda relação direta com o sujeito [...]. Portanto, haverá tanta pena quanto seja necessário ao propósito intimidatório e não em relação à responsabilidade individual pelo fato realizado” (BUSATO, 2015, p. 228).

A adoção da prevenção geral negativa, consagradora da natureza exemplar da pena, equivaleria, pois, a admitir que crimes cujo interesse de combate fosse maior obtivessem necessariamente penas mais rígidas – o que significaria, conforme oportuno alerta de Cirino dos Santos (2012, p. 427), aumentar injustamente o sofrimento de acusados reais para desestimular o comportamento criminoso de acusados potenciais.

Outrossim, essa sustentação da perspectiva intimidatória como discurso exclusivo de fundamentação da pena deságua numa tentação de expansão e maximização do direito

penal, encontrando-se diante do constante “perigo de converter-se em terror estatal” (ROXIN, 1997, p. 93).

Resta evidente, pois, a ineficiência atrelada à prevenção geral negativa, que se impõe pela intimidação e 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” (FERNANDES, 2016, p. 19).

Tal ineficiência é magistralmente exemplificada nos dizeres de Klaus Günther ao referir que “as pessoas evitam dirigir alcoolizadas menos em razão da proibição desta conduta pela lei penal ou da ameaça de punição do que em razão do fato de, naquela noite, no caminho para casa, a polícia estar realizando uma *batida*” (GÜNTHER apud CARVALHO, 2015, p. 227).

Sendo assim, a crítica à prevenção geral negativa destaca a ineficácia da ameaça penal para inibir comportamentos criminosos; “afirma-se que não é a gravidade da pena – ou o rigor da execução penal –, mas a certeza (ou a probabilidade) da punição que pode desestimular o autor de praticar crimes” (SANTOS, 2012, p. 427).

Configura outra faceta utilitarista a prevenção especial, a qual se desdobra em duas vertentes: uma positiva e outra negativa. Esse modo preventivo de fundamentação da pena inaugura, conforme enfatiza Busato (2015, p. 230), uma perspectiva punitiva centrada no indivíduo infrator, comportando uma contramotivação específica voltada a evitar a reincidência, que parte da pressuposição de que o autor de um delito é a principal fonte de prováveis novos crimes.

Nos dizeres de Carvalho (2015, p. 79), o delinquente – não mais o infrator potencial – passa a ser o “centro do palco punitivo” e o destinatário da mensagem preventiva, o qual seria atingido pela pena com a finalidade de reabilitar-se socialmente.

A distinção entre as vertentes positiva e negativa da prevenção especial – ambas apoiadas na periculosidade do indivíduo –, pode ser facilmente compreendida nas lições de Giamberardino:

No que tange aos efeitos preventivos sobre e a partir do indivíduo condenado, portanto, o objetivo sempre foi a evitação da reincidência, seja através de medidas positivas, consoante o sentido que ganha a pena como “terapia” e o desenvolvimento do correccionalismo penal, seja através de medidas negativas, visando apenas a simples e direta neutralização e incapacitação do “perigoso” (GIAMBERARDINO, 2014, p. 78).

Assim sendo, a prevenção especial positiva volta-se à face corretiva da pena, partindo da consideração de que o autor de um delito é portador de um desvio social que

demanda correção. Por outro lado, a prevenção especial negativa elege como foco principal da pena não a reabilitação do apenado, mas tão somente a tarefa de realizar uma espécie de neutralização do delinquente mediante seu afastamento do convívio social enquanto perdure sua periculosidade.

Tais modelos de legitimação também não poderiam esquivar-se de contundentes críticas. Com efeito, o primeiro ponto negativo que pode ser suscitado com relação à prevenção especial positiva é o fato de que, ao ser adotada, esta teoria não comporta a possibilidade de se estimar objetivamente o tempo de duração da pena a ser cumprida.

Isso porque a quantidade da sanção dependeria da evolução terapêutica do condenado, pois, “se falho ou incompleto o tratamento penal, sua manutenção no sistema punitivo é medida necessária, pois a possibilidade de colocar o condenado em liberdade é a própria expectativa de reincidência criminal” (CARVALHO, 2015, p. 82).

Ao analisar a incorporação das teorias de prevenção especial positiva no discurso jurídico-penal, Cirino dos Santos (2012, p. 425) sustenta que “o Estado não tem o direito de melhorar pessoas segundo critérios morais próprios e, enfim, prender pessoas fundado na necessidade de melhoria terapêutica é injustificável”. A prevenção especial negativa, por seu turno, se mostra ineficaz quando verificada empiricamente tendo em vista, por exemplo, que os líderes de facções criminosas conseguem comandar, de dentro das próprias penitenciárias, a criminalidade para além das grades que os encarceram.

Destilando uma crítica ainda mais incisiva, Busato (2015, p. 234) põe em xeque a utilidade da prevenção especial nos casos em que se constate a desnecessidade de readaptação social dos infratores, indagando: “como se pode justificar, nesses casos, a imposição de uma pena? [...] Que função de prevenção especial pode ter a pena no caso dos delitos culposos ou nos delitos ocorridos em circunstâncias excepcionais?”.

Nesse sentido, quis o autor sugerir que, considerando-se qualquer das vertentes da prevenção especial, os crimes que teoricamente não importariam reincidência do infrator – como, por exemplo, os culposos – não teriam justificada a aplicação da sanção penal.

2.1.3 Teorias mistas, unitárias ou unificadoras da pena

Segundo as lições de Cirino dos Santos (2012, p. 428), “as teorias unificadas da pena criminal conjugam as teorias isoladas com o objetivo de superar as deficiências particulares de cada teoria, mediante fusão das funções declaradas de retribuição, de prevenção geral e de prevenção especial da pena criminal”.

No entanto, é nítido que essa tentativa de superação é fracassada, no sentido de que, ao tentar buscar uma conciliação entre as teorias absoluta (retributiva) e relativa (utilitária), o viés misto acaba por não atender nem a uma nem a outra.

Atualmente, as teorias mistas ou unificadoras da pena predominam na legislação e na literatura ocidental. No Brasil, por exemplo, o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) consagra, em seu art. 59, a teoria unificada, ao prever que a sanção será aplicada com vistas à reprovação e à prevenção do crime.

Conforme ensina Santos (2012, p. 429), “[...] a *reprovação* exprime a ideia de *retribuição* da culpabilidade; a *prevenção* do crime abrange as modalidades de *prevenção especial* (correção e neutralização do autor) e de *prevenção geral* (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica)”.

Cumpre, todavia, salientar que no contexto penal brasileiro vigora, na prática, um modelo essencialmente retributivo que, embora declare que a aplicação da pena se dará conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime, não tem cumprido com suas funções intimidatória, preventiva e ressocializadora.

Destarte, a credibilidade dessas teorias foi posta em xeque a tal ponto que propiciou a eclosão de importantes correntes da criminologia crítica, tais como o abolicionismo², o realismo de esquerda e o garantismo penal.

2.2 A ECLOSÃO DAS TESES ABOLICIONISTAS

Diante da esquizofrenia vivenciada pela política criminal – esta marcada pela contradição entre o discurso penal e a realidade da pena, que seguem direções diametralmente opostas –, diversos penalistas avançaram em teses inovadoras da criminologia crítica, passando a considerarem não somente as funções “declaradas” ou “manifestas” atribuídas pelo discurso oficial à pena criminal, mas também as funções “reais” ou “latentes” desta.

Um resultado disso foi a eclosão das correntes abolicionistas, surgidas como antítese ao sistema retributivo e a quaisquer teorias justificadoras que se amparem na pena como principal resposta do direito penal frente a condutas delitivas (SALIBA, 2009, p. 58).

Na eminente lição de Eugenio Zaffaroni:

O abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro

² Escolheu-se tratar, no tópico seguinte, acerca do abolicionismo, pois, este consiste num movimento que proporcionou abertura para novos modelos alternativos, como é o caso da justiça restaurativa.

sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução dos conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução de conflitos por instâncias ou mecanismos informais (ZAFFARONI, 2001, p. 89).

Diante, pois, da tentativa vã de legitimar a utilização de sanções repressivas, o direito penal tradicional passou a ser confrontado pelo movimento prático-teórico abolicionista, que “procura construir estratégias para a superação do sistema penal, das agências e instituições punitivas e da própria gramática (linguagem) criminalizadora” (CARVALHO, 2013, p. 295).

Com efeito, o surgimento das teses abolicionistas trouxe consigo a compreensão de que a prisão é totalmente irracional, tendo em vista as suas finalidades declaradas – não cumpridas – e, conseqüentemente, sua inegável falência.

Tendo em conta o alerta de Zaffaroni (2001, p. 99), de que “os autores abolicionistas não partilham de uma total coincidência de métodos, pressupostos filosóficos e táticas [...], uma vez que provêm de diferentes vertentes do pensamento”, far-se-á, nesta seção, um recorte metodológico sobre o modelo abolicionista de Louk Hulsman, entendendo que se trata de uma teoria mais aproximada do modelo restaurativo de justiça e considerando que seria inviável tratar em pormenores das demais propostas abolicionistas.

Na visão de Hulsman, por em prática o ideal abolicionista significaria, antes de qualquer outra coisa, implementar uma verdadeira mudança cultural a respeito de como se concebe a justiça criminal. Segundo o expoente abolicionista, um mecanismo de solução de problemas sociais deveria nortear-se por três valores básicos: o respeito pela diversidade; a necessidade de se colocar as profissões e autoridades a serviço dos clientes; e por fim, a validade de reconstrução de um evento problemático (HULSMAN, 1997, p. 194-195).

Acerca desses três valores, imprescindível observar as lições de Hugo Leonardo Rodrigues Santos, que magistralmente sintetiza-os nos seguintes dizeres:

A heterogeneidade da sociedade é desrespeitada quando se adota um modelo que não respeita essas diferenças, que trata a todos de modo uniforme. As diferenças devem ser reconhecidas pelo discurso público, que as subestima. Deve haver solidariedade com essas diferenças. [...] Ademais, as instâncias oficiais e autoridades devem se colocar a serviço do público, e não apenas cumprir com procedimentos formalizados, em regra afastados dos reais interesses dos envolvidos pelo conflito. Hulsman denuncia a existência de uma divisão de trabalhos burocratizada, que impede a comunicação eficaz das instâncias da justiça penal com o fim de concretizar suas finalidades. [...] Por fim, a justiça criminal funciona com base em uma reconstrução do evento criminal. [...] Ocorre que essa reconstrução não é legítima, visto que o sistema criminal, em sua análise, isola o envolvido no evento, destacando-o de seu ambiente, da vítima, de pessoas de sua relação. Oferece uma imagem estática do envolvido, fictícia e maniqueísta, e isso gera a sua discriminação. [...] Sem contar o fato de que, em razão do reforço dos estereótipos, o

sistema criminal cria de fato o delinquente, interiorizando no envolvido os estigmas por meio de um etiquetamento legal (SANTOS, 2015, p. 52).

Sendo assim, o abolicionismo de Hulsman parte de três suposições básicas: 1) o discurso público da justiça criminal subestima a diversidade entre os indivíduos, uniformizando a maneira de lidar com os eventos delituosos – denominados pelo autor de situações problemáticas –, através de uma relação de autoridade entre punidor e punido³; 2) as instâncias oficiais e autoridades penais formam uma divisão de trabalhos burocratizada, que se pauta num critério antidemocrático de oferecimento de soluções e se afasta dos reais interesses dos envolvidos no conflito; e 3) a reconstrução do evento problemático pela justiça criminal não é legítima e fornece a este uma resposta não realista e ineficiente.

Com efeito, dentre as propostas abolicionistas, a vertente defendida por Louk Hulsman acaba por se aproximar da justiça restaurativa na medida em que torna “mais clara a necessidade premente de abandono de uma cultura punitivista, por demais ineficaz, na qual não se resolvem concretamente os problemas ocasionados pelo crime” (SANTOS, 2015, p. 56).

Ademais, as práticas restaurativas compactuam com o entendimento de Hulsman no sentido de que a verdadeira pena pressupõe a concordância das duas partes, logo, “não havendo uma relação entre aquele que pune e aquele que é punido, ou ausente o reconhecimento da autoridade, estaremos diante de situações em que se torna extremamente difícil falar de legitimidade da pena” (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 87).

Daí que as propostas abolicionista e restaurativa convergem nos pontos de reconhecer que o funcionamento burocrático do sistema penal não permite um acordo satisfatório entre as partes e de compreender que o crime não é uma realidade em si mesma, mas sim uma construção cultural, passível de ser desconstruída de maneira conciliadora e que deve relacionar-se com a opinião que os envolvidos têm a respeito da situação problemática.

Essa convergência entre as teorias transparece no fato de que os diferentes enfoques dos abolicionistas penais conduzem ao delineamento de passos fundamentais a serem considerados para a criação e a estruturação de um sistema de justiça restaurativo.

³ Nas palavras de Achutti (2014, p. 11), “há muito o processo penal ignora a singularidade dos conflitos criminais e a impossibilidade de tratá-los de forma igualitária apenas a partir de classificações legais. Ao estabelecer que o que está em jogo não é um conflito, mas um delito, concretizado pela infração à norma legal e não pela produção de um dano a uma pessoa, a lógica moderna do processo penal reduz a importância e a magnitude de um fato delituoso na vida das pessoas (em especial, das vítimas) e determina que o acontecido não é nada mais do que um fato típico, ilícito e culpável, que merece a reprimenda estatal por preencher integralmente estes elementos”.

A valer, a implementação de propostas abolicionistas e/ou restaurativas, como enfatiza Santos (2015, p. 51), pressuporia, como um primeiro passo, “uma mudança de atitude interna, um câmbio de ideologia” que induzisse à adoção de uma nova linguagem não estigmatizante, bem como uma efetiva participação da vítima na solução do conflito.

2.3 A CRÍTICA AO SISTEMA JURÍDICO PENAL TRADICIONAL SEGUNDO A PERSPECTIVA VITIMOLÓGICA

Antes que este trabalho adentre ao seu objetivo principal, qual seja o de analisar se a mediação penal é aplicável aos crimes de maior potencial ofensivo, é necessário que se discorra a respeito de um fator determinante, que contribuiu decisivamente para o surgimento da proposta criminológica da justiça restaurativa: a necessidade de retomada do papel de preponderância da vítima na justiça criminal.

O sistema penal tradicional, que arraiga um punitivismo essencialmente retribucionista, fez com que a agressão do ofensor contra a vítima fosse encarada tão somente como um atentado à autoridade estatal, deixando de representar uma afronta de um indivíduo para com outro. Tal entendimento eclodiu na prerrogativa absoluta que o Estado possui de processar, julgar e punir os desviantes da maneira que estipule seu ordenamento jurídico (BRASIL; CAMPOS, 2017, p. 5).

É nesse contexto que a vítima acaba perdendo relevância dentro do processo penal, onde seus interesses e perspectivas acabam sendo censurados e descartados em razão da prevalência da vontade estatal, isto é, dos desígnios do órgão judicante. A respeito desta banalização dos anseios e sentimentos da vítima, que passa por um novo processo de vitimização ao ter suas necessidades negligenciadas, elucidativamente expõe Frade:

A vítima passou a ser no campo penal meramente um sujeito passivo, que quando procura as autoridades para relatar seu infortúnio corre o risco de ser tratada com frieza profissional. Em determinadas ocasiões pode vir a ser alvo da desconfiança acerca das informações que presta sobre as circunstâncias em que foi vitimizada. Em outras ocasiões pode vir a ser objeto do desprezo por sua demonstrada fraqueza. E no decorrer da persecução penal espera-se dela um comportamento que não diminua as chances de sucesso da persecução penal, sem que tenha oportunidade de manifestar sua vontade. [...] A relação entre Estado e vítima passou a ser pautada pelos seus deveres de comparecer quando convocada para os atos processuais, colaborar com a instrução probatória e apoiar a acusação, mesmo que não entenda ser relevante para seus interesses e ainda quando a tenha o temor de sofrer retaliações (FRADE, 2011, p. 10).

Com efeito, a justiça criminal atual é totalmente projetada para advogados, restando às vítimas e aos ofensores o papel de meros espectadores no processo. Ao passo em

que se promove o esquecimento da parte lesada, o acusado até mesmo é estimulado por seus patronos a negar a culpa, mesmo havendo praticado a conduta delitiva – o que só agrava o afastamento entre os envolvidos no conflito e a impossibilidade de uma verdadeira reparação dos danos provocados.

Sobre essa exacerbada formalidade do processo penal, Carvalho (2014, p. 109) menciona que a pompa dos procedimentos judiciais transforma a solução do conflito num evento bastante restrito, um mundo particular e artificial, onde a comunicação se expressa em uma única via – somente por meio daqueles que dominam a linguagem erudita e eloquente –, predominando um código restrito entre os operadores do direito.

Já alertava Hulsman (1997, p. 200) no sentido de que a organização da justiça criminal garante um isolamento das vítimas, que se tornam fragilizadas, sem voz, diante do aparato punitivo. A justiça criminal, pois, que deveria procurar atender as necessidades da vítima, “age de forma inversa, apenas preocupada em medir o pretenso dano provocado pelo crime, com base em critérios formais, e oferecer retribuição ao infrator” (SANTOS, 2015, p. 54).

Foi assim que, armado de todas essas críticas, o surgimento do movimento vitimológico representou um inegável avanço na compreensão do fenômeno da criminalidade, deixando clara a necessidade de retornar o protagonismo da vítima na justiça penal. Com o desenvolvimento de estudos vitimológicos, intensificados a partir da década de 60, a vítima “passou a ser considerada como verdadeiro sujeito da relação conflituosa, e não mais um mero espectador passivo de seu deslinde, por um terceiro (o Estado) alheio a seus interesses” (SANTOS, 2013, p. 45).

Isso propiciou, conseqüentemente, forte embasamento para o desenvolvimento teórico das práticas restaurativas, as quais inspiradas, também, no reconhecimento da vítima como parte fundamental da lide penal e da necessidade de se implementar certo grau de consenso e democraticidade ao palco da solução de conflitos⁴.

⁴ Vale a ressalva: apesar de o desenvolvimento da justiça restaurativa ter sido impulsionado pelos estudos da vítima, em nenhuma hipótese ela pode ser entendida como uma forma de retorno à vingança privada. Muito pelo contrário, o sentimento de vingança, em verdade, precisa ser neutralizado para que a prática restaurativa seja aplicada.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL

Discorridas as laudas iniciais sobre as falhas tentativas de legitimação da sanção penal tradicional, a eclosão das teorias abolicionistas e a crítica ao sistema jurídico penal tradicional segundo a perspectiva vitimológica, assim como a influência destas para o surgimento de movimentos como o da justiça restaurativa, avançará a presente pesquisa no sentido de empenhar-se na caracterização deste movimento, apresentando alguns valores e contornos práticos apontados como centrais ao modelo restaurativo.

Posteriormente, tratar-se-á especificamente da prática da mediação penal, bem como da relação entre a justiça restaurativa e o sistema penal tradicional, antes se estabelecendo uma relação entre os institutos da mediação e da justiça restaurativa.

3.1 CARACTERIZANDO A JUSTIÇA RESTAURATIVA: ABORDAGEM CONCEITUAL

Fortemente influenciada pelo pensamento criminológico crítico, a justiça restaurativa – embora não seja passível de um “engessamento” conceitual⁵ –, segundo Johnstone (apud ROSENBLATT, 2014, p. 73), consiste num movimento atrelado à crescente insatisfação para com o sistema tradicional de justiça criminal, que recomenda um sistema dialogal de abordagem dos conflitos, se contrapondo à utilização da prisão como principal instrumento de resposta ao crime, à supervalorização dos profissionais da justiça em detrimento do empoderamento das partes diretamente afetadas pelo delito, dentre outros aspectos tomados como negativos⁶.

⁵ Nos dizeres de Tonche (2015, p. 42), “[...] é difícil definir a justiça restaurativa em termos mais circunscritos, pois não existe uma definição única para o modelo, ao contrário, o que existe é uma série de valores ao qual ela está ligada e que as práticas deveriam necessariamente contemplar”. Ademais, a ausência de uma conceituação definitiva não deve ser vista como algo negativo, pois, conforme expõe Sica (2007, p. 16), “procurar um conceito unívoco e simples poderia ensejar uma visão reducionista de uma proposta cuja riqueza está justamente na diversidade e na flexibilidade, o que permite a sua melhor adaptação a diferentes cenários sociais”.

⁶ No que tange o surgimento da justiça restaurativa, este está atrelado ao “[...] resgate de práticas imemoriais de povos da Nova Zelândia, da Austrália, de regiões do Canadá e de outras tradições, que inspiram várias abordagens e procedimentos de caráter interdisciplinar na prevenção e no trato do fenômeno criminal” (VASCONCELOS, 2017, p. 261). Nesse ponto, saliente-se que embora alguns críticos possam sugerir que a justiça restaurativa indicaria uma possível “volta ao primitivo”, possivelmente aniquilando os progressos vivenciados na esfera processual ao longo da evolução civilizatória – já que o surgimento das práticas restaurativas tem antigas raízes em métodos de justiça e resolução de conflitos próprios de certos povos nativos –, à alegação não assistiria razão, visto que a criminologia crítica desnudou os “pontos cegos” dessa evolução, representados pelas funções latentes e não cumpridas do sistema penal tradicional. Sendo assim, nem tudo que é fruto de uma evolução deve ser considerado completamente melhor ou mais sustentável do que algo inspirado em práticas antigas ou tradicionais. Vale dizer, nos dizeres de Sica (2007, p. 75), “mesmo que não haja evidências seguras de que a justiça restaurativa possa resolver todos ou grande parte dos problemas a que se propõe, o modelo vigente já deu reiteradas mostras de seu fracasso e de seus elevados custos sociais, o que, por si só, justifica a (re)construção de um novo”.

Na concepção de Jaccoud (2005, p. 169), a justiça restaurativa “é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito”.

Releva notar que enquanto alguns a definem como um tipo alternativo de administração de conflitos, “muitos defensores do modelo dirão que não se trata somente disso, que isto é um reducionismo de algo muito maior, de uma proposta efetiva de mudança de paradigma em nossa sociedade” (TONCHE, 2015, p. 41).

Conforme leciona Vasconcelos (2017, p. 261) são pilares desse movimento:

a) o protagonismo voluntário da vítima, do ofensor e de pessoas da comunidade diretamente afetada, com a colaboração de mediadores (facilitadores); b) a autonomia responsável e não hierarquizada dos participantes; e c) a complementaridade crítica em relação às práticas do direito retributivo oficial [...].

Seria prudente acrescentar a estes, também, o enfoque maior nos danos causados do que nas regras violadas, o empoderamento das partes, a humanização das relações processuais em lides penais e a restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.

A lente restaurativa, portanto, propõe expressa oposição ao modo de enxergar o crime como mera violação ao Estado, que seria considerado sua principal vítima. Isto porque ela concebe o crime, antes de tudo, como uma violação a pessoas e relacionamentos; como um evento problemático que, ao invés de criar uma obrigação de infligir dor ao ofensor, traz à tona a necessidade de se estabelecer a restauração dos laços interpessoais rompidos, levando ao centro do processo os sujeitos negligenciados pela justiça criminal e sarando a ferida que fora aberta na sociedade como um todo.

Como bem colocado por Gerry Johnstone (apud ACHUTTI, 2014, p. 51), “a maneira pela qual se compreende e responde ao fenômeno criminal não é natural, e tampouco inevitável. O crime não pode ser considerado como uma ação [...] para a qual o processo penal e a punição seriam as respostas óbvias”.

Nessa órbita de concepção, embora a justiça restaurativa se traduza na coexistência de diversas técnicas, estas distintas em seus procedimentos, toda prática restaurativa – ao invés de focar na culpa do ofensor através da aplicação de penas que geram a sua estigmatização – concentra-se no reparo das sequelas deixadas pela ação delitiva, mediante a assunção de responsabilidades e obrigações pelo ofensor, com o potencial de

permitir sua restauração e inclusão, atuando numa perspectiva pró-futuro (TIVERON, 2014, p. 294).

Para Marcelo Nalesso Salmaso, a ideia de justiça restaurativa “não está no papel passivo de receber o castigo, mas, sim, na postura protagonista de assumir as condutas incorretas, olhar para as necessidades, reparar os danos e dar um novo rumo àquele caminho que nasceu errado” (SALMASO, 2016, p. 48).

Escapando à tendência natural de tentar caracterizar a justiça restaurativa através do que esta representa, Howard Zehr, um clássico teórico da seara, desenvolveu – na tentativa de delimitar seu âmbito de atuação – um raciocínio excludente, que a caracteriza pelo que ela não é. Destarte, conforme as lições de Zehr (2008), a justiça restaurativa não é: a) um modelo ideal ou programa específico, pois se apresenta através de diferentes práticas restaurativas, adequadas aos contextos nos quais se desenvolvem; b) uma novidade ou restrita ao cenário norte-americano, já que tem raízes na história multicultural da humanidade e se expande por todos os continentes; c) aplicável somente a crimes de menor gravidade ou a infratores primários, podendo, se rigorosamente observados seus princípios, alcançar crimes graves; d) essencial e especificamente destinada à reconciliação ou ao perdão, mas sim à reconstrução daquilo que foi afetado pelo crime quanto aos envolvidos na situação de conflito; e) restringível à mediação, evidenciando-se a possibilidade de outras práticas restaurativas; f) essencialmente orientada à redução da reiteração criminosa ou da reincidência – embora possa produzir tais efeitos –, mas sim para o equilíbrio afetado entre as partes envolvidas; g) nem um panaceia nem necessariamente um substituto ao modelo de justiça criminal tradicional ou uma alternativa à prisão, pois, se por um lado é uma contribuição à redução dos índices de encarceramento, por outro, práticas restaurativas podem coexistir com penas privativas de liberdade, de modo complementar ou paralelo.

A propósito, como destaca Jaccoud (2005, p. 167), L. Walgrave propôs uma síntese acerca de três modelos de justiça, que ainda hoje é referência frequente na abordagem conceitual da justiça restaurativa. Tal comparação entre os modelos é demasiado relevante:

Tabela 1 – Os três modelos de justiça de acordo com Walgrave.

	Direito penal	Direito reabilitador	Direito restaurador
Ponto de referência	O delito	O indivíduo delinquente	Os prejuízos causados
Meios	A aflição de uma dor	O tratamento	A obrigação para restaurar

Objetivos	O equilíbrio moral	A adaptação	A anulação dos erros
Posição das vítimas	Secundária	Secundária	Central
Crítérios de avaliação	Uma “pena adequada”	O indivíduo adaptado	Satisfação dos interessados

Fonte: JACCOUD, Myléne. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 167.

Myléne Jaccoud, magistralmente, exemplifica a aplicação desses modelos, ressaltando, no entanto, que eles não são mutuamente exclusivos:

Levemos em conta o exemplo de um professor que veja seu carro destruído (pneus furados), no estacionamento público da universidade, por um estudante insatisfeito com uma nota atribuída a seu exame. As duas partes concordam em se encontrar para uma sessão de mediação. No decorrer do encontro, as trocas entre o estudante e o professor podem ser direcionadas para: 1. o reparo dos danos (consertar ou compensar pelos danos causados aos pneus do auto); 2. a resolução do conflito (resolver o conflito ligado à atribuição de uma nota ruim ao exame); 3. a conciliação e a reconciliação (recuperar a harmonia e a boa compreensão que prevaleciam antes do evento entre o estudante e o professor) (JACCOUD, 2005, p. 168).

A mesma autora, após estabelecer a comparação entre os três modelos de justiça, propõe a seguinte definição: “a justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito” (JACCOUD, 2005, p. 169).

Estabelecida toda essa abordagem conceitual, nos próximos subtópicos serão caracterizados alguns valores restaurativos e contornos práticos da justiça restaurativa, apontados como centrais ao modelo⁷.

3.1.1 Processo dialogado

A ideia de um processo dialogado permeia toda e qualquer prática restaurativa, na medida em que a utilização destas práticas deve ser útil a promover consenso entre os afetados pelo delito no que tange à delimitação de qual foi o dano provocado, como este pode ser reparado e quem seria o responsável por fazê-lo.

Por se tratar de um processo decisório compartilhado, como assevera Tiveron (2014, p. 293), vítima e ofensor devem ser tratados como principais intervenientes em um

⁷ Saliente-se que todos os valores a serem aqui tratados estão elencados como princípios na Resolução nº 2002/12 editada pelo Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas (ONU).

programa de restauração, com participação direta mediante o estabelecimento de uma comunicação respeitosa recíproca.

Sobre a importância desse diálogo, subscrevam-se os dizeres de Waquim:

Para o ofensor, a importância está na oportunidade de reparar o dano, pacificar os ânimos da vítima, demonstrar seu desejo de estar inserido na comunidade, o que propicia que ele tenha consciência da ofensa realizada. Por outro lado, a vítima pode externar seus sentimentos de ira, medo, angústia, suas perdas e ponderações acerca da ofensa, o que contribui para superar o trauma causado pelo delito (WAQUIM, 2011, p. 63).

Tal patamar de consenso e diálogo mútuo apenas pode ser alcançado mediante a voluntariedade dos atores, pois ninguém pode ser compelido a se comunicar contra a sua vontade. Nesse sentido, a participação voluntária do ofensor é condição *sine qua non* para a iniciação de qualquer prática restaurativa, expressando a sua compreensão do dano cometido e sua vontade de repará-lo, bem como demonstrando obediência às normas sociais e reconhecimento dos direitos da vítima (WAQUIM, 2011, p. 62).

O reconhecimento voluntário do ofensor acerca do mal por ele causado, pois, embora possa gerar certo desconforto, pode transportá-lo ao alcance da chamada “vergonha reintegradora”, permitindo-o conciliar-se à vítima e reintegrar-se à comunidade em uma situação de respeitabilidade (TIVERON, 2014, 295-296).

Destaque-se, dentro do processo dialogado, a figura dos facilitadores, cuja tarefa é propiciar, num ambiente respeitoso e seguro, um diálogo profundo entre os participantes, bem como velar por determinadas regras de procedimento e natureza dos acordos. Para tanto, como leciona Umbreit (2007, p. 1) são fundamentais ao facilitador a imparcialidade, a construção de uma relação de entendimento e confiança com as partes, e a sensibilidade para a identificação de possíveis relações de poder que as desigualem.

O processo dialogado, portanto, mediante auxílio dos facilitadores⁸, deve zelar pelos valores da não-dominação e da escuta respeitosa, no sentido de que no encontro restaurativo deve-se equilibrar os possíveis desníveis de poder entre as partes, promovendo-se o empoderamento destas. Embora o diálogo livre seja plenamente encorajado, em hipótese alguma deverá se tolerar qualquer tipo de comunicação violenta.

A instauração de um diálogo aberto e respeitoso, portanto, permitiria, como frisado por Achutti (2014, p. 86),

⁸ Conforme Sica (2006, p. 459), a estes fica reservado somente um instrumento de intervenção: a linguagem, o que os coloca no mesmo nível de poder das partes.

(a) constituir-se em um freio à resolução do ofensor como delinquente; (b) resultar em uma decisão menos danosa individual e socialmente (diminuiria drasticamente as possibilidades de uma pessoa ser enviada à prisão e os efeitos do aprisionamento); e, ainda, (c) desencadear, ao final, não mais a mera produção de sentenças condenatórias como respostas ao crime, mas em ações coletivas voltadas para a reparação e a superação do dano causado.

Ademais, o processo restaurativo deve prezar pelos valores da informalidade e da confidencialidade. O primeiro é necessário, pois, a justiça restaurativa – longe de ser um sistema burocrático – é um modelo democrático, em que a participação efetiva da vítima, do infrator e da própria sociedade apenas pode ser garantida dentro de um contexto informal, despido das excessivas formalidades.

Nos termos de Waquim (2011, p. 64-65), “a ideia é que o processo restaurativo desvencilhe-se da estrutura extremamente formalista e burocrática dos modelos tradicionais, por isso, por exemplo, são realizados em ambientes acolhedores e sem a necessidade de participação do juiz e promotor”.

Já no que diz respeito à confidencialidade, esta também está presente nos processos restaurativos, de modo a transparecer confiança às partes, mantendo um ambiente seguro para que elas se sintam à vontade para expressar seus mais profundos sentimentos, mágoas e frustrações.

A preservação da confidencialidade, que implica depositar unicamente nas mãos das partes o poder de autorizar a publicização do processo restaurativo, nos dizeres de Achutti (2014, p. 75-76),

[...] visa encorajar a troca de informações entre as partes e, ao mesmo tempo, oferecer um ambiente de privacidade e seguro, para que os encontros possam se desenvolver sem qualquer tipo de receios ou temores de que as suas declarações possam, posteriormente, ser utilizadas contra si em eventuais processos judiciais, cíveis ou criminais.

Sendo assim, o caráter confidencial do processo dialogado atinge até mesmo o Poder Judiciário, o qual deve ser informado apenas do acordo adotado ou da falta deste, não tomando ciência do conteúdo das deliberações restaurativas.

Disso decorre o fato de que, embora as partes que aceitem participar de um processo restaurativo devam reconhecer os fatos básicos que envolvem o caso, isto não significa que, sendo o processo encerrado sem acordo e por ter assumido a responsabilidade sobre a acusação, o ofensor será automaticamente condenado na esfera da justiça criminal tradicional, pois, “o aceite do ofensor não significa qualquer espécie de confissão ou outro

tipo de mecanismo apto a ser utilizado como prova no processo penal” (ACHUTTI, 2014, p. 73-74).

3.1.2 Reparação

Outro contorno prático necessário à compreensão do espectro restaurativo é a reparação. Isto porque, ao contrário do que à primeira vista possa parecer, a adoção de uma prática restaurativa não se empenha a eximir o ofensor de sua culpa nem do dever de reparar o dano.

Nessa linha de intelecção, assevera Tiveron (2014, p. 296) que “não se pode afirmar que a justiça restaurativa seja tutelar ou “protetora” do ofensor. Ela não o considera um “inimigo temível”, tampouco um ser débil e necessitado de tutela. Ao contrário: ela exige-lhe responsabilização, assunção de seu ator e engajamento na reparação”. Por isso, também são fundamentais os valores da responsabilidade, consensualidade e razoabilidade.

É certo, pois, que a responsabilização do ofensor – não obstante o fato de que este também possui necessidades – deve ser fomentada por todos os que participam do processo restaurativo, não de modo a promover sua estigmatização, mas sim fazê-lo tomar a postura de assumir a responsabilidade pelo dano e, conseqüentemente, a obrigação de saná-lo. Daí o importante papel da consensualidade, expressa por meio da autorresponsabilização do infrator e do consentimento da vítima para com os modos de reparação eleitos.

Em relação ao valor da razoabilidade ou proporcionalidade, impõe-se a ideia de que, “embora os compromissos assumidos possam ser bastante exigentes, eles devem ser alcançáveis, ou seja, não devem ser concebidos como sendo um mal para o ofensor” (TIVERON, 2014, p. 290). Esse princípio inibe a possibilidade de que sejam acordadas obrigações degradantes ou humilhantes ao ofensor, vedando, portanto, que se ultrapassem os limites legais estabelecidos como sanção – o que honra a natureza restaurativa do modelo de justiça aqui tratado.

Ressalte-se, neste ponto, que, apesar de serem valores desejáveis, a desculpa, o perdão, e até mesmo o remorso do ofensor pela injustiça causada, não são objetivos propriamente ditos da justiça restaurativa. Nas palavras de Achutti (2014, p. 70), “trata-se de valores que se buscam atingir com as práticas restaurativas, mas que não podem ser exigidas ou cobradas das partes, sob pena de comprometer o caráter espontâneo que se exige de qualquer encontro restaurativo”.

Destarte, a efetividade do acordo reparador está diretamente relacionada com o sentimento de reparação, com a satisfação da vítima – e isto não implica eleger o perdão da vítima ao ofensor como condição para que o processo restaurativo seja bem-sucedido.

3.1.3 Restauração

A restauração, por sua vez, transcende as intenções de reparação dos prejuízos causados. Como releva Tiveron (2014, p. 291), “não se limita ao ressarcimento civil e ao pedido de desculpas, em que pese a justiça restaurativa comportar reparações simbólicas, como o oferecimento de explicações, de prestações pessoais (de cunho não monetário, como o trabalho) em favor da vítima [...]”.

Em outros termos, a restauração não se reduz à consolidação de um mero acordo formal reparatório ou indenizatório. Ao contrário, como assevera García-Pablos de Molina (apud TIVERON, 2014, p. 291),

[...] exige uma comunicação interpessoal fecunda entre autor e vítima, a implicação séria e convencida de ambas no processo de negociação, uma positiva mudança de atitudes, fruto da confrontação direta e pessoal com o fato delitivo e suas consequências, assim como a livre aceitação de responsabilidade.

O eminente teórico Howard Zehr (2008, p. 176) aborda a restauração num sentido de cura, esclarecendo que esta não implica esquecer ou minimizar a violação, mas sim concorre para um senso de recuperação e esperança para com o futuro, tanto para a vítima quanto para o ofensor, de maneira a fechar o ciclo que se iniciou com o delito.

Transcendendo, pois, o mero retorno à situação anterior ao delito, a verdadeira restauração está atrelada à transformação dos protagonistas do conflito, criando vínculos de compreensão, tolerância e solidariedade. Isso porque o fato de voltar à situação anterior ao conflito nem sempre é o mais adequado, e nem sempre o sentimento de reparação com ele se relaciona – sob pena da prática restaurativa redundar no retorno à uma situação que persista conflitiva e problemática.

A transformação, embora não reste alcançada em todos os casos, deve ser buscada na restauração de determinados conflitos, pois, nos dizeres de Suzuki (2013, p. 44), “embora a ideia seja inicialmente a de restaurar o dano naquilo que for possível, na tentativa de restabelecer a situação preexistente antes deste, é forçoso reconhecer que nem sempre isso é desejável”. Sendo assim, é necessário pensar para além do dano, considerando seu contexto, como oportunamente alerta Zehr (2008, p. 179):

Para corrigir a situação, pode ser necessário fazer mais do que simplesmente restituir as coisas e pessoas à sua condição original. Nos casos de violência conjugal, por exemplo, não é suficiente cobrir os danos. A verdadeira justiça não acontecerá a não ser que as pessoas e relacionamentos sejam transformados em algo saudável de modo que a violência não seja recorrente. Nesse contexto, a justiça pode significar uma mudança ao invés da volta à situação anterior.

Por meio da restauração, portanto, o autor esquia-se dos malefícios do cárcere, no entanto, com plena consciência do dever de reparação e autorresponsabilização pelo dano causado; a vítima, por sua vez, escapa da propensão aos traumas, na medida em que estabelece um contato franco e direto com o ofensor, tendo a oportunidade de questionar sua atitude e avaliar as circunstâncias que o conduziram ao ato delituoso; por fim, a comunidade também é afetada pela restauração, desempenhando um papel proativo no favorecimento da paz pública e da reinserção social do vitimário.

3.2 RELAÇÃO ENTRE MEDIAÇÃO E JUSTIÇA RESTAURATIVA

A origem da mediação é irrefutavelmente remota. Leonardo Sica (2007, p. 74) atenta para o fato de que autores como Haley, Rössner e Ceretti, dentre outros, sublinham que

[...] a mediação sempre foi um aspecto normal da vida em sociedade, uma atividade cotidiana de troca entre expectativas recíprocas e da convivência pacífica, que foi progressivamente suprimida pela apropriação do conflito pelo soberano e pela necessidade de política de concentração de poder e substituído pela atitude autoritária e hostil da justiça punitiva [...].

Como esclarecem Braga e Bezerra (2015, p. 129-130), embora resista um embate acadêmico entre teóricos da mediação e da justiça restaurativa sobre a suposta precedência de uma prática sobre a outra, não se vislumbra uma relação de subordinação hierárquica ou primazia entre os dois institutos, mas sim uma interseção contingente de suas práticas e princípios, pois, embora se toquem, ambos tem dimensões mutuamente mais amplas.

Nessa linha de intelecção, David Miers (apud SICA, 2007, p. 72) afirma que se por um lado o conceito de justiça restaurativa é mais restrito do que o conceito de mediação, uma vez que se confina à área criminal, por outro lado, é mais amplo pelo fato de contemplar uma variedade de possíveis respostas que nada têm a ver com a mediação.

Sintetizando a relação entre os institutos, subscrevam-se os dizeres de Braga e Bezerra (2015, p. 129-130):

A mediação tem registros históricos na antiguidade, tanto em povos primitivos como em sociedades complexas, constituindo-se em um conjunto de técnicas empregadas para a resolução dos mais variados conflitos, estando aí incluídos aqueles na órbita penal⁹. Por sua vez a justiça restaurativa se apresenta como um conjunto de valores e princípios que tem como foco a restauração das relações rompidas entre infrator e ofensor, portanto adstrito ao campo penal, fazendo uso de variadas técnicas, dentre elas a mediação. Assim percebe-se a existência de uma relação de interseção [...], pois a justiça restaurativa faz uso da mediação penal como um de seus instrumentos restaurativos, enquanto que a mediação, quando tem por objeto o conflito penal, se reveste de valores restaurativos.

3.3 A MEDIAÇÃO PENAL OU MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR

A mediação vítima-ofensor (MVO), também denominada mediação penal, é apenas uma das diversas modalidades da justiça restaurativa. Nesse sentido, oportunamente aborda Azevedo (2005, p. 135):

Dentre outras práticas como a conferência (*conferencing*), as câmaras restaurativas (*restorative conferences*), os círculos de pacificação (*peacemaking circles*), os círculos decisórios (*sentencing circles*), a restituição (*restitution*), a mediação vítima-ofensor se caracteriza como a prática mais antiga, havendo registros das primeiras MVO's no Canadá em 1974.

Como não poderia deixar de ser, a mediação penal consiste em um processo democrático e flexível através do qual, a fim de reparar os danos sofridos pela vítima e, na presença de um mediador ou facilitador, as partes envolvidas no delito estabelecem os parâmetros de um diálogo que propicie a composição ou solução do conflito [...] (SALINAS, 2015, p. 13).

O encontro voluntário, portanto, entre vítima e infrator – de forma direta ou indireta – se dá no intuito de propiciar a abertura de um espaço comum e estabelecer uma linguagem compartilhada, onde se considere os pontos de vista de ambas as partes. De um lado, à vítima é oportunizado que se expresse sobre as consequências experimentadas em razão do delito, bem como de demonstrar seus anseios de reparação; por outro lado, ao ofensor se possibilita externar seus motivos e assumir sua responsabilidade pelos efeitos produzidos ao outro (vítima e comunidade), tomando ele ciência do impacto material, psicológico e social de sua conduta.

⁹ Pondo em relevo essa diversidade de técnicas, lembra Sica (2007, p. 72) que “mesmo a mediação penal pode ser aplicada em diversos âmbitos, bastando lembrar da mediação penitenciária, aplicada no âmbito das instituições carcerárias, com a finalidade de melhorar as condições de cumprimento da pena e viabilizar benefícios para o condenado”.

A despeito de ser um dos institutos da justiça restaurativa, a MVO permanece sendo espécie do gênero autocompositivo denominado de mediação, no entanto, cabe registrar algumas distinções procedimentais quanto a outras espécies de mediação, como destaca Azevedo (2005, p. 142):

Exemplificativamente, em mediações cíveis há, em regra, a contraposição de interesses e resistência quanto a pedidos recíprocos. Já na mediação vítima-ofensor, o fato de uma parte ter cometido um crime e outra ter sido a vítima deve ser incontroversa. Assim, a questão de culpa ou inocência não é mediada. Enquanto que algumas outras formas autocompositivas são claramente direcionadas ao acordo, a MVO direciona-se preponderantemente a estabelecer um diálogo efetivo entre vítima e ofensor com ênfase em restauração da vítima, responsabilização do ofensor e recuperação das perdas morais, patrimoniais e afetivas.

Outra característica procedimental desse tipo de mediação diz respeito às etapas preparatórias, pois, o ideal é que haja uma sessão individual preliminar com cada um dos envolvidos – denominada de entrevista pré-mediação, acolhimento ou encontro privado – cujo propósito é permitir que o mediador tome ciência da perspectiva das partes quanto ao ato delitivo em questão, ao tempo em que explica o processo de mediação vítima-ofensor e apresenta as vantagens e desvantagens de se participar desse meio autocompositivo penal.

É nesse momento que o mediador, por meio de uma postura sensível, receptiva, desprovida de preconceitos, imparcial e que reconhece e valida os sentimentos das partes, tenta estabelecer o *rappport*, isto é, uma relação de confiança com os envolvidos no conflito (AZEVEDO, 2005, p. 133).

Ademais, o início da sessão de mediação – o encontro restaurativo propriamente dito – requer que se façam novamente alguns apontamentos acerca do processo mediado. Acerca dessas diretrizes fundamentais, destaca Azevedo (2005, p. 146-147):

Autores como Cooley, Umbreit e Liebman recomendam que nesta declaração de abertura se tratem dos seguintes pontos: i) que se indique que o mediador não estará atuando como juiz – não competindo a este qualquer julgamento; ii) que o processo de mediação é informal, contudo, estruturado a ponto de permitir que cada parte tenha a oportunidade de se manifestar, sem interrupções; [...] v) que o acordo somente será redigido se as partes estiverem satisfeitas com tal resolução e sem que haja qualquer forma de coerção por parte do mediador; vi) que todos os debates ocorridos na mediação e nas sessões preliminares serão mantidos na mais absoluta confidencialidade e não poderão ser utilizados como prova em eventuais processos cíveis ou criminais; [...] viii) que, havendo necessidade, o mediador poderá optar por prosseguir com a mediação fazendo uso de sessões individuais, nas quais as partes se encontram separadamente com o mediador; e ix) que o papel das partes consiste

em ouvirem atentamente umas às outras, utilizarem linguagem não agressiva, e efetivamente trabalharem em conjunto para acharem as soluções necessárias¹⁰.

O encontro restaurativo consiste no momento em que as partes se encontram face a face e, percebendo que serão respeitadas, desfrutam de um espaço para escancarar seus mais íntimos sentimentos concernentes ao conflito.

No que tange ao papel do mediador, saliente-se que não se trata de um papel passivo ou secundário, pois, como bem frisado por Achutti (2014, p. 78), se por um lado a ele não cabe propor uma solução às partes – tampouco forçá-las a um acordo –, de outro, a ele compete o estabelecimento de um ambiente adequado para que elas a encontrem, viabilizando o diálogo e procedendo à fiscalização do produtivo andamento da resolução do conflito.

3.4 A RELAÇÃO ENTRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O SISTEMA PENAL

Nesta seção, a presente pesquisa lançará reflexão sobre a seguinte indagação: como se relacionam a justiça restaurativa e o sistema penal tradicional? Seriam esferas completamente independentes e autônomas ou estariam interligadas?

Abordando a temática, Jaccoud (2005, p. 172) aponta a existência de duas perspectivas antagônicas: uma minimalista e outra maximalista. De acordo com a primeira, a administração dos processos restaurativos deveria se apartar por completo do sistema penal, ficando as práticas restaurativas limitadas à adoção de práticas informais ou mecanismos de regulação civil. De modo diverso, a segunda perspectiva, como sugere a nomenclatura, defende a maximização da justiça restaurativa, no sentido de que esta deva provocar profundas mudanças no modelo retributivo, e, para isso, necessariamente, deva integrar a estrutura da justiça penal.

A respeito dessas perspectivas, pertinentemente frisa Roriz (2010, p. 163):

Na perspectiva minimalista, a participação é voluntária, na segunda obrigatória. Os maximalistas enfatizam os resultados, logo, mesmo os processos sendo impostos, as sanções poderiam ser restaurativas. Já os minimalistas destacam o processo, por isso partiriam da necessidade de que a participação seja voluntária para que pudesse, assim, gerar efeitos restauradores. [...] O que parece preocupante é que a total e imediata desvinculação do sistema penal concretize a hipótese de que a justiça restaurativa se configure de forma mínima, sendo destinada a eventos de baixa gravidade, o que implicaria, por sua vez, na expansão do controle social e num baixíssimo impacto da adoção do modelo nos problemas da justiça penal. Por outro lado, a opção de desenvolver práticas restaurativas dentro do sistema penal é ainda

¹⁰ Como se pode perceber, essas diretrizes (como voluntariedade, confidencialidade, imparcialidade, informalidade, empoderamento das partes) constituem valores comuns também às outras práticas restaurativas, já havendo sido tratadas em tópicos anteriores.

mais problemática, [...] apenas se garante uma forma de contribuir para a relegitimação desse sistema [...].

Nessa linha de intelecção, Jaccoud (2005, p. 173) assevera relevante que se distinga duas espécies de sistema de justiça estatal: um que é verdadeiramente restaurativo, que valoriza, em detrimento da pena, a reparação dos danos causados à vítima e a participação do ofensor nesta, gerando a “alternatividade” da sanção punitiva (o encarceramento) – que seria compreendida como forma última de sanção, aplicável apenas em casos extremos; e outro que mantém as finalidades punitivas – permanecendo retributivo em sua essência –, mas que acresce às modalidades sancionatórias uma dimensão restaurativa.

Por seu turno, referindo-se mais especificamente à relação entre o gênero mediação e o sistema penal, Giuseppe Mosconi (apud SICA, 2007, p. 79-80), aponta para a sistematização dos seguintes tipos relacionais:

(i) relação de “total estranheza” da esfera de mediação em respeito à esfera penal, verificada em hipóteses onde é possível até o auto-encaminhamento das partes diretamente à mediação, cuja estrutura recebe o caso e não tem qualquer vinculação com o reenvio ou envio ao sistema de justiça [...]; (ii) complementaridade estrutural ou alternativa, onde há uma divisão de competência definida por matéria jurídica, verificando-se uma “coexistência pacífica” entre as esferas; e (iii) complementaridade funcional, vale dizer “onde não funciona um instrumento, entra o outro” e o funcionamento de um é, pelo menos indiretamente, orientado à boa operatividade do outro; aqui há uma constante tensão entre a mediação e o sistema formal.

Conforme sistematizado por Mosconi, portanto, a primeira possibilidade relacional consistiria na autonomia e mútua exclusão entre as esferas restaurativa e penal; na segunda haveria uma complementaridade estrutural, de modo que ambos os sistemas de resolução de conflitos coexistiriam mediante uma repartição de competências; e numa terceira hipótese, de complementaridade funcional, manter-se-ia a “ameaça” do processo ou da pena mediante a possibilidade de conversão em caso de fracasso do procedimento restaurativo.

Prosseguindo ainda mais fundo nessa complexa questão relacional que permeia a heterogeneidade dos sistemas de resolução de conflitos aqui apontados, Giamberardino (2014, p. 174), sugere um quarto modelo, denominado por ele de alternatividade estrategicamente não-excludente, “no qual se admitiria não uma relação de complementaridade e dependência, mas de autonomia e alternatividade, tolerando-se porém a convivência provisória entre práticas restaurativas e as formas tradicionais da justiça penal [...]”.

Ainda segundo o eminente teórico, esse inovador modelo de relação entre práticas de justiça restaurativa e práticas tradicionais do sistema de justiça penal significaria

[...] primeiro, que a realização bem-sucedida da primeira pode vir a substituir a segunda no que tange à aplicação da pena ou sanção; segundo, que se não cogita abrir mão da importância do Estado quanto à instrução probatória e ao acerto do caso penal sempre que seja o caso de resguardar garantias vinculadas ao direito à ampla defesa e ao contraditório (o sentido político do devido processo legal não é perdido ou mitigado com a inserção de procedimentos de mediação e outras modalidades voltadas à resolução do conflito); terceiro, por fim, que é estratégica e politicamente viável operar com práticas de censura distintas da punição de modo gradual, paulatino [...]. Não se trataria, exatamente, de uma interdependência, pois não haveria o recurso imediato ao sistema penal no caso de descumprimento do acordado em uma prática restaurativa [...] (GIAMBERARDINO, 2014, p. 173).

Consideradas as hipóteses relacionais aqui expostas, releva notar que nenhum extremo parece sustentável, sendo imperiosa a concepção de um sistema de justiça equilibrado. Embora à primeira vista possa parecer que a inclusão de iniciativas restaurativas dentro do sistema penal obscurece os mais íntimos ideais da justiça restaurativa, tem se tornado consenso, no tocante à maioria dos estudos e pesquisas produzidos até o momento, que a mediação penal e a justiça restaurativa devem ser encaradas como uma forma complementar de reação penal, e não como um substituto penal.

Apesar da complexidade e da diversidade de pareceres sobre o tema, posicionar-se sobre a relação entre as duas esferas é essencial, pois, como alertara Suzuki (2013, p. 43-44), a não adoção de uma perspectiva definida coloca em risco uma implementação bem sucedida da justiça restaurativa, na medida em que prejudica a definição de seu alcance, de seus procedimentos e do foco a ser mantido¹¹.

No presente trabalho, entende-se a justiça restaurativa como um conjunto de práticas que permitem a reapropriação do conflito pelas partes e, consequentemente, propiciam a chegada a um resultado restaurativo satisfatório a todos os envolvidos, numa perspectiva de superação da lógica do processo penal. Todavia, tal concepção não impede que alguns efeitos da corrente maximalista sejam perseguidos, no intuito de se promover uma integração de práticas restaurativas ao âmbito processual penal¹².

Em suma, enxerga-se quase que impossível conceber dois sistemas paralelos e totalmente independentes, pois, partilha-se do entendimento consignado nos seguintes dizeres de Suzuki:

¹¹ Como diria Tony Marshall (apud Suzuki, 2013, p. 44), a flexibilidade – ao permitir absorver acepções distintas, inovações e adequações – é o grande apelo da justiça restaurativa, mas ao mesmo tempo, pode ser o seu fracasso, pois, a imprecisão das definições abre margem a uma aplicação desordenada, sem parâmetros ou critérios específicos e não uniforme.

¹² No que tange à justaposição dos dois sistemas, é necessário que se alerte sobre a possível e indesejável punição dupla, pois, nas palavras de Suzuki (2013, p. 43), “a intenção da justiça restaurativa vem no sentido de humanizar o processo penal e jamais de ser uma punição que se soma a ele. Por isso, embora a ideia de flexibilidade da justiça restaurativa permita a sua incorporação à justiça tradicional, isso não deve significar uma acumulação de respostas ao conflito”.

[...] a justiça restaurativa não deve ser construída com base em meros antagonismos, por mais que às vezes isso seja tentador [...]. A perspectiva restaurativa vem de uma crítica a um determinado modelo e tem premissas bastante distintas dele, porém isso não significa que seja possível realizar uma oposição total, com consequente exclusão dos conceitos correntes (SUZUKI, 2013, p. 46).

Frise-se, no entanto, a posição aqui adotada no sentido de considerar-se inoportuna qualquer mitigação da voluntariedade das partes, sendo inadequadas quaisquer imposições de “sanções restaurativas”, sem consentimento dos envolvidos.

4 SOBRE O PANORAMA JURÍDICO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL E A (IN)APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO PENAL AOS CRIMES DE MAIOR POTENCIAL OFENSIVO

Na última parte desta pesquisa, tratar-se-á do panorama da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, abordando-se, por consequência, os marcos normativos que abriram espaço ao desenvolvimento de práticas restaurativas a nível nacional.

Posteriormente, se dispensará tratamento especificamente à questão da (in)aplicabilidade de práticas como a mediação penal em casos que envolvam o cometimento de crimes graves. Para isso, a pesquisa abordará a experiência do Distrito Federal, pondo em relevo um caso emblemático ocorrido no Núcleo Bandeirante em 2007 e, também, demonstrará algumas contribuições da experiência restaurativa no ordenamento belga, no que diz respeito aos reflexos do acordo restaurativo sobre o processo e a sentença penais.

4.1 A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS: ESTÍMULOS INICIAIS ÀS PRÁTICAS RESTAURATIVAS

Pode-se afirmar que uma das “sementes” que possibilitaram a abertura para uma espécie de “justiça penal consensual” foi a criação dos juizados especiais com competência para processar e julgar causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo – conforme determinado pelo art. 98, inciso I da CRFB/88.

Com a edição da Lei nº 9.099/95, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever espaços de consenso para os delitos de menor potencial ofensivo (compreendidos como aqueles cuja pena máxima de privação de liberdade não exceda a dois anos, nos moldes do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01), por meio de procedimentos e institutos despenalizadores, os quais permitem que agente, vítima e Ministério Público possam transigir acerca das consequências em virtude do delito.

Dentre as medidas despenalizadoras introduzidas pela lei estão a transação penal, a suspensão condicional do processo, a composição civil entre autor e vítima, a exigência de representação da vítima nas lesões leves e culposas e outros institutos desencarcerizadores já existentes no Código Penal Brasileiro (CPB).

Ressalte-se que, embora consistam num arquétipo que desburocratiza a justiça criminal, com missões declaradas de dinamizar a prestação jurisdicional e dirimir a

morosidade dos processos – consequentemente, amenizando a sobrecarga que levaria o Judiciário à crise –, e pautado em princípios como a oralidade, celeridade, informalidade, limitações recursais etc., fato é que os Juizados Especiais não podem ser concebidos como um modelo restaurativo, já que não privilegiam o espaço de atuação da vítima e do ofensor.

Sobre essa impossibilidade de taxar os institutos previstos na Lei 9.099/95 como espécies de práticas restaurativas, pertinente se mostra a colocação de Tiveron (2014, p. 384):

O jurisdicionado não tem espaço de efetiva manifestação e escuta nessa instância de administração da justiça. A vítima sequer é intimada para a audiência de proposta de transação penal ao autor. Nesta ocasião, a manifestação do ofensor limita-se a aceitar ou não o que foi ofertado pelo Ministério Público, sem possibilidade de discutir suas condições. Ademais, a percepção da população em geral em relação a este sistema não é a de um espaço para o consenso ou conciliação, mas de um lugar de onde se atribui uma solução comum para todos os crimes de menor potencial ofensivo: penas de prestação de serviços ou de pagamento de cestas básicas, sem conexão pedagógica com a ofensa, o que contribui para o descrédito do sistema¹³.

Posteriormente, observou-se um estímulo às práticas restaurativas até mesmo no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), que passou a prever a possibilidade de remissão em seu art. 126, cuja consequência seria a exclusão, suspensão ou extinção do processo judicial para apuração do ato infracional, em virtude da composição do dano entre os envolvidos de forma consensual.

Logo em abril de 2005 ocorreu o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, que resultou na redação da Carta de Araçatuba, o primeiro documento nacional a reunir, ainda que minimamente, alguns princípios restaurativos.

Também no ano de 2005, por meio de uma parceria entre a Secretaria de Reforma do Judiciário e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) foi idealizado o programa “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, através do qual foi financiada a implantação de três projetos-pilotos: um em São Caetano do Sul (SP), voltado para escolas, para tratar de infrações cometidas por crianças e adolescentes; outro em Porto Alegre (RS), também atuante junto à Vara da Infância e da Juventude; e outro em Brasília (DF), este voltado para crimes cometidos por adultos (WAQUIM, 2011, p. 71-72).

¹³ Destilando ferrenha crítica no que se refere às consequências negativas do Juizado Especial Criminal, Wunderlich (2005, p. 33-34) descreve um cenário desprezível, citando como sintomas de fracasso do suposto avanço atribuído à Lei nº 9.099/95 “conciliações impostas às partes, propostas de transação penal quando não há justa causa para o oferecimento de denúncia ou queixa-crime, propostas de transação penal sem qualquer individualização ou obediência à realidade socioeconômica do autor do fato, audiências preliminares realizadas sem a presença de advogados, sem a vítima, sem o representante do Ministério Público e até sem juiz” (WUNDERLICH, 2005, p. 33-34).

Em 2009, por meio do Decreto nº 7.037, o governo federal aprovou o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), o qual incentivou, em duas de suas vinte e cinco diretrizes, a adoção da justiça restaurativa. Uma delas, a diretriz 19, trata do fortalecimento dos princípios da democracia e dos direitos humanos nos sistemas de educação básica, nas instituições de ensino superior e outras instituições formadoras, sendo elencada como uma das ações programáticas desenvolver ações nacionais de elaboração de estratégias de mediação de conflitos e de justiça restaurativa no âmbito escolar (BRASIL, 2010, p. 156).

A outra diretriz, n. 17, contempla a “promoção de sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa dos direitos”, elencando como objetivo estratégico a “utilização de modelos alternativos de solução de conflitos” por meio das seguintes ações programáticas:

fomento das iniciativas de mediação e conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização; capacitação de lideranças comunitárias sobre instrumentos e técnicas de mediação comunitária, incentivando a resolução de conflitos nas próprias comunidades; e incentivo de projetos pilotos de justiça restaurativa, como forma de analisar seu impacto e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro (BRASIL, 2010, p. 144-145).

Em sentido similar, a Lei n. 12.594/2012, do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), estabeleceu – em seu art. 35, inciso III – como princípio balizador da execução das medidas socioeducativas a “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas” (BRASIL, 2012).

No âmbito do Poder Judiciário, o marco normativo inicial veio por edição da Resolução n. 125/2010 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu a política jurídica nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, pondo em evidência a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios. Tal instrumento foi elaborado considerando-se, dentre outras premissas, “a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios” (CNJ, 2010), constituindo um importante passo rumo à institucionalização da justiça restaurativa.

De modo a alcançar os objetivos de dirimir a excessiva judicialização dos conflitos, disseminar uma cultura de pacificação, e – ainda que minimamente – uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de resolução de conflitos, a Resolução 125/2010 ordenou aos tribunais que criassem Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC's), os quais estariam responsáveis por

promover formação e treinamento adequados dos servidores aptos à atuação mediadora e conciliatória. Além disso, a Resolução previu a instalação dos Centros de Solução de Conflitos e Cidadania (os CEJUSC's) nas Comarcas que possuísem mais de um Juízo, Juizado ou Vara, aos quais incumbiria a realização de todas as sessões de conciliação e mediação, destinando-se a previsão aos âmbitos federal, estadual e trabalhista¹⁴.

Antes da Emenda n. 2, de 8 de março de 2016, que alterou alguns dispositivos da Resolução 125/2010, o art. 7º, 83º deste instrumento previa:

Nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95 e dos arts. 112 e 116 da Lei nº 8.069/90, os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos (CNJ, 2010).

Ademais, em novembro de 2015, os presidentes e representantes dos tribunais do país, reunidos em Brasília para o 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário, aprovaram oito metas nacionais para 2016, dentre elas a de implementar práticas de justiça restaurativa. No encontro foi acordado que as Justiças Estaduais deveriam implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas restaurativas, implantando ou qualificando pelo menos uma de suas unidades para esse fim até 31.12.2016. Ainda no mesmo ano, a Portaria n. 16 do CNJ contemplou 12 diretrizes de gestão para o biênio 2015-2016, dentre as quais a de contribuir com o desenvolvimento da justiça restaurativa.

Foi, no entanto, com a Resolução n. 225/2016 do CNJ que a implementação da justiça restaurativa no Brasil obteve maior respaldo jurídico. Esse documento normativo propôs uma uniformização na conceituação dessas práticas, de forma a evitar discrepâncias de

¹⁴ A grande inovação da Resolução n. 125/2010, no que tange à expansão do acesso à justiça e ao tratamento adequado dos conflitos, foi regulamentar no âmbito do Judiciário a possibilidade pré-processual da mediação e da conciliação, antes mesmo que haja uma demanda ajuizada e que os conflitantes tenham sido estigmatizados como autor e réu em um processo judicial. Com isso, criou-se a possibilidade de que o jurisdicionado, gratuitamente e sem a necessidade de representação por advogado, apresente reclamação perante os CEJUSC's, podendo o conflito – em se tratando de direitos disponíveis – ser pacificado independentemente da natureza e do valor envolvido. Por outro lado, a grande crítica que se coloca perante a Resolução 125/2010 reside em torno da indagação sobre a prioridade desse instrumento: seria a de efetivamente estabelecer uma justiça coexistencial ou meramente aprimorar a eficiência da prestação jurisdicional? Isso porque a Resolução deveria visar prioritariamente à pacificação dos conflitos, e não somente sanar o emperramento da máquina judicial, diminuindo a quantidade de processos. Afinal, quando o aspecto quantitativo se sobressai, isto é, quando a necessidade de diminuição do número de processos judiciais a partir da composição extrajudicial de lides consideradas de menor complexidade passa a ser tomada como prioridade, tirando-se do foco o tratamento adequado dos conflitos, ocorre aí uma desvalorização qualitativa da política pública e, portanto, o enfraquecimento de sua aplicação.

orientação e ação, no entanto, sem desconsiderar as especificidades das regiões brasileiras e das instituições envolvidas.

Segundo Relatório Analítico Propositivo da FUNJAB (2018, p. 93), esse instrumento estabelece:

[...] diretrizes a serem observadas pelos tribunais [...] que vão desde local adequado e seguro para o atendimento das partes envolvidas, designação de magistrado responsável e pessoal de apoio administrativo, formação e manutenção de equipes de facilitadores/equipes técnicas de apoio interprofissional ou de supervisão de atendimentos, registros e relatórios estatísticos, qualidade dos serviços prestados, lógica sistêmica e fluxos que permitam a institucionalização dos procedimentos restaurativos em articulação com as redes de garantias de direitos e a comunidade, visando à interconexão de ações e apoiando a difusão dos princípios e das técnicas restaurativas para outras áreas institucionais e sociais.

O conceito proposto pela Resolução 225/2016 para a justiça restaurativa é um conceito aberto, que enfatiza um conjunto de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias atuantes no sentido de conscientizar acerca dos fatores que concorrem para o surgimento dos conflitos e violências, sejam eles individuais, relacionais, institucionais ou sociais. Dessa forma, a justiça restaurativa visaria à solução de conflitos que geram danos, concretos ou abstratos, de modo estruturado nas seguintes diretrizes (art. 1º):

I - é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos; II - as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras; III - as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade de reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro (CNJ, 2016).

Os princípios elencados no art. 2º da Resolução são: corresponsabilidade, reparação dos danos, atendimento às necessidades de todos os envolvidos, informalidade, voluntariedade, imparcialidade, participação, empoderamento, consensualidade, confidencialidade, celeridade¹⁵ e urbanidade (CNJ, 2016). Além disso, em harmonia com a

¹⁵ Tal princípio é extremamente criticado, pelo mesmo motivo que se critica o suposto fracasso dos Juizados Especiais: estabelecer celeridade como meta leva à desvalorização qualitativa da política pública e, portanto, ao enfraquecimento de sua aplicação, além de poder representar um grande obstáculo à reparação da vítima. A justiça restaurativa não pode ser generalizada como um tipo de justiça mais simplificada e célere, que concorre para o desafogamento do Judiciário. Muito pelo contrário, ela “tem o seu tempo, a sua temporalidade e não pode ser atropelada pela velocidade nem pelo produtivismo-eficientismo e, onde o for, será um natimorto. Acelerar seu curso, por mais justificados que sejam os objetivos declarados, representa custos qualitativos. [...] Tomada

Resolução 2012/12 da ONU, a Resolução do CNJ consagra uma pluralidade metodológica e procedimental, possibilitando o acolhimento mais adequado das práticas de acordo com as especificidades local e regional.

O §2º do art. 1º da Resolução, por sua vez, dispõe que a aplicação da prática restaurativa pode se dar de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas (CNJ, 2016).

No que se refere ao encaminhamento de casos para os programas de justiça restaurativa, o art. 7º da Resolução 225 o recomenda em qualquer fase de tramitação do processo judicial, sendo determinado pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social. Inclusive, o parágrafo único do mesmo dispositivo autoriza que até mesmo a autoridade policial sugira, no Termo circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito ao procedimento restaurativo (CNJ, 2016).

Quanto ao acordo restaurativo, ao final das sessões restaurativas e preenchidos os requisitos legais, este será homologado pelo magistrado responsável após ouvido o Ministério Público, segundo reza o §3º do art. 8º da Resolução. Inclusive, como garante o art. 12, mesmo quando os procedimentos restaurativos ocorrerem antes da judicialização do conflito, fica a critério das partes submeterem o acordo à homologação pelos magistrados responsáveis pela justiça restaurativa, na forma da lei (CNJ, 2016).

4.2 A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES

A grande maioria das práticas restaurativas até então implementadas no Brasil direcionam-se quase que exclusivamente aos atos infracionais praticados por crianças e adolescentes, puníveis de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e aos

em sua plenitude, não é uma justiça célere (porque não está destinada, unicamente, a entregar um produto) mas uma justiça exigente, porque é uma justiça processual e vivencial” (FUNJAB, 2018). No mesmo sentido é o entendimento de Suzuki, segundo o qual a justiça restaurativa não é simples, tampouco ágil, pois: “por prezar pela transformação; pela vivência de justiça; pelo enriquecimento da discussão em torno do conflito e também por buscar atentar-se às necessidades de todos os envolvidos, demanda tempo e trabalho. A justiça que buscar ser mais humanizada, necessariamente torna-se também mais complexa [...] se a justiça tradicional, que atua com base na redução da realidade, sem considerar os aspectos que as partes consideram relevantes e uniformizando uma série de questões que não guardam qualquer semelhança entre si, ainda assim é tida como ineficaz pela sua morosidade, é forçoso reconhecer que a aplicação da justiça restaurativa pode não ser a alternativa de resolução de conflitos mais rápida, mas por outro lado, justamente por envolver uma reflexão maior acerca dos fatos relacionados ao evento, pode alcançar soluções mais eficazes” (SUZUKI, 2013, p. 46).

crimes considerados de menor potencial ofensivo quando cometidos por plenamente imputáveis, conforme as disposições do CPB. Na análise de Raquel Tiveron:

A abertura legislativa para a aplicação de procedimentos restaurativos aos adolescentes autores de ato infracional é bem maior se comparada à dos adultos imputáveis. Enquanto a Lei nº 9.099/95 é restrita aos crimes de menor potencial ofensivo praticados pelos adultos, no terreno infracional não há limitação quanto à gravidade do ato para encaminhamento de adolescentes à justiça restaurativa. Tanto é assim que, dos três modelos pioneiros de justiça restaurativa no país analisados, dois deles surgiram no âmbito da justiça socioeducativa (TIVERON, 2014, p. 380).

Isso ocorre porque o modelo restaurativo, por possuir um nítido potencial para promover o desencarceramento, pode ser equivocadamente visualizado – se considerada a sua aplicação aos crimes de maior potencial ofensivo¹⁶ – como uma “fuga” do processo penal tradicional, isto é, uma forma de meramente beneficiar o ofensor.

Curiosamente, o oposto dessa restrição da aplicabilidade restaurativa aos delitos de pequeno porte se observa em países como a Austrália, onde jovens – plenamente imputáveis nesse país – envolvidos em crimes violentos e submetidos às práticas restaurativas reincidiram 38% menos do que os jovens que praticaram o mesmo crime e foram submetidos à justiça penal (observou-se que essa queda nos níveis de reincidência ocorreu apenas nos crimes mais violentos, não sendo aferida, por exemplo, nos crimes de trânsito) (SICA, 2007, p. 175).

Enquanto alguns céticos optam por aderir à perspectiva generalista e inconsistente de que a aplicação da justiça restaurativa a delitos graves significaria um verdadeiro retrocesso, implicando o retorno ao exercício desproporcional e arbitrário da vingança privada, outros mais sensatos enxergam que tal extensão pode e deve ser prudentemente efetivada mediante práticas idôneas e consentâneas com os fundamentos e os princípios de um Estado Democrático de Direito.

Compondo o grupo da sensatez, Umbreit defende a possibilidade de aplicação de práticas restaurativas a crimes graves, como estupro, tentativa de homicídio, homicídio doloso ou culposos (com a família sobrevivente ou amigos), roubo com arma de fogo e embriaguez no trânsito. Para esse teórico:

¹⁶ Segundo Moreira (2016), a classificação dos crimes quanto ao potencial ofensivo leva em conta a importância dos bens lesionados ou ameaçados de lesão e o grau de lesão sofrida por esse bem; quanto mais importante o bem e maior a lesão por ele sofrida, maior será a pena aplicável ao infrator. Nesse sentido, são crimes de maior potencial ofensivo “aqueles cuja pena mínima é superior a 1 (um) ano, não sendo cabível a suspensão condicional do processo” (MOREIRA, 2016, p. 4).

[...] tanto vítima quanto ofensores de crimes graves (estes em menor número) têm solicitado cada vez mais oportunidades de diálogo mediado para expressar o impacto do crime sobre suas vidas, a fim de obterem respostas a perguntas que ainda têm a fazer e conquistar uma sensação de “fechamento de um ciclo” ou “cicatrização para sua dor”, de modo que eles possam seguir adiante em suas vidas (UMBREIT, 2007, p. 1).

Assim, não raro as vítimas carecem apenas de um momento frente a frente com o responsável pelo crime, podendo dividir sua dor e demonstrar ao ofensor não somente as consequências geradas por seus atos, mas também a persistência e continuação dos efeitos do delito, bem como indagá-lo acerca do motivo da ofensa, cujo desconhecimento poderia lhe atormentar por toda a vida¹⁷.

Sobre esse “fechamento de ciclo”, ou “cicatrização da dor”, vale a pena tomar conhecimento do caso Yves Yoshiaki Ota. O menino, de 8 anos à época, filho de um comerciante da Zona Leste de São Paulo, foi sequestrado em 29 agosto de 1997 e assassinado horas após, com dois tiros, por ter reconhecido um de seus sequestradores, que era policial militar e trabalhava como segurança nas lojas de seu pai. O pai, Massataka Ota concedeu, tempos depois, entrevista à Revista Veja, cujos trechos serão a seguir transcritos da obra de Tiveron (2014, p. 442-443):

Revista Veja – Em que o senhor pensava nos dias que se seguiram ao enterro de seu filho?

Ota – [...] Fiquei feito um doido. À noite, não conseguia dormir. Quando dormia, acordava com pesadelos: o Yves me chamando, pedindo socorro. Aí, eu levantava e via a imagem daquelas três pessoas. De dia, era igual. Não conseguia trabalhar, não conseguia comer. Ficava só pensando coisas horríveis: às vezes, eu tinha vontade de ir buscar os filhos deles.

Revista Veja – Para quê?

Ota – Para fazer a mesma coisa que fizeram com o meu. Eu estava desesperado.

Revista Veja – Quando o senhor achou que conseguiu perdoo-los de verdade?

Ota – Foi quando um programa de TV me convidou para um encontro com eles. Aceitei justamente porque queria saber se, de fato, eu conseguiria encará-los sem ódio. Os dois militares não aceitaram o convite do programa. Fui para Avaré, para me encontrar com o terceiro sequestrador, que é civil. Eu estava tremendo. Quando senti que ele já estava no corredor, vindo na minha direção, fiquei com medo. Pensei que fosse ter vontade de esganá-lo. Mas quando ele chegou à minha frente, o nervosismo passou. Aí, comecei a falar, falar e saí de lá muito aliviado. Foi quando tive a certeza de que eu tinha perdoado.

Revista Veja – Perdoar ajudou?

Ota – Ajudou. Porque o ódio come a gente. Quando você consegue desculpar sinceramente a pessoa que lhe fez mal, você se sente muito melhor. Perdoar não é só bom para quem é perdoado. É bom para quem perdoa também.

¹⁷ Alerte-se, todavia, sobre a necessária análise do custo-benefício do encontro para a vítima, que variará conforme sua personalidade, seu estado emocional e as experiências resultantes de sua vitimização. Conforme Wolhuter e Coates (apud TIVERON, 2014, p. 445), “[...] é fato que nem todas as vítimas desejam participar do processo restaurativo. Isso não quer dizer, entretanto, que possibilidades de justiça restaurativa desapareceram, mas apenas que elas podem ser inapropriadas para aquele momento. Em todo caso, os sentimentos das vítimas devem ser respeitados”.

4.2.1 A experiência do Distrito Federal e o emblemático caso ocorrido no Núcleo Bandeirante

O projeto-piloto de justiça restaurativa no âmbito do Distrito Federal foi desenvolvido, num primeiro momento, juntamente aos 1º e 2º Juizados Especiais de competência geral do Núcleo Bandeirante, lidando inicialmente apenas com delitos de menor potencial ofensivo.

Posteriormente, por meio da Portaria Conjunta nº 81 de 28 de setembro de 2017, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) acrescentou e alterou dispositivos da Resolução nº 2/2016 para modificar a estrutura organizacional da Segunda Vice-Presidência do Tribunal, que passou a abarcar o Núcleo Permanente de Justiça Restaurativa (NUJURES). O projeto passou a ser reconhecido, portanto, como programa institucional do TJDFT, executado com vinculação ao Poder Judiciário.

Com isso, o art. 281 da mencionada Resolução passou a prever:

Art. 281. O Núcleo Permanente de Justiça Restaurativa NUJURES, órgão coordenado por um ou mais juízes designados pelo Segundo Vice-Presidente e titularizado por servidor capacitado tecnicamente na abordagem restaurativa, tem a seguinte estrutura:

I - Centro Judiciário de Justiça Restaurativa do Gama e de Santa Maria [...];

II - Centro Judiciário de Justiça Restaurativa do Núcleo Bandeirante [...];

III - Centro Judiciário de Justiça Restaurativa de Planaltina [...];

IV - Centro Judiciário de Justiça Restaurativa de Taguatinga [...] (DISTRITO FEDERAL, 2017).

Conforme informações cedidas pela Juíza Coordenadora do NUJURES, Dra. Catarina de Macedo Nogueira Lima e Correa, em resposta à Manifestação n. 136443/2018, efetivada eletronicamente pela discente autora do presente trabalho perante a Ouvidoria-Geral do TJDFT, o CEJURES do Núcleo Bandeirante foi o primeiro a atender demandas no TJDFT. Os atendimentos se iniciaram no ano de 2005 e continuam até hoje. No mês de abril de 2016 foi criado um posto avançado de justiça restaurativa no fórum de Planaltina. No ano seguinte, no mês de agosto de 2017, o Programa foi expandido para o CEJURES Gama e, em abril de 2018, começaram os atendimentos no CEJURES de Santa Maria.

Além disso, os CEJURES atendem os casos encaminhados pelos Juizados Especiais Criminais dos fóruns em que estão localizados, ou seja, aqueles aos quais a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (art. 61 da Lei 9.099/1995). Por outro lado, os casos de crimes mais graves são atendidos em menor

quantidade, observando-se estritamente o procedimento previsto na Resolução 225/2016 do CNJ.

Quando perquirida a respeito da quantidade de crimes graves atendidos pela Justiça Restaurativa no Distrito Federal, a Juíza coordenadora respondeu que o NUJURES coletou informações apenas sobre a totalidade de crimes atendidos, a partir do ano de 2005, bem como a quantidade de acordos concluídos, conforme tabela e figura abaixo:

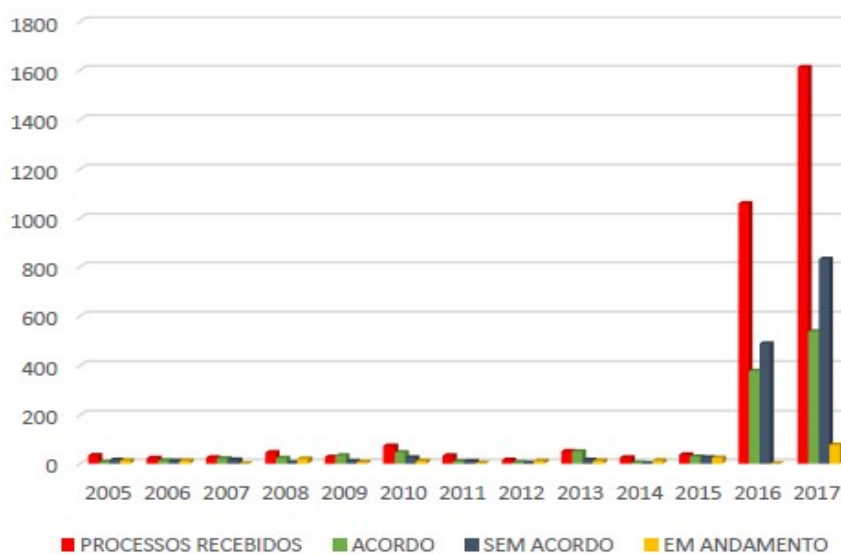
Tabela 2 – Processos na JR de 2005-2018

ANO	PROCESSOS RECEBIDOS	ACORDO	SEM ACORDO	EM ANDAMENTO
2005	34	6	15	13
2006	23	13	11	12
2007	25	21	16	0
2008	46	23	4	20
2009	27	33	10	6
2010	73	46	25	11
2011	33	10	10	2
2012	15	5	2	11
2013	51	50	15	12
2014	25	3	0	13
2015	37	29	25	24
2016	1057	377	490	0
2017	1612	536	831	77
2018				
TOTAL	3058	1152	1454	201

Fonte: NUJURES-TJDFT.

Figura 1 – Processos na JR de 2005-2018

PROCESSOS NA J.R. DE 2005 A 2018



Fonte: NUJURES-TJDFT.

Observa-se, portanto, uma crescente aplicação da justiça restaurativa nos últimos anos no Distrito Federal, notando-se um drástico aumento no número de casos recebidos a partir do ano de 2016. Foram 3.058 conflitos recebidos desde 2005, sendo que 1.152 foram pacificados por meio do acordo restaurativo.

Além desses dados, o NUJURES forneceu informações sobre os delitos mais recorrentes à justiça restaurativa entre os anos de 2015 a 2012, isto é, sobre a incidência penal nesse período, expressa nos seguintes números:

Tabela 3 – Incidência Penal 2005-2012

INCIDÊNCIA PENAL 2005-2012			
TIPIFICAÇÃO	Art. 147 do CPB (Ameaça)	QUANTIDADE DE CASOS	66
	Art. 129 do CPB (Lesão corporal leve)		66
	Art. 140 do CPB (Injúria)		62
	Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha)		30
	Art. 65 da LCP (Perturbação da tranquilidade)		21
	Art. 163 do CPB (Dano)		14
	Art. 42 da LCP (Perturbação do trabalho ou do sossego alheio)		13
	Art. 138 do CPB (Calúnia)		10
	Art. 21 da LCB (Vias de fato)		8
	Art. 139 do CPB (Difamação)		7

Fonte: NUJURES-TJDFT (elaboração própria).

Embora a presente pesquisa não tenha obtido dados referentes ao número de crimes graves aos quais foram aplicadas práticas restaurativas desde a implantação do projeto-piloto, mediante revisão bibliográfica pôde-se tomar conhecimento a respeito de um caso emblemático ocorrido em 2007, que envolve a aplicação da mediação vítima-ofensor.

Trata-se de um caso envolvendo conduta típica prevista, à época dos fatos, no art. 213, parágrafo único do CPB (estupro presumido)¹⁸, encaminhado pela 2ª Vara Criminal de Samambaia ao Núcleo Bandeirante-DF de Justiça Restaurativa. Em 2007 o delito de estupro presumido já era considerado crime hediondo, constando do rol previsto pela Lei 8.072/90, vindo a ser alterado posteriormente pela Lei 12.015/2009.

À época dos fatos, rezava o dispositivo legal: “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos. Pena – reclusão, de seis a dez anos” (art. 213, CPB).

¹⁸ Note-se que o caso ocorreu antes das alterações legislativas incluídas pela Lei nº 12.015/2009, que modificou o tipo penal de estupro presumido para a atual tipificação de estupro de vulnerável (art. 217-A do CPB).

O relato sobre o caso em comento, a ser realizado nos parágrafos seguintes, foi adaptado de um artigo escrito por Helena Maria Costa e Marília Lobão Ribeiro de Moura, ambas psicólogas e mediadoras do TJDF (COSTA; MOURA, 2010, p. 611-625).

Segundo o relato das psicólogas, três rapazes foram flagrados durante a prática de atos libidinosos por um deles com uma adolescente de 13 anos de idade, no interior de um veículo. Dois autores eram plenamente imputáveis e o outro, menor de idade. Os rapazes alegaram que houve concordância da vítima para se relacionar com o jovem que praticou o ato sexual, não tendo ela oferecido nenhum tipo de resistência, por isso eles acreditavam ser inocentes.

A necessidade de se tratar o delito mediante prática restaurativa foi percebida durante a reunião prévia da vítima com psicólogos da Secretaria Psicossocial Judiciária do TJDF, etapa esta que antecedeu sua oitiva em juízo. Nesse momento, a mãe da jovem externou imenso sofrimento pelo fato ocorrido com sua filha, especialmente porque ela também fora vítima de estupro na adolescência, razão pela qual aquele fato significava reviver a agressão sofrida no passado.

Embora tenha manifestado aos psicólogos e ao juiz sua intenção de dialogar com os agressores, a genitora teve seu pleito indeferido, não tendo sido a ela autorizada nem mesmo a escuta aos depoimentos prestados em juízo pelos infratores. Posteriormente, sensibilizados com a nítida frustração e o sofrimento da mãe da vítima, os psicólogos judiciais solicitaram a intervenção do programa de justiça restaurativa do TJDF para que houvesse o encontro entre os envolvidos no conflito – isso após terem explicado aos pais da vítima sobre os valores e o funcionamento da prática restaurativa.

Embora enfrentando certa resistência, por se tratar de um crime hediondo, a magistrada – em decisão inovadora e reconhecendo a limitação da justiça penal para alcançar a restauração dos conflitos sociais – consentiu pelo encaminhamento do caso ao programa restaurativo, após anuência do Ministério Público, do defensor dos réus e das próprias partes, sem prejuízo do prosseguimento da ação penal, conforme consignado no relatório da sentença:

Diante da manifestação do desejo da mãe da vítima, e após consulta às partes, em especial aos advogados de defesa e ao Ministério Público, os quais unanimemente anuíram, foi deferida a instauração de procedimento restaurativo, nos moldes implantados no projeto piloto do Núcleo Bandeirante, oportunidade em que houve advertência expressa por parte deste Juízo sobre a natureza extraprocessual dos encontros, que ocorreriam sem afetar o curso da ação penal. Na mesma oportunidade, foi esclarecido ainda que os encontros seriam realizados, primordialmente, com a finalidade de restaurar as relações afetadas pelo ocorrido,

em especial naqueles aspectos que não são alcançados no âmbito da Justiça Penal, portanto, sem o condão de anular o processo penal, sobretudo, em razão da indisponibilidade da ação penal. Na mesma oportunidade, foi alertado ainda que o procedimento restaurativo não poderia ser utilizado como prova de âmbito desfavorável à defesa dos réus nos autos principais (TRECHO DO RELATÓRIO DA SENTENÇA apud WAQUIM, 2011, p. 91).

Autorizada a intervenção judicialmente, os envolvidos e seus familiares foram preparados para a mediação através do acolhimento, realizado mediante visitas domiciliares, em sessões privadas e conjuntas. Segundo Tiveron (2014, p. 451), nessas entrevistas pré-mediação os psicólogos “perceberam a disposição de todos para assumirem responsabilidades, esclarecerem dúvidas e um sentimento de pesar e cuidado pela dor da vítima, o que sinalizava possibilidade de êxito para a intervenção”.

Na residência da vítima ocorreu um acontecimento relevante. Enquanto o padrasto da jovem confessava estranheza com relação à forma tranquila com a qual ela vinha enfrentando a situação, ela chorava em seu quarto. Momentos depois, com certa relutância e em privacidade com uma das psicólogas, a adolescente confirmou que não havia sido obrigada a acompanhar os réus, tampouco fora forçada a manter relação sexual com um deles, o que fez por vontade própria. Tendo em vista essa declaração,

[...] trabalhou-se com a adolescente o que poderia ser feito em relação a este fato, pois, além da denúncia caluniosa configurar ato infracional, ela pode trazer consequências graves para os acusados, mesmo considerando que, independentemente do consentimento da vítima, a manutenção pura e simples de relações sexuais com menores de catorze anos já configura crime. Por outro lado, as implicações jurídicas para o outro réu seriam relevantes, uma vez que ele não a obrigou a entrar no carro e tampouco pretendia ter relações sexuais com ela. A vítima se comprometeu a respeito e a psicóloga assegurou sigilo sobre o fato, mesmo em relação a seus pais (TIVERON, 2014, p. 451).

A mediação foi realizada com a presença de todos os envolvidos no conflito, inclusive com a participação de apoiadores: os genitores dos ofensores e da vítima, e os padrões dos dois ofensores.

Após estarem reunidos há mais de duas horas, o encontro foi interrompido pelos facilitadores, razão pela qual o momento em que os grupos apresentariam sugestões de como reparar o malfeito, e em que declarariam como gostariam de ser compensados pelo seu sofrimento, teve de ficar para depois. Importa ressaltar que ao término da primeira sessão de mediação:

[...] um dos acusados levantou-se e abraçou a mãe da vítima, pedindo desculpas pelo ocorrido. A genitora aceitou e retribuiu o ato. Igualmente, o outro ofensor repetiu o gesto do amigo. Ao final, todos se abraçaram, emocionados. O padrasto da vítima

declarou que esperava que todos estivessem sendo sinceros, pois, a partir daquele momento, se encontrasse com um deles na rua, convidá-los-ia para um café em sua casa (TIVERON, 2014, p. 454).

O momento de sugestões para o acordo restaurativo, em virtude da incompatibilidade de horários havida entre todos, teve de ser realizado por mediação indireta dos facilitadores, que compareceram à residência de cada um.

A primeira visita foi à família do ofensor que não manteve relações com a vítima. Nesse encontro, houve manifestações importantes, como destaca Tiveron (2014, p. 454-455):

Na ocasião, eles comentaram que, por conta da acusação, o autor corria o risco de ser expulso da corporação militar da qual era reservista. Para pagar aos advogados do processo, o seu genitor negociou sua demissão de um emprego no qual estava há quinze anos. O plano era resgatar o FGTS e pagar a despesa. Os familiares refletiram sobre as questões propostas e concluíram que o autor não havia ofendido a ninguém, ao contrário, ele foi prejudicado pela denúncia falsa. Discutiram uma possibilidade de reparação e propuseram que a adolescente fosse à corporação militar contar a verdade.

Por outro lado, durante a visita à casa do outro ofensor – praticante dos atos libidinosos –, embora, num primeiro momento, os proponentes tenham sustentado a mentalidade de que a prática do ato sexual consentido não seria crime e tenham dito que não sabiam o que fazer além de pedirem desculpas, posteriormente eles sugeriram que o autor assumisse a responsabilidade pelo pagamento das passagens para a vítima participar do tratamento psicológico ao qual ela seria encaminhada.

A última visita, realizada na casa da vítima, resultou no fato de que “os responsáveis reconheceram que sua filha havia faltado com a verdade e concordaram com que ela voltasse ao fórum para refazer seu testemunho, o que também seria uma oportunidade de crescimento pessoal” (TIVERON, 2014, p. 455).

Além disso, comunicados sobre a proposta de ida à corporação militar de um dos ofensores para esclarecimento dos fatos, aceitaram prontamente. Já no que se refere à proposta do segundo ofensor, sobre o pagamento das passagens, “declararam que, para se sentirem reparados, necessitavam de que ele prestasse serviço por pelo menos 3 meses em uma instituição de amparo a mulheres vítimas de violência doméstica ou numa instituição de amparo a mulheres solteiras grávidas” (TIVERON, 2014, p. 456), proposta esta que foi imediatamente aceita pelo ofensor.

Criteriosamente cumpridos os passos da prática restaurativa, o juízo competente foi comunicado do acordo alcançado pelos envolvidos, tendo a ação penal prosseguido seu

curso até a sentença definitiva, com julgamento parcialmente procedente da denúncia ministerial, que resultou na absolvição de um dos acusados e na condenação do outro.

Ressalte-se, inclusive, que o acordo restaurativo também foi levado em conta pela magistrada para decretar em que regime se iniciaria o cumprimento de pena do ofensor condenado. Houve fixação de regime mais favorável, o semiaberto – não obstante a Lei 8.072/90, em seu art. 2º, §1º, preveja regime inicialmente fechado em caso de crimes hediondos –, fundamentada nas seguintes razões expressas na parte dispositiva da sentença:

Depreende-se das informações dos autos que a situação foi especialmente tratada pelas partes nos encontros restaurativos, no sentido de recompor as relações por ela afetadas, o que sem dúvida contribui para a pacificação social, um dos objetivos que se espera da justiça penal. Nesse aspecto, importa observar que a resposta penal deve guardar razoabilidade, à luz dos critérios da *necessidade e suficiência* de pena para o caso concreto, sob o risco de se atentar o princípio da individualização da reprimenda, previsto no inc. XLVI do art. 5º da CF. Assim, [...] tenho como suficiente para o caso em comento a fixação tão somente do regime semiaberto para o cumprimento da pena (TRECHO DA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA apud WAQUIM, 2011, p. 94).

É nítido, pois, que a atuação restaurativa no caso relatado foi essencial não só para que a vítima demonstrasse interesse em prestar novas declarações na presença da juíza criminal, relatando nova versão que desaguaria na conclusão pela inocência de um dos acusados, mas também para que o principal ofensor – praticante da relação sexual consentida – refletisse sobre o seu erro e pudesse reparar os danos causados da maneira mais satisfatória possível aos atingidos no conflito. Isto sem esquecer dos benefícios experimentados pela mãe da ofendida, que desde o início da perseguição clamava por um momento de diálogo com os infratores, de modo que pudesse amenizar o sofrimento resgatado de seu passado.

4.2.2 Os reflexos do acordo restaurativo sobre o processo e a sentença penais: contribuições da experiência belga

Diante de todo o exposto até esta seção da pesquisa, é irrefutável que a aplicação da mediação vítima-ofensor, especialmente aos crimes mais graves, pode resultar em inúmeros benefícios, dentre os quais se pode enfatizar a satisfação das partes envolvidas, o empoderamento destas – mediante a não-estigmatização do ofensor e o amparo e concessão de voz ativa à vítima – e a verdadeira pacificação do conflito por meio do consenso e do diálogo.

Nota-se que a relutância dos atores jurídicos quanto à extensão das práticas restaurativas aos crimes de maior potencial ofensivo, muito provavelmente, decorre da questão dos reflexos que o acordo restaurativo lançaria sobre a persecução e a sentença penais, residindo em torno de dois pontos: 1) como a prática restaurativa se relaciona com o sistema penal tradicional; e 2) que efeitos poderia gerar no processo penal. Sobre essas questões, muito se tem a aprender com a experiência belga.

No que se refere à primeira questão – a maneira como a justiça restaurativa se relaciona com o sistema penal tradicional –, o ordenamento jurídico brasileiro parece caminhar pela direção mais sensata à realidade do país, mediante a institucionalização das práticas restaurativas como políticas públicas no âmbito do Judiciário, sem, contudo, inibir uma relativa autonomia da justiça restaurativa. Esse modo relacional parece acertado, pois, o completo desvincular das esferas de resolução de conflitos já mostrou considerável potencial ao fracasso, conforme experimentado pelo ordenamento belga.

Quando o serviço de mediação passou a atuar de forma completamente autônoma na Bélgica, no âmbito das ONGs (organizações não governamentais), sem qualquer relação com o sistema de justiça tradicional, o insucesso foi nítido: apenas dois ou três casos de mediação foram realizados em um período de dois anos. Nesse contexto, os próprios membros das ONGs “concordaram que a baixa procura poderia estar relacionada com o fato de o serviço ser oferecido de forma paralela ao sistema judicial, sem a segurança legal sobre o que poderia acontecer após a mediação” (ACHUTTI, 2013, p. 168).

A conclusão a que se chegou foi que era necessário que se garantisse um mínimo de segurança jurídica, para que as partes pudessem ter clareza sobre seus direitos e sua posição no procedimento, o que significaria a indispensabilidade de um mínimo de contato entre as esferas restaurativa e penal tradicional. Além disso, a conexão da justiça restaurativa com o sistema de justiça tradicional seria essencial para que os operadores deste último tomassem conhecimento da mediação nos casos concretos, de modo a evitar-se a promoção de nova vitimização, no seguinte sentido:

Suponha que você é um juiz, e que de tempos em tempos as pessoas aparecem com um acordo. Mas suponha que você não sabe de nada e não tem nenhuma garantia sobre a qualidade da mediação – então isto é desafiador, porque você não sabe em que circunstâncias este acordo foi assinado, e talvez o acordo seja fruto de pressão ou de abuso de uma parte sobre a outra, você não sabe. Como você poderia levar este acordo em consideração na sua decisão, se você não sabe se as partes abusaram uma das outras? Por estas razões, é óbvio que o Judiciário deve ao menos ter algumas garantias sobre a natureza e a qualidade, sobre o que é a mediação, e também algum controle, pois eles sabem que há um acordo e um serviço de mediação envolvidos (Entrevistado: mediador belga apud ACHUTTI, 2013, p. 170).

Essa necessária conexão não impediu, no ordenamento belga, que a justiça restaurativa pudesse atuar com liberdade e certa autonomia. Segundo Achutti (2013, p. 173), desde a edição da Lei de 22 de junho de 2005, que instituiu a mediação em todas as fases do processo penal naquele ordenamento, o procedimento restaurativo é realizado sempre fora do sistema judicial, na sede das ONG's, por mediadores treinados especialmente para isto. Nesse sentido, “ao atribuir a operadores não necessariamente jurídicos a condução dos casos, as chances de colonização do sistema pelos vícios e formalismos do modelo tradicional de justiça criminal são significativamente reduzidas” (ACHUTTI, 2013, p. 174).

Ainda sobre a realidade belga, vale atentar-se à análise de Aertsen (apud ACHUTTI, 2013, p. 176):

Oferecida e realizada por ONGs acreditadas pelo governo federal, conclui-se [...] que a justiça restaurativa belga está situada em posição *semiautônoma*, em um espaço *entre* o sistema de justiça criminal formal e os meios informais de resolução de conflitos. Apesar da independência organizacional do modelo restaurativo, a sua relação com a justiça criminal é direta, o que faz com que seja, de uma certa forma, dependente do sistema tradicional.

Observa-se, portanto, que uma estrutura de justiça restaurativa que mantenha conexão com o sistema de justiça tradicional é ideal para que se fomente e se estenda a aplicação de práticas restaurativas a conflitos que envolvam a ocorrência de delitos mais graves – o que tem sido um ponto positivo no ordenamento brasileiro. O oposto se visualiza quando as esferas se desvencilham por completo, pois, nesse caso a tendência é de que as práticas restaurativas passem a ser vistas apenas como uma mera ferramenta para o arquivamento maciço de delitos de menor potencial ofensivo, e não um instrumento para aumentar a qualidade do sistema judicial.

Já no tocante à segunda questão – sobre os efeitos que práticas como a mediação penal poderiam gerar no processo penal –, um fato merece destaque. Na Bélgica, a mediação penal pode gerar diversos efeitos no sistema penal tradicional, conforme expõe Achutti (2013, p. 173):

[...] se realizada em sede policial e envolver delitos leves, a investigação poderá ser arquivada; se realizada pelo promotor de justiça e o crime em questão não prever uma pena superior a dois anos, o promotor poderá optar entre denunciar ou não o acusado; e, ainda, se realizada antes ou durante o processo penal e for levada a conhecimento do juiz competente, este necessariamente deverá mencionar que está ciente do resultado da mediação e *poderá* levá-lo em consideração no momento de proferir a sentença, reduzindo a pena ou absolvendo o acusado, se considerar adequado.

A ênfase na *faculdade* do juiz levar em conta ou não o resultado da mediação quando do momento de sentenciar está diretamente relacionada com a posição da vítima, que poderá não se sentir à vontade para participar de uma mediação caso saiba, antecipadamente, que o ofensor será necessariamente beneficiado em função de um encontro bem sucedido.

Essa abertura cedida ao magistrado, para que ele decida caso a caso se o acordo restaurativo refletirá ou não sobre a condenação do ofensor, é essencial para que o procedimento restaurativo se realize com a máxima liberdade possível pelas partes. Além de evitar o receio da vítima, como mencionado acima, também inibe qualquer má-fé por parte do ofensor, que poderia se utilizar de uma atuação dissimulada durante os encontros restaurativos, tão somente visando à diminuição da pena que eventualmente experimentaria.

Alguns teóricos e operadores do direito, como bem demonstra Nahid (2010, p. 48), embora concordem com a aplicação da mediação vítima-ofensor aos crimes graves, alegam que a prática restaurativa jamais deveria substituir ou influenciar a pena, devendo ser aplicada tão somente após a sentença condenatória, no intuito de tratar da questão pontual de satisfação da vítima e de modo a restaurar as relações rompidas pelo evento delituoso.

Por outro lado, outro grupo destila severas críticas à atuação da justiça restaurativa somente após o momento da condenação do ofensor. Marcelo Nalesso Salmaso, por exemplo, afirma que é possível realizar a prática restaurativa após a condenação, para humanizar o cumprimento da medida ou da pena, e também para reintegrar o egresso na sociedade, mas

[...] se a justiça restaurativa se bastar nisso, ela perde a sua essência e, portanto, a sua força. Mesmo porque, sobrevivendo a condenação, o ofensor passa a ser reconhecido e a se reconhecer como um “alguém criminoso”, gerando o estigma que reforça a impossibilidade de suplantar essa condição [...]. Por outro lado, uma das ideias centrais da justiça restaurativa é apresentar ao ofensor a possibilidade de ele, após refletir sobre o erro cometido, assumir novos caminhos, reparar os danos, ou seja, voltar atrás na trilha dos passos errados, com o apoio da comunidade, sem que haja punição. Portanto, o fato de o processo convencional caminhar paralelamente com o procedimento restaurativo irá esvaziar este último e o trabalho da justiça restaurativa. Assim porque, se a pessoa tiver a perspectiva de cumprir uma punição ao final, ou efetivamente for condenado a tanto, irá se desinteressar do trabalho restaurativo, que requer um grande esforço emocional, para lidar com o erro cometido e assumir novos caminhos, e físico/financeiro, para reparar os danos causados, tanto à vítima como à comunidade (SALMASO, 2016, p. 43).

Considerando que a justiça restaurativa pode atuar antes mesmo da condenação do ofensor, outro fator importante diz respeito ao modo como se dará o início da prática

restaurativa: de modo concorrente ou alternativo¹⁹ ao processo penal tradicional, havendo neste último caso a suspensão do processo. Nesse ponto, convém notar que, embora a Resolução n. 225/2016 do CNJ preveja ambas as possibilidades de aplicação, a funcionalidade alternativa não tem avançado na prática, pois, em regra tem-se aplicado não a suspensão, mas sim a tramitação paralela e concorrente dos procedimentos penal e restaurativo (FUNJAB, 2018, p. 150), razão pela qual a justiça restaurativa não tem conseguido alcançar expressivamente a justiça penal no sentido de constituir uma alternativa ao encarceramento.

Não havendo possibilidade, pois, de impactar minimamente o paradigma punitivo,

[...] o restaurativismo corre o risco de se consolidar como mais um sistema complementar e paralelo ao punitivo, como ocorreu historicamente com os juizados especiais criminais, que culminaram como um sistema simbolicamente inferiorizado pelos próprios trabalhadores do sistema de justiça e instrumentalmente abrangendo uma clientela de estratos médios que, tradicionalmente, não batia às portas da justiça (FUNJAB, 2018, p. 151).

Sendo assim, a aplicação alternativa da prática restaurativa, com a suspensão do processo penal tradicional até que sua atuação se encerre, é fundamental para que se persigam com fidelidade os objetivos da justiça restaurativa, todavia, no tocante aos crimes de maior potencial ofensivo, se carece de um aporte legislativo para que os operadores do direito possam proceder à suspensão processual sem maior relutância – não bastando o estímulo expresso na Resolução 225/2016 do CNJ.

¹⁹ Alerte-se que esta alternatividade nada tem a ver com aquela tratada no tópico 3.3 – que diz respeito ao modo como os sistemas de resolução de conflito se relacionam –, mas sim se refere à coexistência ou a tramitação simultânea dos procedimentos restaurativo e penal tradicional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade brasileira vivencia um estarrecedor aumento da criminalidade, acompanhado por sentimentos constantes de insegurança dos cidadãos e de impotência estatal. Essas percepções, estimuladas e supervalorizadas pelos meios de comunicação num “espetáculo midiático da violência”, acabam gerando a mentalidade genérica, superficial e “rasteira” de que incrementar maior rigidez às penas e, conseqüentemente, promover um maior encarceramento poderia sanar a mazela social da insegurança – lógica essa incompatível com a complexidade intrínseca ao problema, que exige, para além de soluções rasas, o redirecionamento das estratégias de controle do crime no âmbito penal.

Com efeito, considerando a falibilidade do punitivismo perpetuado pelo sistema penal tradicional, que tenta legitimar-se sob a perspectiva de um falso humanismo representado pelos discursos preventivo e ressocializador – mas que, no fundo, segue possuindo um caráter essencialmente retributivo –, o papel da criminologia crítica foi descortinar uma realidade que muitos se negavam a enxergar ou reconhecer: a de que o discurso jurídico penal está repleto de funções e promessas não cumpridas, tal como a ressocialização e a prevenção da criminalidade.

Além dos efeitos deteriorantes da prisão, notadamente o da fixação de estereótipos que ressignificam a identidade criminoso e retroalimentam a violência, o funcionamento do sistema punitivo tradicional tem dificultado o tratamento adequado das causas penais, na medida em que o Estado direciona sua atividade tão somente em busca da punição do sujeito ativo, promovendo uma ruptura comunicacional entre as partes envolvidas no conflito penal e relegando as necessidades da vítima, através da criação de um evento jurídico basicamente restrito aos profissionais do direito.

Todos esses fatores trouxeram à tona a necessidade de se estabelecer um novo modelo de justiça criminal, desvinculado do excessivo formalismo tradicional e cujo enfoque reside na busca pelos meios mais eficazes de solucionar a situação-problema – e não simplesmente na atribuição de culpa a um sujeito, através do mero silogismo jurídico. Nesse contexto, a justiça restaurativa surge como um novo paradigma aplicável ao processo penal, disposto a modificar a maneira como os atores jurídicos e a sociedade em geral enxergam o evento criminoso, promover a reapropriação do conflito pelas partes nele envolvidas e restaurar as relações afetadas pelo fato.

Tratar do contexto da crise de legitimidade do sistema penal vigente, aliado à eclosão das teorias abolicionistas e à necessidade de retomada do papel de preponderância da

vítima na justiça criminal, foi útil a demonstrar que o processo penal tradicional não tem se mostrado capaz, por si só, de responder adequadamente aos conflitos criminais, pois, parte da premissa equivocada de que o Estado é o principal ofendido com a prática de delitos e, por consequência, relega as vítimas a segundo plano – funcionando como uma ferramenta predisposta a satisfazer tão somente os interesses punitivos do estado, sem qualquer finalidade reparatória.

Foi enfatizado ao longo do trabalho que, embora a justiça restaurativa surja numa perspectiva de superação da lógica processual penal, nada impede que se promova uma integração de práticas restaurativas ao sistema de justiça tradicional. Nessa linha de intelecção, mediante o relato de um caso em que a mediação vítima-ofensor foi aplicada frente a um crime de estupro presumido e cujo acordo restaurativo lançou reflexos sobre a sentença penal no que se refere à fixação de regime mais favorável de cumprimento de pena a um dos acusados e à absolvição do outro ofensor, restou consignado que a aplicação de práticas restaurativas a crimes graves pode resultar em inúmeros benefícios, tais como a satisfação e o empoderamento das partes envolvidas – mediante a não-estigmatização do ofensor, o amparo e a concessão de voz ativa à vítima –, e a verdadeira pacificação do conflito por meio do consenso e do diálogo – sem esquecer, obviamente, da adoção de penalidades sensivelmente menos degradantes e corruptíveis que a prisão.

Demonstrou-se, ademais, que o modo como se relacionam os sistemas restaurativo e de justiça penal tradicional influencia (e muito) na “elasticidade” das práticas restaurativas, visto que a concepção de duas esferas completamente distintas, autônomas e independentes induz a uma preterição dos crimes considerados mais graves pela justiça restaurativa – já que permaneceriam sob o tradicional manto punitivista de justiça estatal –, estando ela, nesse cenário, fadada a tornar-se apenas mais um sistema complementar inferiorizado e inútil aos mais íntimos propósitos do ideal restaurativo.

Destarte, apesar de vislumbrar uma alternativa à prisão, a justiça restaurativa – para que alcance delitos de maior potencial ofensivo e não funcione como mera ferramenta de arquivamento maciço de pequenos delitos – tem de se relacionar, ainda que minimamente, com o sistema penal tradicional, buscando, por conseguinte, aumentar a qualidade do sistema judicial no tratamento dos conflitos.

Também foi enfatizado que restringir a aplicação restaurativa, no caso dos crimes graves, tão somente ao momento pós-condenatório esvazia por completo a essência da justiça restaurativa no que se refere aos desideratos de mitigar o uso da prisão como principal instrumento de resposta ao crime, de promover o protagonismo da vítima quanto à decisão

acerca dos rumos que serão tomados após o evento e de evitar a estigmatização do agente da situação-problema.

Quanto à questão dos reflexos que práticas restaurativas como a mediação penal poderiam lançar sobre a sentença penal, restou consignada a importância de se estabelecer faculdade ao juiz para que decida caso a caso pelo mais justo e adequado: levar ou não em conta o acordo restaurativo quando do momento de sentenciar. Isto seria útil para que a participação da vítima não fosse repelida em razão do necessário benefício do ofensor e para que este não se utilizasse de má-fé e dissimulação nos encontros restaurativos em prol de uma pena mais branda.

Frisou-se, outrossim, que uma aplicação concorrente da justiça restaurativa com o processo penal tradicional, na maioria das vezes, acaba por fazer com que aquela não consiga alcançar expressivamente a justiça penal no sentido de constituir uma alternativa ao encarceramento. Foi demonstrado, em suma, que a integração das práticas restaurativas ao sistema penal tradicional é um modo relacional que traz consigo a necessária segurança jurídica que a justiça restaurativa precisa para não se tornar uma esfera complementar inferiorizada e restrita a pequenos delitos; todavia, sempre que possível, deve o julgador optar pela aplicação alternativa da prática, de modo a buscar por soluções efetivas e alheias aos malefícios do cárcere.

Conclui-se que, apesar de a mediação penal ser perfeitamente aplicável a crimes cuja pena mínima seja superior a 1(um) ano, há certa relutância dos atores jurídicos quanto à extensão das práticas restaurativas aos crimes de maior potencial ofensivo, pois, embora o ordenamento jurídico pátrio tenha se mostrado bastante receptivo ao ideal restaurativo, ainda se demonstra certa carência de um aporte legislativo autorizador da suspensão do processo penal, no caso desses crimes, até que se chegue ao acordo restaurativo – não sendo o estímulo exarado na Resolução n. 225/2016 suficientemente claro a embasar tal extensão.

Não obstante os limites legais e ideológicos (resistências) com os quais vem sendo exercida a justiça restaurativa no Brasil, em nenhuma hipótese deve ela ser desencorajada quando o caso – independentemente da natureza do conflito ou da parte ofensora – mostrar-se conveniente e a vontade das partes em participar do processo restaurativo restar incontroversa, pois, a oportunidade de se comunicar pode em si ser um passo crucial para a pacificação e a restauração.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Modelos contemporâneos de justiça criminal**: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Análise crítica da finalidade da pena na execução penal**: ressocialização e o direito penal brasileiro. 2009. 185 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13042010-145345/pt-br.php>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 135-144. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

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

_____. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; BEZERRA, Tássio Túlio Braz. A interseção entre a mediação e a justiça restaurativa. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; SILVA, Maria Coeli Nobre da (Coord.). **Direito penal da vítima: justiça restaurativa e alternativas penais na perspectiva da vítima**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 115-132.

BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Vigência institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12594.htm>. Acesso em: 30 ago. 2018.

_____. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília: SDH/PR, 2010. Disponível em: <<http://www.pndh3.sdh.gov.br/portal/sistema/sobre-o-pndh3>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

BRASIL, Deilton Ribeiro; CAMPOS, Álisson Thiago de Assis. A internacionalização dos direitos humanos e a retomada das práticas restaurativas no processo penal. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 1-17, jul./dez. 2017. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Disponível em:

<<http://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/2225>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Camilo de Oliveira. **Mediação penal não paralela e integrada à justiça restaurativa**: uma proposta de efetivação do acesso à justiça no Brasil. 2014. 206 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/16629>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

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

_____. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 104, n. 21, p. 279-303, set./out. 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/4797083/Criminologia_Cr%C3%ADtica_dimens%C3%B5es_significados_e_perspectivas_atuais>.

_____. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPELA, Fábio Bergamin. **Em busca de uma quantidade razoável de pena**: as funções da pena e seus critérios individualizantes. 2013. 220 f. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29582/R%20-%20D%20-%20FABIO%20BERGAMIN%20CAPELA.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em: 22 set. 2018.

_____. **Resolução n. 225 de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em: 22 set. 2018.

COSTA, Helena Maria; MOURA, Marília Lobão Ribeiro de. A Eficácia da Justiça Restaurativa nas Varas Criminais. In: GALVÃO, Ivânia Ghesti; ROQUE, Elizângela Caldas Barroca (Orgs.). **Aplicação da lei em uma perspectiva interprofissional**: Direito, Psicologia, Psiquiatria, Serviço Social e Ciências Sociais na prática jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Portaria Conjunta nº 81, de 28 de setembro de**

2017. Acrescenta e altera dispositivos da Resolução 2, de 12 de dezembro de 2016, do Conselho da Magistratura, para modificar a estrutura organizacional da Segunda Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2017/portaria-conjunta-81-de-28-09-2017>>. Acesso em: 09 set. 2018.

FERNANDES, Eduardo Rueda. **A Justiça Restaurativa como alternativa humanizadora ao modelo de justiça criminal posto**. 2016. 74 f. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/46420>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

FERREIRA, Carlos Eduardo de Mendonça. **A aplicação da justiça restaurativa aos crimes que mais encarceram no Brasil**. 2017. 84 f. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/182392>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Rio de Janeiro). **Atlas da Violência 2018 (infográfico)**. 2018. CERQUEIRA, Daniel (Coord.). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180605_infografico_atlas_violencia_2018.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

FRADE, Edison Vlademir de Almeida. **Os direitos da vítima da criminalidade**. 2011. 236 f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/60710>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

FUNJAB (Florianópolis). Universidade Federal de Santa Catarina. **Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais: Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário**. Florianópolis: Conselho Nacional de Justiça, 2018. 378 p. Prof. Doutora Vera Regina Pereira de Andrade (Coord.). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/69f98306e01d7a679720c82bf016b8ea.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. 238 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/35955>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: O sistema penal em questão**. Tradução de Maria Lúcia Karan. 1.ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3927226/mod_resource/content/3/Louk%20HULSMAN.%20Penas%20perdidas%20-%20o%20sistema%20penal%20em%20questao.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2018.

HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Orgs.). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997. Disponível

em: <<https://criminologiacabana.files.wordpress.com/2018/05/edson-passeti-roberto-b-dias-da-silva-conversac3a7c3b5es-abolicionistas.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

JACCOUD, Myléne. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 163-186. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

MACHADO, Lucas Chinen. **A reiteração criminosa sob a égide da Justiça Restaurativa: crítica do modelo vigente**. 2013. 104 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/35622>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Classificação das infrações penais**. 2016. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/304004398_CLASSIFICACAO_DAS_INFRACOES_PENAI>. Acesso em: 05. out. 2018.

NAHID, Érika Pamplona Barcelos. **A mediação como método alternativo à resolução de conflitos nos casos envolvendo ofendido e ofensor**. 2010. 103 f. Monografia (Graduação em Direito) - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16206/16206.PDF>>. Acesso em: 05 set. 2018.

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

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa: alguns desafios a partir da experiência inglesa. In: **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**. Porto Alegre: AbraSD, v. 1, n. 2, jul./dez., 2014. p. 72-82.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte general - Tomo I - Fundamentos**. La estructura de la teoria del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. Disponível em: <https://www.academia.edu/5955280/Derecho_Penal_Parte_General_-_TOMO_I_-_Claus_Roxin>. Acesso em: 05 ago. 2018.

RORIZ, Regina Célia Lopes Lustosa. **Mulher, Direito Penal e Justiça Restaurativa: da proteção simbólica à possibilidade da restauração**. 2010. 209 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito do Recife, Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/3916>>. Acesso em: 02 set. 2018.

SALINAS, Carmen Cuadrado. La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal? **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 17, p. 1-25, 2015. Anual. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17.html>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de

uma cultura de paz. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt da (Coord.). **Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. p. 18-64. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec38846f9b67.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Incompatibilidades entre a justiça restaurativa e o instituto da transação penal. In: **Revista síntese de direito penal e processual penal**. Porto Alegre: Síntese, 2013. n. 80.

_____. Aproximando as ideias de Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal por meio das lições de Louk Hulsman. In: BRAGA, Romulo Rhemo Palitot; SILVA, Maria Coeli Nobre da (Coord.). **Direito penal da vítima: justiça restaurativa e alternativas penais na perspectiva da vítima**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 39-58.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/207275261/juarez-cirino-Direito-Penal-Parte-Geral-5-edicao-02-04-2012>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

SICA, Leonardo. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 455-490.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Luanna Tomaz de. A tríade sanção, pena e castigo e os limites da fundamentação da punição. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 26., 2017, Brasília. **Direito penal, processo penal e constituição II**. Florianópolis: Conpedi, 2017. p. 193 - 211. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/44a00ks7>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

SUZUKI, Stephanie Hiromi. **Alguns aspectos sobre a justiça restaurativa e a sua aplicação no Brasil**. 2013. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35707>>. Acesso em: 05 set. 2018.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014.

TONCHE, Juliana. **A construção de um modelo “alternativo” de gestão de conflitos: usos e representações de justiça restaurativa no estado de São Paulo**. 2015. 223 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Sociologia, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-11122015-144029/pt-br.php>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

UMBREIT, Mark S. Justiça restaurativa por meio da mediação vítima-ofensor: uma avaliação a partir de várias experiências locais. In: AZEVEDO, André Gomma; BARBOSA, Ivan Machado (Orgs.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**, vol. 4. Brasília:

Grupos de Pesquisa, 2007. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-iii-doutrina-artigo-dos-professores/justica-restaurativa-por-meio-da-mediacao-vitima-ofensor-uma-avaliacao-a-partir-de-varias-experiencias-locais>. Acesso em: 18 mar. 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAQUIM, Amanda Almeida. **Possibilidades da justiça restaurativa no sistema penal brasileiro**. 2011. 129 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <http://bdm.unb.br/handle/10483/1899>. Acesso em: 14 jul. 2018.

WUNDERLICH, Alexandre (Org.). Vítima no processo penal (Impressões sobre o fracasso da Lei nº 9.099/95). In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Juris, 2005, p. 233-269.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

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