

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

DEPARTAMENTO DE DIREITO

CARLOS EDUARDO DE MENDONÇA FERREIRA

**A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS CRIMES
QUE MAIS ENCARCERAM NO BRASIL**

FLORIANÓPOLIS

2017

CARLOS EDUARDO DE MENDONÇA FERREIRA

**A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA AOS CRIMES
QUE MAIS ENCARCERAM NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão submetido ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. Cláudio Macedo de Souza.

Florianópolis

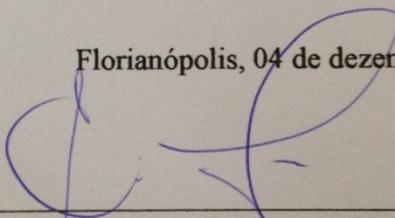
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

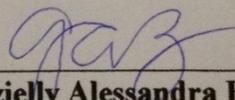
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**A aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes que mais encarceram no Brasil**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Carlos Eduardo de Mendonça Ferreira**”, defendido em **04/12/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

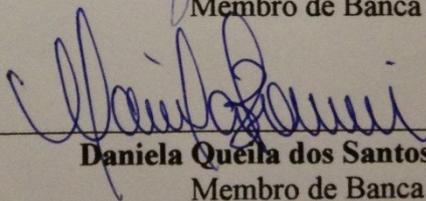
Florianópolis, 04 de dezembro de 2017



Cláudio Macedo de Souza
Professor Orientador



Grazielly Alessandra Baggenstoss
Membro de Banca



Daniela Queira dos Santos Bornin
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E

ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Carlos Eduardo de Mendonça Ferreira

RG: 2.821.187

CPF: 036.961.521-29

Matricula: 12200043

Título do TCC: A aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes que mais encarceram no Brasil

Orientador(a): Cláudio Macedo de Souza

Eu, Carlos Eduardo de Mendonça Ferreira, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 04 de dezembro de 2017.

Carlos E de M. Ferreira

NOME DO ALUNO

AGRADECIMENTOS

À minha amada família, que inclui meus pais, irmã, tios, primos, afilhado, e os afins. Mas, principalmente, à minha amada esposa Sara, que tornou o curso muito mais leve (desde o princípio!), e ao Bernardo, meu não-há-palavras-para-expressar-o-que-sinto filho.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso (TCC) tem como objetivo analisar a viabilidade de aplicação da justiça restaurativa aos crimes que mais encarceram no Brasil. Muito se discute sobre a aparente limitação da justiça restaurativa a crimes de menor potencial ofensivo, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Esta limitação decorre da errônea noção, moldada pelo paradigma retributivo vigente, de que a única forma possível de lidar com a violação de regras penais de gravidade acentuada é inflingindo dor ao infrator, retirando, ou ao menos limitando, sua liberdade. A partir daí, levanta-se a seguinte questão: é possível que o instituto da justiça restaurativa seja aplicado aos crimes que mais encarceram no Brasil? Supôs-se, então, que a justiça restaurativa é um procedimento democrático, capaz de produzir efeitos satisfatórios quando aplicada, sob as corretas condições, a qualquer tipo de crime. A justificativa da pesquisa está na constatação de que diferentes práticas restaurativas vêm sendo utilizadas, em diversos países, aos mais diversos tipos de crimes. Nota-se, ainda, a possibilidade de conceber-se dispositivos legais que contemplem os princípios, valores e objetivos da justiça restaurativa, ao mesmo tempo em que concedam benefícios jurídicos ao infrator que cumpre o programa com sucesso. Concluiu-se, por meio de estudos de casos e de análises legislativas, que é possível conceber dispositivos legais, no âmbito do ordenamento pátrio, capazes de contemplar a aplicação de práticas restaurativas a crimes de qualquer natureza. Concluiu-se, ainda, que particularidades aparentemente impeditivas desta aplicação são facilmente contornadas.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Seletividade. Encarceramento em massa. Mediação. Alternativa à pena.

SUMARIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA: PRINCÍPIOS, VALORES, OBJETIVOS, E FUNÇÃO NO CONTROLE SOCIAL	12
2.1 O Paradigma Retributivo e as Teorias Preventivas Legitimadoras da Pena 12	
2.2 Conceituação da Justiça Restaurativa e de seus principais elementos ..16	
2.3 Princípios Gerais da Justiça Restaurativa19	
2.4 Objetivos do processo de mediação	21
2.5 Valores da Justiça Restaurativa	22
2.6 Substituto penal ou alternativa à pena?	26
3. A PRÁTICA RESTAURATIVA APLICADA AOS CRIMES QUE MAIS ENCARCERAM NO BRASIL	33
3.1 Surgimento da Justiça Restaurativa: VORP e VOM (ou VOC)	35
3.2 Conferências de Grupos Familiares e Círculos Restaurativos	39
3.3 Prática Restaurativa: os crimes patrimoniais	42
3.4 A Justiça Restaurativa aplicada a homicídio	48
3.5 O tráfico de drogas e os crimes sem vítimas	51
4. QUESTÕES JURÍDICAS E LEGISLATIVAS REFERENTES À JUSTIÇA RESTAURATIVA	56
4.1 A adequação da Justiça Restaurativa aos Direitos Humanos	58
4.2 A Justiça Restaurativa e o Ordenamento Jurídico Brasileiro	60
4.2.1 O Projeto de Lei 7006/2006	66
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso tem como objetivo principal investigar a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos crimes que mais encarceram no Brasil, a partir da legislação pátria e de determinados casos práticos. Como ponto de partida, são observadas doutrinas, legislação e jurisprudência tendo em vista que a justiça restaurativa é aplicada apenas aos crimes de menor potencial ofensivo.

O sistema de justiça penal no Brasil é ineficiente em relação à solução dos conflitos a que se propõe a resolver. O Brasil possui, atualmente, a 4ª maior população carcerária do mundo. Passou de 232.755 presos no ano 2000 para 622.202 em 2014, um aumento de 2,67 vezes, ou 167,32%, em 14 anos¹. Desde a origem até hoje, a pena sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do ofensor. Todavia, o alto índice de encarceramento não resulta na diminuição da criminalidade. Significa dizer que, a pena não cumpre sua função preventiva, de modo que é preciso refletir a respeito deste modelo de combate à criminalidade.

O paradigma retributivo, baseado na ideia de imposição de sofrimento a quem é selecionado pelo sistema criminal, além de ineficaz quanto ao cumprimento de sua função declarada de prevenção da criminalidade, é responsável pela descaracterização tanto do ofensor quanto da vítima, enquanto sujeitos de direito. Este processo estigmatiza o ofensor, e, por impedir sua ressocialização, acaba por criar subculturas criminais nas quais pode encontrar sua auto-afirmação. Culmina numa clientela formada quase que exclusivamente pelas classes marginalizadas da sociedade, visto que tanto a criminalização primária quanto a secundária primam pela seletividade, em consonância com os interesses produtivos das classes dominantes.

¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN. Dezembro de 2014. p.14 e 19. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

Quanto à vítima, seus interesses são negligenciados na medida em que sua participação no processo penal se reduz à exploração de sua condição, principalmente por parte da mídia sensacionalista, na intenção de potencializar a estigmatização do ofensor. Suas vontades são irrelevantes, suas necessidades são desconsideradas, não possuem capacidade de alterar de maneira significativa o curso do processo, e sua participação é reduzida, geralmente, à condição de testemunha. Observa-se, na realidade, a sub-rogação do estado neste papel, partindo-se do princípio de que uma violação à lei penal é, antes de tudo, uma ofensa ao estado, característica residual do absolutismo.

O paradigma restaurativo representa uma superação desta ótica, pois reconhece a humanidade da vítima e do ofensor e considerar suas necessidades e ao devolver-lhes o *status* de sujeitos de direito. Assim, busca-se a restauração dos relacionamentos destruídos pelo mediante uma melhor compreensão das circunstâncias sob as quais ocorreu. Portanto, as necessidades da vítima, ao recuperar seu protagonismo no processo; e a responsabilização do ofensor, que pode reparar o dano de maneira mais plena e ressocializar-se de maneira efetiva, são de fato observadas.

Respaldo e atento a esta situação, indaga-se: é possível que o instituto da justiça restaurativa seja aplicado a qualquer crime, em especial aos que mais encarceram no Brasil? A fim de responder esta pergunta, supôs-se que a justiça restaurativa é um procedimento democrático, capaz de produzir efeitos satisfatórios quando aplicada a qualquer tipo de crime, sob determinadas condições. A pesquisa justifica-se na possibilidade de expandir para os crimes mais graves as diferentes práticas restaurativas, as quais vêm sendo utilizadas, em diversos países, para as mais variadas situações.

O método utilizado na elaboração deste trabalho foi, predominantemente, o dedutivo, pois utiliza-se de pesquisa bibliográfica e documental no intuito de analisar a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa aos crimes patrimoniais, ao homicídio, e ao tráfico de drogas.

O texto teve como referencial teórico a ideias de Howard Zehr a fim de conceituar os diversos elementos que constituem a prática restaurativa, majoritariamente, a partir da obra *Trocando as Lentes: Um Novo Foco Sobre o Crime e a Justiça*. Ademais, a criminologia radical foi escolhida para subsidiar

os eventuais conceitos criminológicos, devido à importância na descrição da realidade que envolve a prática criminal.

Este trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, são apresentadas definições de justiça restaurativa adotadas por órgãos e por diversos ordenamentos jurídicos. Os valores, princípios e objetivos do modelo restaurativo são abordados em oposição ao paradigma retributivo. Sob a luz da criminologia radical, a justiça restaurativa é debatida na perspectiva de uma alternativa ao modelo de sistema penal vigente e, também, na perspectiva de sua legitimação com fundamento na ideia de humanização.

No segundo capítulo, casos reais que envolvem a justiça restaurativa foram estudados. Para embasar a discussão, traça-se um perfil do sistema prisional brasileiro, identificando os crimes que mais encarceram. Em seguida, investiga-se os aspectos procedimentais das três principais práticas restaurativas, a Mediação Vítima-Ofensor, a Conferência de Grupos Familiares, e o Círculo Restaurativo. São abordadas suas principais características, diferenças entre si, e como e por que cada uma destas práticas é aplicada, de maneira predominante, em determinados países.

No terceiro capítulo, a viabilidade jurídica da aplicação da justiça restaurativa a determinados crimes patrimoniais, ao tráfico de drogas e ao homicídio é debatida. Neste sentido, as características do sistema jurídico vigente no Brasil, a Civil Law, é comparada com a Common Law anglo-saxã. Discute-se, ainda a adequação da justiça restaurativa aos direitos humanos e as propostas de implementação de um marco legal que possibilite uma recepção mais ampla e efetiva deste instituto ao ordenamento pátrio. Por isso, foi incluído ao debate o PL 7006/2006 que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados, apensado ao PL 8045/2010 – o Novo Código de Processo Penal – que regula o uso facultativo e complementar da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal.

Nas considerações finais, constata-se que, apesar da natureza dos crimes, os casos reais revelam que não há impeditivos definitivos para a resolução de conflitos por meio da justiça restaurativa. Eventuais dificuldades práticas, como a evidente impossibilidade de uma vítima de homicídio consumado participar do processo, e a aparente inexistência de vítima no crime de tráfico de drogas mostraram-se facilmente contornáveis.

A análise do ordenamento jurídico brasileiro revelou espaços que propiciam a utilização da justiça restaurativa aos crimes que mais encarceram no Brasil, sob limitadas circunstâncias. Identificou, ainda, dispositivos que também poderiam representar tais espaços, caso houvesse alteração de entendimento jurisprudencial relativo ao conceito de reparação de dano. O estudo do Projeto de Lei 7006/2006, incluindo suas omissões, revelou que é possível a confecção de um diploma legal que possibilite, de maneira ampla e satisfatória, o uso da justiça restaurativa em crimes de qualquer natureza.

2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA: PRINCÍPIOS, VALORES, OBJETIVOS, E FUNÇÃO NO CONTROLE SOCIAL

Este capítulo objetiva conceituar o instituto da justiça restaurativa sob uma perspectiva crítica dos modelos retributivo e preventivo da sanção penal, utilizando, quando pertinente, os ideais da criminologia radical como alicerce dos questionamentos levantados e de suas respostas. Para uma melhor compreensão do instituto e de sua aplicação, é necessário primeiro realizar um estudo acerca do modelo de justiça criminal predominante no Ocidente, o modelo retributivo, bem como das teorias preventivas, cuja principal função é a legitimação a pena.

2.1 O paradigma retributivo e as teorias preventivas legitimadoras da pena

As sanções jurídicas possuem, geralmente, caráter reintegrativo, quando visam um retorno ao *stato quo ante*, ou compensatório, quando constituem reparação. A pena, entretanto, de maneira singular, possui caráter retributivo, ou seja, independentemente da forma, visa infligir um mal que excede mera reintegração ou compensação². Tal característica se observa nos mais diversos tipos de punição, utilizados ao longo de toda a história da humanidade, e em toda sociedade que adotou a retribuição como forma de se realizar justiça, desde os povos mesopotâmicos da Antiguidade, com os códigos de Ur-Nammu, que previa penas pecuniárias, e de Hamurabi, baseado na lei de talião, até o presente dia, passando pelos suplícios medievais característicos dos estados absolutos, legitimados pelo direito divino. O artigo 59 do Código Penal brasileiro, ao mencionar a reprovação ao crime, é um exemplo contemporâneo desta função.

² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 41.

Desta maneira, plausível seria imaginar que a retribuição perdesse espaço ao longo dos séculos, na medida em que se desenvolve a racionalidade humana. Entretanto, não é o que se observa. Juarez Cirino dos Santos³ elenca quatro elementos biológico-culturais da civilização ocidental responsáveis pela manutenção desta função da pena: a psicologia popular, regida pelo talião, como base antropológica da pena retributiva; a tradição religiosa judaico-cristã, que se utiliza da vingança como o principal meio de justiça divina; a filosofia, representada por autores como Kant, que define a justiça retributiva como lei inviolável, e Hegel, que define crime como negação do direito e pena como negação do crime, portanto reafirmação do direito; e a lei penal.

A partir do século XIX começam a surgir teorias que buscam legitimar a pena por meio de seu suposto caráter preventivo. São elas as teorias de prevenção especial, que atribuem à pena função preventiva em relação à figura do condenado, e as teorias de prevenção geral, indicando que a pena serve como um desestímulo para que se cometa crimes. Ambas dividem-se em prevenção positiva e negativa.⁴

A prevenção especial positiva atribui à pena a função de reabilitação do sujeito, enquanto a negativa, sua neutralização. A prevenção geral positiva é expressa pela confiança da sociedade na ordem jurídica, e a negativa concebe a ameaça da pena como uma forma de coação moral.⁵

Tais teorias, ainda que buscassem legitimar a pena de maneira racional, deslocando o foco da anti-democrática retribuição para a almejada prevenção, mostraram-se falhas, na medida em que se constatou a ineficácia da sua função preventiva. Zehr⁶, em apenas um parágrafo, deslegitima ambas as teorias preventivas especiais, alegando que é mais provável que a prisão torne um condenado mais violento do que o reabilite, e que, por isso, ele será mais

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 243-244.

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria de pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005. p. 5-8.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria de pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005. p. 5-8.

⁶ ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times**. Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 44.

perigoso para a sociedade quando sair, destacando desta maneira que o efeito neutralizante é eficaz apenas durante o cárcere.

Batista⁷ anota que restou empiricamente comprovado o precário desempenho do efeito intimidador da pena, ou seja, de sua função de prevenção geral negativa. Cirino dos Santos⁸ vai além, afirmando que a prisão não só não reduz a criminalidade, como provoca a reincidência das classes inferiores de maneira deliberada, sendo assim utilizada como tática de submissão destas classes aos grupos dominantes.

Assim, observa-se o fracasso da pena em relação ao seu objetivo declarado – a prevenção de crimes, seja por neutralização e correção dos condenados ou por desestímulo à sociedade. Todavia, ela cumpre perfeitamente seu objetivo real: criar uma clientela criminal, estigmatizando os condenados, que são previamente selecionados pela atividade legislativa, que criminaliza condutas lesivas aos interesses das classes hegemônicas, geralmente ações contrárias às relações de produção. Ademais, a seletividade está na ação desigual do sistema penal, com a intenção de controle social tanto do lumpesinato, sem utilidade econômica na produção, através das prisões, quanto do proletariado integrado ao mercado de trabalho, por meio dos substitutivos penais e das penas alternativas à privativa de liberdade.⁹

Estas medidas também devem ser analisadas sob a ótica dual dos objetivos declarados/objetivos reais. Surgem, de maneira sistematizada, na década de 1970, num contexto de crise do sistema prisional, que via seu discurso preventivo ser destruído pelo empirismo. Logo representam uma alternativa mais humanitária e mais eficaz à pena privativa de liberdade.

Entretanto, como bem leciona Cirino dos Santos¹⁰, cumprem elas um papel de ampliação do controle social. Por um lado, expandem este controle,

⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 21.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 81-82.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 41.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 351.

que antes era direcionado apenas ao lumpesinato, aos setores produtivos do proletariado, sem retirá-los do mercado de trabalho (ou: “[...] para que ele possa cumprir sua pena no *shopping* [...]”¹¹). Por outro, reduzindo o tempo de encarceramento dos sujeitos selecionados, permitem aumentar o número de pessoas em contato com a prisão, uma vez que esta sempre opera em regime de superlotação.

De fato, os dados constantes no relatório INFOPEN – dezembro 2014¹² demonstram que, de 2000 a 2014, a população carcerária brasileira cresceu sistematicamente ano a ano, passando de um total de 232.755 presos a 622.202, um aumento de 167,32%. Este crescimento se observou mesmo com um amplo e irrestrito uso dos substitutivos penais e das penas alternativas pelo sistema penal brasileiro.

Conclui-se que as penas alternativas, por não questionarem as premissas fundamentais da pena, apenas contribuem para a perpetuação do paradigma retributivo¹³. No ordenamento jurídico brasileiro, podemos exemplificar legislação penal destinada aos consumidores ativos com a Lei 9.099/1995, a Lei de Juizados Especiais, que prevê uma série de substitutivos às penas dos pequenos crimes, enquanto a Lei 8.072/1990, a Lei dos Crimes Hediondos, funciona como poderoso instrumento de prolongamento do cárcere do lumpesinato.

É nesse contexto de deslegitimação da prisão que surgem, paralelamente aos conceitos de penas alternativas, movimentos clamando por alternativas à pena:

Portanto, se há um desafio político global em torno da prisão, este não é saber se ela será não corretiva; se os juízes, os psiquiatras ou os sociólogos exercerão nela mais poder que os

¹¹ BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal – artigos, conferências e pareceres**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 113.

¹² BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN. Dezembro de 2014. p.19. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

¹³ ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times**. Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 96.

administradores e guardas; na verdade ele está na alternativa prisão ou algo diferente de prisão.¹⁴

A justiça restaurativa pode assumir este papel. Algumas práticas que se dizem restaurativas, entretanto, contribuem para a expansão e legitimação do controle social feito pelo sistema penal. Para que isto não aconteça, é necessário compreender os mais diversos conceitos referentes à justiça restaurativa, incluindo seus valores, objetivos, e princípios.

2.2 Conceituação da justiça restaurativa e de seus principais elementos

Para os propósitos deste trabalho, torna-se indispensável o conceito de crime sob a ótica restaurativa e sob a ótica retributiva. À época do absolutismo europeu, a lei era uma representação da vontade do soberano, e sua violação atacava-o pessoalmente. Por isso, o menor dos criminosos representava um regicida em potencial¹⁵. Esta visão exerce influência ainda hoje no modo de enxergar o crime, na medida em que este representa uma violação ao estado, que continua sendo considerado sua principal vítima. A verdadeira vítima, cuja participação no processo se reduz ao eventual *status* de testemunha e à sua exploração no espetáculo midiático responsável pela estigmatização e prévia condenação do ofensor, passa por um novo processo de vitimização ao ter suas necessidades completamente negligenciadas.

De forma antagônica, a lente restaurativa enxerga o crime como uma violação a pessoas e a relacionamentos. Ao invés da obrigação de infligir dor ao ofensor, cria uma obrigação de consertar as coisas. Entende a ofensa de forma contextualizada, em oposição ao convencional entendimento técnico-legal – um dos mecanismos responsáveis pela seletividade penal. Assim, a justiça passa a ser construída a partir de uma ideia de restauração, que vai além de mero retorno ao *statu quo*, na medida em que visa transformar os

¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 290.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 53.

relacionamentos interpessoais de maneira a evitar que a ofensa se repita¹⁶, trazendo ao centro do processo sujeitos negligenciados pela justiça criminal – a vítima, o ofensor, e a comunidade – e diminuindo, possivelmente até excluindo, a participação do estado.

A partir desta nova lente, abre-se espaço para a conceituação da Justiça Restaurativa. A ONU, por meio da resolução 2002/12¹⁷ do ECOSOC – Conselho Econômico e Social –, influenciada pela Recomendação nº R (99) 19 do Conselho da Europa, que trata da mediação em matéria penal, definiu Justiça Restaurativa como qualquer programa que utilize processos restaurativos e que procure alcançar resultados restaurativos. Definiu, então, processos restaurativos como aqueles nos quais a vítima, o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros membros da comunidade afetados pelo crime, participam ativamente na resolução dos problemas deste derivados, geralmente com a ajuda de um facilitador, pessoa cujo papel seja mediar, de maneira justa e imparcial, a participação das partes no processo restaurativo. Resultado restaurativo foi definido como o acordo alcançado como resultado de um processo restaurativo.

Estas definições passaram a exercer influência em diversos órgãos relativos à justiça criminal e no ordenamento jurídico de diversos países, sendo o Código de Procedimento Penal da Colômbia, de 2004, um exemplo ideal, por ter adotado-as quase *ipsis litteris*:

Artículo 518. *Definiciones.* Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima

¹⁶ ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times.** Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 187 e 191.

¹⁷ NAÇÕES UNIDAS, ECOSOC. **Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. ECOSOC Resolution 2002/12.** Adotada em 24 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.¹⁸

O resultado restaurativo deve ser definido de maneira consensual, como se infere do uso do termo “acordo” em sua conceituação, sempre respeitando o ordenamento jurídico nacional e acordos internacionais, bem como o contexto socio-econômico dos envolvidos. Algumas formas se mostram mais frequentes, a depender do tipo de crime cometido, como a reparação e a restituição, que não precisam, necessariamente, totalizar o valor do dano, nos casos de crimes patrimoniais. Nos crimes contra a pessoa, os acordos normalmente envolvem a promessa de um certo comportamento futuro. A prestação de serviços comunitários também é comumente acordada, sendo especialmente indicada nos casos de crimes que envolvem a coletividade, bem como em casos nos quais membros da comunidade participam dos encontros. O mais importante, entretanto, é a satisfação pessoal dos envolvidos e, por isso, muitas vezes o acordo restaurativo não passa de um pedido de desculpas. A manutenção de benefícios jurídicos concedidos ao infrator no caso de sucesso do procedimento restaurativo fica condicionada ao cumprimento do acordo, porém sua quebra não significa necessariamente o fracasso do processo, a depender de cada caso individualmente.

Sob a luz do sistema retributivo, os exemplos de acordos acima mencionados pressupõem o não cometimento de crimes graves, afinal seria desproporcional pensar que, por exemplo, um homicídio culminasse apenas na promessa de um melhor comportamento. A fim de estender a aplicação da justiça restaurativa aos mais diversos tipos de crimes e às diferentes fases do processo penal – inquérito, processo e execução -, alguns autores entendem que o acordo pode envolver práticas menos restaurativas, como medidas coercitivas ou até cumprimento de pena privativa de liberdade. Naturalmente, questiona-se, então, se a justiça restaurativa pode ser considerada de fato uma

¹⁸ Artigo 518. *Definições*. Se entenderá por programa de justiça restaurativa todo processo no qual a vítima e o imputado, acusado ou sentenciado participam conjuntamente de forma ativa na resolução de questões derivadas do delito na busca de um resultado restaurativo, com ou sem a participação de um facilitador. Se entende por resultado restaurativo o acordo direcionado a atender as necessidades e responsabilidades individuais e coletivas das partes e a alcançar a reintegração da vítima e do infrator na comunidade em busca da reparação, da restituição e do serviço à comunidade. (COLÔMBIA. *Código de Procedimento Penal. Ley 906*, de 31/08/2004. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-cpp-2005.html>. Acesso em: 12 out 2017. Tradução nossa).

alternativa à pena, ou se representa apenas mais um meio de controle do proletariado produtivo.

Esse questionamento representa, talvez, o ponto de maior divergência entre os doutrinadores restaurativistas. Para iniciar o tratamento da questão, mostra-se imprescindível analisar os princípios, os objetivos, e os valores da justiça restaurativa.

2.3 Princípios Gerais da justiça restaurativa

A Recomendação nº R (99) 19 do Conselho da Europa traz, em seu apêndice, os seguintes princípios gerais: a participação voluntária, já que a mediação não tem chance de sucesso se as partes não estiverem dispostas a cooperar, podendo elas retirar seu consentimento a qualquer tempo; a confidencialidade, por ser pré-requisito na construção de um resultado restaurativo e por proteger os interesses das partes; a igualdade no acesso e na qualidade do serviço; a disponibilidade em todas as fases do processo criminal, podendo o programa ser usado para evitar o processo, ocorrer paralelo a ele, ou durante a execução da pena; e a autonomia dos serviços de mediação, atuando os agentes da justiça criminal apenas no sentido de salvaguardar direitos e garantias das partes.¹⁹

Embora o Conselho não mencione o termo “justiça restaurativa” na Recomendação, relaciona a mediação em matéria penal ao termo “mediação vítima-ofensor”, um dos principais procedimentos restaurativos. Por isso os princípios elencados no documento são aceitos como princípios da justiça restaurativa. Todos estes princípios foram adotados mais tarde pela Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, apenas com a diferença de não terem sido denominados explicitamente como princípios gerais.

¹⁹ CONSELHO DA EUROPA. **Mediation in penal matters. Recommendation Nº R (99) 19.** Adotada em 15 de setembro de 1999. Disponível em: <[http://www.mediatio.hu/files/EU_dok/CoE_R\(99\)19_mediation.pdf](http://www.mediatio.hu/files/EU_dok/CoE_R(99)19_mediation.pdf)>. Acesso em: 14 out 2017.

A *Law Commission of Canada* adotou apenas três princípios: o crime é uma violação a um relacionamento entre vítimas, ofensores, e a comunidade, em oposição à concepção de que o crime é uma violação ao estado; a restauração envolve a vítima, o ofensor, e a comunidade, conferindo a estas partes o protagonismo retirado pelo estado na justiça criminal; e uma abordagem de consenso para a justiça, referente ao acordo restaurativo.²⁰

Já a Carta de Araçatuba, elaborada pelos integrantes do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, em 2005, traz princípios bem mais específicos, replicados pela Declaração da Costa Rica sobre Justiça Restaurativa na América Latina, do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente:

1. Plena informação sobre as Práticas Restaurativas anteriormente à participação e os procedimentos em que se envolverão os participantes;
2. Autonomia e voluntariedade para participação das Práticas Restaurativas, em todas as suas fases;
3. Respeito mútuo entre os participantes do encontro;
4. Co-Responsabilidade ativa dos participantes;
5. Atenção à pessoa que sofreu o dano e atendimento de suas necessidades, com consideração às possibilidades da pessoa que o causou;
6. Envolvimento da comunidade pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação;
7. Atenção às diferenças sócio-econômicas e culturais entre os participantes;
8. Atenção às peculiaridades sócio-culturais locais e ao pluralismo cultural;
9. Garantia do direito à dignidade dos participantes;
10. Promoção de relações equânimes e não hierárquicas;
11. Expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito;
12. Facilitação por pessoa devidamente capacitada em procedimentos restaurativos;
13. Observância do princípio da legalidade quanto ao direito material;
14. Direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo;
15. Integração com a rede de assistência social em todos os níveis da federação;

²⁰ LAW COMMISSION OF CANADA. **From Restorative Justice to Transformative Justice.** 1999. Disponível em: <<https://dalspace.library.dal.ca/bitstream/handle/10222/10289/Participatory%20Justice%20Discussion%20Paper%20EN.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 out 2017.

16. Interação com o Sistema de Justiça.²¹

Apesar de não haver consenso quanto aos princípios, observa-se que as diversas organizações preocupadas em definí-los objetivam uma aplicação justa e democrática da justiça restaurativa.

2.4 Objetivos do processo de mediação

Ao tratar da Mediação Vítima-Ofensor, um dos três principais procedimentos restaurativos, Zehr afirma que, devido a seu potencial de abordar diversas necessidades derivadas do cometimento de um crime, seus objetivos muitas vezes são incertos, as vezes até contraditórios. Se, por exemplo, o objetivo principal é a reabilitação dos ofensores e a mitigação de suas penas, o programa pode vir a negligenciar as necessidades da vítima. Se buscar ser um ferramenta alternativa à prisão, poderá ser negligenciado nos casos de ofensas menores, que também podem implicar em consequências severas para os envolvidos. A definição de um objetivo principal, entretanto, não ignora a existência e nem impede a busca dos outros benefícios.²²

Prudente identifica quatro objetivos²³: a resolução de conflitos, sendo este o principal objetivo; a prevenção de conflitos, através da transformação do relacionamento entre as partes e da busca por uma solução definitiva; a inclusão social, já que a justiça restaurativa tem o potencial de criar reflexões acerca de questões sociais; e a paz social, por se tratar de uma resolução pacífica dos conflitos.

A Organização das Nações Unidas, por meio do *Handbook on Restorative Justice Programmes*, afirma que os objetivos da justiça restaurativa

²¹ CARTA DE ARAÇATUBA. Carta elaborada pelos integrantes do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa. 28/30 de abril de 2005, na Cidade de Araçatuba/São Paulo. Disponível em: <<http://jjj.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/carta-aracatuba>>. Acesso em: 15 out 2017.

²² ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times**. Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 167.

²³ PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. Maringá: Kindle, 2013. Posição 3727.

já foram descritos de diversas maneiras diferentes. Observa-se, porém, mais frequentemente, a presença dos seguintes elementos chave: apoio às vítimas, permitindo sua participação e atendendo suas necessidades; reparação dos relacionamentos danificados pelo crime, em parte através do consenso de como responder a ele; denunciar o comportamento criminal como inaceitável e reafirmar os valores da comunidade, atentando à maneira mais flexível, em relação à justiça tradicional, de o fazer, considerando as particularidades de cada caso; encorajar a assunção da responsabilidade por todas as partes envolvidas, especialmente pelo ofensor; identificar resultados restaurativos, olhando para o futuro e não para o passado; prevenir a reincidência ao estimular mudanças no âmbito individual do ofensor e facilitando sua reintegração à comunidade; identificar os fatores que levaram ao cometimento do crime, a fim de, junto com as autoridades, desenvolver melhores estratégias de prevenção do crime.²⁴

Além dos objetivos, traz como metas a serem alcançadas pelo processo a satisfação e a segurança da vítima; o entendimento, por parte do ofensor, de como suas ações afetaram a vítima e outras pessoas, bem como sua assunção de responsabilidade pelas consequências de seus atos e seu comprometimento com a reparação; medidas flexíveis acordadas pelas partes, com ênfase na reparação do dano e, quando possível, nas razões para o cometimento do crime; a efetivação, por parte do ofensor, de seu comprometimento com a reparação; e o entendimento das partes sobre a dinâmica que levou ao incidente, bem como a obtenção da sensação de desfecho e sua reintegração à comunidade.²⁵

2.5 Valores da justiça restaurativa

²⁴ UNITED NATIONS. **Handbook on Restorative Justice Programmes**. New York: United Nations, 2006. p. 9-11.

²⁵ UNITED NATIONS. **Handbook on Restorative Justice Programmes**. New York: United Nations, 2006. p. 9.

Os valores são um dos principais elementos do processo restaurativo. Existem diversas práticas ao redor do mundo que se dizem restaurativas por se utilizarem de procedimentos restaurativos, porém sem atentar aos valores. Para se determinar o quão restaurativo é um programa, é preciso analisar a restauratividade de seus processos e de seus valores²⁶.

A ONU, em *Handbook on Restorative Justice Programmes*, considerou como valores da justiça restaurativa a participação e o empoderamento das partes; o respeito por todas as partes; a preferência por resultados consensuais; o comprometimento das partes com o acordo obtido através do processo; a flexibilidade e a receptividade do processo e dos resultados; e o empoderamento da comunidade.

Já Van Ness e Strong trazem como valores os encontros, a reparação, a reintegração, e a participação²⁷. Quando constantes no processo, possuem o potencial de empoderar as partes, de devolvê-las seu *status* de sujeitos de direito, retirado pelo crime e pelo processo penal. Através dos encontros se dá a comunicação, essencial para a obtenção do resultado restaurativo e para conferir um senso de autonomia ao ofensor, que não seja baseado em subjugar outras pessoas²⁸, e à vítima. A comunicação só acontece de maneira positiva quando o ambiente é propício para tal, portanto os encontros só devem acontecer quando todas as partes estiverem devidamente preparadas, sempre levando em consideração possíveis disparidades sociais existentes entre elas. Os encontros, por aproximar as partes, contribuem ainda para a desconstrução de estereótipos e da estigmatização característica do sistema penal.

A participação é o valor observado ao se conferir o protagonismo do procedimento restaurativo às partes envolvidas no crime, incluindo suas famílias e comunidade, que assume papel tanto de vítima indireta quanto de infrator, a partir da ideia de co-culpabilidade:

²⁶ BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and responsive regulation**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 12.

²⁷ VAN NESS e STRONG apud FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.) **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005. p. 80.

²⁸ ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times**. Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 61.

Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é dado como essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu, como queria Ernst Bloch.²⁹

A participação ativa das partes e seu protagonismo, principalmente no tocante à vítima, representa um dos maiores pontos de ruptura com o processo penal, no qual, como já exposto, participa apenas como eventual testemunha e como objeto de exploração no espetáculo midiático, e também passa por um processo de culpabilização e estigmatização.

No processo restaurativo, além de papel ativo na determinação do resultado, a vítima tem a oportunidade de expor seus sentimentos, de descrever o impacto do crime, de ajudar na reintegração do ofensor, de obter respostas, de, enfim, obter completude. As famílias, quando presentes, participam com o propósito de ajudar na formação da “vergonha reintegradora”, a ser trabalhada posteriormente. É comum a família do ofensor indicar suas qualidades e suas boas atitudes, a fim de demonstrar que ele pode fazer boas escolhas.

A eventual participação de membros da comunidade possui o objetivo de demonstrar ao ofensor os danos a ela causados por seus atos, buscando assim o fortalecimento dos laços sociais, num contexto de substituição do estado pela comunidade como vítima indireta do crime. O ofensor pode também indicar fatores relativos à comunidade que o levaram a cometer o crime. As famílias e os membros da comunidade, quando presentes, também participam do consenso acerca do resultado restaurativo. Há que se debater ainda a participação do estado no processo, o que será feito oportunamente.

A reparação decorre do acordo restaurativo³⁰, previamente discutido. A vontade da vítima, por ser esta parte central do processo restaurativo, é um

²⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 102.

³⁰ PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. Maringá: Kindle, 2013. Posição 1062.

dos principais fatores a ser considerado para a propositura do acordo. Contudo, são preferíveis prestações imateriais – reparação simbólica, como um pedido de desculpas – a prestações materiais, por serem estas limitadas: a reparação monetária é impertinente quando o ofensor pertence ao proletariado não-produtivo, e provavelmente cometeu o crime em primeiro lugar devido a sua condição sócio-econômica.

Nada impede que se acorde que o ofensor trabalhe para a vítima, uma decisão que deve ser tomada com cautela, sempre sob a tutela do princípio da voluntariedade e dos direitos humanos, a fim de que se evite retrocessos à época das penas de trabalho forçado. Ademais, o acordo não pode envolver práticas degradantes e deve respeitar o princípio da legalidade, ou seja, não pode resultar em exigência mais grave do que a pena em abstrato referente à conduta praticada.

Por fim, tem-se a reintegração, consequência do poder transformador da justiça restaurativa. A reintegração acontece quando as partes envolvidas reganham seu senso de completude, quando os laços destruídos pelo crime são refeitos. A partir daí, as partes voltam a participar positivamente na comunidade. Trata-se de olhar para o futuro, excedendo a ideia de retorno ao *status quo ante*, na medida em que procura-se alcançar uma nova realidade: condições melhores do que as existentes antes do cometimento do fato. Zehr ressalta, inclusive, que alguns autores preferem o nome *Justiça Transformadora*³¹. Importante ressaltar que esta transformação não atinge apenas o ofensor: entende-se que da vítima também é retirado seu *status* de sujeito de direito pelo sistema penal, sofrendo inclusive processo de estigmatização.

O efeito transformador do procedimento restaurativo é muitas vezes confirmado por estatísticas que revelam reduções nas taxas de reincidência e elevadas taxas de satisfação com o procedimento, tanto por parte da vítima

³¹ ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times**. Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 240.

quanto do ofensor, quando este meio é escolhido para a resolução do conflito, a depender de especificidades de cada caso.³²

2.6 Substitutivo penal ou alternativa à pena?

A lente restaurativa representa uma mudança de paradigma, um novo modo de olhar o crime. Assim, revela-se inerente a seu estudo o debate sobre sua função no controle social, tendo sido esta questão explorada, embora não de maneira prioritária, por quase todos os autores restaurativistas, e, exaustivamente, por trabalhos acadêmicos, devido ao contexto de crise no sistema carcerário ocidental.

Ressalta-se que a falta de consenso no tocante aos princípios, valores, objetivos, casos nos quais é possível aplicar a justiça restaurativa, relação com o processo penal, cabimento de medidas coercitivas, abertura dos acordos restaurativos, papel do estado no procedimento, não nos impede de chegar a duas conclusões: as principais críticas da justiça restaurativa recaem sobre o processo penal, que atua de maneira a causar mais danos às partes envolvidas; sobre o sistema penal, e seu *modus operandi* seletivo e estigmatizante; e sobre a pena projetada como tal, mas não sobre a pena em si, como asseverado por Zehr ao dizer que, embora em diferentes níveis, o acordo restaurativo sempre possui caráter punitivo:

I have argued that punishment should not be the focus of justice. But is there room in a restorative concept for some forms of punishment? Certainly options such as restitution will be understood by some as punishment, albeit a more deserved and logical punishment. In one major study of VOC, for example, offenders described their outcomes as punishment but viewed them more positively than traditional punishment. Perhaps punitive language arose due to a lack of alternate terminology (although some did use the language of “making right” to describe justice). However, accepting responsibility is painful and will of necessity be understood in part as

³² BAIN, Kristin. **Restorative Justice and Recidivism: A Meta-Analysis**. 2012. 135f. Dissertação de Mestrado – Universidade de Denver, Denver, 2012.

punishment. Similarly, isolation of those who are dangerous, even under the best of conditions, is painful. The real question, then, is not whether persons will experience some elements of restorative justice as punishment, but whether punishment intended as punishment has a place.³³

Em seguida, conclui ainda que o foco da justiça restaurativa é a restauração, a cura, a transformação dos indivíduos:

If there is room for punishment in a restorative approach, its place would not be central. It would need to be applied under conditions that controlled and reduced the level of pain and in a context where restoration and healing are the goals. Perhaps there are possibilities for restorative punishment. Having said that, however, I hasten to add that possibilities for destructive punishment are much more plentiful.³⁴

O estudo dos valores, princípios e objetivos nos leva à conclusão de que o fato de a justiça restaurativa ser considerado por alguns como ferramenta de desafogamento do sistema prisional, seja como meio alternativo a este ou em seu auxílio, é consequência de sua prática, e não seu objetivo. Na verdade, práticas que se dizem restaurativas mas que possuem apenas a intenção de evitar, por exemplo, a pena privativa de liberdade, acabam por negligenciar as necessidades das partes e da comunidade. Mesmo a reincidência, presente por exemplo no valor da reintegração, é tratada por alguns autores como secundária:

The assessment of Restorative Justice should not be carried out solely in terms of re-offending, however. The primary aim of

³³ “Já argumentei que a punição não deve ser o foco da justiça. Mas há espaço, sob uma concepção restaurativa, para alguma forma de punição? Certamente opções como a restituição será entendida por alguns como punição, embora uma mais lógica e merecida. Em um estudo sobre o VOC, por exemplo, os ofensores descreveram seus resultados como punição, mas os enxergaram de maneira mais positiva que à punição tradicional. Talvez a linguagem punitiva floresceu devido à falta de terminologia alternativa (embora alguns usem a linguagem do “fazer o correto” para descrever justiça). Entretanto, aceitar a responsabilidade é doloroso e será entendido em parte como punição. Similarmente, o isolamento daqueles que são perigosos, mesmo sob as melhores condições, é doloroso. A questão central, então, não é se as pessoas irão sentir alguns elementos da justiça restaurativa como punição, mas sim se a punição projetada como punição tem lugar.” (ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times**. Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 209-210. Tradução nossa.)

³⁴ “Se há espaço para a punição na abordagem restaurativa, seu papel não seria central. Deveria ser aplicada sob condições que controlassem e reduzissem o nível de sofrimento e num contexto onde a restauração e a cura são as metas. Dito isso, entretanto, me antecipo a acrescentar que as possibilidades para a punição destrutiva são muito mais abundantes.” (ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times**. Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 213. Tradução nossa)

many Restorative Justice initiatives is to provide a better service for victims [...], or heal and strengthen communities [...]³⁵

Estando estas considerações em mente, nada nos impede de analisar as consequências do uso da justiça restaurativa. No que concerne ao debate central do tópico, podemos adiantar que não há uma resposta definitiva: a justiça restaurativa pode funcionar como um desvio³⁶, como um auxiliar do sistema penal na manutenção do controle social por meio da utilização de penas alternativas, ou até não possuir efeito algum sobre a punição.

Uma das principais características deste modelo é considerar as especificidades de cada caso, em contraposição ao modelo retributivo, no qual o crime é encarado apenas como uma violação a uma norma penal. Desta maneira, as práticas restaurativas podem se mostrar diferentes uma das outras, a depender de fatores como a teoria e o procedimento a ser adotados.

Ademais, ressalta-se que a análise feita neste tópico possui caráter geral, e as conclusões podem não ser válidas em determinado contexto jurídico. Algumas questões serão mencionadas, porém a adequação das ideias restaurativas ao ordenamento jurídico brasileiro, em comparação a outros ordenamentos, será mais detalhadamente estudada no terceiro capítulo deste trabalho.

Ao analisar o papel do estado na justiça restaurativa, Jaccoud identifica duas perspectivas: a minimalista e a maximalista³⁷. A primeira representa, *a priori*, uma alternativa ao sistema penal, por defender o afastamento do estado dos processos restaurativos, adotando mecanismos não jurídicos ou cíveis e objetivando acordos voluntários. Recebe críticas por limitar a aplicação destes processos aos casos menos graves. Por isso, acaba por produzir efeito

³⁵ “A avaliação da Justiça Restaurativa não deve ser feita somente em termos de reincidência, entretanto. A meta primária de muitas iniciativas de Justiça Restaurativa é prover um melhor serviço às vítimas [...], ou curar e fortalecer comunidades [...]” (MARSHALL, Tony F. **Restorative Justice: An Overview**. 1999. Disponível em: <<http://fbga.redguitars.co.uk/restorativeJusticeAnOverview.pdf>>. Acesso em: 18 out 2017. p. 20. Tradução nossa).

³⁶ Tradução do termo “diversion”, utilizado na lingua inglesa com a intenção de indicar que um caso não tramitará pelas vias tradicionais do processo judicial. Sinônimo de desjudicialização.

³⁷ JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Prodedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.) **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005. p. 172.

contrário ao desejado, numa situação semelhante à da Lei dos Juizados Especiais: ao atuar em casos que não seriam detectados pelo estado, eventuais fracassos procedimentais, como o não cumprimento do acordo restaurativo, resultariam na persecução penal do ofensor. Assim, para ser recepcionada pela criminologia radical, a justiça restaurativa, sob a ótica minimalista, deve trabalhar no sentido de expandir o rol de crimes aos quais seria possível aplicá-la e de encontrar mecanismos para evitar a persecução penal quando fracassar.

Contrariamente, a segunda perspectiva defende a transformação do modelo retributivo pela integração da justiça restaurativa ao sistema de justiça estatal³⁸, culminando num sistema híbrido no qual a opção restaurativa seria a regra, já que seus defensores não negam que quando há voluntariedade o procedimento possui maiores chances de sucesso, mas que admite a utilização de opções menos restaurativas quando necessário.

Esta corrente relativiza o princípio da participação voluntária por permitir o uso da coerção e das sanções restaurativas no processo, e por isso sofre críticas, já que procedimentos restaurativos tendem a ser menos efetivos quando não há voluntariedade por parte de todos os envolvidos e porque, para alguns, o caráter restaurativo de um processo é completamente perdido se há imposição de sanções. Quanto a estas, parte-se da questão já levantada de que qualquer acordo restaurativo possui algum grau de punição, e de que a restauratividade/retributividade de um procedimento é mais um espectro contínuo do que dois pólos distintos, portanto, aplicada sob um contexto restaurativo, uma mesma sanção é mais eficaz do que quando aplicada com finalidade punitiva³⁹. Jaccoud distingue dois sistemas de justiça estatal:

- 1) um sistema de justiça estatal que mude para valorizar a reparação dos danos causados à vítima convidando o ofensor a contribuir com isto em detrimento da pena. Este sistema não é mais retributivo, mas sim restaurativo. Mesmo se o nível de constrangimento for elevado e mesmo se, subjetivamente, o

³⁸ WALGRAVE apud JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.) **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005. p. 172.

³⁹ BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and responsive regulation**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 122.

ofensor possa vivenciar a imposição de uma sanção objetivando a correção do dano como punição. O termômetro que permite avaliar se um sistema é restaurativo é, vamos repetir, a finalidade (reparar as conseqüências) e não a percepção dos envolvidos. Neste contexto, o termo “sistema penal” poderia ser substituído por “sistema de justiça”; em tal sistema, a verdadeira alternativa tornar-se-ia a sanção punitiva (o encarceramento), compreendida como uma última forma de sanção punitiva em casos onde o autor representa uma real ameaça para a sociedade;

2) um sistema de justiça estatal que não transforma a finalidade das sanções (manutenção das finalidades punitivas), mas que acrescenta uma dimensão restaurativa às suas modalidades de aplicação das sanções. Este sistema permanece retributivo em sua essência. É de se perguntar se a adição de dimensões restaurativas, considerando-se o seu caráter inevitavelmente coercitivo, não virá a endurecer um sistema que aumenta suas exigências diante dos contraventores devendo os mesmos, além de suas penas, engajar-se em iniciativas restaurativas.⁴⁰

A conclusão mais lógica é que, sob esta ótica, a justiça restaurativa não seria descaracterizada como mecanismo de controle social das classes dominadas. Entretanto, o estudo do pensamento criminológico radical nos revela que suas propostas de alternativas a esse sistema muito se assemelham às ideias basilares da justiça restaurativa.

Zaffaroni afirma que os novos abolicionistas propõe modelos baseados na reparação, na restituição, e na conciliação, entre outros, para a solução de conflitos. O autor discorda que estes modelos sejam suficientes para promover a abolição da pena, que para ele só é possível através de uma mudança cultural, no sentido de eliminar a vingança e desnaturalizar o poder punitivo, que deve justificar sua existência – ideias também trabalhadas pela lente restaurativa –, mas reconhece que sua adoção é a primeira medida a ser tomada para promover a prevenção secundária – aquela que opera no âmbito do próprio fato, em oposição à prevenção primária, que opera sobre a raiz

⁴⁰ JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Prodedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.) **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005. p. 173.

social do conflito – da conflitividade, reforçando a coesão social e limitando a atuação do poder punitivo aos poucos casos absolutamente necessários.⁴¹

Nilo Batista, ao abordar a questão dos Juizados Especiais Criminais, sem mencionar a justiça restaurativa, praticamente a elege como alternativa à decisão penal:

No campo dos Juizados Especiais Criminais impor-se-iam algumas alterações. Se estamos pretendendo impor a tais conflitos (infrações de menor potencial ofensivo) soluções distintas da decisão penal, o primeiro requisito será outorgar à vítima um protagonismo cuja defecção é exatamente o elemento histórico-estrutural que caracteriza o modelo punitivo (“confisco do conflito”). A reparação do dano adquire, por esse ângulo, um significado que transcende politicamente sua função, de origem positivista, de substitutivo penal. De certa forma, trata-se de refundir o conceito corrente de “consensualidade” (circunscrito, geralmente, ao diálogo indiciado/acusado – Ministério Público) para nele incluir a vítima: soberanamente, nos crimes de ação penal privada e de ação penal pública condicionada até a denúncia, e articuladamente ao *parquet* nos delitos de ação penal pública.⁴²

Observa-se presente no trecho a ideia de que a sanção, neste caso na forma da reparação, aplicada sob um contexto restaurativo difere da sanção aplicada no contexto penal.

Por fim, Juarez Cirino dos Santos assevera que, dentre outros substitutivos penais, formas não institucionalizadas de sanção, e, quando estas não forem possíveis, sanções não-estigmatizantes, possuem importante papel na abolição das penas, por contribuírem para o processo de transferência da responsabilidade pela ressocialização do ofensor do estado para a comunidade. Este movimento de abertura das prisões limitaria a desarticulação política promovida pelo encarceramento, possibilitando, através da reintegração do condenado em sua classe, o desenvolvimento da consciência necessária para a manutenção das lutas promovidas pelas classes oprimidas.⁴³

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 154, 255, 261.

⁴² BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal – artigos, conferências e pareceres**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 92.

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 115-116, 121-122.

Conclui-se que, *a posteriori*, a utilização da justiça restaurativa não só é recepcionada pela teoria criminológica radical, como mostra poder ser importante instrumento na luta pela abolição das penas, na medida em que contribui no desafogamento do sistema prisional e no desenvolvimento de uma cultura com as características de deslegitimação do poder punitivo e de desenvolvimento de consciência de classe.

3. A PRÁTICA RESTAURATIVA APLICADA AOS CRIMES QUE MAIS ENCARCERAM NO BRASIL

Este capítulo objetiva realizar estudos de casos referentes à aplicação da justiça restaurativa a cada um dos quatro crimes que mais encarceram no Brasil, a serem identificados por meio de dados oficiais. Para tanto, serão investigadas particularidades procedimentais das três práticas restaurativas mais frequentemente utilizadas.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – dezembro 2014, compilado a partir de dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional, DEPEN, os crimes contra o patrimônio, crimes de drogas, e crimes contra a pessoa eram responsáveis por 87% das pessoas privadas de liberdade no Brasil, sendo eles individualmente responsáveis por 46%, 28%, e 13%, respectivamente. Mais especificamente, dentre os 372.534 presos sentenciados, que representam cerca de 60% da totalidade de presos daquele ano, 28% foram condenados por tráfico de drogas, 25% por roubo, 13% por furto, e 10% por homicídio, tanto na modalidade tentada, nos crimes que a admitem, quanto na consumada⁴⁴.

Em 2017, segundo levantamento do CNJ junto aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, o número total de presos no Brasil aumentou para 654.372. O número de presos provisórios caiu para 221.054, passando a representar 34% da totalidade. Dentre estes, observa-se um quadro semelhante ao dos presos condenados: 29% estão presos por tráfico de drogas ou indução, instigação ou auxílio ao uso de drogas, 26% por roubo, 13% por homicídio e 7% por furto. Observa-se também a relevância dos crimes constantes no Estatuto do Desarmamento para o encarceramento no Brasil,

⁴⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN. Dezembro de 2014. p.25, 33 e 34. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

sendo estes responsáveis por 8% das prisões provisórias. Entretanto, este número se reduz a “apenas” 5% quando referente aos condenados, e por isso tais crimes não serão analisados⁴⁵. Determina-se, então, como objeto de estudo deste trabalho os crimes de tráfico de drogas, homicídio, roubo, e furto.

Devemos, ainda, atentar-nos às estatísticas referentes ao perfil de raça, idade, gênero e classe social da população prisional. Em 2014, pretos e pardos representavam 61,67% dos presos no Brasil, enquanto na população geral sua representatividade era de 53,63%. Já os brancos, 45,48% da população à época, eram 37,22% dos detentos. Outras etnias, incluindo amarelos e indígenas, não apresentavam discrepância entre representação na população carcerária e na população geral tão evidente quanto estas duas.

Mulheres somavam em torno de 5,8% das pessoas presas, porém ressalta-se que a população carcerária feminina aumentou mais de 2,6 vezes, ou aproximadamente 161%, em menos de 10 anos, passando de 12.925 presas em 2005 a 33.793 em 2014. No mesmo período, a população carcerária total sofreu aumento de aproximadamente 72%.

Quanto à faixa etária, observou-se que 30,12% dos presos possuíam entre 18 e 24 anos, 24,96% entre 25 e 29 anos, 18,93% estavam entre os 30 e 34 anos, e 26% possuíam 35 anos ou mais. Estas faixas etárias representavam, na população geral, um total de 11,16%, 7,74%, 8,17%, e 46,09%, respectivamente.

Por fim, ressalta-se que o INFOPEN – dezembro de 2014 não traz dados relacionados à classe social dos presos, porém é possível presumí-los com base nos dados relativos a seu grau de escolaridade – quanto menor a renda familiar, maior a chance de evasão escolar⁴⁶: apenas 9,54% dos presos à época havia concluído o ensino médio, contra 32% referente à população geral

⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Reunião Especial de Jurisdição. Janeiro de 2017. p. 3 e 12. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017.

⁴⁶ INSTITUTO Unibanco. **Aprendizagem em foco nº 5. Quem são os jovens fora da escola.** Fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.institutounibanco.org.br/aprendizagem-em-foco/5/>>. Acesso em: 27 out. 2017.

com idade suficiente para tal⁴⁷, dado consonante com a função de controle social da pena privativa de liberdade abordada anteriormente.

Tais números nos permitem concluir que os presos são, em sua maioria, jovens negros e pobres, sem educação formal. Estes recortes se mostram relevantes na medida em que há estreita relação entre a justiça restaurativa e o combate a opressões de qualquer natureza. Michael M. O'Hear, professor da Universidade Marquette, localizada em Milwaukee, Wisconsin, nos Estados Unidos, em seu artigo *Rethinking Drug Courts: Restorative Justice as a Response to Racial Injustice*, propõe tal aplicação como forma de atenuação do racismo sistêmico que caracteriza a política de drogas americana e, conseqüentemente, seu sistema carcerário⁴⁸. Howard Zehr, ao trabalhar os cuidados a serem tomados na utilização da justiça restaurativa, questiona-se até que ponto suas formulações refletem a perspectiva de um homem norte-americano branco e de classe média, e afirma que para assumir, de fato, seu caráter transformador, devem seus operadores estar conscientes de seus vieses relativos a estas questões, bem como questionar se a justiça restaurativa está ignorando ou até replicando os padrões de disparidade racial do sistema carcerário⁴⁹.

3.1 Surgimento da justiça restaurativa: VORP e VOM (ou VOC)

O termo justiça restaurativa foi utilizado pela primeira vez por Albert Eglash, psicólogo que trabalhava com pessoas encarceradas, em 1975, em um artigo chamado *Beyond Restitution: Creative Restitution*, publicado dois anos

⁴⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN. Dezembro de 2014. p.36, 39, 42, e 46. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

⁴⁸ O'HEAR, Michael M. **Rethinking Drug Courts: Restorative Justice as a Response to Racial Injustice.** 2009. Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1140&context=facpub>>. Acesso em: 27 out 2017.

⁴⁹ ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times.** Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 221 e 240.

mais tarde na obra *Restitution in Criminal Justice*, editada por Joe Hudson e Burt Gallaway⁵⁰. O livro *Trocando as Lentes – Um Novo Foco Sobre o Crime e a Justiça*, publicado em 1985 por Howard Zehr, que já vinha realizando experiências restaurativas, é considerado o grande marco teórico referente à Justiça Restaurativa, sendo pioneiro na sua articulação de forma clara e sistemática⁵¹.

Na prática, sob esta concepção contemporânea, já que práticas restaurativas são utilizadas há séculos, o movimento restaurativo teve início em 1974, no caso de Elmira, Ontário, no Canadá, no qual dois jovens, em uma única noite, causaram danos a 22 propriedades. A ideia veio do oficial de liberdade condicional Mark Yantzi, responsável pela apresentação, em juízo, do relatório do caso, ao se questionar se não seria interessante se os acusados se encontrassem com as vítimas. Estimulado por Dave Worth, seu colega de serviços voluntários, a proposta foi feita ao juiz, que, num primeiro momento, rejeitou, porém determinou, em sentença, que os dois jovens visitassem as casas das vítimas, acompanhados de Mark e Dave, bem como a restituição dos bens vandalizados. A abordagem foi, naturalmente, simplista: Mark e Dave acompanharam os jovens de porta em porta, fazendo apenas anotações.

Este programa, e os que se seguiram, foram denominados *Victim-Offender Reconciliation Programs*⁵², VORP. Este nome caiu em desuso devido ao termo *reconciliação*, que pode ser enganoso, já que o foco muitas vezes é a reparação da vítima e/ou a responsabilização do ofensor⁵³. Atualmente, este procedimento é mais comumente denominado *Victim-Offender Conferencing*, VOC, ou *Victim-Offender Mediation*, VOM⁵⁴. Consiste no encontro direto entre a vítima e o ofensor, focado nos sentimentos das partes e nos acordos

⁵⁰ PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de Justiça criminal.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1432, 3 jun. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9878>>. Acesso em: 9 out. 2017.

⁵¹ PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos.** Maringá: Kindle, 2013. Posição 321.

⁵² Programas de Reconciliação Vítima-Ofensor.

⁵³ ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times.** Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 160 e 161.

⁵⁴ Conferência Vítima-Ofensor e Mediação Vítima-Ofensor.

restaurativos, e facilitado pela ação de um mediador treinado para não impor suas soluções.

Possui, normalmente, quatro etapas: a triagem, a preparação, os encontros, e eventuais acompanhamentos necessários, por exemplo, para o cumprimento do acordo⁵⁵. Os encontros são estruturados, porém permitem que os participantes, e não o mediador, determinem os termos do acordo. O diálogo entre as partes permite que elas façam perguntas, falem sobre o impacto da conduta sobre elas, compartilhem suas histórias, e, ao final, decidam o que será feito a respeito. Assim, os encontros culminam no empoderamento dos participantes: reduzem os medos das vítimas e provocam questionamentos quanto aos estereótipos atribuídos ao ofensor⁵⁶.

O VOM é utilizado tanto em programas alheios à justiça criminal, como escolas e locais de trabalho, quanto atrelado a ela. Devido a sua origem, é comumente associado a crimes patrimoniais, porém passou a ser utilizado inclusive em crimes graves, com o emprego de violência, como crimes contra a pessoa e crimes contra a dignidade sexual.

Devido às especificidades relativas à intimidade e à privacidade das vítimas desta última categoria de crimes, o VOM mostra-se como a melhor opção de programa a ser aplicado a eles, já que, como veremos, a principal diferença entre os programas mais utilizados é a participação de outras pessoas, membros das famílias dos envolvidos e membros da comunidade, sendo o VOM o mais restrito, por contar com a participação apenas da vítima, do ofensor, e do mediador. Além disso, no VOM, a mediação pode ocorrer de maneira indireta, sem a observação do encontro, sendo o mediador responsável por transmitir às partes as mensagens da outra⁵⁷, o que pode facilitar o processo nos casos mais traumáticos, ou ao menos preparar as partes para uma mediação direta.

⁵⁵ CENTER for Justice & Reconciliation. **Lesson 3: Programs. Victim Offender Mediation.** Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/victim-offender-mediation/#sthash.PubGZY17.dpbs>>. Acesso em 28 out. 2017.

⁵⁶ ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times.** Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 161-163.

⁵⁷ PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos.** Maringá: Kindle, 2013. Posição 1349.

Ressalta-se, entretanto, que, com exceção de especificidades como esta mencionada, não há relação necessária entre as diferentes práticas restaurativas e os diversos tipos de crimes: o VOM pode ser aplicado tanto a crimes leves quanto a crimes graves, e um mesmo crime, independente de sua reprovabilidade, pode ser tratado mediante uso de inúmeros procedimentos restaurativos. Deste modo, observa-se que, na escolha do método a ser utilizado por determinado programa, questões culturais e ideológicas possuem um peso maior do que adequações práticas.

O *Konfliktrådet*, Serviço de Mediação Norueguês, é um exemplo de programa restaurativo que opera com base no VOM. É o resultado de décadas de aperfeiçoamento, inclusive legislativo, de programas experimentais de mediação que surgiram na Noruega na década de 1980, fortemente influenciados pela ideia do criminólogo norueguês Nils Christie de que o crime pertence às partes nele envolvidas diretamente, ou seja, a vítima e o ofensor – eles, e não o estado, possuem um crime que necessita resolução⁵⁸.

Nele, observa-se a presença das quatro etapas: a triagem, feita pela acusação⁵⁹, dentre as condutas puníveis reportadas à polícia nos quais o acusado tenha admitido a culpa; a preparação, feita pelo mediador com as partes, separadamente; os encontros, que contam com a particularidade da necessidade de o mediador aprovar o acordo, devendo ele se recusar a fazê-lo quando este favorecer uma das partes de maneira não-razoável, ou se for impertinente por qualquer outra razão relevante; e o acompanhamento⁶⁰.

A principal crítica à Mediação Vítima-Ofensor consiste em seu caráter restritivo. Em algumas culturas, principalmente culturas indígenas, de diversas partes do globo, os conflitos são resolvidos no contexto familiar e comunitário, o que faz com que os encontros cara-a-cara característicos desta prática mostrem-se insuficientes para tal fim.

⁵⁸ CENTER for Justice & Reconciliation. **Victim-offender mediation in Norway**. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/rj-library/victim-offender-mediation-in-norway/1614/#sthash.g4RyFWMa.dpbs>>. Acesso em 29 out 2017.

⁵⁹ Tradução do termo *prosecution*. Na Noruega, o órgão responsável pela persecução penal é o *Norwegian Prosecuting Authority* (Autoridade Acusatória Norueguesa. Tradução nossa.)

⁶⁰ KONFLIKTRÅDET. **What happens at a meeting at the mediation service?** Disponível em: <https://www.konfliktraadet.no/getfile.php/2561058.2268.eybappfsbp/Hva_skjer_paa_et_mote_i_konfliktraadet_for_oversettelse-ENG.doc>. Acesso em 29 out 2017.

3.2 Conferências de Grupos Familiares e Círculos Restaurativos

As Conferências de Grupos Familiares, FGCs⁶¹, são uma prática restaurativa que prevê não só a presença, já que no VOC esta também é permitida, mas também a participação ativa e necessária dos familiares do ofensor nos encontros de mediação. Pode participar, ainda, qualquer outra pessoa que desempenhe um papel importante na vida do jovem, como professores, bem como outros que possam oferecer apoio, como seu advogado ou um assistente social. A participação da família da vítima é opcional.

Sua aplicação não se limita a situações delituosas: são utilizadas em quaisquer casos que envolvam crianças e adolescentes e que demandem prestação estatal. Surgiram na Nova Zelândia, no fim da década de 1980, como forma de adequação do sistema de justiça e de bem estar juvenil aos valores e tradições da população Maori, povo nativo do local, que o repudiava por ser um sistema baseado na imposição e na punição, ao invés da negociação e busca por soluções⁶².

A organização política da sociedade Maori é feita com base nos laços familiares. O *whānau*, palavra que pode ser traduzida como “família estendida”, é sua menor unidade política, e consiste em um núcleo familiar de três a quatro gerações, no qual todos se ajudam, trabalham para o grupo, e cuidam das crianças e dos idosos. Diversos *whānau* formam um *hapū*, a unidade política básica, cuja principal função social é o apoio a seus membros, e vários *hapū* formam o *iwi*, que pode ser entendido como uma tribo⁶³.

⁶¹ Do inglês *Family Group Conferences*.

⁶² ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times**. Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 171-172.

⁶³ THE Encyclopedia of New Zealand. **Story: Tribal organization**. Disponível em: <<https://teara.govt.nz/en/tribal-organisation>>. Acesso em: 30 out. 2017.

Compreende-se, então, que o serviço social e a justiça juvenil neozelandeses também eram inapropriados para resolver conflitos envolvendo crianças Maori, bem como para cuidar de seu bem-estar, por excluir o *whānau* do processo. Assim, as Conferências de Grupos Familiares foram concebidas de maneira a incluí-lo neste processo, aproximando-se das práticas mediadoras seculares que existiam em sua cultura antes da chegada dos colonizadores europeus.⁶⁴

As Conferências de Grupos Familiares foram oficialmente incorporadas ao ordenamento jurídico neozelandês com o advento do *Children, Young Persons, and Their Families Act 1989*, diploma legal análogo ao Estatuto da Criança e do Adolescente, tornando-se assim, possivelmente, a primeira prática restaurativa institucionalizada em um ordenamento jurídico ocidental⁶⁵.

São divididas em quatro estágios: primeiro, é lido o relatório policial. Caso a criança ou o adolescente não concorde com os fatos, a FGC é cancelada e a polícia ou o tribunal decidem o que fazer. Havendo consenso sobre o relatório, os presentes poderão então discutir as circunstâncias do crime e seu impacto na vítima e na família do jovem. A vítima também opina sobre como o jovem pode reparar o dano. Após, o jovem e sua família, de maneira privada, desenvolvem um plano claro e realista que trate das questões levantadas nas discussões, e o apresenta aos outros participantes. O plano é discutido e, caso aceito, torna-se vinculante, devendo ser completado pelo jovem com apoio do *whānau* e dos profissionais envolvidos no caso⁶⁶.

A presença de familiares e de pessoas influentes na vida do jovem não é mero detalhe procedimental. Para John Braithwaite, a presença de laços familiares estreitos e positivos é o contexto mais propício para o desenvolvimento da “vergonha reintegrativa”⁶⁷, uma vergonha direcionada ao

⁶⁴ WIKIPEDIA. **Family Group Conference**. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Family_Group_Conference>. Acesso em 30 out. 2017.

⁶⁵ O fato de a Nova Zelândia, assim como a Austrália, se localizarem no extremo oriente do planeta não as impede de serem consideradas países ocidentais, devido às semelhanças culturais.

⁶⁶ Nova Zelândia. Ministry for Vulnerable Children. Family Group Conferences. Disponível em: <<https://www.mvcot.govt.nz/youth-justice/family-group-conferences/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁶⁷ BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. 16. ed. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 56.

ato e não à pessoa. Para ele, a vergonha é um poderoso meio de controle social, positivo quando constante este caráter reintegrativo. Porém, ela pode se desenvolver de maneira estigmatizante, e assim contribuir para a formação de indivíduos marginalizados que não possuem chance de se afirmar na sociedade, culminando na formação de subculturas criminais atraentes a estes indivíduos, que buscarão nelas sua auto-afirmação⁶⁸. O desenvolvimento da vergonha estigmatizante é uma das principais consequências do sistema penal retributivo, o que ajuda a explicar sua incapacidade de recuperar os indivíduos selecionados. A justiça restaurativa, em especial as Conferências de Grupos Familiares, visa, em contraponto, cultivar o desenvolvimento da vergonha reintegrativa.

É possível concluir que, contrariamente às Mediações Vítima-Ofensor, o foco das Conferências de Grupos Familiares, ao menos sob esta concepção neozelandesa, está na reabilitação do ofensor, e não na cura da vítima, o que não é o mesmo que dizer que esta é ignorada.

Por sua vez, os círculos restaurativos, como as outras duas práticas analisadas, contam com um espaço para o encontro da vítima e do ofensor, mas são a primeira a envolver a comunidade no processo de decisão. A depender do programa, a comunidade pode ser representada por um funcionário do judiciário ou por qualquer membro interessado. Todos os presentes são ouvidos.

Os círculos são um importante elemento constante na cultura dos povos nativo-americanos e das Primeiras Nações⁶⁹ do Canadá. Foram adaptados à um sistema de justiça criminal pela primeira vez na década de 1980, em uma tentativa dos povos das Primeiras Nações de Yukon, um dos três territórios federais do Canadá, e dos membros da justiça local de estreitar os laços entre a comunidade e a justiça formal. Em 1991, o juiz Barry Stuart, da Corte

⁶⁸ BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. 16. ed. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 102.

⁶⁹ Termo utilizado para se referir a diversos povos indígenas, e a seus descendentes, localizados no atual território do Canadá.

Territorial de Yukon, introduziu os círculos de sentença como meio de dividir o processo decisório com a comunidade⁷⁰. Para ele,

The principal value of Community Sentencing Circles cannot be measured by what happens to offenders but rather by what happens to communities. In reinforcing and building a sense of community, Circle Sentencing improve[s] the capacity of communities to heal individuals and families and ultimately to prevent crime.⁷¹

Variações procedimentais são observadas, a depender do local onde os círculos são aplicados, mas normalmente podem envolver processos complexos, com diferentes estágios. Primeiro, a vítima e o ofensor passam pelo círculo de cura, no qual se discute as necessidades individuais e da comunidade, e os relacionamentos afetados pelo crime. Depois, o círculo de sentença determina o tipo de comprometimento esperado do ofensor, mas pode também conter comprometimentos da justiça, da comunidade, ou de qualquer outro membro envolvido⁷², o que reforça a tese de coculpabilidade da comunidade. Por último, os círculos de apoio analisam o progresso do plano.

3.3 Prática restaurativa: os crimes patrimoniais

Dentre os crimes que mais encarceram no Brasil, o homicídio é o único sobre o qual há consenso quanto a sua gravidade. Os crimes patrimoniais, neste trabalho limitados ao roubo e ao furto, são a categoria que mais encarcera, embora, individualmente, menos que o tráfico de drogas.

⁷⁰ CENTER for Justice & Reconciliation. **Lesson 3: Programs. Circles.** Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/circles/#sthash.SjkPRZQ4.dpbs>>. Acesso em 30 out 2017.

⁷¹ O principal valor dos Círculos de Sentença Comunitários não pode ser medido pelo que acontece aos ofensores, mas pelo que acontece às comunidades. Por reforçar e construir um senso de comunidade, o Círculo de Sentença melhora a capacidade de a comunidade curar indivíduos e famílias e, ultimamente, de prevenir crimes. (STUART apud ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times.** Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015. p. 177. Tradução nossa.)

⁷² CENTER for Justice & Reconciliation. **Lesson 3: Programs. Circles.** Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/circles/#sthash.SjkPRZQ4.dpbs>>. Acesso em 30 out 2017.

Representam, ao menos nos casos em que não há violência contra a pessoa, uma afronta ao princípio da *ultima ratio* do direito penal, já que podem ser facilmente resolvidos por institutos jurídicos não-penais e até fora do âmbito judicial. Entretanto, são pesadamente criminalizados, tanto primariamente – no código penal, o crime que possui isoladamente a maior pena mínima e concorrentemente a maior pena máxima, é contra o patrimônio⁷³ –, quanto secundariamente, na preferência das agências policiais e do judiciário em punir tais crimes.

Este fato explica-se por ser uma das categorias de crimes que mais ameaça o modo de produção capitalista e as classes dominantes: os crimes contra o patrimônio são cometidos majoritariamente pelo lumpemproletariado, e mesmo membros não-delituosos⁷⁴ pertencentes a esta classe carregam pesadamente este estigma. A partir destas ideias, Zaffaroni conclui que a situação prisional de países como o Brasil nada mais é do que uma escolha política:

É necessário penalizar com prisão o furto, o roubo sem violência contra a pessoa, a ladra contumaz de lojas, os vendedores ambulantes de produtos falsificados? Podem ser penalizados com penas não privativas de liberdade ou dar-lhes soluções coercitivas reparadoras? As respostas são variáveis e, por isso, cada país tem o número de presos que decide politicamente.⁷⁵

Este cenário explica, em parte, a ampla aceitação da aplicação da justiça restaurativa a crimes patrimoniais menos graves. A exceção são os crimes desta natureza cometidos com violência à pessoa, porém mesmo estes encontram resistência apenas por uma parte menor da doutrina restaurativa. Diversos autores não só admitem a possibilidade de aplicação como reconhecem as vantagens que procedimentos restaurativos podem ter sobre as partes envolvidas em um crime grave, e esta aplicação é observada na maioria dos programas restaurativos institucionalizados em ordenamentos jurídicos em diversos países. Analisaremos dois casos, um de furto e um de roubo,

⁷³ Extorsão mediante sequestro com resultado em morte, artigo 159, § 3º, do Código Penal, cuja pena é de 24 a 30 anos. Não se discute, entretanto, a gravidade deste tipo penal, já que culmina em grave violência à pessoa.

⁷⁴ Esta denominação mostrar-se problemática, considerando que possivelmente não existe um membro não-delituoso na sociedade.

⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 281.

ocorridos no Reino Unido, a fim de constatar a viabilidade do uso da justiça restaurativa a estes crimes.

Susan vive a justiça restaurativa rotineiramente por trabalhar como facilitadora. Em 2014 encarou o processo sob uma perspectiva diferente: a da vítima. Ao ter sua bicicleta furtada, Susan sentiu-se triste, raivosa, culpando-se por tê-la deixado do lado de fora de sua casa. A bicicleta foi encontrada e oportunamente devolvida, e, algum tempo depois, Susan foi contatada pelo serviço de Justiça Restaurativa do condado de Gloucestershire, Inglaterra, que a inquiriu sobre seu interesse em se encontrar com Joe, o homem que furtou sua bicicleta. Susan aceitou, mas assevera que participar dos encontros como mediadora não a fez sentir-se confortável em estar lá como vítima.⁷⁶

Joe já havia cumprido a pena por este e outros furtos, portanto não havia benefício jurídico para ele, o que fez com que Susan sentisse que suas razões para o encontro eram corrigir seus feitos e se desculpar. Ela afirma que, na justiça restaurativa, a preparação é a chave, e que, mesmo para ela, que conhecia muito bem o processo, a preparação foi meticulosa, o que acabou por propiciar o desenvolvimento de um senso de confiança de que o processo ocorreria bem.

O encontro durou cerca de 90 minutos. Susan pôde explicar por que o crime a abalou tanto: a árvore na qual a bicicleta estava presa, que fora destruída por Joe, possuía enorme valor sentimental para ela. Joe ofereceu dinheiro, mas Susan sugeriu que ele fizesse trabalho voluntário. Depois do encontro, eles tomaram chá juntos, e puderam conversar sobre sua vida pessoal de maneira relaxada. Susan sentiu-se satisfeita com o processo. Afirma que é empoderador poder dizer o que se sente, e que o encontro desmistifica a figura do ofensor, humanizando-o, o que ajuda a restaurar o sentimento de segurança, normalmente destruído pelo crime⁷⁷.

⁷⁶ RESTORATIVE Justice Council. **Susan's story.** Disponível em: <<https://restorativejustice.org.uk/resources/susans-story>>. Acesso em 30 out. 2017.

⁷⁷ RESTORATIVE Justice Council. **Susan's story.** Disponível em: <<https://restorativejustice.org.uk/resources/susans-story>>. Acesso em 30 out. 2017.

Casos semelhantes ao de Susan e Joe são os mais utilizados como exemplo de aplicação da justiça restaurativa, especificamente da Mediação Vítima-Ofensor, por uma série de fatores: não se observa resistência a sua aplicação ao furto, por se tratar de crime patrimonial sem violência à pessoa; a este crime normalmente são cominadas penas leves, o que permite a concessão de amplos benefícios jurídicos ao ofensor mesmo em ordenamentos jurídicos mais rígidos, como o brasileiro; as vítimas de furtos normalmente interpretam o crime como um violento ataque pessoal, reação observada em vítimas de crimes mais graves, como os contra a pessoa e contra a dignidade sexual. Como no caso analisado, o encontro é fundamental para desconstruir esta ideia, uma vez que o furto é mais comumente cometido por uma questão de oportunidade, numa ação completamente impessoal.

No caso em tela, o processo ocorreu alheio ao sistema criminal, após a execução da pena, de maneira a não propiciar benefícios jurídicos ao ofensor. Porém, nada impede que a justiça restaurativa atue, em casos idênticos, atrelada ao sistema de justiça, em diferentes partes do processo, e com a concessão de amplos benefícios ao ofensor, o que é previsto, inclusive, no ordenamento jurídico britânico⁷⁸.

A fim de constatar o sucesso do uso de procedimentos restaurativos em casos de roubo, será analisado o caso de Gavin, jovem de 15 anos assaltado por Paul, 16 anos, e outro jovem, que não participou do processo, mediante o uso de uma faca. Os ofensores foram presos e devidamente processados. Paul declarou-se culpado, porém já havia sido previamente condenado por furto a uma loja, o que provavelmente excluiria a possibilidade de o jovem ser condenado ao cumprimento de uma *referral order*⁷⁹.

⁷⁸ RESTORATIVE Justice Council. **Restorative justice in youth offending teams. Information pack.** Fevereiro de 2015. <Disponível em: https://restorativejustice.org.uk/sites/default/files/resources/files/kn1b_info_packs%20%282%29%20yot.pdf>. Acesso em 31 out. 2017. p. 8, 9, 10.

⁷⁹ É o resultado mais comum, no Reino Unido, nos casos envolvendo jovem como réu primário e que declara-se culpado. Nestes casos só há duas alternativas: a corte decide que é possível lidar com o caso de maneira extra-judicial, ou decide que o delito é tão grave que apenas a pena privativa de liberdade é apropriada. Trata-se de uma espécie de contrato realizado entre o jovem e a corte, de duração entre três e doze meses, prevendo medidas a serem trabalhadas com e pelo jovem a fim de reabilitá-lo, bem como uma série de exigências as quais ele deve cumprir durante o termo..

Quando confrontado com a possibilidade de encontrar a vítima, Paul expressou seu desejo de fazê-lo, e assim assumir sua responsabilidade por seus atos, porém estava receoso por sua segurança, e só consentiu em participar quando lhe foi garantido que não havia riscos. Catherine, sua irmã e guardiã, concordou em acompanhá-lo. Gavin também concordou, pois sabia que, devido ao fato de que Paul morava na mesma comunidade e frequentava a mesma escola que ele, provavelmente eles voltariam a se encontrar. Karen, mãe de Gavin, em um primeiro momento não sentiu-se confortável com a ideia, mas depois concordou em acompanhar o filho.

A preparação foi feita por dois funcionários, que visitaram as casas dos jovens, a fim de revisar as regras básicas, questões procedimentais, e o papel dos adultos no encontro. A preparação consistiu, ainda, em explorar com os jovens o que eles esperavam do processo e o que gostariam de dizer no encontro. Na corte, Paul foi sentenciado a uma ordem de supervisão, espécie de liberdade condicional, de 12 meses de duração, condicionada ao sucesso de sua mediação com a vítima e ao cumprimento de eventual acordo restaurativo.

O encontro aconteceu duas semanas depois, e foi dividido pelos mediadores em cinco etapas, nas quais as partes compartilharam sua percepção do crime, como ele os afetou e suas preocupações sobre o futuro; discutiram e esclareceram os problemas que o crime causou e poderá causar a eles; discutiram, com contribuições dos adultos responsáveis, as opções que possuíam para resolver os problemas identificados; assinaram um acordo formal, destacando como lidariam com os problemas e as opções identificados; e, três semanas mais tarde, foram entrevistados por um pesquisador de uma universidade local como parte do projeto de avaliação e monitoramento.

O acordo possuía oito pontos: um pedido de desculpas de Paul a Gavin, realizado durante o encontro; a promessa de tratar-se com respeito, caso se encontrem futuramente; a concordância de Paul em não abordar Gavin na escola; a concordância de Paul em não molestar Gavin no futuro; a concordância de Gavin e seus amigos em não molestar Paul no futuro; o dever de comunicar, no mesmo dia, os adultos responsáveis, caso apareça um novo

problema entre os jovens, para que aqueles possam resolvê-lo; sendo este o caso, o dever de Catherine e Karen de contatar-se no mesmo dia em que o problema for reportado, a fim de ajudar os jovens em sua resolução; e o dever de Karen e Catherine de passar seu contato telefônico uma à outra imediatamente após o encontro. As partes aceitaram todos os termos, com a ressalva feita por Gavin de que ele não poderia responsabilizar-se pelo comportamento de seus amigos, mas concordou em se esforçar para impedir que eles molestassem Paul.⁸⁰

Cabe ressaltar que, apesar da presença dos familiares, sua participação foi secundária, necessária apenas pelo advento da menoridade das partes. Assim, afirma-se sem maiores problemas que o procedimento utilizado foi a Mediação Vítima-Ofensor, e não a Conferência de Grupo Familiar. Por fim, assevera-se que, embora não tenha evitado a persecução penal, Paul provavelmente teria sido encarcerado caso o procedimento restaurativo não houvesse sido realizado⁸¹, devido à gravidade do crime e aos seus precedentes criminais.

Pode-se argumentar que a manutenção do controle estatal, sob a forma da *referral order*, não representa grandes avanços na luta por alternativas à pena, mas lembremos que os substitutivos penais possuem a função de expandir o controle social feito pelo sistema penal ao proletariado produtivo. Concedê-los a crimes atribuídos ao lumpesinato, com alta representatividade no quadro prisional e intensa estigmatização do ofensor, como é o caso do roubo⁸², pode ser um importante passo nesta luta.

⁸⁰ MEDIATION UK. **40 Cases. Restorative Justice and Victim-Offender Mediation.** 2003. Disponível em: <http://restorativejustice.pbworks.com/f/40_cases_final.pdf>. Acesso em 31 out. 2017. p. 43, 44 e 45.

⁸¹ No Reino Unido, a responsabilidade penal inicia-se aos 10 anos de idade. Jovens entre 10 e 17 anos não são tratados como adultos – são julgados por cortes juvenis, a eles são dadas diferentes sentenças, e, quando condenados à privação de liberdade, são enviados a instituições próprias para jovens –, porém, ainda assim, podem ser condenados a penas privativas de liberdade.

⁸² No Brasil, a pena mínima do roubo é 4 anos de reclusão. Na prática, entretanto, é muito difícil esta conduta ser realizada sem a observação de ao menos uma qualificadora, que aumenta a pena de um terço até metade. No caso analisado, há duas circunstâncias que qualificariam o crime se ocorrido no Brasil: o emprego de arma e o concurso de duas ou mais pessoas. Uma pena desta magnitude impede a concessão de benefícios como a substituição

3.4 A justiça restaurativa aplicada a homicídio

Dentre os crimes que mais encarceraram no Brasil, o homicídio é o único que se enquadra na categoria de crimes contra a pessoa. Por ser um crime grave, encontra certa resistência, tanto por uma parte da doutrina quanto na prática forense, a sua resolução por meio da justiça restaurativa, entretanto esta resistência vem perdendo força. Há, ainda, uma importante questão procedimental: quando o homicídio é consumado, não há vítima direta para participar dos encontros. O que acontece, na prática, é a família da vítima assumindo esta posição.

Atualmente, algumas cortes e, mais frequentemente, grupos de cura alheios à justiça formal aplicam com sucesso procedimentos restaurativos a crimes de homicídio, principalmente no Reino Unido e nos Estados Unidos, como o *Defense-Initiated Victim Outreach*, que trabalha inclusive em casos que envolvem pena capital. Normalmente não envolvem a concessão de benefícios ao ofensor, porém esta possibilidade já vem sendo admitida e empregada, especialmente quando procedimento restaurativo se inicia antes da sentença condenatória. É o que aconteceu no caso de Conor McBride, um jovem de 19 anos que, em março de 2010, assassinou sua noiva, Ann Margaret Grosmaire, também de 19 anos, em Tallahassee, condado de Leon, na Flórida.

A ideia de utilizar a justiça restaurativa partiu dos próprios pais de Ann, Kate e Andy Grosmaire, após uma reunião com o subprocurador do estado, Jack Campbell, responsável pelo caso. Nesta reunião, o promotor explicou que processara Conor por homicídio em primeiro grau, quando é cometido com dolo e de maneira premeditada. Este crime implica uma sentença obrigatória⁸³ de prisão perpétua ou, potencialmente, de pena capital, porém não era o caso desta segunda, por não haver circunstâncias agravantes, como reincidência do

por penas restritivas de direito, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, e a suspensão condicional do processo.

⁸³ Quando, no caso de condenação, o juiz é obrigado, por lei, a definir determinada pena.

réu, ou ser a vítima uma criança. Explicou ainda os detalhes do processo penal, inclusive o fato de que ele possuía ampla discricionariedade de se apartar da sentença obrigatória, podendo assim reduzir a pena e buscar medidas alternativas. Esta foi a informação que abriu as portas da justiça restaurativa ao casal, que, na verdade, já havia perdoado Conor – Kate, inclusive, havia visitado-o na prisão.

Encontrar alguém que concordasse em conduzir o processo revelou-se uma grande dificuldade. À época, o diálogo vítima-ofensor não era uma prática difundida na Flórida, utilizá-lo em um caso tão grave seria impossível. Sujatha Baliga, diretora do projeto de justiça restaurativa do Conselho Nacional em Crime e Delinquência de Oakland, Califórnia, contatada por Julie McBride, mãe de Conor, aceitou, após muita insistência, e apenas após conversar com Kate e descobrir que a ideia havia partido dos pais da vítima.

Foi arranjada, então, uma videoconferência que incluiu, além dos principais interessados, um padre que trabalhava como capelão no sistema prisional da Flórida e que já havia trabalhado como xerife, defensor público, promotor, e juiz, e o advogado de Conor, Greg Cummings, com o intuito de encontrar, no ordenamento jurídico da Flórida, espaço para a utilização do encontro restaurativo.

Decidiram propor uma *pre-plea conference*, normalmente uma reunião entre o promotor e o advogado de defesa, cujo objetivo é chegar a um acordo sobre a sentença, a ser apresentado ao juiz. É um encontro extra-oficial, onde qualquer pessoa pode comparecer, e no qual nada que for dito pode ser utilizado no processo judicial. Ou seja, assemelha-se, quanto aos procedimentos, a um círculo restaurativo. Campbell concordou em realizar o encontro, porém asseverou que não iria necessariamente aceitar o acordo.

O encontro aconteceu em junho de 2011, na prisão do condado de Leon. Participaram os Grosmaires e seu advogado, os McBrides, incluindo Conor, o promotor Jack Campbell, o advogado de defesa Greg Cummings, a mediadora Sujatha Baliga, e Mike Foley, um padre católico. Baliga definiu as seguintes regras: Campbell leria as acusações e resumiria os relatórios do xerife e da

polícia; falariam os Grosmaires, depois Conor, os McBrides, e, por último, Foley, representando a comunidade. Ninguém poderia interromper, a não ser os Grosmaires, caso achassem que algo que estivesse sendo dito ofenderia Ann. Estes falaram sobre Ann e como sua morte os havia afetado, e fizeram perguntas sobre o propósito do crime. Conor respondeu, e explicou com detalhes tudo que havia acontecido. Andy, pai de Ann, não reagiu muito bem ao saber que sua filha estava de joelhos quando foi baleada. Em seu íntimo, ele esperava que Conor revelasse que tudo não passou de um acidente. Campbell quase encerrou o encontro, porém as partes decidiram continuar. Michael McBride, pai de Conor, em seu turno, revelou que sentia-se culpado, já que era sua a arma utilizada no crime.

Quando todos terminaram de falar, Baliga perguntou aos Grosmaires o que eles gostariam que acontecesse, quanto a uma tentativa de restituição. Kate, emotiva, disse a Conor que ele deveria fazer as boas ações de duas pessoas, já que Ann não poderia fazer as dela. Perguntados sobre a pena, Kate disse que conor deveria pegar entre 5 e 15 anos, enquanto Andy solicitou 10 a 15 anos. Os McBrides concordaram, e Conor disse que não achava que pudesse opinar. Para a decepção dos envolvidos, Campbell recusou-se a sugerir a punição. Ele disse que ouviu o que foi discutido e que levaria o círculo em consideração, mas preferiu, antes, consultar-se com outros líderes comunitários, como o diretor de um abrigo local de violência doméstica, e com seu chefe, o procurador do estado. Três semanas depois, ofereceu a Conor a escolha entre vinte anos de prisão mais dez de liberdade condicional, ou de vinte e cinco anos de prisão. Conor escolheu a primeira opção.⁸⁴

Vinte anos sob a custódia estatal sem dúvida é muito tempo, porém não é a igual a uma pena perpétua. No homicídio, há uma maior preocupação quanto à prevenção especial negativa, e esta preocupação esteve presente no pensamento de Campbell: mais tarde, ele afirmou que nunca poderia perdoar-se se, ao sair da prisão, Conor assassinasse outra pessoa. O procedimento

⁸⁴ TULLIS, Paul. Can Forgiveness Play a Role in Criminal Justice? **The New York Times Magazine**. 4 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2013/01/06/magazine/can-forgiveness-play-a-role-in-criminal-justice.html>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

provocou, ainda, reações contrárias na comunidade: mensagens raivosas foram enviadas aos meios de comunicação local, denunciando a sentença como muito leve. A justiça restaurativa sofre grande oposição por parte de setores punitivistas da sociedade.

Para as partes, entretanto, o procedimento foi um sucesso. As famílias dos envolvidos conseguiram as respostas que procuravam, mesmo não sendo as que esperavam. Conor se comporta de maneira exemplar na prisão, e tanto seus pais quanto seus ex-sogros, que são grandes amigos entre si, o visitam regularmente. Os quatro, e Baliga, possuem confiança no fato de que Conor nunca mais cometerá um erro desta magnitude.

3.5 O tráfico de drogas e os crimes sem vítimas

O tráfico de drogas é, possivelmente, o crime mais emblemático entre os abordados: é, muito provavelmente, o principal responsável pelo aumento vertiginoso da população carcerária no país⁸⁵. Quando se analisa a população prisional feminina, esta situação é ainda mais evidente: o crime é responsável por 64% das condenações, enquanto o roubo e o furto somam 19%⁸⁶. O quadro é agravado quando compreende-se que, ainda mais que o furto, a forte criminalização do tipo é reflexo de escolhas políticas: a Lei 11.343, de 2006, distinguiu a figura do usuário de drogas, tipificada no artigo 28, do traficante, descrito no artigo 33. Entretanto, os critérios de distinção entre as duas figuras é subjetivo, ficando esta diferenciação submetida à discricionariedade do magistrado:

⁸⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN. Dezembro de 2014. p.33. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

⁸⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN. Dezembro de 2014. p.41. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Esta discricionariedade é um dos principais fatores responsáveis pela criação da clientela prisional no país: desde que a Lei de Drogas entrou em vigor, em 2006, a 2013, o número de presos por tráfico aumentou 339%. No mesmo período, o número de presos por roubo aumentou 108%, por furto 165%, e por homicídio 112%. Casos nos quais o réu é condenado a vários anos de reclusão por portar quantidades ínfimas de entorpecente não são raros⁸⁷.

A gravidade do tipo penal também é questionável: há, inclusive, discussão quanto ao bem jurídico por ele tutelado, muito embora seja discutível o uso deste conceito como critério de tipificação de condutas⁸⁸. No discurso oficial, a criminalização das drogas visa proteger a saúde pública. Na prática, observa-se o efeito contrário: a intensa estigmatização e criminalização impede a reabilitação, além legitimar uma guerra que assume proporções assombrosas quanto ao número de mortos⁸⁹. Não consegue sequer reduzir o número de usuários, como sugerem algumas pesquisas⁹⁰.

Esta abordagem acaba por limitar o alcance da justiça restaurativa: os casos de tráfico de drogas tratados desta maneira são raros, enquanto cada vez mais ela é utilizada na reabilitação de usuários, em uma clara reprodução da dualidade discursiva presente no sistema penal envolvendo os crimes dos

⁸⁷ D'AGOSTINO, Rosanne. Com Lei de Drogas, presos por tráfico passam de 31 mil para 138 mil no país. **G1**. 24 de junho de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁸⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 8-9.

⁸⁹ FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. **Segurança Pública em Números 2017**. Outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/10/infografico2017-vs8-FINAL-.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

⁹⁰ MATSUURA, Sérgio. Uso de drogas aumenta entre os adolescentes no país. **O Globo**. 26 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/uso-de-drogas-aumenta-entre-os-adolescentes-no-pais-19996988>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

consumidores ativos e os dos consumidores falhos, que ignora a realidade social⁹¹. Superada a aparente dificuldade decorrente do fato de que, *a priori*, o crime de tráfico não possui vítima direta, não resta motivos para deixar de aplicar a justiça restaurativa a estes casos.

Esta aparente dificuldade pode ser analisada através do exemplo da *Midtown Community Court*, um fórum pertencente à Corte Criminal de Nova York especializado em crimes denominados por ele como crimes contra a qualidade de vida, como posse de drogas, prostituição⁹², urinar em público, vandalismo, entre outros. O fórum costuma trabalhar com penas alternativas, principalmente com serviços comunitários, como forma de buscar a reabilitação, e não a punição, do ofensor. No fim da década de 1990, desenvolveram um sistema parecido com a justiça restaurativa, os *Community Impact Panels*⁹³, que, procedimentalmente, são similares aos círculos restaurativos – consistem em uma conversa, mediada por facilitadores, entre ofensores e membros voluntários da comunidade –, porém possuem caráter sancionatório, são impostos pelo magistrato aos ofensores. Os painéis funcionam a partir do princípio de que não há crimes sem vítimas, e possuem o objetivo de demonstrar ao ofensor o impacto de sua conduta sobre a comunidade, a fim de evitar a reincidência. Ao frequentar um painel, o ofensor que não reincidir em seis meses tem sua denúncia arquivada⁹⁴.

Este exemplo nos leva a concluir que os círculos restaurativos poderiam, sem maiores problemas, ser aplicados a crimes de tráfico. Entretanto, a Mediação Vítima-Ofensor também mostra-se eficaz, em situações nas quais identifica-se que uma pessoa está sendo diretamente afetada pela conduta, como é o caso de Sid, pai de Roger, um jovem de 17 anos que, para conseguir dinheiro, traficava e cometia assaltos. Sid sentia-se vitimizado pelas condutas do filho por suas consequências terem impacto direto sobre ele: sua casa era

⁹¹ BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal – artigos, conferências e pareceres**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 89.

⁹² Proibida em 49 estados dos Estados Unidos.

⁹³ Painéis de impacto comunitário. Tradução nossa.

⁹⁴ CAMPBELL, Robin. There Are No Victimless Crimes. Community Impact Panels at the Midtown Community Court. **Center for Court Innovation**. Novembro de 2003. Disponível em: <<https://www.courtinnovation.org/sites/default/files/No%20Victimless%20Crimes1.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

constantemente adentrada por policiais, e não havia confiança no lar por parte dos vizinhos. O relacionamento entre os dois não era saudável, e a mediação, que necessitou de três encontros e dois mediadores para atingir seu fim, tinha como objetivo principal a restauração desta relação.

O processo ocorreu de maneira extra-judicial, mas, ao reportar à corte a melhora no relacionamento com o pai graças ao procedimento restaurativo, o advogado de Roger conseguiu que o juiz lhe condenasse à prestação de serviços comunitários, ao invés da privação de liberdade que era esperada⁹⁵. Conclui-se que a escassez de casos de tráfico de drogas constantes na literatura restaurativa tem mais a ver com decisões políticas do que com impossibilidades práticas ou jurídicas.

⁹⁵ MEDIATION UK. **40 Cases. Restorative Justice and Victim-Offender Mediation.** 2003. Disponível em: <http://restorativejustice.pbworks.com/f/40_cases_final.pdf>. Acesso em 31 out. 2017. p. 100, 101 e 102.

4. QUESTÕES JURÍDICAS E LEGISLATIVAS REFERENTES À JUSTIÇA RESTAURATIVA

Este capítulo possui como objetivo investigar a receptividade da justiça restaurativa pelo ordenamento jurídico brasileiro, identificando os principais dispositivos legais responsáveis por possibilitar, sob determinadas condições, a utilização do instituto nos crimes constantes como objeto deste trabalho. Objetiva, ainda, levantar e discutir as principais questões relativas à observação ou não dos direitos humanos e das garantias fundamentais quando da utilização de um procedimento restaurativo.

A utilização do meio restaurativo como forma de resolução de conflitos pressupõe consenso quanto aos fatos. Este consenso manifesta-se, muitas vezes, na forma do *guilty pleading*. Nos países que adotam o sistema jurídico romano-germânico, a *Civil Law*, caso do Brasil, a ação é um direito fundamental⁹⁶ e, portanto, é indisponível⁹⁷. A confissão é tratada como prova, a ser apreciada pelo magistrado. Já no sistema anglo-saxão, a *Common Law*, a ação é disponível: o réu, após negociação com um representante do estado, a *plea bargaining*, pode declarar-se culpado, ato que dispensa a parte litigiosa do processo, podendo o juiz sentenciá-lo de imediato, sem a necessidade de produção de provas. Esta declaração, o *guilty pleading*, pressupõe uma contraprestação estatal, normalmente na forma de redução ou conversão da pena.

Um sistema que permite a dispensa da ação é mais propício ao florescimento da justiça restaurativa atrelada ao sistema de justiça estatal: não é a toa que, de todos os países cuja prática restaurativa foi utilizada como exemplo – Noruega, Nova Zelândia, Canada, Estados Unidos, e Reino Unido –,

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. **O direito de ação como complexo de situações jurídicas**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/o-direito-de-acao-como-complexo-de-situacoes-juridicas%C2%B9/>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

⁹⁷ FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2017. p. 8.

apenas a Noruega não possui origem anglo-saxã e não adota a Common Law, porém seu sistema jurídico, o direito nórdico, também aceita o instituto do *plea bargaining*.

Este instituto, contudo, deve ser considerado com cautela. Seus benefícios são observados, majoritariamente, em estados que de fato representam os interesses de seus cidadãos. Não sendo este o caso, abre-se espaço para relevantes arbitrariedades. Nos Estados Unidos, por exemplo, a negociação normalmente pressupõe algum grau de coação do estado sobre o acusado, que muitas vezes assume a culpa, mesmo sendo inocente, com medo de ser condenado a uma pena maior. É, portanto, um dos fatores responsáveis pelo alto índice de encarceramento no país⁹⁸ e pelas relevantes disparidades raciais nele presentes⁹⁹. O *status* de garantia fundamental conferido ao direito de ação visa proteger os cidadãos desta arbitrariedade, ao conferir-lhes a oportunidade de defender-se da persecução penal, contando com a ampla defesa e o contraditório como ferramentas para fazê-lo.

Nilo Batista, ao trabalhar a ampliação da consensualidade como sugestão para a reforma da justiça criminal, faz menção à disponibilidade de um série de garantias que a introdução do *plea bargain* causaria, mas reafirma os efeitos descongestionantes do instituto sobre o judiciário, e assevera que os vestígios inquisitoriais constantes no artigo 384 do Código de Processo Penal seriam eliminados, ficando o juiz adstrito ao pedido. O referido artigo disciplina a *mutatio libelli*, instituto pelo qual o magistrado pode alterar a definição jurídica do fato constante na peça acusatória.¹⁰⁰

A fim de reequilibrar as relações Ministério Público – Magistratura criminal, uma vez que o *plea bargain* acarreta relevante fortalecimento do primeiro, traz como solução a restrição do duplo grau de jurisdição apenas ao

⁹⁸ JUSTIFICANDO. **Desinformação, “plea bargain” e recompense para delator: veja como estão as 10 medidas atualmente.** 24 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/11/24/desinformacao-plea-bargain-e-recompensa-para-delator-veja-como-estao-as-10-medidas-atualmente/>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁹⁹ Negros representam 40% da população carcerária dos Estados Unidos, que é o país com o maior número de presos no mundo, mas são apenas 12% da população do país (BBC. **Cinco números para entender a desigualdade racial nos EUA.** 17 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140817_desigualdade_eua>. Acesso em: 05 nov. 2017).

¹⁰⁰ BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal – artigos, conferências e pareceres.** Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 92-93.

réu condenado. Historicamente, esta garantia foi construída em favor do acusado, e a disparidade existente entre as partes do processo penal não pode permitir a revisão da absolvição do réu, salvo perante vícios formais.¹⁰¹

Aqueles que se dedicam à disseminação dos ideais restaurativos não pecam por pouco preocupar-se com sua adequação aos direitos humanos. Questões como a *plea bargain*, contudo, nos fazem questionar esta adequação, tornando essencial a análise das diretrizes da justiça restaurativa responsáveis pela proteção dos indivíduos perante o estado quando de sua aplicação prática.

4.1 A adequação da justiça restaurativa aos direitos humanos

No tocante à adequação da justiça restaurativa aos direitos humanos, quatro são as principais áreas de preocupação, referentes ao desrespeito ao: direito a uma igual proteção da lei, já que a informalidade da justiça restaurativa pode esconder discriminações de caráter racial, sócio-econômico, de gênero, entre outros; direito a não receber tratamento cruel, desumano ou degradante, levantado, nos primeiros anos da justiça restaurativa, quando o conceito de vergonha reintegrativa foi atribuído aos programas; direito à presunção de inocência e a utilização da concordância em participar do encontro restaurativo, caso este falhe, como evidência de culpa, já que assumir a responsabilidade pela conduta é um pré-requisito para o encontro; direito à defesa técnica, levantado também nos estágios iniciais da justiça restaurativa, quando os advogados das partes eram muitas vezes proibidos de participarem dos encontros, sob a justificativa de que eles poderiam falar pelas partes ou indevidamente constrangê-las¹⁰².

¹⁰¹ BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal – artigos, conferências e pareceres.** Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 92-93.

¹⁰² RESTORATIVE Justice Council. **Due Process Issues.** Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/rj-in-the-criminal-justice-system/courts/due-process-issues/#sthash.DgXZFo3H.dpbs>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

A Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social, atenta a estas e a outras questões, definiu uma série de procedimentos a serem observados pelos estados-membros quanto à utilização da justiça restaurativa. Para evitar o desrespeito à presunção de inocência do acusado, o documento traz que sua participação não pode ser utilizada como evidência de admissão de culpa em possíveis processos legais subsequentes. Para evitar a “igualdade entre desiguais”, prevê que disparidades que possam levar a um desequilíbrio entre as partes, bem como suas diferenças culturais, devem ser levadas em consideração tanto na decisão de remeter um caso à justiça restaurativa, quanto na condução deste processo. Os facilitadores devem, ainda, possuir amplo senso de compreensão das culturas e comunidade locais.

Para garantir a defesa técnica, as partes devem possuir o direito de consultar um defensor sobre o processo restaurativo, e menores devem possuir o direito de contar com a assistência de um guardião. Antes de aceitarem participar do processo, as partes devem ser informadas de seus direitos, da natureza do processo, e das consequências das suas decisões, e nenhuma parte pode ser coagida, ou induzida por qualquer meio injusto, a participar de processos restaurativos ou a aceitar acordos restaurativos. A previsão da necessidade de consentimento voluntário das partes e da possibilidade de ser este consenso retirado a qualquer momento, e da necessidade de o acordo restaurativo possuir cláusulas razoáveis e proporcionais, ajudam a mitigar a possível faceta degradante do encontro. Por fim, traz o documento a cláusula de ressalva, prevendo que nada que conste nos princípios básicos de utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal pode afetar qualquer direito das partes estabelecido em lei nacional, ou lei internacional aplicável¹⁰³.

Outros documentos também expressaram sua preocupação com estas questões. Os já mencionados princípios da justiça restaurativa constantes na Carta de Araçatuba buscam a mitigação dos problemas concernentes aos

¹⁰³ NAÇÕES UNIDAS, ECOSOC. **Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. ECOSOC Resolution 2002/12.** Adotada em 24 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

direitos humanos¹⁰⁴. A Declaração da Costa Rica sobre Justiça Restaurativa na América Latina possui, além de dispositivos específicos referentes à questão, uma cláusula geral determinando a garantia do pleno exercício dos direitos humanos e do respeito à dignidade de todos os envolvidos¹⁰⁵.

Podemos concluir, por fim, que, a partir da concepção de direito penal mínimo de Alessandro Baratta, a justiça restaurativa é admitida sempre que sua utilização acarrete na redução das desigualdades sociais. Quando de seu uso resultar em prejuízo à parte menos favorecida, questionável será sua validade¹⁰⁶.

4.2 A justiça restaurativa e o ordenamento jurídico brasileiro

Não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivo que contemple, de forma expressa, os procedimentos restaurativos. Algumas normas, entretanto, a viabilizam ao prever a utilização de métodos baseados no consenso, reparação, conciliação e a mitigação da pena, a depender das condições impostas para alcançar este fim¹⁰⁷. Os mais notáveis são o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei dos Juizados Especiais, mas alguns institutos previstos no Código Penal também podem representar abertura a procedimentos restaurativos.

¹⁰⁴ CARTA DE ARAÇATUBA. Carta elaborada pelos integrantes do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa. 28/30 de abril de 2005, na Cidade de Araçatuba/São Paulo. Disponível em: <<http://jjj.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/carta-aracatuba>>. Acesso em: 15 out 2017.

¹⁰⁵ CARTA DA COSTA RICA. Declaração elaborada no Seminário Construyendo La Justicia Restaurativa En America Latina, 21/25 de setembro de 2005, Santo Domingo de Heredia – Costa Rica. Disponível em: <<http://www.justicereparatrice.org/www.restorativejustice.org/10fulltext/declarationcr/view>>. Acesso em: 15 out 2017.

¹⁰⁶ BARATTA apud PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. Maringá: Kindle, 2013. Posição 3683.

¹⁰⁷ SICA apud PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. Maringá: Kindle, 2013. Posição 3774.

A Lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, é o dispositivo legal que mais propicia a utilização de procedimentos restaurativos na solução de conflitos envolvendo as pessoas por ele tuteladas. Ao dispor sobre a aplicação de medidas protetivas à criança e ao adolescente, o Estatuto prevê, em seu artigo 100, que levar-se-á em consideração suas necessidades pedagógicas, preferindo-se as medidas que fortaleçam os vínculos familiares e comunitários do jovem. As medidas protetivas, constantes no artigo 101, e as medidas sócio-educativas, previstas no artigo 112, a serem aplicadas no advento do cometimento de ato infracional por criança ou adolescente, representam, em tese – o mesmo diploma prevê também a internação, medida análoga à pena privativa de liberdade e responsável por graves violações aos direitos das crianças e dos adolescentes¹⁰⁸ –, tentativa de afastamento da ideologia da normalidade punitiva, instaurando-se como alternativa à pena¹⁰⁹. Esta tentativa culmina no artigo 126, reponsável pela regulamentação da remissão:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

Este dispositivo, aliado a outras previsões de caráter educativo, conciliatório e reintegrativo, possui o potencial de transformar a justiça juvenil brasileira em um sistema moldado pelo exemplo neozelandês: a justiça restaurativa como regra, e a aplicação de sanções como exceção, mesmo nos casos de atos infracionais análogos aos crimes que mais encarceram no país.

¹⁰⁸ PEREIRA, Felipe. Justiça interdita Centro Educacional São Lucas em São José. **DC**. 11 de junho de 2010. Disponível em: <<http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticia/2010/06/justica-interdita-centro-educacional-sao-lucas-em-sao-jose-2934140.html>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

¹⁰⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. Medidas sócio-educativas: sinônimo de Pena?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5164>. Acesso em: 07 nov. 2017.

Muitos autores consideram a Lei 9.099/1995, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, um campo fértil para o desenvolvimento de procedimentos restaurativos. A lei, de fato, preza por soluções consensuais, através das quais busca-se, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima. A justiça restaurativa pode ser utilizada em decorrência da previsão da realização da composição civil, procedimento conciliatório entre as partes, que culmina na renúncia ao direito de queixa ou representação da vítima, nos casos de crimes de ação penal privada ou pública condicionada. O sucesso do procedimento, contudo, não produz efeitos quanto à extinção da punibilidade nos crimes de ação penal pública incondicionada.

Reafirma-se, então, que esta lei representa uma expansão da capacidade punitiva do estado a crimes e contravenções que outrora não eram selecionados, os crimes dos consumidores ativos. Esta faceta se manifesta, por exemplo, no fato de a lei possuir como objeto apenas as infrações de menor potencial ofensivo, caracterizadas como aquelas que possuem pena máxima cominada de 2 anos, e no instituto da transação penal, através do qual o Ministério Público propõe um acordo ao acusado com a finalidade de evitar a instauração da ação penal, mediante aplicação de pena restritiva de direitos ou multa.

A lei apresenta, ainda, outras disposições que, em um primeiro momento, e de maneira equivocada, podem nos levar a concluir que abrem espaço à prática restaurativa. É o caso da suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89¹¹⁰, a ser proposta pelo Ministério Público, a fim de, após o decurso de um prazo de dois a quatro anos, extinguir a punibilidade, mediante o cumprimento de algumas condições. Estas condições, entretanto, são revestidas de caráter sancionatório, mitigando a consensualidade, a importância do acordo e, conseqüentemente, a restauratividade do procedimento. São elas a reparação do dano, quando possível, a proibição de frequentar determinados lugares, a proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização judicial, e o comparecimento mensal perante o juízo, a fim de informar e justificar as atividades.

¹¹⁰ BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 set. 1995.** Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Diário Oficial da União. Brasília: Presidência da República, 1995.

A suposta abertura à prática restaurativa decorre do parágrafo 2º do referido artigo, o qual prevê a imposição de outras condições, por parte do juiz, a que fica subordinada a suspensão. A suspensão condicional do processo abrange os crimes em que a pena mínima cominada é igual ou inferior a um ano, sendo então o único instituto supostamente despenalizador previsto na Lei 9.099 a atingir algum crime que mais encarcera no Brasil: o furto, que possui pena mínima cominada de um ano.

Outra controvérsia do diploma legal quanto a sua adequação aos valores restaurativos é o disposto na primeira parte de seu artigo 62: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade [...]”¹¹¹. Quanto a isso, pode-se afirmar que:

Domina a visão de que a Justiça Restaurativa pode concorrer para desafogar o judiciário, por ser uma justiça informal mais simplificada e célere. Nada mais superficial diante dos achados do campo. A Justiça Restaurativa tem o seu tempo e não pode ser atropelada pelo produtivismo.

A Justiça Restaurativa, tomada em sua plenitude, não é uma Justiça célere, mas é uma justiça exigente, processual. E pode ser inclusive até mais demorada do que a justiça punitiva, dada a necessidade de um número maior de encontros para se obter resultados positivos. E é esta temporalidade um dos fatores responsáveis pela dificuldade de trazer as vítimas aos procedimentos.¹¹²

Por fim, afirma-se que a consensualidade no campo dos Juizados Especiais Criminais refere-se ao diálogo indiciado/acusado – Ministério Público. A participação da vítima limita-se à aceitação da composição civil. Fora deste instituto, observa-se na lei a ausência de protagonismo desta parte constante

¹¹¹ BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 set. 1995**. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Diário Oficial da União. Brasília: Presidência da República, 1995.

¹¹² SEVERO, Rivadavia. Estudo identifica Justiça Restaurativa emergente e carregada de mitos. **Agência CNJ de notícias**. 19 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85599-pesquisa-identifica-justica-restaurativa-emergente-e-carregada-de-mitos>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

no modelo punitivo¹¹³, mitigando assim sua adequação aos valores restaurativos.

No Código Penal, a utilização de procedimentos restaurativos é possibilitada por dispositivos que versam sobre a reparação dos danos. Destes, abrangem ao menos algum dos crimes que mais encarceram no Brasil o arrependimento posterior, previsto no artigo 16; a circunstância atenuante genérica prevista no artigo 65, inciso III, alínea “b”; e a reabilitação criminal, constante nos artigos 93 a 95.

O arrependimento posterior determina uma redução de um a dois terços da pena nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa – podendo, portanto, ser aplicado ao furto e ao tráfico de drogas –, reparado o dano ou restituída a coisa, de maneira voluntária, e até o recebimento da denúncia ou da queixa. A atenuante genérica prevista no artigo 65, inciso III, alínea “b”, aplicável a qualquer crime, é configurada quando o agente, voluntária e eficientemente, procura, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou repara o dano antes do julgamento. A reabilitação criminal, que determina o sigilo dos registros sobre o processo e a condenação do ofensor, possui como um de seus requisitos o ressarcimento do dano causado pelo crime, salvo em caso de impossibilidade.¹¹⁴

Há ainda outros dois dispositivos que se referem à reparação de danos, mas que, por algum motivo, restringiriam a restauratividade de eventual encontro. O livramento condicional, disciplinado pelo artigo 83, possibilitado ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, que, entre outras condições, requer, como constante no inciso IV, a reparação do dano causado pela infração, salvo quando não há a possibilidade de fazê-lo. A restauratividade de eventual encontro cuja finalidade seja a concessão deste benefício seria restringida pelo mesmo motivo da suspensão condicional do processo: as condições impostas se antagonizam com a consensualidade dos encontros e acordos.

¹¹³ BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal – artigos, conferências e pareceres.** Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 92.

¹¹⁴ BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 dez. 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

O segundo é o efeito genérico da condenação, que obriga o condenado a indenizar o dano causado pelo crime, conforme previsto no artigo 91, inciso I, sendo esta obrigação uma afronta ao princípio restaurativo da voluntariedade.¹¹⁵

Há de se afirmar que a reparação do dano sob a ótica penal possui conotação material, como inferido do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido¹¹⁶;

e consolidado por entendimento jurisprudencial:

Somente há falar em aplicação da causa de diminuição de pena relativa ao arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal) se houver a integral reparação do dano ou restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, variando o índice de redução da pena de acordo com a maior ou menor celeridade no ressarcimento do prejuízo à vítima¹¹⁷;

Esta interpretação restringe a aplicação da justiça restaurativa nos casos de todos os institutos mencionados, pois mitiga a consensualidade do acordo restaurativo. Uma consequência direta deste entendimento é, por exemplo, a impossibilidade de configuração do arrependimento posterior nos casos de tráfico de drogas, já que, embora seja crime cometido sem a presença de violência ou grave ameaça, não há dano material a ser reparado ou restituído.

¹¹⁵ BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 dez. 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

¹¹⁶ BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 out. 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Penal. Causa de diminuição de pena. Arrependimento posterior. Artigo 16 do Código Penal. Necessidade de reparação integral do dano. Precedentes. Quantum de redução da pena. Celeridade no ressarcimento à vítima. 1. Somente há falar em aplicação da causa de diminuição de pena relativa ao arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal) se houver a integral reparação do dano ou restituição da coisa antes do recebimento da denúncia, variando o índice de redução da pena de acordo com a maior ou menor celeridade no ressarcimento do prejuízo à vítima. 2. Recurso especial provido. Acórdão em recurso especial REsp 1282696 RS 2011/0230959-3. Adriana Iriburi Rodrigues e Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Acórdão: 03 dez. 2013.

Entende-se que há necessidade de superação deste entendimento, não apenas para ampliar-se as possibilidades de uso da justiça restaurativa, mas também para que a vítima possa recuperar seu protagonismo no processo, já que, muitas vezes, estas preferem, por exemplo, um pedido de desculpas a uma restituição de caráter monetário¹¹⁸, sendo tal preferência irrelevante sob a ótica atualmente dominante.

4.2.1 O Projeto de Lei 7006/2006

Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, apensado ao PL 8045/2010 – o Novo Código de Processo Penal –, o PL 7006/2006, que, conforme seu artigo 1º, regula o uso facultativo e complementar da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal. Para tanto, em seu artigo 2º, define justiça restaurativa como

[...]o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletivamente e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa.¹¹⁹

Observa-se, na definição adotada, a preocupação em possibilitar a adoção das três principais práticas restaurativas: a Mediação Vítima-Ofensor, as Conferências de Grupos Familiares, e os Círculos Restaurativos.

O artigo 3º define que “o acordo restaurativo estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e

¹¹⁸ PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. Maringá: Kindle, 2013. Posição 1137.

¹¹⁹ BRASIL. **Projeto de Lei 7006, de 10 mai. 2006**. Regula o uso da Justiça Restaurativa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBCE19779BCCB5D879E134E28BB64312.proposicoesWebExterno2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006>. Acesso em: 09 nov. 2017.

coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção”¹²⁰, explicitando o caráter de cura do procedimento.

Os artigos 4º a 6º trazem questões concernentes ao núcleo de justiça restaurativa e seu pessoal. O procedimento restaurativo é disciplinado nos artigos 7º a 10, cujas disposições mais relevantes são a divisão do procedimento em três etapas, sendo elas a consulta às partes quanto à vontade de participação no programa restaurativo, a preparação pré-encontros, e os encontros restaurativos; e o dever de o procedimento pautar-se pelos princípios restaurativos, sendo estes os princípios da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinariedade, da responsabilidade, do mútuo respeito, e da boa-fé.

A partir do artigo 11, o PL prevê uma série de alterações ao Código Penal, ao Código de Processo Penal, e à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. No âmbito do primeiro, propõe a inclusão do inciso X no artigo 107, adicionando o cumprimento do acordo restaurativo como causa de extinção da punibilidade; e a inclusão, no artigo 117, que regula as causas interruptivas da prescrição, do inciso VII, acrescentando a homologação do acordo restaurativo como causa desta interrupção, até seu efetivo cumprimento.

Quanto ao Código de Processo Penal, determina a possibilidade de sugestão, feita pela autoridade policial no relatório do inquérito, do encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo, através do acréscimo do parágrafo 4º ao artigo 10. Propõe também a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, por meio da inclusão, ao artigo 24, referente aos sujeitos ativos da ação penal, dos parágrafos 3º e 4º. O parágrafo 3º permite ao juiz o encaminhamento dos autos do inquérito policial aos núcleos de justiça restaurativa, com anuência das partes e do Ministério Público, enquanto o parágrafo 4º concede ao Ministério Público a possibilidade

¹²⁰ BRASIL. **Projeto de Lei 7006, de 10 mai. 2006.** Regula o uso da Justiça Restaurativa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DBCE19779BCCB5D879E134E28BB64312.proposicoesWebExterno2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006>. Acesso em: 09 nov. 2017.

de deixar de propor a ação penal enquanto o procedimento restaurativo estiver em curso. Introduce, ainda, o artigo 93-A, que determina que o curso da ação penal poderá ser suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas, e o capítulo VII, constante dos artigos 556 a 562, responsáveis por regular o processo restaurativo.

Por fim, no âmbito da Lei dos Juizados Especiais, introduz expressamente o uso de práticas restaurativas como objetivo dos processos regulados pelo diploma, constantes no artigo 62; possibilita à autoridade policial a sugestão de encaminhamento dos autos para o procedimento restaurativo através de acréscimo do parágrafo 2º ao artigo 69; e possibilita ao Ministério Público o encaminhamento das partes ao núcleo de justiça restaurativa em qualquer fase do procedimento sumaríssimo, regulado por esta lei, por meio de inclusão do artigo 7º ao artigo 76.

Prudente identifica atenciosamente no Projeto de Lei, dentre as quais as mais relevantes são a indeterminação acerca de em quais crimes e contravenções penais poderiam ser aplicadas as práticas restaurativas: infere-se da redação de seu artigo 1º que não há limitações neste quesito, porém é difícil imaginar que o cumprimento de acordo restaurativo em casos de crimes graves contra a pessoa, por exemplo, resulte na extinção da punibilidade; a indeterminação quanto à definição da prática restaurativa a ser utilizada; o papel do defensor/advogado no processo; e a obscuridade quanto à admissão do facilitador¹²¹. Além disso, ressalva-se que a previsão apenas de institutos que excluam a pena impossibilita a aplicação da justiça restaurativa a todos os crimes. Mostra-se necessária a implementação de dispositivos que diminuam a pena. Resolvidas tais questões, considera-se o PL adequado a funcionar como marco legal da justiça restaurativa no Brasil.

¹²¹ PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. Maringá: Kindle, 2013. Posição 4096.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso teve como objetivo investigar a aplicação dos procedimentos restaurativos aos quatro principais crimes responsáveis pelo encarceramento em massa observado no país: furto, roubo, homicídio, e tráfico de drogas.

O primeiro capítulo apresentou as críticas às teorias preventivas e ao modelo retributivo, buscando compreender, sob a égide da criminologia radical e da doutrina restaurativa, de que maneira é responsável pela descaracterização da vítima e do ofensor como sujeitos de direito. Para isso, analisou-se os fatores biológico-culturais responsáveis pela manutenção histórica deste modelo, bem como as recorrentes tentativas de sua legitimação através de teorias supostamente racionais, em especial as teorias preventivas da pena, e de medidas supostamente humanizadoras, como a aplicação de penas alternativas à privativa de liberdade.

Coube a este capítulo, ainda, a conceituação da justiça restaurativa. Para isto, fez-se a análise do crime sob os dois diferentes paradigmas. Constatou-se que, para o paradigma retributivo, o crime, apresentado de maneira acrítica como violação à norma penal, é uma ofensa ao estado, enquanto representa, sob a ótica restaurativa, ofensa a pessoas e a relacionamentos, devendo ser considerado sob uma concepção holística. A partir daí, trouxe definições constantes em documentos como a Recomendação nº R (99) 19 do Conselho da Europa e a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, e no Código Penal Colombiano, a fim de conceituar, de maneira consistente, a justiça restaurativa, englobando os conceitos de processos restaurativos e resultados restaurativos, e de delimitar seus objetivos, princípios e valores.

A introdução do conceito de resultado restaurativo, e a constatação da possibilidade de aplicação de pena na justiça restaurativa, levantou a relevante

questão de se esta, de fato, mostra-se como uma alternativa democrática capaz de devolver aos envolvidos no crime seus *status* de sujeitos de direito, ou se representa apenas mais uma tentativa de legitimação do sistema de justiça penal através de aparente humanização, capaz de estender o controle social aos consumidores ativos, a fim de assim mantê-los, sem privá-los de sua liberdade.

Em um primeiro momento, concluiu-se que a justiça restaurativa não se apresenta como alternativa à pena: seu objetivo primário é a restauração dos laços desfeitos pelo crime. Alertou-se, ainda, para a manutenção da negligência quanto às necessidades da vítima caso o foco de um procedimento restaurativo seja transferido desproporcionalmente às consequências jurídicas que recairão sobre o ofensor. Contudo, após a análise de propostas de alternativas à pena, constatou-se que possuem alto grau de semelhança com os valores e princípios da justiça restaurativa, levando-nos à conclusão de que, embora não seja seu objetivo principal, a justiça restaurativa mostra-se como um importante aliado na luta contra a pena. Isto se dá, principalmente, por reforçar a coesão social ao reparar os laços das partes entre si e com a comunidade, aumentar o grau de consensualidade do processo penal, diminuindo, conseqüentemente, o protagonismo estatal, primar por penas não-estigmatizantes, e por limitar a desarticulação política promovida pelo encarceramento, possibilitando a reintegração do condenado em sua classe e, assim, o desenvolvimento da consciência necessária para a manutenção das lutas promovidas pelas classes oprimidas.

O segundo capítulo prestou-se a estudar casos de aplicação da justiça restaurativa aos crimes que mais encarceram no Brasil. Partiu-se do princípio de que a concessão de benefícios jurídicos aos réus ou condenados por algum destes crimes harmoniza-se com a busca de alternativa à pena, uma vez que foram concebidos para expandir a seletividade penal aos consumidores ativos. Atribuí-los aos crimes grosseiros dos consumidores falhos representa uma quebra deste paradigma.

Assim, primeiro delimitou-se os crimes a figurar como objetos do trabalho. São eles o furto, o roubo, o homicídio e o tráfico de drogas. Após,

foram descritos as principais práticas restaurativas, cuja principal diferença entre si é quem figura como parte nos encontros. A Mediação Vítima-Ofensor, consistente em encontros restaurativos entre a vítima e o ofensor, sendo esta a principal prática restaurativa utilizada pelo mundo, como na Noruega, através do *Konfliktrådet*, o Serviço de Mediação Norueguês.

Esta prática, todavia, mostra-se inadequada em contextos culturais nos quais os conflitos são resolvidos nos âmbitos familiares e comunitários. As Conferências de Grupos Familiares, nas quais participam, além da vítima e do ofensor, a família, principalmente, do ofensor, não havendo, entretanto, limitação quanto à presença de família da vítima. Esta prática é a base da justiça juvenil neozelandesa, que se utiliza do paradigma retributivo apenas quando não há a possibilidade de solução do conflito pelas vias restaurativas. A presença da família do ofensor é essencial pois aumenta a possibilidade de desenvolvimento da vergonha reintegrativa, tido como um elemento essencial na ressocialização do ofensor. Observa-se, então, um deslocamento do foco, nesta prática, à reabilitação.

Tem-se, ainda, os Círculos Restaurativos, prática presente na cultura das Primeiras Nações canadenses e adaptada pelo ordenamento jurídico deste país, que contam com a presença também de membros interessados da comunidade, no intuito de demonstrar ao ofensor as consequências de seus atos sobre esta. Todas as práticas contam com a presença de um ou mais facilitadores, treinados para conduzir os encontros de maneira a não tentar impor soluções, nem deixar seus vieses influenciarem nesta condução.

Foi utilizado como exemplo da aplicação da justiça restaurativa a crimes de furto o caso de Susan, que teve sua bicicleta furtada por Joe. O caso foi resolvido, com sucesso, através da Mediação Vítima-Ofensor. Esta também foi a prática utilizada no caso de Gavin, assaltado por Paul. Seus responsáveis legais também participaram do encontro, mas apenas para garantir seu sucesso e responsabilizar-se pelo cumprimento do acordo restaurativo. Esta participação secundária não é suficiente para caracterizar o encontro como uma Conferência de Grupo Familiar.

No caso do homicídio, levantou-se a questão de que, quando consumado, não há vítima a participar dos encontros. Mostrou-se, então, que a família da vítima é legitimada a figurar como tal, como aconteceu com Kate e Andy Grosmaire, pais de Ann Margaret Grosmaire, assassinada por seu noivo Conor McBride. Observa-se, no procedimento utilizado, características tanto das Conferências de Grupos Familiares, devido à participação da família de Conor e da busca por sua reabilitação, quanto dos Círculos Restaurativos, pela presença de Mike Foley, um padre católico responsável pela representação da comunidade. O procedimento culminou no desenvolvimento de um senso de resolução em Kate e Andy, e na condenação de Conor à uma pena relevantemente menor que a que pegaria: foi condenado a 20 anos de prisão, mais 10 de liberdade condicional, porém evitou a prisão perpétua.

De maneira ilógica, o maior tabu referente à utilização da justiça restaurativa é o tráfico de drogas. Seu único empecilho é o fato de não existir vítima direta, a não ser a comunidade. Esta dificuldade é, porém, facilmente superada através da utilização de Círculos Restaurativos, como faz a *Midtown Community Court*, de Nova Iorque, a crimes de natureza semelhante, como a prostituição, o vandalismo, e urinar em público. Até a posse de drogas é frequentemente solucionada através da justiça restaurativa. Conclui-se que esta solução não é possibilitada ao tráfico devido a uma simples escolha política, como é também o alto índice de encarceramento decorrente deste crime.

Além dos Círculos Restaurativos, também é possível a utilização de outras práticas, figurando como vítima qualquer pessoa que sinta-se diretamente afetada pelas consequências da conduta. É o caso de Sid, que se sentia vitimizado por diversas interferências policiais e comunitárias em seu lar, devido ao fato de seu filho, Roger, traficar drogas e cometer assaltos. O conturbado relacionamento entre os dois foi restaurado, após três encontros na forma da Mediação Vítima-Ofensor, de maneira tão notável que o juiz responsável por sua sentença aplicou-lhe a alternativa de prestação de serviços comunitários, ao invés da esperada pena privativa de liberdade.

Assim, restou comprovada, após a realização dos estudos de casos, a hipótese de que é possível a aplicação, de maneira democrática e a devolver o *status* de sujeitos de direito aos envolvidos no crime, da justiça restaurativa aos crimes que mais encarceram no Brasil. Os quatro casos analisados foram concluídos de maneira satisfatória a todos os envolvidos, e benefícios jurídicos foram concedidos ou possibilitados a todos os ofensores. Assim, mostrou-se refutada a ideia de que é inviável conceder benefícios a acusados, réus ou condenados por crimes altamente reprováveis.

Por fim, no último capítulo, este trabalho pretendeu analisar os aspectos legislativos e jurídicos referentes à justiça restaurativa. Primeiro, questões atinentes aos diferentes sistemas jurídicos, a *Common Law* e a *Civil Law*. Depois, a harmonização da justiça restaurativa com os direitos humanos. Por fim, as principais aberturas existentes no ordenamento jurídico brasileiro que possibilitam a utilização das práticas restaurativas, bem como um Projeto de Lei, atualmente em tramitação, que pretende ser o marco legal da justiça restaurativa no ordenamento pátrio.

Constatou-se que a *Common Law*, por possuir maior flexibilidade quanto a aspectos formais, como a propositura da ação penal, mostra-se mais propícia à utilização da justiça restaurativa. Não a toa, os países pioneiros na incorporação do instituto a seus ordenamentos jurídicos utilizam-se do referido sistema jurídico. Esta observação, entretanto, levanta a questão da harmonização da justiça restaurativa com os direitos humanos.

A ação penal, no sistema romano-germânico, é uma garantia fundamental, portanto indisponível, concebida de maneira a conferir ao réu ou condenado a possibilidade de defender-se, de maneira plena, das acusações do estado. A mitigação desta garantia exige a existência de um estado minimamente comprometido em representar os interesses das classes oprimidas. Caso contrário, pode contribuir para a criação ou agravamento de um sistema penal caracterizado pelo encarceramento em massa, sendo este peso carregado majoritariamente pelo proletariado e por minorias étnicas.

É o caso dos Estados Unidos, que possui a maior população carcerária do mundo, no qual negros e hispânicos constituem, cada um destes grupos, em torno de 12,5% da população geral, e 37% e 22% da população carcerária, respectivamente¹²². Muitos deles inocentes, condenados ao aceitar acordos propostos pelo estado, com medo de serem condenados a penas maiores caso prossigam com a ação.

Preocupado com estas questões, o Conselho Econômico e Social da ONU, por meio da Resolução 2002/12, dispôs acerca de uma série de princípios básicos a serem observados quanto à utilização da justiça restaurativa, dentre os quais merece destaque a proibição em ser o consentimento do acusado em participar de um encontro restaurativo utilizado como prova de culpa no advento de um futuro processo penal formal.

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, identificou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Juizados Especiais, e alguns institutos do Código Penal, como os principais diplomas legais a permitir a utilização da justiça restaurativa, sem menção expressa ao instituto. O primeiro, por primar pela resolução de conflitos envolvendo jovens de maneira a considerar sua situação sócio-econômica e pedagógica, buscar sua reabilitação, e afastar a ideologia punitiva das decisões envolvendo-os. Esta última característica é notavelmente identificada no instituto da remissão, através do qual permite-se o não prosseguimento do procedimento judicial, sob determinadas condições, independentemente do ato infracional praticado.

O segundo é considerado por prever definições consensuais aos processos. Esta consensualidade limita-se, entretanto, à aceitação, por parte da vítima, de uma reparação ou restituição material oferecida pelo ofensor, não sendo, portanto, suficiente para que se observe o resgate do protagonismo da vítima no processo penal. Observa-se, ainda, que esta composição civil acarreta na renúncia ao direito de queixa e de representação por parte da vítima, mas não gera efeitos jurídicos nos casos de crimes processados

¹²² R7. **Latinos e afro-americanos: as minorias que enchem as prisões dos EUA.** 13 dez. 2014. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/internacional/latinos-e-afro-americanos-as-minorias-que-enchem-as-prisoas-dos-eua-13122014>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

mediante ação penal pública incondicionada. Esta característica, somada aos fatos de a Lei possuir como objeto apenas crimes com pena máxima cominada de 2 anos, e ser orientada por princípios como a economia processual e a celeridade, permitiu-nos concluir que o referido diploma não recepção, de maneira plena, os princípios, valores e objetivos da justiça restaurativa.

Identificou, no Código Penal, a presença de dispositivos receptivos à justiça restaurativa a partir da ideia de reparação de danos, como o arrependimento posterior e a circunstância atenuante genérica configurada quando o agente evita ou minora as consequências do crime, ou repara o dano antes do julgamento. Constatou-se, entretanto, que o entendimento vigente quanto a esta reparação de danos é material, de maneira a ser caracterizada apenas com reparações, restituições e indenizações. Este entendimento mostra-se incompatível com os valores de consensualidade do acordo restaurativo e de empoderamento da vítima, que muitas vezes prefere outras formas de reparação, como um pedido de desculpas ou a definição de determinadas condutas a ser praticadas pelo ofensor.

Por fim, analisou o Projeto de Lei 7006/2006, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, que pretende tornar-se o marco legal da justiça restaurativa no país. Constatou-se que o projeto possui atecnia, mas que, de maneira geral, mostra-se adequado para a incorporação da justiça restaurativa ao ordenamento jurídico pátrio, por prever conceitos e definições já aceitas pelos diversos órgãos e organizações responsáveis pela disseminação do pensamento restaurativo e consolidadas por ordenamentos jurídicos que já a praticam de maneira satisfatória, bem como desdobramentos jurídicos satisfatórios nas ocasiões de cumprimento ou não do acordo restaurativo.

A presença de atecnia é insuficiente para a descaracterização do projeto como exemplo de possibilidade de adequação do ordenamento jurídico brasileiro aos procedimentos restaurativos. O projeto mitiga a principal limitação ao uso destes procedimentos no país, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Há de se ressaltar, entretanto, que não dispõe sobre cuidados a ser tomados quanto à observação das garantias fundamentais no advento da disposição da ação penal.

O projeto não dispõe, entretanto, sobre eventuais causas de reduções de pena. Desta maneira, caso implementado, a justiça restaurativa seria possibilitada apenas aos crimes nos quais é possível visualizar um desfecho alheio à pena privativa de liberdade. Dentre os crimes delimitados por este trabalho, não seria possível, então, aplicá-la ao homicídio. Considerando que, no Brasil, não é possível modificar a pena de maneira diversa a dispositivos legais que possuem este fim, mostra-se necessária a regulamentação de uma causa de redução da pena por cumprimento do acordo restaurativo.

Nesse panorama, verifica-se, por meio da comparação, a plena viabilidade da utilização da justiça restaurativa aos crimes que mais encarceram no Brasil, em oposição à limitação imposta por diversos autores, operadores do direito, e ordenamentos jurídicos, de que este instituto não é adequado à resolução de conflitos desencadeados pelo cometimento de certos crimes. Constata-se, igualmente, a possibilidade de adequação jurídica de determinado ordenamento a esta aplicação, de maneira a permitir seu funcionamento com observância de seus princípios, valores, e objetivos, bem como a conceder benefícios jurídicos ao ofensor. Por fim, observa-se a necessidade de implementação desta adequação ao ordenamento jurídico brasileiro, que, apesar de possuir aberturas que permitem a utilização da justiça restaurativa, inclusive aos crimes que mais encarceram no país, tal permissão mostra-se tímida e insuficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIN, Kristin. **Restorative Justice and Recidivism: A Meta-Analysis**. 2012. 135f. Dissertação de Mestrado – Universidade de Denver, Denver, 2012. Disponível em: <<http://digitalcommons.du.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1045&context=etd>>. Acesso em 17 out. 2017.

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

_____. **Novas tendências do direito penal – artigos, conferências e pareceres**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BBC. **Cinco números para entender a desigualdade racial nos EUA**. 17 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/08/140817_desigualdade_eua>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. 16. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

_____. **Restorative justice and responsive regulation**. New York: Oxford University Press, 2002.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 dez. 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

_____. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 out. 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 jul. 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União. Brasília: Presidência da República, 1990.

_____. **Lei n. 9.099, de 26 set. 1995**. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Diário Oficial da União. Brasília: Presidência da República, 1995.

_____. **Lei n. 11.343, de 23 ago. 2006.** Lei de drogas. Diário Oficial da União. Brasília: Presidência da República, 2006.

_____. **Projeto de Lei 7006, de 10 mai. 2006.** Regula o uso da Justiça Restaurativa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D BCE19779BCCB5D879E134E28BB64312.proposicoesWebExterno2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Reunião Especial de Jurisdição. Janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN. Dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

CAMPBELL, Robin. There Are No Victimless Crimes. Community Impact Panels at the Midtown Community Court. **Center for Court Innovation.** Novembro de 2003. Disponível em: <<https://www.courtinnovation.org/sites/default/files/No%20Victimless%20Crimes1.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

CARTA DA COSTA RICA. Declaração elaborada no Seminário Construyendo La Justicia Restaurativa En America Latina, 21/25 de setembro de 2005, Santo Domingo de Heredia – Costa Rica. Disponível em: <<http://www.justicereparatrice.org/www.restorativejustice.org/10fulltext/declarati oncr/view>>. Acesso em: 15 out 2017.

CARTA DE ARAÇATUBA. Carta elaborada pelos integrantes do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa. 28/30 de abril de 2005, na Cidade de Araçatuba/São Paulo. Disponível em: <<http://jjj.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/carta-aracatuba>>. Acesso em: 15 out 2017.

CENTER for Justice & Reconciliation. **Lesson 3: Programs. Circles.** Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/circles/#sthash.SjkPRZQ4.dpbs>>. Acesso em 30 out 2017.

_____. **Lesson 3: Programs. Victim Offender Mediation.** Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/victim-offender-mediation/#sthash.PubGZYI7.dpbs>>. Acesso em 28 out. 2017.

_____. **Victim-offender mediation in Norway.** Disponível em: <<http://restorativejustice.org/rj-library/victim-offender-mediation-in-norway/1614/#sthash.g4RyFWMa.dpbs>>. Acesso em 29 out 2017.

CHRISTIE, Nils. **Conflicts as property.** The British Journal of Criminology, Volume 17, Issue 1. Janeiro de 1977. p. 1-15.

COLÔMBIA. **Ley 906, de 31 de agosto de 2004.** Código de Procedimento Penal. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-cpp-2005.html>. Acesso em: 12 out 2017.

CONSELHO DA EUROPA. **Mediation in penal matters. Recommendation Nº R (99) 19.** Adotada em 15 de setembro de 1999. Disponível em: <[http://www.mediatio.hu/files/EU_dok/CoE_R\(99\)19_mediation.pdf](http://www.mediatio.hu/files/EU_dok/CoE_R(99)19_mediation.pdf)>. Acesso em: 14 out 2017.

D'AGOSTINO, Rosanne. Com Lei de Drogas, presos por tráfico passam de 31 mil para 138 mil no país. **G1.** 24 de junho de 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-trafico-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

DIDIER JR., Fredie. **O direito de ação como complexo de situações jurídicas.** Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/o-direito-de-acao-como-complexo-de-situacoes-juridicas%C2%B9/>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. **Segurança Pública em Números 2017**. Outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/10/infografico2017-vs8-FINAL-.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. **Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.) *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005. p. 79-123.

INSTITUTO Unibanco. **Aprendizagem em foco nº 5. Quem são os jovens fora da escola**. Fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.institutounibanco.org.br/aprendizagem-em-foco/5/>>. Acesso em: 27 out. 2017.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências e Prodedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto e GOMES PINTO, Renato Sócrates (Orgs.) *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005. p. 163-186.

JUSTIFICANDO. **Desinformação, “plea bargain” e recompense para delator: veja como estão as 10 medidas atualmente**. 24 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/11/24/desinformacao-plea-bargain-e-recompensa-para-delator-veja-como-estao-as-10-medidas-atualmente/>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

KONFLIKTRÅDET. **What happens at a meeting at the mediation service?**

Disponível em:
<https://www.konfliktraadet.no/getfile.php/2561058.2268.eybappfsbp/Hva_skjer_paa_et_mote_i_konfliktraadet_for_oversettelse-ENG.doc>. Acesso em 29 out 2017.

LAW COMMISSION OF CANADA. **From Restorative Justice to Transformative Justice.** 1999. Disponível em:

<<https://dalspace.library.dal.ca/bitstream/handle/10222/10289/Participatory%20Justice%20Discussion%20Paper%20EN.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 out 2017.

MARSHALL, Tony F. **Restorative Justice: An Overview.** 1999. Disponível em:
<<http://fbga.redguitars.co.uk/restorativeJusticeAnOverview.pdf>>. Acesso em: 18 out 2017.

MATSUURA, Sérgio. Uso de drogas aumenta entre os adolescentes no país. **O Globo.** 26 de agosto de 2016. Disponível em:
<<https://oglobo.globo.com/sociedade/uso-de-drogas-aumenta-entre-os-adolescentes-no-pais-19996988>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

MEDIATION UK. **40 Cases. Restorative Justice and Victim-Offender Mediation.** 2003. Disponível em:

<http://restorativejustice.pbworks.com/f/40_cases_final.pdf>. Acesso em 31 out. 2017.

Nova Zelândia. Ministry for Vulnerable Children. Family Group Conferences. Disponível em: <<https://www.mvcot.govt.nz/youth-justice/family-group-conferences/>>. Acesso em: 30 out. 2017.

O'HEAR, Michael M. **Rethinking Drug Courts: Restorative Justice as a Response to Racial Injustice.** 2009. Disponível em:
<<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1140&context=facpub>>. Acesso em: 27 out 2017.

PEREIRA, Felipe. Justiça interdita Centro Educacional São Lucas em São José. **DC.** 11 de junho de 2010. Disponível em:

<<http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticia/2010/06/justica-interdita-centro-educacional-sao-lucas-em-sao-jose-2934140.html>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa: Marco Teórico, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. Maringá: Kindle, 2013.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de Justiça criminal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1432, 3 jun. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9878>>. Acesso em: 9 out. 2017.

R7. **Latinos e afro-americanos: as minorias que enchem as prisões dos EUA**. 13 dez. 2014. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/internacional/latinos-e-afro-americanos-as-minorias-que-enchem-as-prisoas-dos-eua-13122014>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

RESTORATIVE Justice Council. **Due Process Issues**. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/rj-in-the-criminal-justice-system/courts/due-process-issues/#sthash.DgXZFo3H.dpbs>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. **Restorative justice in youth offending teams. Information pack**. Fevereiro de 2015. Disponível em: <https://restorativejustice.org.uk/sites/default/files/resources/files/kn1b_info_packs%20%282%29%20yot.pdf>. Acesso em 31 out. 2017.

_____. **Susan's story**. Disponível em: <<https://restorativejustice.org.uk/resources/susans-story>>. Acesso em: 30 out. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

_____. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

_____. **Teoria de pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.** Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005.

SEVERO, Rivadavia. Estudo identifica Justiça Restaurativa emergente e carregada de mitos. **Agência CNJ de notícias.** 19 de outubro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85599-pesquisa-identifica-justica-restaurativa-emergente-e-carregada-de-mitos>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

THE Encyclopedia of New Zealand. **Story: Tribal organization.** Disponível em: <<https://teara.govt.nz/en/tribal-organisation>>. Acesso em: 30 out. 2017.

TULLIS, Paul. Can Forgiveness Play a Role in Criminal Justice? **The New York Times Magazine.** 4 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2013/01/06/magazine/can-forgiveness-play-a-role-in-criminal-justice.html>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

UNITED NATIONS. **Handbook on Restorative Justice Programmes.** New York: United Nations, 2006.

_____. ECOSOC. **Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. ECOSOC Resolution 2002/12.** Adotada em 24 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Medidas sócio-educativas: sinônimo de Pena?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5164>. Acesso em: 07 nov. 2017.

WIKIPEDIA. **Family Group Conference.** Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Family_Group_Conference>. Acesso em 30 out. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZEHR, Howard. **Changing lenses: restorative justice for our times**. Twenty-fifth anniversary edition. Harrisonburg, Virginia: Herald Press, 2015.