

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS II**

**ALICE ROCHA DA SILVA**

**MARCOS LEITE GARCIA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

F723

Formas consensuais de solução de conflitos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Alice Rocha da Silva; Marcos Leite Garcia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-623-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



## **XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA**

### **FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II**

---

#### **Apresentação**

Prevenir é sempre melhor do que remediar! No caso de conflitos sociais esta máxima é válida, mas nem sempre possível. Por essa razão, o desenvolvimento de formas de solução de conflitos é imprescindível para a busca de harmonia social e retomada do 'status quo'. Formas de solução de conflito podem ser impostas ou desenvolvida a partir da participação e consenso das partes envolvidas, sendo esta última modalidade mais efetiva para o alcance do objetivo pretendido, qual seja, a solução do conflito. No Grupo de Trabalho "FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS II" foram apresentados diversos trabalhos interessantes, demonstrando o empenho da academia e dos profissionais na busca por novas práticas de solução de conflitos. Foram abordados pontos gerais do estudo da temática como nos artigos " Arbitragem e acesso à justiça", "A judicialização das relações sociais e a adoção dos meios consensuais de solução de conflitos", "Educação para a solução de conflitos por meios alternativos: conciliação e mediação" e "Aplicando a neurociência nos ADRS: a influência do efeito de ancoragem nos acordos de conciliação". Tais artigos apresentam o quanto a educação pode ser transformadora dos processos de mediação e conciliação de conflitos, sendo que a partir da neurociência, temos novos instrumentos de impulsão e transformação social.

Em seguida, áreas específicas foram destacadas no desenvolvimento das pesquisas, entre elas o direito administrativo, empresarial, civil e penal. Demonstrando por estudos teóricos e empíricos novas formas de implementação de instrumento de solução de conflitos. No direito administrativo foi apresentado "Câmaras de conciliação e mediação, no âmbito da administração pública, enquanto instrumento de efetivação do direito à saúde" e "O "Tribunal Multiportas" como instrumento de efetivação da política judicial nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses", associando conceitos teóricos com casos práticos. No campo do direito empresarial, onde temos maior vivência dos casos de arbitragem foi apresentado "Mediação empresarial como sistema de gestão de conflito: uma análise das vantagens da aplicação do método". De modo mais inovador, tivemos a apresentação dos métodos de solução de conflito no âmbito do direito civil nos artigos "A constelação familiar e sua contribuição ao tratamento consensual dos conflitos" e "Mediação transformativa no direito de família: tratando a lide sociológica". De forma bastante empírica e interligada, foram apresentados trabalhos na esfera do direito penal. Dois deles relacionados com casos de violência doméstica: "Justiça restaurativa e violência doméstica. Convivência ou rejeição? Aspectos teóricos e práticos." e "A justiça restaurativa como instrumento de acesso à justiça

penal nos conflitos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher". Para finalizar foram apresentados três artigos que demonstram uma esperança para o sistema prisional bastante prejudicado em nosso Estado: "Direito penal, humanismo e justiça restaurativa", "Mediação prisional como forma de pacificação dos conflitos internos do cárcere" e "Aplicação da justiça penal restaurativa aos adolescentes infratores".

Demonstra-se portanto a infinidade de ações que ainda devem ser construídas na implementação de soluções alternativas para a solução de conflitos, mudando o viés da busca pela solução eminentemente judicial. Novos tempos pedem novas alternativas e se não conseguimos eliminar os conflitos, devemos repensar formas de solução consensual dos mesmos.

PROFA. DRA. ALICE ROCHA DA SILVA - UniCEUB

PROF. DR. MARCOS LEITE GARCIA - UNIVALI

## **JUSTIÇA RESTAURATIVA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CONVIVÊNCIA OU REJEIÇÃO? ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS.**

### **RESTORATIVE JUSTICE AND DOMESTIC VIOLENCE. COEXISTENCE OR REJECTION? THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS**

**Maria Fausta Cajahyba Rocha <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

A legitimidade do sistema penal vigente tem sido progressivamente questionada. Com suas pretendidas funções ressocializadora, preventiva e dissuasória, a teoria finalista da pena, claudica frente à negativa influência do cárcere aliada ao aumento da criminalidade. Nesse contexto, surge um novo paradigma de resposta ao delito, traduzido em um conjunto de práticas sob o rótulo de Justiça Restaurativa, visualizando o encarceramento do indivíduo como ultima ratio para a reação estatal. Este artigo aborda a fundamentação e (im) possibilidade de aplicação desse novo modelo aos crimes de violência doméstica e, em geral, aos de média e maior gravidade.

**Palavras-chave:** Justiça restaurativa, Violência doméstica, Sistema penal, Parceiro íntimo, Súmula 231

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The legitimacy of the current penal system has been progressively questioned. With its intended functions resocializing, preventive and dissuasive, the finalist theory of punishment stumbles before the negative influence of the jail allied to the increase of criminality. In this context, a new paradigm of response to crime emerges, translated into a set of practices under the label of Restorative Justice, visualizing the imprisonment of the individual as ultima ratio for the state reaction. This article addresses the substance and (in)applicability of this new model to crimes of domestic violence and, in general, to average and greater gravity ones.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Restorative justice, Domestic violence, Criminal system, Intimate partner, Summary 231

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito da 5ª Vara dos Juizados Especiais Criminais. Juíza Coordenadora do Núcleo de Justiça Restaurativa de 1º Grau do Tribunal de Justiça da Bahia.

## 1. Introdução

A legitimidade do direito de punir percorre longo caminho na história humana, trilhando desde a vingança de sangue, privada e ilimitada que ultrapassava, inclusive, a pessoa do ofensor com penas corporais, aflitivas, desproporcionais e ilimitadas até os dias atuais com o sistema criminal ocidental contemporâneo. A certeza que se infere dessa evolução sobeja na constatada transitoriedade prática e dogmática do sistema punitivo. As penas corporais e aflitivas consideradas normais na Idade Média, para não retrocedermos tanto, hoje são inconcebíveis e explicitamente afrontosas ao conceito subjetivo de dignidade da pessoa humana. Por não ser uma realidade ontológica, o crime não prescinde de noções e tipos que o defina, mudando de roupagem e modificando-se ao longo dos séculos. Exemplo recente da evolução do paradigma de resposta ao delito, trouxe a lume o sociólogo e criminologista norueguês, Nils Christie:

[...]não parece certo cortar dedos como forma de punição, já não. Achávamos [ na Noruega que era aceitável até 1815, altura em que foi removido do código penal enquanto pena. A mim também não me parece certo que tenhamos 2.800 pessoas na prisão. Somos livres para decidir qual é o nível de sofrimento que achamos aceitável. Não há orientações exceptos, nos valores” (Crime Control as Industry, Towards Gulags, Western Style, 3ª ed., revista e com 2 novos capítulos, Londres e Nova Iorque: Routledge Taylor and Francis Group: 2000, p.202). (SANTOS, 2014, p. 128).

Tais constatações demonstram a inquietante verdade da mudança paradigmática que assalta o ser pensante em vários aspectos das ciências, quer naturais (*hard sciences*) ou sociais (*soft sciences*), como o Direito.

Contribuindo para a mudança de paradigma em sua época, Cesare Beccaria, em sua famosa e imortalizada obra “Dos Delitos e das Penas”, propõe uma política criminal estruturada sobre o princípio da utilidade social, clamando no § XVI de sua obra, não só pelo fim da pena de morte, por entendê-la inútil e desnecessária, além de cruel, senão também pela humanização do sistema penal ao concluir que a pena, para não caracterizar um ato de violência contra o cidadão, há que ser essencialmente pública, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada por lei (BECCARIA, 2015, p.55). O Marquês de Bonesana provocou mudanças consideradas avanços à época, como a proporcionalidade da pena ao delito praticado, cujo oposto hoje seria percebido como barbárie.

Nesse contexto de irresignação e alardeada ilegitimidade do sistema penal, surge a Justiça Restaurativa como nova forma de pensar não só o delito, senão também e

principalmente, a resposta a este. O paradigma vigente concebe o crime como uma violação das leis do Estado, caracterizando o delito como fato típico, antijurídico e culpável, distinguindo os sujeitos ativo e passivo, respectivamente, para o papel de violador e de vítima, sem considerar suas relações humanas. Essa visão impessoal e mecanicista do indivíduo não se coaduna com a peculiaridade inerente ao ser humano, único e irrepetível (TIVERON, 2014, p.127). A justiça restaurativa opta por tratar o conflito criminal (*crime handling*) ao invés de afastá-lo ou suplantá-lo, mas personalizando-o na sua dimensão humana, real e histórica, oportunizando o reconhecimento da “outridade”, do olho no olho, de Levinas, e manifestação de sentimentos entre as partes e demais interessados ou alcançados pelo conflito. Enquanto o sistema de justiça dito tradicional universaliza as soluções para indivíduos diferentes que incorrem no mesmo tipo penal (com a restrita álea do art. 59, do Código Penal), a justiça restaurativa incorpora o fator complexidade a fim de distinguir não só os indivíduos e suas peculiaridades, senão também os diversos graus do fato praticado e da conduta perpetrada, de modo a possibilitar a construção de respostas distintas (sejam formais ou informais) para cada caso.

O termo “paradigma” é usado por Thomas Kuhn para se referir ao conjunto de avanços científicos universalmente reconhecidos que, por algum tempo, fornecem problemas e soluções-modelo para uma comunidade de pesquisadores (KHUN, 1992, p. 13). Ocorre que o paradigma punitivo vigente não tem conseguido conter ou minorar o problema da criminalidade crescente, questionando-se as teorias finalistas da pena que legitimam o direito de punir, uma vez que a resposta estatal tradicional não logra prevenir novos delitos (prevenção geral), nem cumpre sua decantada função ressocializadora (prevenção especial). Restou à pena o caráter segregador do indivíduo e puramente retributivo, adequado ao conceito denominado por Zaffaroni e Batista de teoria agnóstica da pena, ao considerar que “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes” (SICA, 2007, p. 191).

Essa incapacidade do sistema de justiça criminal em cumprir o papel que lhe é atribuído, exigido e esperado, aliada ao desgaste da sustentação filosófica e moral que sustenta o baluarte do encarceramento, converge para a crise paradigmática khuniana, que se insinua quando (TIVERON, 2014, p.125-126) um número significativo de anomalias se acumula e instituições deixam de responder apropriadamente a elas. Destarte, ante a inequívoca crise do sistema penal, surge a justiça restaurativa como novo paradigma para conviver com o sistema retributivo atual, ora substituindo-o, ora complementando-o, mas

ainda sob a égide deste, para solução dos conflitos criminais.

## **2. Justiça restaurativa. Um conceito aberto.**

Definida por Leonardo Sica como um conjunto de práticas em busca de uma teoria (SICA, 2007, p. 10), a justiça restaurativa, segundo o mesmo autor, tem um conceito aberto, quase anárquico, polissêmico, flexível e multifuncional, que não se amolda totalmente em nenhuma prática restaurativa específica. Essa abertura conceitual cinge-se ao fato de várias nações e povos ao redor do globo terem iniciado isoladamente suas práticas restaurativas, gerando uma diversidade daquelas com nomes e características próprias, mas que mantêm os mesmos princípios e valores inerentes à justiça restaurativa, os quais encontram-se elencados, entre outros, na Resolução nº 12/2002, da Organização das Nações Unidas, ao destacar o consentimento informado, a voluntariedade, a confidencialidade, enquanto em seu art.2º, define o procedimento restaurativo:

[...]qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária(conferencing) e círculos decisórios(sentencing circles).<sup>1</sup>

A noção de justiça restaurativa emergiu sob grande influência abolicionista (que por sua vez eclodiu das críticas ao sistema penal, produzidas e divulgadas pela criminologia crítica) e da vitimologia, apropriando-se de diretrizes destes sem contudo, confundir-se com eles. Assim, comunga com o abolicionismo ao não aceitar moralmente a justificativa dos fins da pena (teorias finalistas) face ao sofrimento que provoca, ao tempo em que propõe opções alternativas ao cárcere para a solução dos conflitos, sem, contudo, defender a extinção do sistema criminal como propugna o abolicionismo puro, de Michel Foucault, Louk Hulsman e Nils Christie, estes últimos, os que mais contribuíram para a perspectiva restaurativa. Da vitimologia moderna surgida da segunda onda dos movimentos feministas e das ideias convergentes com as reivindicações do movimento das vítimas, nas décadas de 60 e 70 (PALAMOLLA, 2009, p. 48), apropriou-se o pensamento restaurativo, da vertente que resgata a vítima do esquecimento, dando-lhe participação ativa na resolução de seus próprios conflitos. A primeira fase da vitimologia acadêmica, com enfoque positivista e classificação da vítima de acordo com seu grau de participação ou influência no delito, foi abandonada pela

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&>>. Acesso em: 18 set. 2017

preocupação com os processos de vitimização (primária, secundária e terciária), com ênfase na reparação da vítima e nas suas necessidades. Some-se ao pensamento extraído desses movimentos, a concepção da responsabilização ativa do ofensor, que também é trabalhado e ouvido durante o procedimento restaurativo, de modo que interiorize as consequências da ofensa e busque ativamente repará-la ou recompensar as perdas. Inclua-se na receita, quando desejado pelas partes, a participação da comunidade, representada pelas pessoas próximas às partes (*community of concern*) ou outros membros que possam auxiliar na solução do conflito. Reunindo todos esses ingredientes, invoco a definição de justiça restaurativa lecionada pelo seu maior divulgador e pioneiro no tema, o prof<sup>o</sup>. Howard Zehr:

Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível. (ZEHR, 2014, p. 49)

Observa-se, como bem destaca o conceito acima, que, inobstante as práticas restaurativas possam vivenciar a cura das relações ou da pessoa consigo mesma, este exaurimento nem sempre é alcançado, o que não significará que as necessidades, especialmente da vítima, não foram atendidas, pois os anseios das partes podem variar em extensa gradação entre estritamente materiais até emocionais, como um pedido de desculpas do ofensor. A percepção equivocada, advinda da expressão que lhe dá nome, leva aqueles menos familiarizados com o tema, a pensar que a justiça restaurativa objetiva restaurar as relações entre vítima e ofensor, engano frequente e que nubla o entendimento, principalmente, daqueles que defendem a inaplicabilidade das práticas restaurativas aos crimes de violência doméstica contra a mulher.

### **3. O cenário da violência doméstica no Brasil.<sup>2</sup>**

O estudo “Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres” mostra que 50,3% das mortes violentas de mulheres no Brasil são cometidas por familiares. Desse total, 33,2% são parceiros ou ex-parceiros. Entre 1980 e 2013 foram assassinadas 106.093 mulheres, 4.762 só em 2013. O país tem uma taxa de 4,8 homicídios para cada 100 mil mulheres, a quinta maior do mundo, conforme dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) que avaliaram um grupo de 83 países. Levando em consideração o crescimento da população feminina entre

---

<sup>2</sup> Tópico extraído de artigo da autora publicado nos anais do 13º Congresso Internacional Mundo de Mulheres e 11º Fazendo Gênero, em coautoria com Yago Daltro Ferraro Almeida. Disponível também na Revista CONSENSU, 1ª, ed. Salvador: Ed do Tribunal de Justiça da Bahia. 2017, p.86/88

2003 e 2013 (passou de 89,8 milhões para 99,8 milhões), a taxa de homicídio de mulheres saltou de 4,4% em 2003 para 4,8% em 2013, aumento de 8,8% no período. Outro dado importante do estudo é o local do homicídio: 27,1% deles acontecem no domicílio da vítima, indicando a alta domesticidade dos assassinatos de mulheres. Outros 31,2% acontecem em via pública, e 25,2%, em estabelecimento de saúde.<sup>3</sup> A Lei Maria da Penha, promulgada em 2006, não foi eficaz e suficiente para combater e diminuir os índices de violência doméstica no Brasil.

A taxa de encarceramento desde a sua promulgação não correspondeu à diminuição da violência doméstica. Em dez anos, o quantitativo da população carcerária aumentou mais que o dobro, passando de 233.859 em dezembro de 2002 para 548.003 em dezembro de 2012, correspondente a um índice de crescimento de 134% enquanto o aumento da população brasileira entre os anos 2000 e 2010 (conforme censo demográfico do IBGE) foi de 12,48% (cresceu de 169.590.693 habitantes em 2000 para 190.755.799 em 2010), (TIVERON, 2014, p.127). Comparando-se esses dados (134% x 12,48%) infere-se que o aumento proporcional daquela população emprisionada foi dez vezes superior ao da população em geral, sem qualquer reflexo positivo na queda da criminalidade, a concluir-se que esse incremento do poder punitivo não tem cumprido as finalidades preventivas da pena que o legitimam.

O cenário acima esboçado em grossas linhas retrata momento insustentável gerador do descrédito no sistema penal atual gerando a crise paradigmática kuhiana quando à proporção que amadurece e envelhece, o paradigma se descobre incapaz de enfrentar novos problemas, tornando-se deflacionado e gradativamente abandonado, à medida em que a comunidade científica começa a buscar novas fórmulas e soluções.

O panorama revela ainda as cifras negras da criminalidade que são mais exacerbadas nos crimes de violência doméstica em razão do medo da vitimização secundária e terciária, receio esse não compartilhado com as vítimas da maioria dos crimes que não têm uma conotação de gênero, agravada, segundo os movimentos feministas, pela discriminação racial e machista da sociedade brasileira. Nesse sentido:

Muitas vezes o atendimento na Delegacia da Mulher culpabiliza a vítima pela roupa que veste, pela quantidade de álcool que bebeu, pela demora em fazer a denúncia após alguns anos e não no momento da agressão. Ou seja, além de toda a sociedade culpabilizar a mulher pela agressão, muitas vezes isso se repete na Delegacia da Mulher. Não é fácil para a vítima tomar a decisão de denunciar, por uma série de motivos que não cabe aos profissionais da delegacia julgar

---

3 Disponível em:< <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/503-dos-homicidios-de-mulheres-no-brasil-sao-cometidos-por-familiares.html>>. Acesso em: 17 set. 2016.

(ATHAYDE, 2013, grifo das autoras).<sup>4</sup>

[...]Para acessar os serviços de proteção previstos na Lei Maria da Penha, as mulheres também têm que enfrentar o racismo presente nas próprias instituições de atendimento. Para acessar os seus direitos, elas precisam lidar com decisões de autoridades governamentais, operadoras/es do direito, profissionais da saúde, educadoras/es, assistentes sociais, etc., que muitas vezes reproduzem seus próprios preconceitos e incentivam o silêncio das mulheres. Há, portanto, um racismo institucional que impede que a Lei Maria da Penha seja efetivamente aplicada (CAROLINE, 2014, p. 255)<sup>5</sup>

Os números encontrados em pesquisas atuais, como a recente enquete realizada pelo Instituto de Pesquisa Data Senado em parceria com o Observatório da Mulher Vítima de Violência e a Secretaria de Transparência, traduziram aumento de 18% para 29% no percentual de mulheres que declararam ter sofrido algum tipo de violência doméstica entre 2015 e abril de 2017, uma escalada de 61% em dois anos<sup>6</sup>; enquanto o discurso da maior parte da população ainda é permeado do sentimento patriarcal da racionalidade penal moderna<sup>7</sup> que respalda o sistema penal, desconhecendo outras formas de resposta ao delito, mantendo-se presa, porque já interiorizada, aos princípios das teorias finalistas que legitimam a pena.

#### **4. Justiça retributiva e justiça restaurativa. Coexistindo e complementando-se no trato da violência doméstica.**

Objetiva-se, ao destacar-se as duas formas de resposta ao delito mencionadas nesse tópico e nesse artigo, a sensibilização para o tema da aplicação da justiça restaurativa como meio adequado para solução de diversos conflitos penais, apresentando-se as vantagens, impossibilidades e obstáculos à sua efetivação.

Analisando-se, ainda, a efetiva participação da vítima nos procedimentos retributivos, constata-se que a Teoria do Bem Jurídico vinculada ao Direito penal contribuiu para o ocaso das vítimas de delito na medida em que aquela evoluiu para conceituar outros valores protegidos (sociais), além dos individuais e subjetivos. Nesse sentido, pontua Eser que a dogmática do Direito penal veio, de forma paulatina e constante:

---

4 Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/view/651/461>>. Acesso em: 18 set. 2016, p. 254-255.

5 Idem, p. 255

6 Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>>. Acesso em: 28 jul. 2017

7 Sistema de pensar e agir enraizado em postulados intocáveis: obrigação prática e política de punir; analogia entre crime e pena; proporcionalidade vertical (cresce a “criminalidade”, aumentam as penas...) e exclusão das alternativas (penas e medidas), em SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 135.

[...] a se despedir de considerações ou preocupações com a vítima individual à medida em que renunciava à intelecção que estimava o ponto de partida individual do delito como lesão de um direito subjetivo, portanto em prol de uma “ampliação de um bem jurídico, não necessariamente subjetivo, em progressivo processo de abstração da vítima individual”.(CÂMARA, 2008, p. 54)

O esquecimento da vítima, de suas opiniões, sentimentos e necessidades é mais enfático nos delitos de maior potencial ofensivo, onde o bem jurídico protegido vai além dos interesses individuais e proteção da vítima, mormente naqueles delitos que se procede mediante ação penal pública incondicionada não só pela natureza do bem jurídico, senão também pela gravidade com que aquele foi atingido (à exceção das contravenções penais, todas submetidas aquele tipo de ação penal).

Prima facie, o princípio da indisponibilidade da ação penal tornaria inviável a aplicação da justiça restaurativa aos crimes sujeitos à ação penal pública incondicionada onde a vontade da vítima não pode funcionar como excludente da ação penal e conseqüente persecução criminal.

A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, em homenagem àquela que contribuiu para a sua existência, após declarar no art. 6º que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos, elenca e define nos incisos do seu art. 7º, as formas de violência que a lei visa combater e evitar. Embora esta lei não discipline o tipo de ação para cada delito, mantendo, a princípio, a regulamentação do Código Penal, o Supremo Tribunal Federal, definiu a natureza da ação penal nos delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher ao julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4424 fixando que os arts. 12, inciso I; 16; e 41 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) devem ser entendidos no sentido de que não se aplica a Lei 9.099/95, dos Juizados Especiais, aos delitos abarcados por aquela lei – Maria da Penha, tornando de natureza pública incondicionada, a ação penal nos delitos de ameaça e lesão corporal leve, que dependiam da representação da ofendida.<sup>8</sup>

Outro obstáculo da legislação brasileira ao uso das práticas restaurativas nos delitos de gênero, traduz-se no art. 41 da Lei 11.340/06 que veda a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, impedindo, portanto que o acordo restaurativo possa implicar na extinção da punibilidade, através da aplicação do art. 74, daquela Lei dos Juizados ou na suspensão condicional do processo prevista no art. 81 da mesma lei. O STF, no julgamento da ADC 19, já declarou expressamente a

---

8 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199847%3E>>. Acesso em: 05 out. 2017.

constitucionalidade do aludido artigo 41 da Lei 11.340/2006, posição reforçada em junho deste ano pelo Ministro Edson Facchin na Reclamação - RCL 27262, ao suspender liminarmente decisão do juiz do VII Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da comarca do Rio de Janeiro que aplicara a suspensão condicional do processo em um processo daquela natureza.<sup>9</sup>

Embora esses obstáculos legislativos pareçam intransponíveis, elucida-se a questão ao esclarecer-se que a justiça restaurativa, ainda que não se limite a qualquer tipo de crime, não pretende substituir o sistema penal tradicional, ao revés, a relação entre as duas formas de resposta ao delito vinca-se na lateralidade, classificada por Van Ness (PALAMOLLA, 2009, p. 86) como modelo de mão-dupla (*dual track model*), pelo qual para um mesmo delito podem ser aplicadas as práticas restaurativas enquanto tramita o processo criminal retributivo tradicional ou até mesmo na fase de execução da pena. Essa dupla exposição do ofensor acarreta severas críticas dos garantistas ao argumento de que haveria um *bis in idem* para aquele ao submeter-se-ia à justiça tradicional e à justiça restaurativa em razão do mesmo fato. Contra-argumentam os cultores da justiça restaurativa lembrando não só que a participação do agente nas práticas restaurativas é sempre voluntária, senão também, enfatizando a possibilidade de o acordo restaurativo impactar no resultado do processo, ainda que seja para minimizar uma pena privativa de liberdade, quando não houver possibilidade de substituição, suspensão condicional ou extinção da punibilidade, como se verá adiante. Vale vincar-se sobre o assunto que a vítima de crimes graves, como o de violência doméstica, não espera do ofensor uma total reparação ou retorno à situação antes do crime, geralmente impossível de se conseguir. Entretanto, essa impossibilidade de neutralização de todos os males associados ao cometimento do crime não deve obstar à reparação de alguns deles, podendo o procedimento e resultado restaurativos contribuir para, ao menos, diminuir o sofrimento da vítima e para a afirmação da responsabilidade do agente. (SANTOS, 2014, p. 376)

Antes de adentrarmos na análise jurídica da aplicabilidade da justiça restaurativa aos crimes de violência doméstica e familiar e demais delitos de médio ou maior potencial ofensivo, há que considerar-se os óbices, críticas e preocupações de ordem prática desta abordagem.

Os delitos nominados por Hudson (JACCOUD, 2005, p. 174/175) como relacionais, que acontecem entre pessoas que se conhecem e convivem, como o exemplo da violência doméstica, demonstram há um só tempo maior necessidade e extrema cautela para o

---

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=347683>>. Acesso em: 05 out. 2017.

encaminhamento à abordagem restaurativa. Inobstante paradoxal, quanto mais próximas as partes envolvidas no conflito, mais eficaz a cura das relações (inter)pessoais através das práticas restaurativas, bem como mais redobrado o cuidado com os riscos de revitimização, entre outros riscos inerentes aos crimes com acentuado componente relacional, onde pode haver um fosso de poder entre os envolvidos. Por outro lado, consoante pontua Marília Montenegro: “quanto maior o distanciamento entre as partes envolvidas no conflito, menor é o envolvimento e a compreensão da dor e da aplicação da pena”. (MONTENEGRO, 2016, p.189). Ainda, nestas situações de grande disparidade, a parte dominante pode obrigar a outra a participar da justiça restaurativa com o único escopo de evitar a prisão, sem compromisso de estancar e reparar os danos da violência. Outro argumento nesses casos de violência entre parceiros íntimos vislumbra um possível fingimento e manipulação do ofensor ante a percepção toldada da vítima. Engrossam as fileiras de riscos ponderáveis, a possibilidade de ausência de encarceramento do agressor como regra em um procedimento que responda ao delito, aparentar retorno ao tratamento indiferente e sem importância que se destinava aos crimes de gênero.

As compreensíveis ponderações acima encontraram respaldo no ordenamento positivo de países como Brasil e Portugal<sup>10</sup>, bem como em recomendação da ONU em 2009 no Manual para Legislação sobre Violência contra Mulheres para os países signatários: “proibir explicitamente a mediação em todos os casos de violência contra mulheres antes e durante processos legais”.<sup>11</sup> Em consequência, em 1º agosto de 2014, a Convenção do Conselho da Europa sobre a prevenção e combate à violência contra mulheres e violência doméstica (Convenção de Istambul). Decidiu no que diz respeito à violência entre parceiros íntimos e justiça restaurativa, exigir dos estados signatários proibir resolução alternativa de conflitos, incluindo mediação e conciliação (artigo 48 da Convenção).<sup>12</sup>

Entretanto, a realidade se impôs às proibições e recomendações acima e vários

---

10. A Lei nº 21, de 12 de junho de 2007, que introduziu a mediação de adultos em Portugal, excluiu do seu âmbito de aplicação os delitos de violência doméstica. Entretanto, dois anos depois, o atual regime jurídico português aplicável à violência doméstica, à proteção e assistência de suas vítimas, constante na Lei nº 112, de 16 de setembro de 2009 criou a possibilidade do que chamou de “encontro restaurativo” entre ofensor e vítima na presença de um mediador penal credenciado para o caso., em SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Pena. Porquê, para que e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 728.

11. “Legislation should: explicitly prohibit mediation in all cases of violence against women, both before and during legal proceedings.”, em Handbook for Legislation on Violence against Women, p.37. Disponível em: <http://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2012/12/handbook-for-legislation-on-violence-against-women>. Acessado em 25.set.2017

12 Disponível em: [HYPERLINK "https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e"](https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e) \n \_blank <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e>. Acesso em 25.set.2017

projetos não-governamentais e externos ao sistema de justiça continuaram, com sucesso, a utilizar a justiça restaurativa em vários países da Europa<sup>13</sup> a casos de violência doméstica, gerando a necessidade de criação de padrões de procedimento e regras em comum, a fim de disciplinar aqueles usos de forma a evitar os diversos riscos assinalados, preocupando-se com os parâmetros e cautelas que tão multifacetário crime requer.

Preocupados com os riscos acima na aplicação das práticas restaurativas sem a devida regularização, representantes, estudiosos e autoridades de países da Europa reuniram-se em três encontros organizados patrocinados pelos governos da Áustria, Dinamarca, Finlândia, Grécia, Holanda e Reino Unido os quais já utilizavam práticas de Justiça Restaurativa. Esses seis países protagonizaram e financiaram o projeto “Justiça Restaurativa em Casos de Violência Doméstica”, objetivando a elaboração de um guia que fornecesse o mínimo de diretrizes, regras e padrões de procedimento para o uso da justiça restaurativa em delitos daquela natureza em todos os países da União Europeia.<sup>14</sup> O terceiro e último seminário anual desse projeto ocorreu em Bruxelas, dia 26 de janeiro de 2016, resultando na elaboração do guia *Restorative Justice and Domestic Violence – A Guide for practitioners. January 2016* (Justiça Restaurativa e Violência Doméstica – Um Guia para praticantes. Janeiro 2016), ainda indisponível em português, mas que pode ser encontrado no site indicado nas notas abaixo.

No guia elaborado, fiel às lúcidas preocupações que englobam o assunto, encontram-se respostas às ponderações acima articuladas.

Vigora uma unanimidade entre os cultores da Justiça Restaurativa: suas práticas só podem ser aplicadas quando a vítima e o agressor não são forçados a se encontrar e a vítima não corre risco de revitimização. A violência entre parceiros íntimos, como é conhecida na Europa, varia em uma escala entre violência ocasional e estrutural para distinguir entre situações pontuais daquelas ocorrências reiteradas. O Guia considera diferenças de frequência, severidade, propósitos e dinâmica em como a violência doméstica é perpetrada, enquanto distingue dois padrões principais de violência nos relacionamentos: terrorismo íntimo (*intimate terrorism*) e violência situacional entre casal (*situational couple violence*).<sup>15</sup>

---

13 Projeto que utiliza a prática restaurativa de círculos para vítimas de abuso sexual em ambiente doméstico ou fora dele, desenvolvido na Holanda e Bélgica. Circles Europe: Together for Safety (Circles)', led by the Avans Centre for Public Safety and Criminal Justice at the Avans University of Applied Sciences in the Netherlands Disponível em: <https://ec.europa.eu/justice/grants/results/daphne-toolkit/en/content/circles-europe-together-safety-circles>

14 Restorative Justice and Domestic Violence. A Guide for practitioners. January 2016. Disponível em: [http://www.ikf.ac.at/pdf/RJ\\_Guide\\_for\\_Practitioners.pdf](http://www.ikf.ac.at/pdf/RJ_Guide_for_Practitioners.pdf). Acesso em: 25 set. 2017.

15 Restorative Justice and Domestic Violence. A Guide for practitioners. January 2016, p.04. Disponível em: [http://www.ikf.ac.at/pdf/RJ\\_Guide\\_for\\_Practitioners.pdf](http://www.ikf.ac.at/pdf/RJ_Guide_for_Practitioners.pdf). Acesso em: 25 set. 2017

A característica intrínseca do primeiro é o controle coercitivo: os atos de violência ou mesmo sem violência física são motivados pelo desejo do agente de obter controle sobre seu parceiro sobre o outro. A violência situacional é perpetrada por um parceiro contra o outro (assimétrico) ou por ambos os parceiros (simétricos) em resposta a conflitos ocasionais, mas em ambos os casos sem dominação ou controle de um sobre o outro.<sup>16</sup> Ressalta o Guia que a participação em um programa de justiça restaurativa pode ser perigosa quando a violência é usada como meio de controlar a outra parte (*intimate terrorism*), porém, entre dois extremos possíveis (sem dano grave versus controle coercitivo) existem muitas situações diferentes de violência entre parceiros íntimos (IPV – *intimate partner violence*).<sup>17</sup> A escala de formas e graus de violência possíveis entre as partes envolvidas, demonstra a inadequação de tratamento idêntico para todos os casos, reforçando-se o entendimento de que a justiça restaurativa pode ser aplicada a qualquer crime, inobstante não o seja a qualquer parte. Infere-se que não é a gravidade do crime que define a possibilidade da aplicação das práticas restaurativas, mas, principalmente a situação ímpar de cada parte e sua relação com o conflito e entre elas.

Assim, constata-se que o risco de revitimização praticada pelo ofensor também pode ocorrer no sistema penal quando o ofensor procura responsabilizar a vítima e trivializar sua conduta, enquanto aquela recidiva em uma prática restaurativa é sempre evitada, uma vez que só se perfaz o encontro entre vítima e ofensor quando há segurança para aquela, além da possibilidade de realização de mediação indireta ou encontros circulares entre vítimas e agentes de crimes de outras vítimas, os quais são utilizados para trazer respostas e melhorar a autoestima ou empoderamento, notadamente das mulheres. A vitimização secundária perpetrada pelas agências formais de controle ocorre com frequência nos processos da justiça criminal, quando a vítima ora é discriminada na delegacia ou cartório pela roupa que usa, pelo tempo em denunciar o fato, etc., contribuindo, tais condutas, para a acentuada cifra negra nos delitos de gênero. Finalmente, a vitimização terciária praticada pelo grupo familiar ou no ambiente social como trabalho, escola, vizinhança, igreja etc. ao qual a vítima pertence pode ser melhor evitada através da justiça restaurativa onde a participação da comunidade de próximos pode participar das práticas restaurativas e entender seus anseios e necessidades ao invés de prejudicá-la.

Outro argumento que não encontra respaldo cinge-se ao equívoco sobre a percepção de impunidade com a certeza da exclusão da pena privativa de liberdade nas práticas

---

16 Idem, p.04

17 Idem, p.04

restaurativas. Como visto, nem sempre a justiça restaurativa implicará na inobservância do procedimento retributivo, podendo o acordo restaurativo impactar na pena do condenado, evitando, assim sua prisão. Ainda, os benefícios de ordem reparadora e emocional, e que impactam na vida das parte, de seus próximos e da comunidade, é imensurável. Esse fato, contudo, não transmitirá a sensação de retorno ao tratamento de menos valia aos crimes de violência doméstica, uma vez que a própria vítima, o ofensor e eventualmente outros apoiadores construiriam voluntária e conscientemente a solução do conflito, sentindo-se satisfeitos com o resultado. Aquilata-se, portanto, que a justiça restaurativa pode coexistir com a justiça criminal tradicional, de forma que a maior ou menor gravidade do crime e a presença de situações preventivas e acautelatórias que respaldem a indisponibilidade da punição não implica na inadequação ou desnecessidade de uma prática restaurativa, apontando, apenas, para a alternatividade ou complementaridade da duas respostas ao delito (SANTOS, 2014, p. 627).

## **5. Questões jurídicas entre justiça restaurativa e violência doméstica.**

Assim, fixada a possibilidade de coexistência entre justiça retributiva e restaurativa, o princípio da indisponibilidade da ação penal, disposto no art. 24, do Código de Processo Penal, deixa de ser visto como empecilho à aplicação das práticas restaurativas quer nos crimes de violência doméstica, quer nos demais crimes cuja persecução criminal se processa pela ação penal pública incondicionada.

Contudo, em razão de vedação expressa do art. 41, da Lei 11.340/2006 e das decisões do Supremo Tribunal Federal já mencionadas, todas as ações que envolvem violência doméstica são públicas incondicionadas, além de ser vedada, naqueles delitos de gênero, a aplicação da Lei 9.099/95 e seus institutos despenalizadores da transação penal, composição civil e suspensão condicional do processo, descritos respectivamente nos arts. 76, 74 e 81, daquela lei. Por conseguinte, mesmo nos delitos de menor potência ofensivo, cuja pena não ultrapasse dois anos de prisão, não se pode receber o acordo restaurativo como forma de exclusão ou suspensão do processo.

Nesse cenário, pode parecer inviável a aplicação da justiça restaurativa com impacto do aludido acordo no resultado do processo penal e na sentença. Essa restrição é maior em países submetidos ao sistema jurídico romano-germânico do *civil law*, como o Brasil e os países da Europa continental em oposição à maior liberdade na disponibilidade da ação penal e realização de acordos predominante nos países regidos pelo sistema do *common law* como a

Inglaterra, Canada e Estados Unidos da América. Como modelo lapidar do sistema norte-americano do *plea bargain*, que viabiliza a realização de acordo em qualquer tipo de delito, destaque-se o singular caso ocorrido em 2013, na Flórida, onde foi aplicada pela primeira vez na história jurídica americana, a justiça restaurativa em caso de homicídio, cuja positiva repercussão no New York Times impulsionou a difusão daquele paradigma no país, culminando na modificação, naquele caso concreto, da pena capital ou perpétua prevista para homicídio doloso na Flórida, para uma condenação em 15 anos de prisão, após conferência entre acusação, ofensor, genitores das partes, um advogado e uma ex-defensora pública Sujatha Baliga, que atualmente é diretora do programa de justiça restaurativa do Conselho Nacional de Crime e Delinquência de Oakland, EUA.<sup>18</sup> O caso completo e o procedimento restaurativo foi relatado em livro escrito por Kate Grosmaire, genitora da vítima, em pungente e emocionante narrativa (GROSMAIRE, 2016).

Destarte, duas situações despontam: quando a pena em abstrato cominada ao crime já está em patamar que permite a fixação de regime aberto ou semiaberto ou a substituição por penas não privativas de liberdade e a hipótese dos delitos de maior reprovabilidade que somente no momento da individualização da pena em concreto, o julgador pode proceder à substituição.

No primeiro caso, o acordo restaurativo pode ser valorado no momento da aplicação da pena para substituí-la por restritiva de direito ou prestação de serviço à comunidade, sem olvidar o quanto determinado no art. 17, da Lei Maria da Penha que impede a fixação de fornecimento de cesta básica ou outra prestação pecuniária como forma de prestação de serviço ou imposição de pena exclusiva de multa.

Nas situações que impliquem em delitos de maior gravidade, invoco a contribuição teórico-prática do magistrado e jurista argentino, Eugênio Raúl Zaffaroni, com sua sistemática funcional redutora que propõe desenvolver uma estrutura conceitual efetiva para a contenção e diminuição do poder punitivo, utilizando-se da teoria do delito como sistema de filtros para abrir sucessivos questionamentos em função de objetivos político-criminais que encontrem respaldo na realidade social, a fim de que o direito penal aumente a oferta de reações possíveis para evitar a habilitação do exercício do poder punitivo (SICA, 2007, p. 177). Segundo a teleologia redutora de Zaffaroni, a agência judicial deve empregar todos os seus esforços de forma a reduzir o máximo possível as violações aos princípios da legalidade, humanidade, culpabilidade e sobretudo, da igualdade, entre outros, tornando-os mais efetivos

---

18. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2013/01/06/magazine/can-forgiveness-play-a-role-in-criminal-justice.html> Acessado em 28 set.2017

conforme a regra de decisão de “mínima violação/máxima realização” dos princípios garantidores da pena (ZAFFARONI, 2014, p. 235), aumentando a responsabilidade das agências judiciais em analisar pressupostos de exclusão e cancelamento da punibilidade (SICA, 2007, p. 178).

Nesse sentido, como exemplo do seu funcionalismo redutor, Zaffaroni propõe a reconstrução dogmática do art. 41, do Código Penal argentino que trata da individualização da pena, a fim de permitir a aplicação da pena abaixo do mínimo legal, para abater o poder punitivo, ou seja, impedir o encarceramento. Como fundamento principiológico a essa proposta, o jurista argentino elenca em sua obra *Em busca das penas perdidas*, às páginas 239 a 243, inúmeros princípios aptos a justificar a atuação das agências judiciais na fixação da pena de forma a extirpar, a restrição da liberdade.

Importando a proposta acima, a teleologia redutora de Zaffaroni permitiria, em analogia, a reconstrução dogmática do art. 59, do nosso Código Penal (SICA, 2007, p. 177/178), de forma que o acordo restaurativo possa ser recepcionado e avaliado como circunstância judicial no momento de fixação da pena base até o mínimo legal a fim de que possa ser substituída por pena não restritiva da liberdade, após a incidência das circunstâncias genéricas e das causas gerais e especiais de aumento e diminuição de pena em seus momentos próprios.

Ocorre que, no Brasil, a fundamentação principiológica, por mais justa e ponderada que possa apresentar-se, não seria suficiente para diminuir a pena-base abaixo do mínimo legal, se não incidir nenhuma causa geral ou especial de diminuição de pena. Embora a responsabilização ativa do ofensor possa ser valorada como atenuante genérica (da confissão), bem como a reparação do dano, a Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça<sup>19</sup>, impede que a incidência das atenuantes conduzam a uma redução da pena abaixo do mínimo legal, impossibilitando afastar-se a pena restritiva de liberdade e fixar-se o regime aberto ou semiaberto quando o mínimo legal estiver em 8 anos de reclusão e inexistirem causas gerais ou especiais de diminuição da pena.

A situação acima esboçada, embora não impeça a realização das práticas restaurativas, restringem a influência do acordo alcançado pelas partes, uma vez que não poderá implicar na liberdade do acusado, ainda que, mesmo condenado, aquela fosse a vontade consciente, voluntária e segura da vítima.

---

Compulsando-se todo o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o Código

19 Súmula 231, do STJ. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: [http://coad.com.br/busca/detalhe\\_16/2077/Sumulas\\_e\\_Enunciados](http://coad.com.br/busca/detalhe_16/2077/Sumulas_e_Enunciados). Acesso em 11.10.2007

Penal, constata-se que inexistem qualquer disposição legal que obste a atenuação da pena em patamar inferior ao mínimo legal. Pelo contrário, existe lei que impõe expressamente, e sem condicionantes, a aplicação da atenuante quando esta se faz presente, conforme se observa da literalidade da frase disposta no caput, do art. 65, do CP que antecede a enumeração daquelas circunstâncias, a saber: “Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena”. O vocábulo “sempre” retrata de forma inequívoca o comando cogente da norma, com a obrigatoriedade da atenuação da pena, ainda que ultrapasse o mínimo legal, uma vez que a norma não faz qualquer ressalva. Rogério Greco assim questiona: “Por que razão utilizaria o legislador o advérbio 'sempre' se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude de existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo ?” (GRECO, 2004, p. 34).

Um dos argumentos usados pelo Supremo Tribunal Federal para sustentar a decisão sumulada do STJ cinge-se à comparação com a necessidade de se empregar o mesmo tratamento no caso das agravantes.<sup>20</sup> Porém, enquanto a diminuição não encontra vedação legal, o aumento acima do máximo afronta dispositivo contido no art. 1º, do CP, traduzido no princípio constitucional da legalidade, insculpido no art. 5º, inciso XXXIX, o qual preceitua que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. Elementar o fato de que uma pena fixada acima do máximo abstratamente cominada ao delito viola diretamente o princípio acima, prescindindo, inclusive de qualquer manifestação de tribunais superiores sobre o tema, tal a clareza e unanimidade que o envolve.

Apesar da jurisprudência consolidada e sumulada refutar a mencionada redução, há correntes doutrinárias e amparo judicial à tese que consagra a inconstitucionalidade da Súmula conforme decisão do Tribunal Regional da 1ª Região, através da relatoria da desembargadora Assusete Guimarães, nesse sentido:

O inciso XLVI do art. 5.º da Carta Política estabelece o princípio da individualização da pena que, em linhas gerais, é a particularização da sanção a medida judicial justa e adequada a tornar o sentenciado distinto dos demais. Assim, o Enunciado n. 231 da Súmula do STJ, ao não permitir a redução da pena abaixo do mínimo legal, se derivada da incidência de circunstância atenuante, data vênua, viola frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como, também, os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade.<sup>21</sup>

Portanto, o não reconhecimento da redução, estampado na Súmula 231, do STJ, afronta os princípios constitucionais da Carta Magna de 1988, da legalidade, da culpabilidade, da proporcionalidade e da individualização da pena. Sobre este último, lição lapidar do jurista

<sup>20</sup> Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48120/a-possibilidade-de-fixacao-da-pena-intermediaria-aquem-do-minimo-legal-analise-da-sumula-231-do-stj> Acesso em: 12.10.2017

<sup>21</sup> Idem. Acesso em: 12.out.2017

e magistrado gaúcho José Antonio Paganella Boschi:

Individualizar a pena, como pretenderemos demonstrar, é, pois, conduta incompatível com o tratamento de massa, por ser cada fato um fato e por ser todo acusado diferente de outro, sob os múltiplos aspectos, o que bem explica e justifica a possibilidade de sentenças dando respostas (em espécie, quantidade ou execução de penas) diferentes para distintos acusados de prática de fatos ilícitos definidos no mesmo tipo penal (BOSCHI, 2011, p. 37).

Ainda, em razão da desconformidade com o princípio constitucional da individualização da pena, insculpido no art.5º, inciso XLVI, da CF/88, a multicitada Súmula implica também em um tratamento não isonômico de co-réus, conforme salienta Rogério Sanches Cunha em exemplo ilustrativo:

[...] João (22 anos) e Antônio (19 anos) são condenados por homicídio (art. 121, pena de 6 a 20 anos). Ao aplicar a pena, o Magistrado não vislumbrou circunstância judicial relevante, ambos primários e com bons antecedentes. Apenas Antônio apresentava a atenuante da menoridade, não existindo agravantes. Ausentes causas de aumento e diminuição de pena. Nesse sentido, o juiz fica impossibilitado de aplicar a atenuante, tratando ambos de forma igual, apesar de possuírem circunstâncias diferentes, o que afronta a isonomia material. O juiz ficou impedido de individualizar a pena em relação a Antônio, ignorando suas condições pessoais, tudo em nome de uma vedação criada pela jurisprudência, sem amparo legal (CUNHA, 2013, p. 43).

Finalmente, convém destacar, ainda, que a proibição de fixação da pena-base aquém do mínimo legal, agride o princípio da proporcionalidade, pois conduz o julgador, em inúmeras situações, a inadequar a real gravidade do fato à sanção imposta. Quebra-se o justo equilíbrio entre o crime perpetrado e a pena determinada, em razão da impossibilidade de aplicação em concreto de circunstância inerente ao delito ou ao delinquente

Finalmente, há que concordar-se em parte com outro fundamento que embasou os ministros do STF a manterem a multicitada Súmula 231, do STJ : a liberdade à fixação da pena na segunda fase da dosimetria importaria em “variação incontida de acordo a formação técnica e humanística do julgador” uma vez que cada juiz poderia fixar a pena nos moldes de suas subjetividades individuais.<sup>22</sup> Ocorre que, se por um lado reconhece-se esse risco, por outro aquilata-se que os direitos e garantias individuais constitucionais do indivíduo não podem ser suplantados em nome de, para evitar-se distorções no julgamento pelos magistrados, praticarem-se justamente as mesmas injustiças ao tratar igualmente os desiguais (como já advertia Ruy Barbosa) em situações invariavelmente distintas para um mesmo delito. Arremata-se esse aspecto, esclarecendo que ao permitir-se a redução da pena abaixo do mínimo legal estar-se-ia privilegiando a vontade das partes, principalmente da vítima, não o julgamento livre e subjetivo do magistrado, pois os termos do acordo são ditados pelas partes, sendo que, em inúmeras situações, a liberdade do condenado é imperiosa para o cumprimento

---

<sup>22</sup> Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48120/a-possibilidade-de-fixacao-da-pena-intermediaria-aquem-do-minimo-legal-analise-da-sumula-231-do-stj> Acesso em: 12.10.2017

das prestações avançadas.

## 6. Considerações finais.

Entretanto, como já mencionado, nem todas as pessoas e situações são idênticas ainda que o crime perpetrado seja o mesmo. Nem a justiça restaurativa é panaceia e solução para todos os casos criminais, principalmente em um país com a criminalidade intrinsecamente refletida em esferas pontuais da sociedade, como os jovens e negros e onde 01 em cada 262 adultos está na cadeia( um terço em São Paulo).<sup>23</sup> Embora o Brasil clame por políticas sociais para sustentar e efetivar certas políticas criminais (mormente as previstas nos arts.8º e 9º, da Lei Maria da Penha), a justiça restaurativa desponta como um sopro de humanidade no tão desgastado sistema criminal brasileiro, o qual, assim como a prisão preventiva, ainda é um mal necessário, pois sempre haverá ofensor cuja segregação constituirá, ainda que temporariamente, maior benefício(proteção) para a maioria, como único fim da pena, além da existência de contextos de elevada desigualdade entre as partes que inviabilizam a compreensão, viabilidade e efetividade das práticas restaurativas.

Conforme expressou com sensibilidade a jurista e Promotora de Justiça, Raquel Tiveron:

Entretanto, nada impede que se inicie, desde já, o aperfeiçoamento da experiência judiciária democrática mediante a introdução de valores no sistema, tais como reparação (material e emocional), escuta ativa, pacificação e reintegração. Estes valores podem agregar qualidade à intervenção penal (TIVERON, 2014, p.527).

Enquanto o novo paradigma se desenvolve no cenário pátrio, mesmo que ainda sejam poucos os delitos e pessoas alcançados por suas práticas, acreditemos que, ao menos uma pessoa, uma família ou uma comunidade que seja reparada, curada ou transformada, já faz valer a pena.

## 7. Referências bibliográficas.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: EDIPRO, 2015.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre, Livraria. do Advogado, 2011.

---

23 Disponível em:<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/33316-taxa-de-presos-no-brasil-quase-triplica-em-16-anos.shtml>. Acesso em: 12.10.2017

CÂMARA, Guilherme Costa Câmara. **Programa de Política Orientado para a Vítima de Crime**. 1ª Ed. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

EUROPEAN COMMISSION DIRECTORATE – CRIMINAL JUSTICE. **Restorative Justice and Domestic Violence. A Guide for practitioners**. January 2016, p.04. Disponível em: <[http://www.ikf.ac.at/pdf/RJ\\_Guide\\_for\\_Practitioners.pdf](http://www.ikf.ac.at/pdf/RJ_Guide_for_Practitioners.pdf)>. Acesso em: 25 set. 2017

GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal, Parte Geral**, 4ª edição, EDITORA IMPETUS, 2004.

GROSMIRE, Kate. **Forgiving my daughter's killer: a true story of loss, faith, and unexpected grace**. Nashville, Tennessee: Nelson Book, 2016

JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam Justiça Restaurativa**. Brasília: MJ/PNUD, 2005.

KHUN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 3ªed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. **Resolução nº12, de 2002**. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 24 jul. 2002. Disponível em: [www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/.../Material\\_de.../Resolucao\\_ONU\\_2002.pdf](http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/.../Material_de.../Resolucao_ONU_2002.pdf). Acesso em: 07 out. 2017

PALAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

SANTOS, Cláudia Cluz. **A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Pena. Porquê, para que e como?** Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2007.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 235.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. 2 ed. São Paulo: Palas Athena, 2014.