

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

MIGUEL TEDESCO WEDY

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 Napolini - 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 (UFSC – 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

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Miguel Tedesco Wedy. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-716-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

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

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição II reuniu-se, na data de 16 de novembro de 2018, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, sediado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), campus Porto Alegre, com o propósito de discutir questões emergentes e de vultosa importância no tocante às práticas penais, às leis penais brasileiras e ao tratamento dado aos assuntos tratados em cada qual dos artigos pela doutrina nacional e internacional.

De início, poderá o leitor perceber que os temas tratados são ecléticos e transitaram, com grande transdisciplinaridade, por outras grandes áreas do conhecimento, mais precisamente as ciências humanas e as ciências médicas, estas exploradas, notadamente, quando analisada a questão das medidas de segurança, bem como no tratamento da dimensão biopolítica da violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico e carcerário e, por último, quando da análise das práticas reificantes na sociedade do controle.

O tema das medidas de segurança foi explorado pelo artigo intitulado “Medida (de segurança) cautelar: a herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro”, de autoria de Thayara Silva Castelo Branco e Antonio Eduardo Ramires Santoro, o qual aborda, a partir de uma perspectiva crítica, o ranço do positivismo criminológico que coloca a periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal, análise realizada a partir da Lei nº 12.403/11, a qual reformou o sistema de cautelares no processo penal brasileiro, introduzindo, dentre elas, medidas diversas da prisão como a internação provisória de inimputável ou semi-imputável.

Por seu turno, o artigo de autoria de André Giovane de Castro e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth abordou, a partir da filosofia agambeniana, a violência perpetrada contra as mulheres nas esferas doméstica e prisional, com base em dados de homicídios e encarceramento, à luz da Lei Maria da Penha e da Lei de Drogas, sob o título “Da casa ao cárcere: uma leitura biopolítica dos campos de violência contra a mulher”.

Já o artigo de Elesandra Maria Da Rosa Costella, sob o título “As (possíveis) respostas da teoria do reconhecimento às práticas reificantes da sociedade do controle” abordou o tema da utilização do direito penal como instrumento de controle social das classes marginalizadas,

compostas por pessoas consideradas enquanto vidas dispensáveis, às quais se nega o reconhecimento e inclusão no sistema social, reificando-as, uma vez que a inclusão, na sociedade contemporânea, é condicionada à capacidade de consumo.

Importante destacar que os textos ora apresentados revelam o entendimento de pesquisadores das mais diversas partes do Brasil, de norte a sul e de leste a oeste, e externam parte da realidade prática vivenciada pela população de diversos Estados, desde o ponto de vista de questões prisionais até aquelas concernentes ao exercício de policiamento ostensivo realizado pelo exército brasileiro, nas chamadas práticas de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Isso fica muito evidente a partir do artigo de autoria de Guilherme Rego Magalhães, o qual, sob o título “A resiliência da prisão especial como instituição jurídica e social”, aborda o tema da prisão especial no direito brasileiro, da sua função em nossa estrutura social e de como ela foi racionalizada ao longo de sua história, a fim de apontar o seu anacronismo.

Por sua vez, o artigo intitulado “O princípio da sustentabilidade e a execução provisória da pena privativa de liberdade”, escrito por Alan Peixoto de Oliveira e Cássia Daiane Maier Gloger, analisou a compatibilidade da norma constitucional, como redigida na Constituição da República com a execução provisória da pena privativa de liberdade, diante dos aportes do Princípio da Sustentabilidade, empreendendo uma reconstituição do sistema Global de Direitos Humanos previstos nos documentos internacionais do qual o Brasil é signatário.

Nesse bloco, situa-se, ainda, o artigo intitulado “O inadimplemento da pena de multa e a progressão de regime prisional sob o prisma do direito penal libertário”, de Marcos Paulo Andrade Bianchini, que versa sobre a compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF, que impediu a progressão de regime de condenado por inadimplemento da pena de multa, com a teoria do Direito Penal Libertário.

O artigo intitulado “A atuação das Forças Armadas nas Operações Ágata e o programa de proteção integrada nas fronteiras brasileiras no combate à criminalidade”, elaborado por Andreia Alves De Almeida e Savio Antiógenes Borges Lessa, por seu turno, tem por foco a atuação das Forças Armadas na faixa de fronteira, analisando seu poder de polícia e atribuição subsidiária – a partir do novo Programa de Proteção Integrada de Fronteiras.

Outrossim, as discussões envolveram desde as práticas desenvolvidas no seio de um direito penal de ordem tradicional/individualista, até aquelas relativas à lida com os novos bens jurídicos de ordem transindividual, a exemplo do meio ambiente, para o que apresentadas foram algumas transformações dogmáticas capazes de dotar o direito penal de

empoderamento com vistas à realização de uma mais efetiva tutela do bem jurídico penal ameaçado ou agredido.

Nesse bloco, cumpre destacar o texto de autoria de Linia Dayana Lopes Machado e Viviane Aprigio Prado e Silva, o qual, sob o título “Tutela ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: a necessidade de uma teoria da decisão judicial”, empreendeu uma discussão sobre os desafios colocados pelo Direito Ambiental ao Poder Judiciário, considerando a existência do que pode ser considerado como lacunas legislativas no que diz respeito às práticas lesivas ao meio ambiente.

Também sobre o tema da tutela penal do meio ambiente, o artigo de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Aflaton Castanheira Maluf analisou a evolução da legislação ambiental no Brasil, especialmente a legislação penal, com foco na questão penal ambiental atual e futura, com ênfase no PLS 236/2012, em texto intitulado “O Direito Penal ambiental no PLS 236/2012 – Novo Código Penal.”

De resto, verá o leitor que os textos também envolveram discussões concernentes ao processo de expansão do Direito Penal e da flexibilização de garantias na seara processual penal, demonstrando a necessidade de uma leitura transdisciplinar das Ciências Criminais. Essa preocupação assume centralidade no artigo de Daniel Angeli de Almeida, o qual, sob o título “A instauração de um novo paradigma do direito penal ante o advento da sociedade de risco: um necessário reexame da teoria do bem jurídico”, discute a entrada na era pós-industrial, a qual impõe mudanças em diversas áreas do conhecimento, sobretudo no Direito Penal, que se vê obrigado a rever seus princípios clássicos, a abandonar velhas verdades e adaptar-se para responder aos novos desafios da sociedade de risco.

Por sua vez, o artigo “O transtorno punitivo compulsivo e a banalização da cautelaridade processual”, escrito por Jéssica de Souza Antonio e Ana Paula Motta Costa, propõe uma reflexão crítica acerca da prática encarceradora cautelar que vem acometendo o Processo Penal, contrastando-a com uma racionalidade punitiva dentro do processo penal democrático.

No mesmo sentido, o artigo “Denúnciação criminosa contra inimputáveis: senso ou contrassenso?”, de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Rafaela De Oliveira Alban, examina o crime de denúnciação caluniosa, com a finalidade de verificar a possibilidade ou não do inimputável ser vítima dessa modalidade delitiva em face da previsão da elementar típica de imputação de “crime”.

Essa discussão – acerca do expansionismo penal e suas consequências – também permeia o artigo de Leonardo Pozzi Loverso e Greice Patricia Fuller, o qual aborda a possibilidade do acesso de dados em smartphones do investigado, o que tem se revelado controverso quando diretamente realizado pela polícia, a partir das recentes decisões proferidas pelo STJ e STF sobre o assunto. Trata-se do texto intitulado “Acesso de dados pessoais pela polícia em smartphones de suspeitos na investigação criminal”.

As novas tecnologias também ocupam espaço central no artigo “A tecnologia a serviço da criminalidade: meios de combate à lavagem de dinheiro em criptomoedas”, de Hamilton Calazans Câmara Neto e Romulo Rhemo Palitot Braga, que realiza uma ordem cronológica de criação e posterior valorização das criptomoedas, associando-se à análise da efetivação do crime de lavagem de dinheiro e sua respectiva Lei 9.613/98 e 12.683/2012.

A preocupação com o direito penal em face das novas tecnologias também está presente no artigo “Os aspectos penais da exposição pornográfica não consentida na internet”, no qual Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Wagner Seian Hanashiro salientam que a exposição pornográfica não consentida na internet é uma violação e traz suas repercussões na esfera criminal, de maneira a ser enquadrada nas condutas já tipificadas no Código Penal, porém como um desdobramento da violência sexual, mas neste caso praticada no ambiente virtual, e, portanto, denominada como: estupro virtual.

O tema das garantias processuais e suas relativizações também ocupa espaço central no texto “A condução coercitiva da testemunha no processo penal e as garantias constitucionais”, escrito por Tatiane Gonçalves Mendes Faria e Maria Laura Vargas Cabral, e que investiga a condução coercitiva de testemunhas no processo penal e seus direitos fundamentais, principalmente o direito à locomoção e ao silêncio, a partir do entendimento exarado no julgamento da ADPF 395.

A preocupação com a temática das garantias e sua vulneração contemporânea também se evidencia no artigo “Conflitos entre o Direito Penal moderno e o garantismo à luz constituição federal de 1988”, de Jussara Maria Moreno Jacintho e Jorge Flávio Santana Cruz, que aborda as constantes reformas legislativas no âmbito penal e processual penal, que acabam interferindo nos direitos e garantias fundamentais, na medida em que suprimem ou reduzem as garantias por não respeitarem os limites impostos pelo legislador constituinte originário.

Esta temática também serve de fio condutor do artigo de Henrique Gaspar Mello de Mendonça e Carlos Alberto Menezes. Sob o título “A trajetória do Direito Penal:

Modernidade; Garantismo e Constituição”, os autores relacionam a modernidade, o garantismo e a Constituição, a fim de detectar uma normatividade e meios efetivos para evitar arbítrios do Estado na sua missão de proporcionar segurança à coletividade.

Em face do contexto expansionista delineado, alternativas são apresentadas. Nesse sentido, Marilande Fátima Manfrin Leida, no texto intitulado “Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva: diferentes métodos à administração de conflitos e violência”, apresenta as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva na resolução de conflitos criminais, evidenciando a preponderância do sistema de justiça penal retributivo, cada vez mais punitivista e inquisitorial, imposto por um terceiro alheio ao fato, que define a residualidade da competência da justiça restaurativa.

Por fim, o texto de Valdir Florisbal Jung, intitulado “Tribunal do Júri: a influência do perfil do réu e da vítima nas decisões do conselho de sentença”, volta-se para o tema da influência do perfil do réu e da vítima nas decisões no Tribunal do Júri, salientando o quanto informações extraprocessuais, como a conduta e os antecedentes do réu e da vítima, influenciam suas decisões.

Enfim, diante de um cenário nacional de grande turbulência política e econômica e diante de práticas justificadas pelo neoconstitucionalismo e que ganham, com grandes efeitos colaterais, dimensões populistas em face das decisões proferidas por tribunais superiores em assuntos de extrema relevância no dia a dia das pessoas, os textos ora apresentados contribuem, de alguma forma, para iluminar o paradigma crítico do atual momento.

Boa leitura a todos, é o que desejam os apresentadores!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Profa. Dra. Miguel Tedesco Wedy – UNISINOS

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA RETRIBUTIVA: DIFERENTES MÉTODOS À ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS E VIOLÊNCIA

RESTORATIVE JUSTICE AND RETRIBUTIVE JUSTICE: DIFFERENT METHODS OF CONFLICT MANAGEMENT AND VIOLENCE

Marilande Fátima Manfrin Leida ¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo apresentar as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva à resolução de conflitos criminais. A primeira, focada na responsabilização do ofensor, na prevenção, na pacificação dos conflitos criminais e na transformação das relações, e a segunda, na identificação e na punição daquele que descumpriu a norma legal. Porém, é a preponderância do sistema de justiça penal retributivo, cada vez mais punitivista e inquisitorial, imposto por um terceiro alheio ao fato, que define a residualidade da competência da justiça restaurativa.

Palavras-chave: Justiça restaurativa, Justiça retributiva, Resolução de conflitos, Transformação, Punição

Abstract/Resumen/Résumé

The present article aims to present the differences between restorative justice and retributive justice to the resolution of criminal conflicts. The first, focused on the accountability of the offender, on prevention, on pacification of criminal conflicts and on the transformation of relationships, and the second, in the identification and punishment of the one who failed to comply with the legal norm. However, it is the preponderance of the retributive criminal justice system, which is increasingly punitive and inquisitorial, imposed by a third party alien to the fact, which defines the residuality of the competence of restorative justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Restorative justice, Retributive justice, Conflict resolution, Transformation, Punishment

¹ Mestranda do Programa de Mestrado Profissional em Direito da UFSC. Pós-graduada em Direito Constitucional Aplicado pelo Cesus. E integrante do Grupo de Pesquisas Cautio Criminalis, em funcionamento na UFSC.

1 Introdução

A crescente preocupação com a garantia da efetividade da justiça tem motivado o estudo de métodos alternativos à resolução de conflitos para além das formas tradicionais. Assim, conquanto o formato mais utilizado ainda seja a judicialização das disputas para atender as demandas sociais – pautado no uso da coação pelo Estado para o cumprimento do direito posto –, tal mecanismo não tem se revelado eficiente, porquanto moroso e dispendioso.

Com vista a mudança desse cenário, tem sido introduzido diferentes mecanismos no sistema judicial brasileiro, tais como a mediação, a negociação, a justiça restaurativa, o *dispute boards*, a constelação sistêmica, entre outros, com a proposta de levar em consideração a vontade dos envolvidos no processo de resolução dos conflitos, deixando como última opção a imposição jurídico-legal do Estado Juiz.

Nessa esteira, o presente artigo visa apresentar as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva à resolução de conflitos criminais, sem se descuidar que a preponderância do sistema de justiça penal retributivo, cada vez mais punitivista e inquisitorial, imposto por um terceiro alheio ao fato, define a residualidade da competência da justiça restaurativa.

De forma diversa da justiça criminal tradicional, eminentemente punitivista, a justiça restaurativa considera o crime primordialmente como dano causado a pessoas e relacionamentos, os danos são concretos e a ofensa é definida em termos globais. Na justiça tradicional o crime é definido pela ofensa à lei, os danos são abstratos e a conduta ofensiva é compreendida em seu contexto jurídico.

No entanto, não existe um programa único ou um modelo fechado de justiça restaurativa, por se tratar de método de resolução de conflitos pautado em valores e princípios que se amoldam à realidade contextual e estrutural de determinada localidade, assim como não há uma metodologia estanque para sua aplicação, podendo essa variar conforme a necessidade pontual, momentânea ou mais adequada aos costumes de cada comunidade, já que os valores humanos variam no tempo e no espaço.

O presente artigo tem por objetivo apresentar alguns conceitos, princípios, valores, objetivos e as principais diferenças entre essa nova metodologia de resolução de conflitos e o sistema jurídico penal tradicional, no intuito de reunir informações relevantes, sem, porém, esgotar a abordagem sobre o tema.

O referencial teórico do trabalho foi a Criminologia Crítica e o seu método, o dialético, consistente em sintetizar conceitos após análise prévia dos fatos empíricos envolvidos. O trabalho está estruturado da seguinte forma: 1) Introdução; 2) Conceituação: a justiça

restaurativa como um paradigma em construção; 3) Valores restaurativos; 4) Princípios restaurativos; 5) Principais objetivos da justiça restaurativa; 6) Justiça penal retributiva; 7) Justiça restaurativa *versus* justiça retributiva; 8) Considerações finais; 9) Referências bibliográficas.

2 Conceituação: a justiça restaurativa como um paradigma em construção

Para Howard Zehr, um dos principais expoentes da Justiça Restaurativa, que além de muitos artigos possui duas das obras mais utilizadas no Brasil sobre o assunto: “Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça” e “Justiça Restaurativa”, a justiça restaurativa é focada em necessidades e papéis, tendo em vista que o movimento começou como um esforço para repensar as necessidades que o crime gera e os papéis inerentes ao ato lesivo, de modo que,

embora o termo “Justiça Restaurativa” abarque uma ampla gama de programas e práticas, no seu cerne ela é um conjunto de princípios e valores, uma filosofia, uma série alternativa de perguntas paradigmáticas. Em última análise, a Justiça Restaurativa oferece uma estrutura alternativa para pensar as ofensas (2015 p. 13).

No entanto, não há consenso entre os profissionais do ramo quanto a seu significado. Gerry Johnstone e Daniel W. Van Ness (2011, p. 25) delinearão três concepções diferentes mas sobrepostas da justiça restaurativa: a concepção do encontro, a concepção reparativa e a concepção transformadora, sugerindo que o caminho mais frutífero para o movimento é continuar debatendo o significado do conceito, mas conduzindo esse debate de maneira consistente com os princípios da justiça restaurativa.

A concepção do encontro captura uma das ideias centrais do movimento ao possibilitar que as vítimas, os infratores e outras “pessoas interessadas” em um caso criminal se encontrem em um ambiente seguro e solidário, fora de ambientes altamente formais e dominados por profissionais, como o judicial, de modo a assumirem um papel ativo na discussão e tomada de decisões sobre o problema gerado pela conduta ofensiva. Assim, em vez de serem os principais tomadores de decisão, os profissionais e as autoridades estaduais permanecem mais em segundo plano, possibilitando que as próprias partes interessadas tomem as decisões (2011, p. 33).

A concepção da reparação do dano apresenta um estado de coisas distinto pois, quando uma pessoa comete erro grave contra outra, surge um estado de injustiça que precisa ser corrigido, de modo que o perpetrador deve reparar o dano, tanto de modo material quanto simbólico, a fim de estabelecer o equilíbrio entre ofensor e ofendido, já que não é necessário que o transgressor suporte dor ou sofrimento para alcançar a justiça. Essa forma de concepção

visa conscientizar que, mesmo que os infratores tenham sido vítimas de injustiças no passado, eles também são prejudicados por seus delitos criminais, já que frequentemente são alienados ou afastados de sua própria comunidade. Se o agressor demonstrar genuíno arrependimento e se dispor a compensar seus danos, encontrando-se com os prejudicados, ouvindo-os respeitosamente e respondendo a quaisquer perguntas que possam ser feitas, desculpando-se e concordando com as medidas reparadoras que lhes forem sugeridas, poderá haver a reintegração à sociedade e a justiça restaurativa. Tal concepção tende a encorajar a colaboração e a reintegração em vez de impor coerção e isolamento, salvo quando houver considerações primordiais de segurança pública que possam comprometer essa dinâmica (JOHNSTONE e VAN NESS, 2011, p. 36/37).

A concepção transformadora sugere que tanto o objetivo inicial quanto o objetivo final do movimento de justiça restaurativa devem ser transformar a maneira pela qual nos entendemos e nos relacionamos com os outros em nossas vidas cotidianas, de modo que qualquer esforço para mudar práticas específicas, tais como nossas respostas sociais ao crime, tenha sucesso e possa até ter efeitos diferentes daqueles pretendidos, sob pena de se fazer apenas uma contribuição periférica para o objetivo de alcançar uma sociedade justa. Para isso, devemos entender que estamos intrinsecamente conectados e identificados com os outros seres e com o mundo externo, de modo a não fazer distinções nítidas entre o crime e outras formas de conduta prejudicial, respondendo a todos da mesma maneira, identificando quem foi ferido, quais são as suas necessidades e como as coisas podem ser corrigidas (2011, p. 39/40).

Todas as três concepções abrangem encontro, reparo e transformação. A diferença entre elas é onde a ênfase é colocada. A ênfase restaurativa da concepção do encontro é que as partes envolvidas em um crime devem ter a oportunidade de conhecer e decidir a resposta mais satisfatória a esse delito. A ênfase da concepção restaurativa é que a resposta ao crime deve procurar reparar os danos resultantes da conduta ilícita. A ênfase da concepção transformadora é a percepção restaurativa de que fundamentalmente somos seres relacionais conectados por meio de intrincadas redes e outros seres, a toda a humanidade e a nosso meio ambiente. As sobreposições ajudam a explicar por que tem sido difícil chegar a uma definição comum de justiça restaurativa (2011, p. 40/41).

A canadense Elizabeth Elliott (2011, p. 23/42) também propõe a justiça restaurativa com concepção de transformação do modo pelo qual as pessoas se compreendem e se relacionam entre si, privilegiando o “cuidado” como estratégia não punitiva, não se configurando apenas uma alternativa retributiva adicional, mas uma abordagem holística e inovadora que convida os envolvidos a refletir e pôr em prática os valores necessários para se

viver de forma harmoniosa e pacífica com os outros. A abordagem restaurativa ocorre por meio de práticas que consideram três elementos essenciais: atender às necessidades dos participantes, reparar os danos e promover os valores comuns da comunidade. Seu foco está na consequência dos atos e nos efeitos percebidos.

Na “Terminologia” definida pelos Estados Membros da Organização das Nações Unidas, por meio da *Resolution 2002/12*, “programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos”.

E sobre o processo restaurativo, a norma internacional declara que

Processo restaurativo significa 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*).

O britânico Tony F. Marshall (1999, p. 5)¹ descreveu-a como “um processo pelo qual as partes envolvidas em uma ofensa específica resolvem coletivamente como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro”.

A Resolução 26/1999 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas define a Justiça Restaurativa como um processo por meio do qual todas as partes envolvidas em um ato que causou ofensa se reúnem para decidir coletivamente como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e suas implicações para o futuro. A Resolução 12/2002, por sua vez, faz referência aos princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, e define o que se espera de um procedimento restaurativo: “o resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo”.

No entanto, dado o seu caráter prático e os diferentes modos em que a justiça restaurativa é aplicada em diversos países, tal conceito deve ser visto tão somente como um marco inicial para novas formulações embasadas em experiências restaurativas. Assim, trata-se de um conceito aberto e fluido, eis que nesse período de existência, o modelo restaurativo vem sendo modificado constantemente, conforme os interesses e possibilidades de cada sistema jurídico.²

No site oficial do governo canadense³, a justiça restaurativa é definida como uma teoria da justiça que enfatiza a reparação dos danos causados pelo comportamento criminoso. É

¹ *Restorative Justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future.*

² Revista da Defensoria Pública da União. Brasília, DF n. 7 p. 187-210 jan/dez 2014, p. 191.

³ In <http://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/10.html>. Acesso em 15/3/2017.

melhor realizá-lo por meio de processos cooperativos que permitam que todas as partes interessadas se encontrem, embora outras abordagens estejam disponíveis quando isso for impossível. Acredita-se que isso pode levar à transformação de pessoas, relacionamentos e comunidades.

Para aquele sistema

As oportunidades restauradoras (RO) é um programa do Serviço Correcional do Canadá (CSC) que oferece às pessoas que foram prejudicadas por um crime, direta ou indiretamente, uma chance de se comunicar com o agressor que causou o dano. RO é um programa pós-julgamento em que a participação é voluntária para todos os envolvidos. O programa explora as oportunidades de usar vários modelos de mediação vítima-ofensor que melhor atendam às necessidades dos participantes, conforme definido pelos participantes, com a ajuda de um mediador profissional.⁴

Zehr, ao apresentar uma visão geral sobre a justiça restaurativa (2015, pp. 19/26), enfatiza, em sentido negativo, que a justiça restaurativa:

- não tem como objeto principal o perdão ou a reconciliação;
- não implica necessariamente numa volta às circunstâncias anteriores;
- não é mediação;
- não tem por objetivo principal reduzir a reincidência ou as ofensas em série;
- não é um programa ou projeto específico;
- não se limita a ofensas menores ou ofensores primários;
- não é algo novo nem se originou nos Estados Unidos;
- não é uma panaceia nem necessariamente um substituto para o sistema judicial;
- não é necessariamente uma alternativa ao aprisionamento;
- não se contrapõe necessariamente à justiça retributiva.

Para o australiano John Braithwaite (1989, p. 74/75), também referência estrangeira influente no movimento restaurativo com sua “teoria da vergonha reintegrativa ou reintegradora”, ofendido e ofensor devem ser figuras centrais no processo. As conferências, uma das práticas da justiça restaurativa, convidam as vítimas e apoiadores (geralmente familiares e amigos) para se encontrar com o agressor e pessoas que se importam com ele (geralmente incluindo o núcleo familiar, mas não se limitando a eles), para discutirem as consequências do crime, expressando os sentimentos daqueles que foram prejudicados, os danos que podem ser reparados e quais os passos para evitar a “reincidência” (repetição da conduta). A justiça restaurativa apresenta a característica de acentuar nas partes envolvidas a responsabilidade ativa pelo seu futuro, a autorresponsabilização pelo ato praticado e pelo dano causado ao outro. Essa concepção parte do encontro e da reparação, centrando-se na

⁴ In <http://www.csc-scc.gc.ca/restorative-justice/003005-1000-eng.shtml>. Tradução livre do texto original: *Restorative Opportunities (RO) is a Correctional Service of Canada (CSC) program that offers people who have been harmed by a crime, either directly or indirectly, a chance to communicate with the offender who caused the harm. RO is a post-sentence program in which participation is voluntary for everyone concerned. The program explores opportunities to use various victim-offender mediation models that best suit the needs of the participants, as defined by the participants, with the help of a professional mediator.* Acesso em 7/8/2015.

autorresponsabilização a partir da “vergonha” reintegrativa, uma vez que a desaprovação das condutas ilegais, e não da personalidade do infrator, por aqueles que lhe são mais respeitados e queridos, seguida de proposta de inclusão, não de exclusão ou estigmatização, seria reintegrador.

No Brasil, a justiça restaurativa, como técnica autocompositiva de conflitos, promove aproximação entre vítima, agressor, familiares e apoiadores e, quando possível, comunidade, sociedade e Rede de Garantia de Direitos, para buscar, com a escuta ativa e a compreensão das responsabilidades, a reparação dos danos advindos da transgressão e atender, na medida do possível, as necessidades de todos os envolvidos, construindo-se novos caminhos de convivência, pautados pelo bem e pela paz.

Como se vê, não há um consenso acerca da definição e dos objetivos da justiça restaurativa, pois, conforme Van Ness e Strong (2010, p. 23), não há um órgão encarregado de determinar o que é e o que não é justiça restaurativa: este campo se desenvolve ao longo do tempo e em diferentes locais ao redor do mundo, mostrando-se, no entanto, essencial a todos os programas a participação dos diretamente afetados pelo evento danoso – vítimas e ofensores – na construção colaborativa da resolução do conflito.

Mas, mesmo reconhecendo a necessidade de princípios e critérios de qualidade, Zehr entende inadequada a utilização de uma conceituação rígida e oferece uma sugestão a título de definição para fins operacionais:

Justiça Restaurativa é uma abordagem que visa promover justiça e que envolve, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse numa ofensa ou dano específico, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de restabelecer as pessoas e endireitar as coisas na medida do possível (2015, p. 54).

Por se um processo que envolve as principais partes interessadas na melhor decisão de como reparar o dano causado por uma transgressão, se faz necessário destacar que sua aplicação pode ocorrer no meio extrajudicial, inclusive por se tratar de forma abrangente e alternativa de resolução de conflitos. Entretanto, curiosamente, sua utilização tem sido difundida no Brasil primordialmente na esfera do Poder Judiciário, a quem compete dar vez, voz e legitimidade ao acordo decisório.

Essas considerações evidenciam que a justiça restaurativa efetivamente apresenta conceito amplo, com múltiplos referentes, moldável à realidade dos mais diversos contextos, porquanto pautada em princípios e valores, que trazem ínsitos a reparação do dano e o restabelecimento do equilíbrio, fragilizado pela ruptura social resultante da criminalidade. Enfoca o relacionamento entre vítima, ofensor e a comunidade onde vivem, preconizando uma

abordagem inclusiva e colaborativa baseada no sentimento de pertencimento.

Em uma palavra, Justiça Restaurativa é RESPEITO.

Para melhor visualização da proposta restaurativa, faz-se necessário abordar os valores e princípios restaurativos. Tal divisão se justifica pelo fato de que os valores são subjetivos e internos, com vista a expressar, alinhar ou conduzir crenças, percepções, modelos mentais de maneira consistente, são locais – portanto, variáveis, enquanto os princípios são o começo ou a causa de algum fenômeno, também pode ser a causa primária, o momento, o local ou o trecho em que algo ou ação tem origem.

3 Valores restaurativos

Em virtude da ampla possibilidade de aplicação, a justiça restaurativa é alicerçada em valores positivos, tais como: tolerância, sinceridade, compreensão, honestidade e responsabilidade, entre outros, em oposição aos confrontos adversariais que estimulam hostilidades, vingança, medo e mentiras.

Para John Braithwaite (2002, p. 15-18) os valores restaurativos devem superar o processo restaurativo, porquanto da mesma forma que se mostra temerário permitir que algum tribunal imponha uma punição mais gravosa do que aquela permitida por lei, não se pode aceitar que um processo de justiça restaurativa imponha uma punição para além daquela que seria imposta pelos tribunais para o tipo de irregularidade cometida.

O autor acredita que instrumentos de direito humanos da ONU e acordos internacionais de direitos humanos podem orientar os valores que os processos de justiça restaurativa devem observar. Aponta que, em seus trinta artigos, a Declaração Universal de Direitos Humanos define um considerável número de valores e direitos um pouco mais específicos que parecem cobrir muitas das coisas que buscamos restaurar e proteger nos processos de justiça restaurativa. Tais como o direito à proteção de ter uma propriedade arbitrariamente tomada (Artigo 17), direito à vida (Artigo 3), direito à saúde e cuidados médicos (Artigo 25) e direito à participação democrática (Artigo 21).

Enfatiza que o mais importante para os defensores da justiça restaurativa é o quinto do ponto de vista da justiça restaurativa: “Ninguém será submetido a tortura ou a tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante”. De modo que o desafio é tomar o pequeno espaço antipunitivo que este artigo cria no discurso global dos direitos humanos e expandir seu significado ao longo do tempo para que ele adquira cada vez mais uma interpretação mais restaurativa.

Considerando que os programas de justiça restaurativa devem ser avaliados de acordo com a eficácia com que eles entregam valores restaurativos, seu quadro inicial para um debate sobre o conteúdo dos valores da justiça restaurativa inclui o respeito pelos direitos humanos fundamentais especificados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e no seu segundo Protocolo Opcional, na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher e na Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crime e Abuso de Poder.

Indica ainda como valores, encontrados nos acordos internacionais de direitos humanos, a restauração da dignidade humana, dos danos à pessoa ou à saúde, de relacionamentos humanos danificados, de comunidades, do meio ambiente, da liberdade, da compaixão ou do cuidado, da paz, dentre outros (BRAITHWAITE, 2002, p. 18-19).

Por fim adverte que o movimento social pela justiça restaurativa é muito jovem e se mostra prematuro que alguém tenha estabelecido opiniões sobre o que deve ser concebido como valores restaurativos. Destacou, no entanto, que há valores que devemos exortar os participantes nos processos de justiça restaurativa a honrar, como é o caso da escuta respeitosa, enquanto outros não devem fazer parte do rol dos valores diretamente buscados, como o perdão, a compaixão, pois tais sentimentos não podem ser exigidos, coagidos.

Braithwaite (2002, p. 13-14) sugere que os valores sejam divididos em três grupos: no primeiro, encontram-se os valores obrigatórios (*constraining values*), cuja inobservância pode comprometer de forma severa o caráter restaurativo dos encontros; no segundo, valores que devem ser encorajados (*maximising values*); e, no terceiro, aqueles que se podem considerar como o resultado de um encontro bem-sucedido (*emerging values*), mas que não devem ser solicitados ou exigidos pelo mediador ou facilitador ou por qualquer uma das partes: devem emergir de forma natural dos participantes.

Daniel W. Van Ness e Karen Heetderks Strong (2015, p. 50), por sua vez, sintetizam os valores restaurativos como:

Inclusão: todas as partes afetadas são convidadas a moldar diretamente e se envolver em processos restauradores em resposta ao crime;

Encontro: as partes afetadas têm a oportunidade de conhecer as outras partes em um ambiente seguro para discutir a ofensa, os danos e as respostas apropriadas;

Modifica: os responsáveis pelos danos resultantes da infração também assumem a responsabilidade de repará-la na medida do possível;

Reintegração: as partes recebem os meios e a oportunidade de se juntarem às suas comunidades como membros intelectuais, em vez de continuar a suportar o estigma dos danos e ofensas.

João Salm (2018, p. 359) enfatiza que a filosofia da justiça restaurativa se baseia em

cinco pilares centrais: humanização de valores, fortalecimento dos relacionamentos, responsabilidade compartilhada, tratamento de danos e fortalecimento da comunidade.

Valores e relacionamentos são os primeiros pilares da justiça restaurativa. Todos nós temos valores, sejam inerentes, cultivadas por instituições, ou mesmo tratadas como direitos humanos universais. Porque somos humanos, nós temos alguma compreensão compartilhada de respeito, honestidade, verdade, humildade, compartilhamento, empatia, coragem, perdão e amor, e, portanto, esses valores são o fundamento da justiça restaurativa (BRAITHWAITE, 2000; PRANIS, STUART e WEDGE, 2003).

Os valores vão além dos rótulos ou ideias preconcebidas moldados por nossas experiências coletivas em relacionamentos. Aqui nos referimos a valores nas comunidades em que a ética da responsabilidade e do cuidado ultrapassa um determinado grupo, um espaço físico ou qualquer ideologia (GILLIGAN, 1982).

O fortalecimento dos relacionamentos por meio do mútuo conhecimento e envolvimento nas comunidades formam o segundo pilar da justiça restaurativa, porque precisamos uns dos outros, pois não podemos entender quem somos sem alteridade. Usando os princípios e práticas da justiça restaurativa é possível tomar decisões coletivas para a resolver conflitos sem violência. Para isso, precisamos repensar nossa responsabilidade coletiva para com os outros.

A responsabilidade compartilhada permite participação ativa e de forma abrangente na construção da justiça. Um plano é apresentado e as responsabilidades são distribuídos coletivamente entre os envolvidos e a comunidade ou grupo de apoiadores, de modo que um plano de ação seja implementado pela comunidade em colaboração com o infrator e os prejudicados, a fim de ambos sejam reintegrados na sociedade.

Enfrentar os danos demonstra a necessidade de se abordar a vergonha e o trauma que resultou de algum malefício para que a transformação possa começar a acontecer. O foco na reparação dos danos e não no que deve ser feito ao infrator é a chave para entender a justiça restaurativa e para distingui-la das respostas da justiça punitiva e reabilitativa. É por isso que é apontada como outro paradigma (ZEHR, 2015, MCCOLD, 2000).

A justiça restaurativa oferece uma “lente” distinta, para usar o termo de Zehr, para definir o problema do crime e como resolvê-lo. O crime é definido como dano causado e não pela transgressão de uma norma legal. As respostas ao crime não devem, primariamente, punir ou reabilitar o infrator, mas devem estabelecer as condições para reparar, tanto quanto possível, os danos causados, entendidos esses da maneira mais ampla possível, de modo a englobar o dano material, o sofrimento psicológico e relacional da vítima, a inquietação social e indignação

da comunidade, a incerteza sobre a ordem legal e sobre as capacidades das autoridades para garantir a segurança pública, além do dano social que o agressor causa a si mesmo (ELIZABETH ELLIOT, 2011, p. 31).

A restauração dos danos é uma meta e diferentes meios podem ser escolhidos para alcançá-la, resultados que não são possíveis por mera punição de quem cometeu o erro. As justificativas nas teorias penais (VON HIRSCH, 1998) não demonstram convincentemente a necessidade de punição sistêmica. A posição a priori de que o crime deve ser punido é em si duvidosa do ponto de vista ético. É necessário, portanto, uma exaustiva exploração de formas alternativas de expressar a culpa, favorecer o arrependimento e promover a paz e a ordem social (ELLIOT, 2011, p. 33).

O fortalecimento da comunidade, como pilar da justiça restaurativa, refere-se às relações humanas e aos vínculos que as reforçam, pois Elliott (2011, p. 196) sintetiza que "a comunidade é um conceito multidimensional que inclui aspectos relacionais afetivos, políticos, criativos e coletivos. Eles são as microsociedades nas quais sentimos algum nível de engajamento fora de nossas casas".

4 Princípios restaurativos

Daniel W. Van Ness e Karen Heetderks Strong (2015, p. 50) apontam três princípios fundamentais que governam a implementação da justiça restaurativa nos processos e na reforma do sistema: a justiça exige que trabalhem para transformar vítimas, infratores e comunidades feridos pelo crime; as vítimas, os infratores e as comunidades devem ter a oportunidade de participar ativamente do processo de justiça tão cedo e tão plenamente como desejarem; e, para isso, devemos repensar os papéis e responsabilidades relativas ao governo e comunidades na promoção da justiça. O governo é responsável por preservar uma ordem justa e a comunidade uma paz justa.

A Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, ao se reportar a Resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, relaciona princípios básicos para utilização de programas restaurativos em matérias criminais, ao mesmo tempo em que recomenda sua adoção pelos Países Membros, de modo que esse novo método foi recepcionado pelo sistema normativo brasileiro⁵.

⁵ Como se observa, a justiça restaurativa não é baseada em regras, mas sim em princípios e valores. Tais, no Brasil, estão presentes nos seguintes documentos: na Carta de Araçatuba de 30 de abril de 2005, na Carta de Brasília de 17 de junho de 2005, na Carta do Recife sobre Justiça Restaurativa de 12 de abril de 2006 e na Carta de São

A Carta de Araçatuba foi o primeiro documento que agrupou os princípios básicos da Justiça Restaurativa no Brasil, elencando entre eles a plena informação aos participantes, a autonomia, a voluntariedade, o respeito mútuo, a dignidade dos envolvidos, e outros.

Sucederam-na as recomendações da Carta de Brasília (2005), editada na Conferência Internacional de Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, da Carta do Recife, durante o II Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa em Recife, e da Carta de São Luís, que teve origem no I Seminário Brasileiro de Justiça Juvenil Restaurativa, realizado em 2010, onde se destacou que, mais do que uma alternativa, a justiça restaurativa é “uma importante ferramenta de prevenção e combate à criminalidade, principalmente porque se pauta no princípio da informação e da publicidade”.

Frente a isso, o Conselho Nacional de Justiça, considerando as recomendações das Nações Unidas, expressas nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12, editou a Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016, para dispor sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, estabelecendo no seu art. 2º que

São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

Observa-se, portanto, que a construção da justiça restaurativa é pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, em atendimento ao fundamento constitucional previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, já que visa tratar as consequências da infração na vida da vítima, do infrator e da comunidade, em evidente compatibilidade e complementariedade ao sistema jurídico penal tradicional.

Não obstante, a voluntariedade, a informalidade, a oportunidade, a neutralidade e o sigilo também são alicerces da justiça restaurativa. O primeiro, define que a participação da vítima e do ofensor nas sessões restaurativas decorre de vontade livre, conquanto possa ser encorajada (mas não forçada), visando a facilidade na busca de um acordo.

A informalidade (como regra) representa a ausência de formas ou rituais solenes pré-estabelecidos para a realização dos encontros e depoimentos, reduzindo, assim, burocracias demasiadas, de modo, inclusive, a indicar que as sessões devam preferencialmente ser realizados em local diferente do ambiente formal do Poder Judiciário. Exceção se faz à informalidade no tocante à elaboração do termo constante o acordo, o qual, dependendo do programa de justiça restaurativa adotado, deve ser homologado pela autoridade judiciária.

Luís sobre Justiça Juvenil Restaurativa de 9 de julho de 2010.

A prática restaurativa não tem momento certo para acontecer, ou seja, a oportunidade de se aplicar a justiça restaurativa é variável e pode ocorrer a qualquer momento, muito embora na justiça retributiva reine o princípio da indisponibilidade da Ação Penal, restringindo a possibilidade de renúncia, desistência etc.

A neutralidade do procedimento representa a necessidade de ouvir as partes envolvidas (na presença ou ausência da parte contrária) sobre a ocorrência dos fatos investigados, bem como sua motivação e eventuais sequelas, para conjuntamente discutir sobre a possibilidade de um acordo, de uma restauração.

O sigilo, como o próprio nome define, representa a segurança de que o que for pronunciado pelas partes na sessão não poderá ser usado em outro lugar a favor ou contra qualquer uma delas, nem mesmo se o ofensor recusar a restauração à vítima, não podendo resultar como fundamento ou causa para agravamento de eventual sanção que venha a ser aplicada.

Assim, esse método foca, antes de tudo, os danos e consequentes necessidades da vítima, sem olvidar da comunidade e do ofensor. Deve tratar das obrigações que resultam dos danos (as obrigações do ofensor, bem como da comunidade e da sociedade). Deve utilizar processos inclusivos, cooperativos e envolver a todos que tenham legítimo interesse na situação, incluindo vítimas, ofensores, familiares, membros da comunidade e da sociedade, para buscar reparar os danos e endireitar as coisas na medida do possível.

Tais considerações evidenciam que os programas desse método objetivam colocar as decisões-chave nas mãos daqueles que foram mais afetados pelo crime, fazer da justiça um processo mais transformador, o intuito de reduzir a probabilidade de futuras ofensas.

Paul McCold e Ted Wachtel (2003, p. 2 e 7) enfatizam acerca dos aspectos que envolvem esse processo de cooperação e seus objetivos:

A justiça restaurativa é um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de “partes interessadas principais”, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão.

[...]

Crimes causam danos a pessoas e relacionamentos. A justiça restaurativa quer que o dano seja reparado ao máximo. A justiça restaurativa não é feita porque é merecida e sim porque é necessária. A justiça restaurativa é conseguida idealmente por meio de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas principais na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão.

Esse ensinamento reflete os princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, enquanto processo cooperativo pautado em valores e princípios capazes de transformar pessoas e relacionamentos na resolução de conflitos.

5 Principais objetivos da justiça restaurativa

Para Zehr (2015) a justiça restaurativa visa endireitar/consertar as coisas, uma vez que estimula decisões que promovam responsabilidade, reparação e restabelecimento para todos. Defende que a verdadeira responsabilidade consiste em olhar de frente para os atos que praticamos, de modo a estimular aquele que causou algum dano a outrem a compreender o impacto de seu comportamento, os males que causou – e instá-lo a adotar medidas para corrigir tudo o que for possível, devendo as necessidades do ofensor também serem consideradas nesse processo, tais como a responsabilização que cuide dos danos resultantes, estimule a empatia e a responsabilidade e transforme a vergonha.

A necessidade de mudança de perspectiva de uma política criminal extremamente repressiva, ante a ausência de busca por uma concepção mais abrangente do dano, em que inclua e motive os envolvidos à restauração, tanto quanto possível, do status quo, é um dos objetivos desse método.

O inciso III do artigo 1º da Resolução CNJ n. 225/2016, aponta como foco das práticas restaurativas a resolução de conflitos, a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

Conclui-se que a justiça restaurativa tem como objetivos básicos tratar os danos decorrentes do ato lesivo (reparação, restauração ou recuperação), incluindo as causas (necessidades da vítima e também as causas do comportamento do ofensor – injustiças sociais, condições de insegurança são de responsabilidade da família, comunidades e da sociedade como um todo), a responsabilização do ofensor e reparação da vítima na medida do possível.

A partir do momento em que se define que a finalidade desse método é a reparação dos danos causados pelo ato lesivo, surge a necessidade de se clarificar o seu sentido *versus* justiça penal retributiva.

6 Justiça penal retributiva

O Direito Penal retributivo e punitivista nasceu para a defesa social dos direitos subjetivos, destacando-se em importância aqueles que protegem a vida, a liberdade e o patrimônio. A violação da norma jurídica de obrigação coercitivamente imposta resulta na

imposição de uma sanção, majoritariamente privativa de liberdade como compensação e resposta pelo mal praticado (*punitur quia peccatum est*), revelando o caráter retributivo da pena.

A questão dos fins da pena ensejou o surgimento de várias teorias que pretendem demonstrar o objetivo de combater o delinquente. A Teoria Retributiva é marcada pela ideia de que a pena é pura retribuição, que tem como fim a reação punitiva ou a resposta ao malfeito causado pelo autor do delito em virtude da prática de um ilícito penalmente definido. É o mal – pena – que responde ao ato injusto – crime – cometido pelo sujeito culpável – autor –, uma vez que essa teoria, também conhecida como Teoria Absoluta, considera que a pena deriva da ideia de justiça⁶.

A teoria utilitária, relativa, finalista ou da prevenção sustenta que o objetivo da pena consiste em evitar o cometimento de novos delitos e, dessa forma, proteger bens juridicamente tutelados. Subdivide-se em prevenção geral (sob o aspecto negativo), em que a pena atua como fator de intimidação dirigido a todo o corpo social, o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da lei penal; e prevenção especial ou individual (também com aspecto negativo) em que a pena inibe o criminoso de cometer novas infrações, tem a finalidade de prevenir, evitar, a ocorrência de novas infrações.

Na Teoria da Prevenção Geral, que tem por parâmetro o valor moral, o fim preventivo da pena é atribuído a todos os cidadãos, e na Teoria Especial, que tem como parâmetro o valor jurídico, o caráter retributivo da pena é dirigido à pessoa do infrator. A legitimidade externa é condicionada por sua adequação ou não ao fim perseguido, externo ao próprio Direito.

A retribuição antecede a prática do delito, seja ela prevenção geral negativa ou positiva. Na prevenção negativa, por meio da neutralização do infrator ou da intimidação dos cidadãos, a pena é baseada na coação psicológica, por ser ameaça preventiva, que redunde em efeito dissuasório ou intimidativo para o infrator em potencial, enquanto na positiva, por meio da correção do delinquente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos, a pena serve para atualizar a vigência e a conformação das normas e dos valores do ordenamento jurídico, o que motiva as pessoas a atuarem de acordo com o Direito, na medida em que depositam confiança no funcionamento do sistema e acreditam na sua segurança.

Na prevenção especial, a pena aplicada ao infrator serve como advertência para que não volte a delinquir. Isso ocorre, na verdade, com o início da execução da pena. Também a prevenção especial é apresentada ora como positiva, ora negativa, a primeira como instrumento útil para evitar a reincidência, com a adoção de sanções admonitórias (para réus primários) ou

⁶ Que tem como principais autores na Modernidade os filósofos Immanuel Kant e G.F.W. Hegel.

mediante tratamento terapêutico individualizado para a ressocialização do condenado, e a segunda para evitar a prática de delitos, com a necessária neutralização física ou psíquica do indivíduo – prisão, controle eletrônico quando em liberdade etc. –, ou intimidação (contramotivação) para desestimular a prática delitiva.

Conquanto a finalidade da pena deva perseguir um fim condizente com a democracia e os ditames constitucionais – daí sua importância para o Direito Penal –, sua banalização não se coaduna com a conservação da ordem jurídica, porquanto

Existen otras formas de reacción social a la criminalidad no oficiales, pero a veces más eficaces que las oficiales propiamente dichas, de forma que, igual que sucede com el concepto de criminalidad, el concepto de reacción social frente a la misma excede, por lo menos en la Criminología, del plano estrictamente legal para incluirse en un marco más amplio de control social, en el que lo que no se ve (o no se dice) es quizás lo que mas importa. (MUÑOZ CONDE, 1985, p. 226).

Apesar da teorização, o sistema de justiça criminal vigente é caracterizado pelo punitivismo e pelo inquisitorialismo, servindo como resposta oferecida pelo Estado às demandas de segurança da sociedade, convertendo-se em recurso público de gestão de condutas utilizado contingencialmente e não como instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos. Tal sistemática tem levado ao hiperencarceramento seletivo – direcionado a certos segmentos sociais –, em estabelecimentos que não oferecem o mínimo de condições para atender às necessidades e a ressocialização dos presos.

Zaffaroni (2017, p. 175/176) garante que o Estado de Direito vem dando espaço para o Estado de Polícia, por meio de um punitivismo exacerbado, e, indo além do que preconizou o criminólogo americano Jonathan Simon⁷, adverte que a técnica de governo referenciada pelo crime, completamente oposta à tradição liberal, importa na fabricação de inimigos e na consequente neutralização de qualquer obstáculo ao poder punitivo ilimitado, supostamente usado para destruir o adversário (inimigo), ameaça a democracia em todas as suas instituições. Alerta que o poder punitivo sem controle sempre foi usado para verticalizar e hierarquizar as sociedades, para dotá-las de estrutura colonizadora.

Esse arcabouço de martírio pode ser reconhecido, sem grande esforço, nos atuais discursos de legitimação da expansão do poder punitivo. O crime que provoca a emergência é sempre o mais grave e só pode ser combatido com a penalização ou com o agravamento da

⁷ Autor de *Governing Through Crime: how the war on crime transformed american democracy*, em que analisa com profundidade como se foi gestando a tremenda transformação institucional e social que desembocou no autoritarismo pena atual. Em tradução livre: “Governando através do crime: como a guerra contra o crime transformou a democracia americana e criou uma cultura de medo”.

pena, assim como todo discurso contrário deve ser neutralizado porque o delírio punitivista encobre os delitos praticados para reprimi-lo.

Embora a ineficiência seja uma marca indelével desse processo, tendo em vista que o punitivismo jamais conseguiu afastar os perigos que o justificam, cada vez mais esse discurso tem ganhado espaço nos palanques eleitoreiros e nas mídias de plantão⁸.

A retribuição penal modernamente se fundamenta também na necessidade de compensação do abalo social decorrente do crime – o que a aproxima das teorias da prevenção geral positiva ou de integração. A psicanálise explica que a retribuição satisfaz a necessidade de castigo que a sociedade sente perante aquele que violou as regras sociais (ALMEIDA, 2000).

Essa visão reascende a ideia da concepção retributiva ou neorretributiva da pena como retribuição geral integradora – efeito positivo –, ou seja, de retribuição do significado positivo e construtivo que sempre foi próprio da clássica ideia, porquanto a prevenção geral não é outra coisa senão a prevenção de futuros crimes, como efeito da retribuição – efeito negativo.

Aqueles que têm uma posição de autoridade na sociedade precisam tomar decisões sobre como manter a disciplina e a ordem social, de modo a demonstrar que as punições não são a única forma eficiente de disciplinar aqueles que demonstram comportamento que atente contra a ordem e a paz social.

Essa de política de recrudescimento e ampliação emergencial do Direito Penal tem dificultado a adoção de outros meios de resolução de conflitos, como a justiça restaurativa, que apresenta uma nova maneira de abordar a justiça penal, com enfoque nos valores humanos, na reparação dos danos causados às pessoas e relacionamentos, em vez de simplesmente punir os transgressores.

7 Justiça restaurativa *versus* justiça retributiva

Enquanto a justiça restaurativa tem como principais objetivos a responsabilização do ofensor e a reparação dos danos sofridos pela vítima, na medida do possível, a finalidade primordial da justiça retributiva é identificar e punir exemplarmente o causador do mal injusto,

⁸ Como exemplos podem-se citar dois projetos de segurança pública na pauta do Senado que preveem mudanças no Código Penal brasileiro: o PL 2862/2004 e o PLS 469/2015. O primeiro visa à revogação do dispositivo que reduz pela metade os prazos de prescrição para criminosos entre 18 e 21 anos de idade (a proposta já foi aprovada pela Câmara em novembro do ano passado). O segundo agrava a pena de crimes praticados em situação de tocaias nas imediações de residência, interior de escola ou em raio de até 100 metros de escola. Os atos podem ser qualificados como crimes de homicídio e sequestro. A proposta prevê o aumento da pena em até pela metade. Isso sem mencionar que a Comissão de Constituição e Justiça do Senado pode votar o PL 352/2017, que autoriza agentes de segurança pública a matar ou lesionar pessoas que estiverem portando arma de fogo de forma ilegal e ostensiva por presunção de legítima defesa. O PL foi apelidado pelo autor da proposta como “Lei do Abate”.

no intuito de intimidar e prevenir a reiteração de novos crimes.

A ideia de reparação como caráter nuclear na definição de justiça restaurativa se distingue qualitativamente daquela reparação dos danos sofridos pela vítima na justiça dita “tradicional”, decorrente do instituto da indenização por perdas e danos associada a responsabilidade extracontratual, assim como do direito penal e processual penal, porquanto pautada em mecanismos voltados para a proteção da vítima, alguns dos quais especificamente direcionados para a reparação civil, pois se pretende que a resposta restaurativa seja diversa daquela resultante da mera adição tradicionalmente obtida no plano cível e no plano criminal.

O conceito de dano também difere daquele definido em sentido amplo (que também engloba o perigo – dada a ofensividade de um valor penalmente reconhecido) para a racionalização do conceito material de crime, porquanto não será esse dano que a justiça restaurativa assume como finalidade de reparação, mas sim os danos sofridos pelos indivíduos atingidos pelo ato ofensivo, definido como crime pela norma legal, razão pela qual o foco da reparação é a vítima concreta, ainda que se trata de bens jurídicos coletivos.

Nesse processo de reparação, a vítima – muito relacionado ao pensamento vitimológico – vem assumindo relevância no discurso político-criminal, com o crescimento da exigência de que ela efetivamente tenha lugar (ZAFFARONI, 2003).

Elucidando esse processo de cooperação entre vítima, agressor e sociedade, Hans Schneider (1993, p. 159) discorre:

Há que conceber a reparação como um processo de interação (de ação recíproca) entre o agente, a vítima e a sociedade, que cura o conflito criminal e restabelece a paz entre os envolvidos. Não se trata, precisamente, de pagar uma certa quantidade de dinheiro e de articular alguns pedidos de desculpa feitos à pressa. A reparação é um processo criativo, uma contribuição pessoal e social que requer um esforço supremo de confissão e de luto psíquico e social por parte do agente do crime, com o qual este assume perante a vítima e perante a sociedade a sua responsabilidade pelos delitos.

O ponto de partida para a compreensão da reparação restaurativa é o da especificidade e da amplitude do dano inerente ao crime. Para Howard Zehr (2005), o crime é traumático e devastador, tendo em vista que considerado uma “violação do eu” que lhe é natural. E acrescenta que o crime põe em causa duas crenças básicas em que as pessoas fazem assentar a paz das suas vidas: a convicção de que o mundo é um lugar ordenado e que “faz sentido” e a crença na autonomia pessoal.

Alguns estudiosos da justiça restaurativa, como Howard Zehr (2015) e Raffaella da Porciuncula Pallamolla (2009), apontam suas práticas como alternativa ao excessivo encarceramento, porquanto muitos infratores também foram vítimas de negligência social,

pertencem a comunidades carentes ou a grupos raciais desfavorecidos. Os defensores dessa linha abordagem da JR visam alterar as condições da prisão, minimizar o encarceramento ou até mesmo a abolição dessa prática, porquanto a prisão não cumpre a sua função ressocializadora.

Não se ignora que os proponentes dessa mudança no sistema penal têm variadas posições ideológicas, incluindo o liberal, radical-crítico, feminista e abolicionista; suas estratégias são variadas; a sua adesão é aberta e permeável; e não há uma (ou várias) organizações que unem seus membros, embora pode haver conferências que reúnem pesquisadores e ativistas.

Contudo, importante apresentar algumas das principais diferenças práticas entre o Sistema Penal Tradicional e a Justiça Restaurativa seja em contraposição ou em complementação àquela.

Diferentes visões	
Justiça Restaurativa	Justiça Retributiva
<ul style="list-style-type: none"> • O crime é uma violação de pessoas e de relacionamentos 	<ul style="list-style-type: none"> • O crime é uma violação da lei e do Estado
<ul style="list-style-type: none"> • As violações geram obrigações 	<ul style="list-style-type: none"> • As violações geram culpa
<ul style="list-style-type: none"> • A justiça envolve vítimas, ofensores e membros da comunidade nem esforço comum para reparar os danos, “consertas as coisas” 	<ul style="list-style-type: none"> • A justiça exige que o Estado determine a culpa e imponha uma punição (sofrimento)
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Foco central:</i> as necessidades da vítima e a responsabilidade do ofensor de reparar o dano comentido 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Foco central:</i> os ofensores devem receber o que merecem
Diferentes perguntas	
<ul style="list-style-type: none"> • Quem sofreu danos? 	<ul style="list-style-type: none"> • Que leis foram infringidas?
<ul style="list-style-type: none"> • Quais são suas necessidades? 	<ul style="list-style-type: none"> • Quem fez isso?
<ul style="list-style-type: none"> • De quem é a obrigação de suprir essas necessidades? 	<ul style="list-style-type: none"> • O que o ofensor merece?

Além dos conflitos que surgem quanto à definição e às delimitações da justiça restaurativa, o caráter da própria diversidade pode embarçar aquilo que se julga convencional.

Paul Cold e Ted Wachtel (2003) advertem que,

Um sistema de justiça penal que simplesmente pune os transgressores emocionais e desconsidera as vítimas não leva em consideração as necessidades emocionais e sociais daqueles afetados por um crime. Em um mundo onde as pessoas sentem-se cada vez mais alienadas, a justiça restaurativa procura restaurar sentimentos e relacionamentos positivos. O sistema de justiça restaurativa tem como objetivo não apenas reduzir a criminalidade, mas também o impacto dos crimes sobre os cidadãos. A capacidade da justiça restaurativa de preencher essas necessidades emocionais e de relacionamento é o ponto chave para a obtenção e manutenção de uma sociedade saudável.

Contudo, o restaurativismo judicial, como nova metodologia de resolução de conflitos, está se estabelecendo paralelamente às atuais práticas estatais na administração da justiça criminal. Independentemente disso, é possível concluir que sua abordagem apresenta respostas progressivas ao crime.

8 Considerações finais

Como nova proposta, a justiça restaurativa traz ínsita a ideia de prevenção e redução da criminalidade, seja pela mudança de comportamento social-comunitário seja pela abordagem à responsabilização consciente do infrator, à reparação dos danos causados por uma conduta ofensiva e à inclusão da vítima, com conotação transformativa das relações intersubjetivas, de modo a evidenciar vantagens desse modelo em relação a outros, especialmente o retributivo.

As práticas de justiça restaurativa são amplas e podem incluir discursos de culpa e censura, reparação e promessas para o aprofundamento e o desenvolvimento de novos trabalhos no futuro. A justiça restaurativa avalia o sucesso da sanção não pela quantificação da punição infligida ou tratamento fornecido, mas por quanto de reparação, resolução e a reintegração foi alcançada.

Essa nova metodologia de atuação do Poder Judiciário é, sem dúvida, mais consentâneo com os objetivos da prestação jurisdicional, ao proporcionar a participação colaborativa de todos os envolvidos para a solução mais efetiva (fins) e eficiente (meios) dos conflitos criminais, sem se limitar a aspectos meramente formais.

A retórica de crime e justiça nos leva a simples entendimento de "bem" e "mal", tanto na academia como na cultura popular. No entanto, a justiça restaurativa inicialmente se propõe a atuar junto com as atuais práticas do sistema penal tradicional e sugerir novas maneiras de se fazer justiça, substituindo práticas excludentes e repressivas por ideias inclusivas e responsabilizadoras.

Assim, a justiça restaurativa não é simplesmente uma nova maneira de "fazer justiça". Seu sucesso depende de uma mudança na ética social e uma ideologização diferente de sociedade, abandonando-se a ilusão de que tudo deve ser judicializado, para que os envolvidos em conflitos assumam o protagonismo ativo na busca de soluções, de forma colaborativa e dialógica.

9 Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Paulo Nunes. *Educação lúdica, técnicas e jogos pedagógicos*. São Paulo: Loyola, 2000.
- BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration*. New York: Cambridge University Press. 1989.
- BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and a better future*. Dorothy J. Killam Memorial. In *A Restorative Justice Reader*, pp. 83/97.
- CRUZ, Rafael Alban. *Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal*.

Tribuna Virtual IBCCRIM, São Paulo/SP, ano 01, ed. 2, mar. 2013.

DALY, Kathleen; e Immarigeon, Russ. *The past, presente and future of restorative justice: some critical reflections*. In: *Contemporary Justice Review*, 1998, vol. 1, p. 21 e ss.

ELLIOTT, Elizabeth. *Security with Care*. Restorative Justice & Healthy Societies. Published in Canada by Ferwood Publishing, Manitoba, 2011.

GILLIGAN, Carol. *In a different voice: Psychological theory and women's development*. Cambridge, MA: Harvard University Press. 1982.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. *Justiça restaurativa é possível no Brasil?* In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (org.) *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

JOÃO, Camila Ungar. *Revista da Defensoria Pública da União*. Brasília, DF n. 7 p. 187-210 jan/dez. 2014, p. 191

MARSHALL, Tony F. *Restorative Justice: An Overview*. 1999.

MCOLD, Paul e Wachtel, Ted. *Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 Agosto de 2003, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.iirp.edu/pdf/paradigm_port.pdf. Acesso em 6/ago/2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y controle social*. Jerez: Tirant lo Blach, 1985.

NAÇÕES UNIDAS. ECOSOC Resolution 2002/12: *Basic principles on the use of restorative justice programmes*. In *criminal matters*. p. 3. Disponível em <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Acesso em 25/jul/2017.

NESS, Daniel W. Van; and STRONG, Karen Heetderks. *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*. 2nd Edition. 2010/2015.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PRANIS, Kay, STUART, Barry, y WEDGE, Mark. *Peacemaking Circles: From Crime to Community*. St. Paul, MN: Living Justice Press. 2003.

PINTO, Renato Sócrates (org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

SALM, João; KAYINGO, Gerald; and HASS, Virginia McCoy. *Creating a Culture of Restorative Justice*. In *The Health Professions Educator: a practical guide for new and established faculty*. Gerald Kayingo and Virginia McCoy Hass, editors. New York, NY: Springer Publishing Company, LLC [2018]. Includes bibliographical references and index.

SCHNEIDER, Hans Joachim. *Einführung in die Kriminologie (Jura Studienbuch) Broschiert*. De Gruyter. Berlin. New York. 1993

VON HIRSCH, Andreas. *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour*. Oxford University Press, 1998, edited by Andrew Ashworth (Vinerian Professor of English Law, University of Oxford) and Martin Wasik.

WINKELMANN, Alexandre Gama; GARCIA, Flávia Fernanda Detoni. *Justiça restaurativa: principais fundamentos e críticas*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20775/justica-restaurativa>. Acesso em 10/dez/2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 4. reimp. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo; Palas Athena, 2015.

ZEHR, Howard. *Changing Lenses – A new focus for crime and justice*. Ontário: Heraqlid Press, 3ª ed. (1ª ed. de 1990), 2005.