



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

TÁSSIA LOUISE DE MORAES OLIVEIRA

OS LIMITES DO ACORDO RESTAURATIVO

Salvador

2018

TÁSSIA LOUISE DE MORAES OLIVEIRA

OS LIMITES DO ACORDO RESTAURATIVO

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Área de concentração: Direito Público – Mestrado.

Linha de pesquisa: Constituição, Estado e Direitos Fundamentais,

Orientadora: Professora Doutora Selma Pereira de Santana

Salvador

2018

S232

Oliveira, Tássia Louise de Moraes,
Os limites do acordo restaurativo / por Tássia Louise de Moraes
Oliveira. – 2018.
149 f.

Orientadora: Professora Doutora Selma Pereira de Santana.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, 2018.

1. Justiça restaurativa. 2. Direito penal. Universidade Federal
da Bahia

CDD- 345

JUSTIÇA RESTAURATIVA E OS LIMITES DO ACORDO RESTAURATIVO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA, após avaliação da seguinte banca examinadora:

Nome: Selma Pereira de Santana

Titulação e instituição: Doutora em Ciências jurídico-penal pela Universidade de Coimbra

Nome: Saulo José Casali Bahia

Titulação e instituição: Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Nome: Fernanda Ravazzano

Titulação e instituição: Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia

Salvador/BA, 20/07/ 2018

RESUMO

Face ao desgaste do paradigma retributivo, estruturado na racionalidade penal moderna, que ignora a singularidade dos conflitos originados pelas infrações criminais e a impossibilidade de tratá-los de forma igualitária tomando-se como base apenas classificações legais, emerge a justiça restaurativa como alternativa à solução destes conflitos, resgatando a vítima, figura esquecida do processo penal tradicional, e dando a esta, e também ao ofensor, a oportunidade de construir a solução adequada aos conflitos. A noção de justiça restaurativa desponta, com forte influência abolicionista e das diretrizes da vitimologia, com a pretensão de uma reação diferente da resposta fornecida pelo sistema de justiça criminal tradicional, baseada na democratização do processo, assim como na recusa do autoritarismo que permeia o direito penal, na busca de respostas mais humanas ao crime, atendendo aos interesses das vítimas, dos ofensores e da comunidade envolvida. Na perspectiva da proposta restaurativa, a reparação do dano surge como reflexo do arcabouço valorativo herdado da vitimologia, de modo que os danos causados à vítima devem ser reparados. Para tanto, há um processo complexo que envolve diferentes atitudes as quais o ofensor pode tomar para reparar, material e/ou simbolicamente o ofendido. Deste modo, a reparação seria suficiente para a concretização da justiça, não sendo necessário infligir dor ou sofrimento ao ofensor. Ademais, o acordo restaurativo, além de reparar a vítima, proporcionaria a reintegração do ofensor e a restauração da comunidade abalada pelo delito. Inobstante as possibilidades de reparação que podem surgir do acordo restaurativo sejam amplas, abertas às peculiaridades de cada caso e assumidas de forma voluntária, estas não podem ser irrestritas e ilimitadas, fazendo-se relevante delimitar, a partir da coerência, da proporcionalidade e dos ditames constitucionais, os limites do acordo restaurativo. A estipulação dos limites do acordo restaurativo não deve distorcer os objetivos e práticas da intervenção restaurativa. A delimitação das barreiras limitadoras do pacto restaurativo tem a função de alinhar a intervenção restaurativa aos direitos fundamentais dos indivíduos constitucionalmente assegurados, de modo que o esforço reparatório e a solução restaurativa não venham a ser contaminadas com o arcabouço valorativo retributivista.

Palavras chave: Justiça Restaurativa; limites do acordo restaurativo; autonomia.

ABSTRACT

Faced with the erosion of the retributive paradigm, structured in the modern criminal rationality, which ignores the uniqueness of the conflicts originated by the criminal infractions and the impossibility of treating them in an egalitarian way, based only on legal classifications, restorative justice emerges as an alternative to the solution rescuing the victim, a forgotten figure in traditional criminal proceedings, and giving the victim and the offender the opportunity to construct the appropriate solution to the conflicts. The notion of restorative justice emerges, with a strong abolitionist influence and the guidelines of victimology, with the pretension of a different reaction from the traditional criminal justice system, based on the democratization of the process, as well as on the refusal of authoritarianism that permeates the law in the search for more humane responses to crime, taking into account the interests of victims, offenders and the community involved. In the perspective of the restorative proposal, the reparation of the damage arises as a reflection of the value structure inherited from the victimization, so that the damages caused to the victim must be repaired. For this, there is a complex process involving different attitudes which the offender can take to repair, material and / or symbolically the offended. In this way, reparation would be sufficient for the realization of justice, and it is not necessary to inflict pain or suffering on the offender. In addition, the restorative agreement, besides repairing the victim, would provide the reintegration of the offender and the restoration of the community shaken by the crime. Although the reparative possibilities that may arise from the restorative agreement are broad, open to the peculiarities of each case and taken on a voluntary basis, they can not be unrestricted and unlimited, making it relevant to delimit, from the coherence, proportionality and constitutional dictates, the limits of the restorative agreement. The stipulation of the limits of the restorative agreement should not distort the objectives and practices of the restorative intervention. The delimitation of the limiting barriers of the restorative pact has the function of aligning the restorative intervention to the fundamental rights of the individuals constitutionally assured, so that the reparative effort and the restorative solution will not be contaminated with the retributivist value framework.

Key-words: Restorative Justice; limits of the restorative agreement; autonomy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 A CRISE DO PARADIGMA PUNITIVO.....	14
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS FUNÇÕES DA PENA.....	32
3 A GÊNESE DA PROPOSTA RESTAURATIVA.....	44
3.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA E O ABOLICIONISMO PENAL.....	46
3.2 JUSTIÇA RESTAURATIVA E A VITIMOLOGIA.....	56
3.3 EM BUSCA DE UM CONCEITO.....	66
3.3.1 Princípios e valores informativos da justiça restaurativa.....	75
3.3.1.1 Voluntariedade.....	77
3.3.1.2 Confidencialidade.....	80
3.3.1.3 Não-dominação.....	82
3.3.1.4 Empoderamento das partes.....	82
3.3.1.5 Informalidade.....	83
3.3.1.6 Reparação dos danos.....	84
3.3.1.7 Condução do encontro restaurativo por facilitadores capacitados e imparciais.....	87
3.3.1.8 Vergonha reintegrativa.....	88
3.3.2 Justiça restaurativa e justiça criminal: a relação de divergência e convergência entre tais modelos de reação ao delito.....	90
3.3.3 O fundamento democrático da justiça restaurativa.....	94
4 ACORDO RESTAURATIVO: ENTRE A ESTRITA LEGALIDADE E O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA NA SEARA PENAL.....	100
4.1 AUTONOMIA E DIREITO PENAL: O PONTO DE TENSÃO ENTRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A TUTELA DOS BENS JURÍDICOS PENALMENTE RELEVANTES.....	102
4.2 O ACORDO RESTAURATIVO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	105
4.3 O ACORDO RESTAURATIVO E A PROPORCIONALIDADE.....	109
4.4 OS EFEITOS JURÍDICOS DO ACORDO RESTAURATIVO.....	117
4.5 OS LIMITES DO ACORDO RESTAURATIVO.....	119
4.6 O CONTROLE DO ACORDO RESTAURATIVO POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	127
4.7 O CONTROLE DO ACORDO RESTAURATIVO POR MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO.....	130

SUMÁRIO

5 CONCLUSÕES.....	133
6 REFERÊNCIAS	139

1 INTRODUÇÃO

Restaurar significa reparar, recuperar o que foi perdido, restabelecer ou recomeçar. Originada a partir da confluência da vitimologia e do abolicionismo penal, surge a justiça restaurativa com uma proposta diferente de justiça penal, com finalidades, procedimentos e mecanismos divergentes dos tradicionais para solucionar os conflitos oriundos da prática de um crime.

Neste sentido, a justiça restaurativa emerge como um novo paradigma de justiça criminal, propondo um modelo consensual, participativo e dialógico, que objetiva, antes da punição, a emancipação dos afetados pelo delito, por meio da reparação à vítima pelos danos sofridos, da possibilidade de ressocialização do ofensor e da restauração/reconstrução dos laços sociais rompidos.

Além disso, refletir a justiça restaurativa como um novo modelo de resposta ao crime é estabelecer um novo olhar, uma nova perspectiva, uma “troca de lentes”, frente à concretização de um sistema de justiça mais democrático e igualitário. Igualmente, a construção teórica da justiça restaurativa origina-se da vitimologia e do abolicionismo penal, radicando seus princípios e valores uma nova acepção de justo, que se relaciona com os valores de solidariedade, do diálogo, almejando a pacificação social, a partir de uma nova perspectiva do fenômeno criminal.

Diante de um cenário de crise do paradigma punitivo, a justiça restaurativa emerge como nova proposta de reação ao delito, pautando-se por princípios e valores próprios, bem como visando resgatar a vítima no sistema penal. Todavia, o paradigma punitivo não pretende ser um substituto ao modelo retributivo. Ao contrário, o sistema restaurativo reconhece sua insuficiência para tutelar todos crimes na cada vez mais complexa realidade social.

Partindo da premissa de que a missão do direito penal, além da proteção dos bens jurídicos, também é a restauração e manutenção da paz jurídica, tem-se que as propostas humanizadoras da justiça restaurativa objetivam regenerar o conflito interpartes e social gerado pelo delito, resgatando a paz e almejando tornar eficaz, em seus propósitos preventivo, retributivo e pedagógico, a sanção penal.

Todavia, em que pese a gradual emergência da justiça restaurativa como alternativa de resposta penal, muito se critica acerca de viabilidade prática e efetividade de tal modelo de reação penal, tecidas principalmente pelos defensores do garantismo penal, que aduzem que a redescoberta da vítima no processo penal

consiste em retrocesso histórico e importa em diminuição dos direitos do infrator, destinatário final do sistema de controle penal, bem como privaria o agente criminoso do seu direito constitucional a um processo justo, democrático e equilibrado, além da ausência de respaldo legal a amparar e estabelecer os limites dos acordos restaurativos.

Diante desse impasses e obstáculos à implementação e posituação da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, além da questão da ausência de amparo legal justificador dos acordos restaurativos, o que atinge, por reflexo, questões das garantias dos ofensores e a legalidade, pedra angular do direito processual penal brasileiro, motivou-se a escolha do objeto de estudo das pesquisas realizadas no âmbito do Mestrado no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia: os limites do acordo restaurativo.

Neste sentido, tendo em vista a gradual implementação da justiça restaurativa no Brasil, ainda que seja por resoluções, já existindo programas consolidados nos estados da Bahia, Maranhão, São Paulo e Rio Grande do Sul, por exemplo, ressalta-se a importância de escrever sobre a temática, uma vez que se faz necessário refletir sobre os fundamentos e limites éticos e jurídicos do acordo restaurativo.

Assim, considerando a implementação fática de práticas restaurativas no processo penal brasileiro, faz-se necessário indagar sobre quais são os limites do acordo restaurativo e os potenciais efeitos jurídicos destes, principalmente diante da ausência de normas que regulem as práticas restaurativas no Brasil, além da ausência de pesquisas e carência de doutrinadores que examinaram a questão.

Foram estas as inquietações que justificaram a escolha do tema. Neste tocante, resta demonstrada a justificativa pessoal da escolha do tema e relevância social de se empreender uma pesquisa acerca dos limites do acordo restaurativo.

Neste sentido, considerando a gradual emergência deste novo modelo de reação ao crime, como pode o acordo restaurativo, pautado na voluntariedade, no informalismo e na busca pela reparação dos danos, atender a todas os objetivos, em tese, anunciados pelo modelo restaurativo?

Num primeiro momento, tais inquietações acerca da justiça restaurativa me levaram a pesquisar e refletir o substrato ideológico restaurativo, que questiona os pressupostos implícitos do sistema penal tradicional, fundamentado nos conceitos de culpa, perseguição, imposição, castigo e coerção. A ausência de uma definição conceitual da justiça restaurativa pode nos conduzir a distorções sobre o que o modelo

restaurativo é e propõe com outros modelos alternativos de intervenção penal.

Esta indagação inicial nos conduz ao questionamento acerca da justiça restaurativa como um novo paradigma de justiça criminal, bem como sua possível coexistência com o paradigma retributivo, levando em consideração que os teóricos da justiça restaurativa empregam a noção de paradigma e de crise paradigmática de Thomas Kuhn no intuito de demonstrar a insuficiência da resposta ao crime do sistema de justiça penal dito tradicional e a necessidade de sua superação.

Desta forma, o capítulo inaugural da presente dissertação reflete sobre os paradigmas nas ciências sociais, a crise paradigmática do modelo retributivo, que reflete o padrão cultural, historicamente consensual, pautado na crença na legitimidade do emprego de violência como instrumento compensatório dos danos causados pelo crime e na eficácia pedagógica das estratégias punitivas, e, a partir de tal debate, encontrar a abertura teórica que fundamenta a justiça restaurativa como novo modelo de reação ao crime em resposta à crise de ineficiência enfrentada pelo sistema clássico de justiça criminal.

Em fase posterior, disserta-se sobre os fundamentos, princípios e valores deste novo modelo de reação ao crime, expondo-se a gênese de uma proposta restaurativa, sendo que esta origina-se a partir da confluência do abolicionismo penal e da vitimologia, sendo estas correntes doutrinárias as principais influências do substrato ideológico restaurativo, além de explanar-se os seus princípios, valores e práticas restaurativas. Expõe-se, ainda, evolução histórica das práticas restaurativas e o marco normativo internacional.

Assentadas as fontes teóricas e os princípios e valores do modelo restaurativo, passa-se a debater a justiça restaurativa como mais um espaço de resgate do diálogo e consenso na justiça criminal, entendendo-se que o produto final da prática restaurativa, o acordo restaurativo, encontra-se no ponto de tensão entre o exercício de autonomia da seara penal e a estrita legalidade que rege e informa o direito penal brasileiro.

O tema da Justiça Restaurativa conquistou, nas últimas décadas, relevante espaço no debate acadêmico nacional. A inegável crise do paradigma punitivo exigiu dos estudiosos da questão penal a proposta de alternativas reais para a solução dos conflitos originados pela prática delitiva.

Todavia, a anárquica implementação de práticas restaurativas, além de dificultar uma sistematização teórica sobre o novo modelo, também nos conduz ao

problema e à indagação que buscamos responder no presente trabalho: Diante de um sistema penal fundamentado e balizado pela estrita legalidade, quais seriam os limites do acordo restaurativo? Teria o acordo restaurativo restrições ou seria ilimitado, baseando-se na conveniência e oportunidade dos atores envolvidos no conflito?

Entendemos que o debate proposto no presente trabalho, longe de exaurir o tema, abre as portas para o amadurecimento do debate e aperfeiçoamento da implementação da Justiça Restaurativa no Brasil. Muito já se escreveu acerca da proposta restaurativa, mas o debate teórico acerca da temática encontra-se estacionado. Dentre esses temas poucos explorados, encontra-se a questão dos limites do acordo restaurativo.

Nesta perspectiva, no capítulo quarto, discute-se a questão das balizas limitadoras do acordo restaurativo, situando a justiça restaurativa como um espaço para o exercício da autonomia na seara bem, bem como buscamos delimitar e harmonizar o acordo restaurativo e o princípio da legalidade e a proporcionalidade.

Destarte, após a delimitação das balizas limitadoras do acordo restaurativo, discute-se acerca dos efeitos jurídicos que este produzirá. Em que pese a existência de tais alternativas legais para se conferir efeitos jurídicos ao acordo restaurativo, entendemos que tais medidas ainda são insuficientes para abranger a pluralidade e a diversidade de soluções que podem emergir do acordo restaurativo em cada caso concreto.

Por fim, finalizando a pesquisa, discorre-se sobre a tutela externa do acordo restaurativo por parte dos atores judiciários tradicionais. Esta questão perpassa pela legitimidade do acordo restaurativo e sua harmonização com o ordenamento jurídico pátrio.

A tutela externa do acordo restaurativo deve ser analisada com cautela e também deve observar limites previamente delimitados, sob pena de desnaturação daquilo que foi construído pelos atores envolvidos no conflito. Todavia, caso este acordo extrapole os limites da razoabilidade ou desbordem das finalidades almejadas pelo modelo restaurativo, deve haver interferência externa neste acordo para que o mesmo se amolde aos princípios e limites balizadores da justiça restaurativa.

Discorrer sobre a justiça restaurativa enquanto novo paradigma de justiça penal é refletir sobre a insuficiência do processo penal tradicional em responder aos conflitos penais contemporâneos. A famigerada e desgastada perspectiva contratualista rousseauiana, que preconiza ser o Estado o sujeito passivo constante das práticas

delitivas, é a responsável pela premissa (equivocada) de que o Estado, e apenas ele, deve ser o principal responsável pela decisão (não solução) do conflito e punir o infrator.

Face ao desgaste do paradigma retributivo, estruturado na racionalidade penal moderna, que ignora a singularidade dos conflitos originados pelas infrações criminais e a impossibilidade de tratá-los de forma igualitária tomando-se como base apenas classificações legais, emerge a justiça restaurativa como alternativa à solução destes conflitos, resgatando a vítima, figura esquecida do processo penal tradicional, e dando a esta, e também ao ofensor, a oportunidade de construir a solução adequada para as controvérsias.

Da mesma forma em que não pretende a justiça restaurativa ser uma resposta universal para todos os problemas do sistema penal, não temos a presunção de exaurimento do tema. À medida que a pesquisa avança, novas indagações surgem. Porém, ambiciona-se responder de forma satisfatória ao tema proposto e, ao final, contribuir positivamente para a consolidação da justiça restaurativa no cenário brasileiro, delineando-se os parâmetros limitadores do acordo restaurativo.

2 A CRISE DO PARADIGMA PUNITIVO

Paradigma é a expressão empregada por Thomas Kuhn para se referir ao conjunto de avanços científicos reconhecidos que, durante determinado lapso temporal, fornecem problemas e soluções-modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência¹. Segundo o referido autor, não há progresso por acúmulo gradual de conhecimentos, mas por disrupturas na chamada “ciência normal”.

Por “ciência normal”, Kuhn entende como a pesquisa baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Tais realizações são reconhecidas por certo tempo por uma determinada comunidade científica e proporcionam os fundamentos para a prática posterior².

Destarte, um paradigma, a partir das lições kuhnianas, define os problemas legítimos e métodos de pesquisa em determinado campo de estudo, conquistando novos pesquisadores e oferecendo novos problemas, novas perspectivas e desafios inéditos a serem resolvidos³.

Para Zehr, os paradigmas funcionam como representações da realidade moldadas pelas nossas necessidades e pressupostos específicos, podendo ser incompletas⁴. Os paradigmas conformam nossa visão e perspectiva não apenas do mundo físico, mas da realidade social, psicológica e filosófica, funcionando como lentes com as quais compreendemos os fenômenos, de modo que tudo que foge ao paradigma consolidado nos parece absurdo⁵, premissa esta com a qual concordamos.

Um paradigma consolidado predomina em determinado ramo científico durante certo lapso temporal, impondo sua matriz conceitual e suas estratégias metodológicas para a solução dos problemas propostos. Na medida em que o paradigma dominante se desenvolve, mostra-se insuficiente para o enfrentamento das novas adversidades.

Desta forma, um paradigma é questionado e gradualmente abandonado, ocasionando uma crise paradigmática, enquanto a comunidade científica passa a

¹ KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 83.

² Idem, p. 54

³ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. São Paulo: Zamboni, 2014, p. 121.

⁴ Para o autor, nos parece o que nos conduz é o bom senso, quando, na verdade, nossas bússolas são os nossos paradigmas.

⁵ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 83.

buscar novos métodos e soluções. Não se trata de uma passagem de uma opção teórica por outra, mas de uma verdadeira mudança epistemológica, na perspectiva de Thomas Kuhn.

Esta ruptura, outrossim, oportuniza uma nova forma de pensar e proporciona novos modelos e teorias que vão desafiar os métodos consolidados de interpretar e justificar os fenômenos e eventos estudados pelas ciências.

Todavia, deve-se ressaltar que esta ruptura paradigmática não ocorre de forma pacífica. Ela provoca conflitos e resistências, uma vez que não apenas o modo de lidar com os novos problemas é questionado, mas também, a habilidade e o domínio técnico dos profissionais que, até então, detinham o conhecimento inquestionável de determinada disciplina.

Assim, os teóricos da Justiça Restaurativa empregam a noção de paradigma e de crise paradigmática de Thomas Kuhn, no intuito de demonstrar a insuficiência da resposta ao crime do sistema de justiça penal dito tradicional e a necessidade de sua superação.

Entretanto, a aplicação do conceito de paradigma kuhniano nas ciências sociais – *soft sciences* – nas quais incluem-se o Direito, seria questionável, haja vista que o físico e filósofo atribui a tais ciências um caráter pré-paradigmático, distinguindo-as das ciências naturais – *hard sciences* – consideradas autenticamente paradigmáticas⁶.

Tal controvérsia deve-se ao fato de que nas ciências sociais, os fenômenos são de natureza subjetiva, não se permitindo captar pela objetividade, tal como ocorre nas ciências exatas; bem como as ciências sociais não possuem teorias explicativas que lhes permitam abstrair do real para depois nele, de forma metodologicamente controlada, a prova adequada que demonstre a veracidade da teoria; e, por fim, as ciências sociais não conseguem estabelecer leis universais para justificar os eventos sociais, que são histórica e culturalmente condicionados. Por tais razões, as ciências sociais não conseguiriam produzir previsões fiáveis dos porquês os seres humanos agem e comportam-se de determinadas formas⁷

Todavia, conforme nos adverte Sousa Santos, tal concepção dicotômica entre ciências sociais e ciências exatas não merece subsistir, uma vez que todo

⁶ TIVERON, *op. cit.*, p. 122

⁷ SOUSA SANTOS, Boaventura. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições Afrontamento, 2010, p. 20.

conhecimento científico-natural é também científico-social⁸. Esta concepção, para este autor, encontra-se superada, haja vista que consiste em uma perspectiva típica do modernismo, que parte de uma visão mecanicista que distingue entre natureza e ser humano, entre a matéria e a natureza que o compõe. Ainda na visão do autor,

[...] os avanços recentes da física e da biologia põe em causa a distinção entre orgânico e inorgânico, entre seres vivos e matéria inerte e mesmo entre o humano e o não humano. As características da auto-organização, do metabolismo e da auto-reprodução, antes consideradas específicas dos seres vivos, são hoje atribuídas aos sistemas pré-celulares de moléculas. E quer num quer noutros reconhecem-se propriedades e comportamentos antes considerados específicos dos seres humanos e das relações sociais⁹.

Desta forma, não mais subsistiria a visão dicotômica estanque entre ciências sociais e ciências naturais, tal como sustentado por Kuhn, mas uma progressiva fusão e intercâmbio entre as ciências naturais e as sociais, que coloca o ser humano, enquanto ser individual e coletivo, autor e sujeito do mundo, no centro do conhecimento, revalorizando e ressignificando conceitos de ser humano, cultura, historicidade, processo, liberdade, autodeterminação e consciência.

Assim, a partir das conclusões de Sousa Santos, o conceito de paradigma científico kuhniano aplica-se às ciências sociais, incluindo-se o Direito, de modo que a justiça restaurativa pode ser considerada como um novo paradigma de resposta ao crime.

Outrossim, para Cláudia Cruz Santos, o emprego da expressão paradigma restaurativo, além de já haver adquirido certo valor de uso, consolidado academicamente, também aponta a diferença entre a resposta dada ao crime pela justiça penal e aquela que é ofertada pelo modelo restaurativo. Desta forma, um novo paradigma restaurativo suscitaria novas respostas para as perguntas feitas pela sociedade sobre os modos de reação ao fenómeno criminal¹⁰.

A necessária reflexão sobre a justiça criminal, na modernidade, nos leva à conclusão de que se trata de um modelo histórico repleto de promessas não cumpridas, tais como a suposta função intimidatória das penas e a ressocialização. Para Rolim, o modelo atual de justiça penal encontra-se falido, pois sua estrutura não funciona para a responsabilização dos infratores, não produz justiça e não constitui

⁸ *Idem*, p. 61.

⁹ *Idem. Ibidem*.

¹⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?**. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 39.

um verdadeiro sistema¹¹.

Neste sentido, cumpre ressaltar que, ao se debater a falência do modelo punitivo que elegeu a pena privativa de liberdade como principal ferramenta de resposta ao delito, não se refere a uma falência recente. As crises da utilização da prisão remontam à época do seu surgimento¹².

Consoante aduz Bittencourt, a partir do momento em que a pena privativa de liberdade converte-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia vir a ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Todavia, este otimismo inicial desapareceu e hodiernamente, predomina certa atitude pessimista sobre os resultados que se possam conseguir com a pena de prisão tradicional. O referido autor sintetiza os argumentos que lastreiam as críticas à pena privativa de liberdade nas seguintes premissas: a) o ambiente carcerário, em razão da sua antítese com a comunidade livre, converte-se em meio artificial, que não lhe permite adquirir habilidades de retorno ao convívio social; b) inexistem condições materiais e humanas que tornam alcançável o objetivo reabilitador¹³.

Seguindo o mesmo raciocínio, Stanley Cohen¹⁴ considera que a ineficácia atávica da pena privativa de liberdade é tão grande que não vale sequer a pena a sua reforma, pois manterá sempre seus paradoxos e contradições fundamentais. Para Cohen, numa aproximação com a corrente abolicionista, a verdadeira solução ao problema da pena de prisão é a sua extinção.

O reconhecimento da inadequação, do mau uso das prisões e a percepção do encarceramento em massa como fator criminógeno, isto é, que contribui para o aumento do crime, conduziu à busca por alternativas ao encarceramento. Consoante aduz Zehr:

Muitos têm feito tentativas de reformular esse processo nos últimos séculos. A conclusão de alguns de que “nada resolve”, ou de que nenhum bem pode advir desses esforços de reformulação, é imprecisa. No entanto, muitas, senão a maioria dessas tentativas, têm sido infrutíferas. Os esforços de reforma têm sido usados para servir a propósitos muito diferentes daqueles

¹¹ ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006, p. 233.

¹² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 29.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 176-177.

¹⁴ COHEN, Stanley. **Un escenario para el sistema penitenciário futuro**. In: Nuevo Pensamiento Penal, 1975, Buenos Aires, p. 412.

originalmente visados. As prisões mesmas foram originalmente criadas como alternativas mais humanas aos castigos corporais e às penas de morte. O encarceramento deveria atender às necessidades sociais de punição e proteção enquanto promovem a reeducação dos ofensores. Uns poucos anos depois de sua implementação, as prisões tornaram-se sede de horrores e nasceu o movimento para a reformulação do sistema prisional¹⁵.

Assim, considerando-se o aprisionamento como fator criminógeno, tem-se que a pena privativa de liberdade, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la¹⁶, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade¹⁷.

Para Foucault, a prisão, ferramenta essencial no modelo punitivo, marca um novo período na história da justiça penal: o acesso à “humanidade”. A pena privativa de liberdade, aduz o filósofo francês, preexiste à utilização sistemática nas leis penais. A sistemática geral de um sistema que visa tornar os indivíduos “úteis e dóceis” através da sua subtração do convívio social e mediante um trabalho preciso sobre seu corpo, originou a prisão como instituição, antes que a própria legislação penal a definisse como a pena por excelência¹⁸. O paradoxo da pena privativa de liberdade reside no seu modo de execução e seus objetivos declarados: Como se pode ressocializar o indivíduo subtraindo-o do convívio social? Respondendo a tal indagação, Bitencourt nos informa que “é impossível pretender que a pena privativa de liberdade ressocialize por meio da exclusão e do isolamento”¹⁹.

Ainda na visão de Foucault, pode-se compreender o caráter de obviedade²⁰ que a prisão-castigo muito cedo assumiu, tendo surgido umbilicalmente ligada com o próprio funcionamento da sociedade, de modo que ela conduziu ao esquecimento todas as outras formas de punições que os reformadores do século XVIII haviam

¹⁵ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 61.

¹⁶ Hibber cita exemplos ilustrativos que demonstram os efeitos criminógenos da prisão: “Fui enviado a uma instituição para jovens com a idade de 15 anos e saí dali com 16 convertido em um bom ladrão de bolsos – confessou um criminoso comum. Aos 16, fui enviado a um reformatório como batedor de carteiras e saí como um ladrão... Como ladrão, fui enviado a uma instituição total onde adquiri todas as características de um delinquente profissional, praticando desde então todo tipo de delitos que praticam os criminosos e fico esperando que a minha vida acabe como a de um criminoso.” *In*. HIBBER, C. **Las raíces del mal: una historia social del crimen y su represión**. España: Ed. Luiz de Caralt, 1975, p. 195.

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, p. 179

¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**; tradução de Raquel Ramalheite. 38ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 217

¹⁹ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 181.

²⁰ Essa obviedade da prisão de que trata Foucault fundamenta-se na forma simples da privação da liberdade: Como não seria a prisão a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um sentimento “universal e constante”? A perda da liberdade tem o mesmo preço para todos, indiscriminadamente. Desta forma, seria a pena de prisão o castigo “igualitário”. *In*: FOUCAULT, Michel. *op. cit.*, p. 218.

concebido. A prisão, assim, já nasce levada pelo movimento social histórico, sendo concebida como pena por excelência das sociedades ditas civilizadas, introduzindo novos processos de poder e dominação²¹.

Para Zehr, as prisões foram originalmente criadas como alternativas mais humanas aos castigos corporais e às penas de morte. O encarceramento deveria atender aos anseios sociais de punição, ao passo que, simultaneamente, promoveriam a reeducação dos ofensores. Uns poucos anos depois de sua implementação, as prisões tornaram-se sede de horrores e nasceu o movimento de reforma do sistema prisional²².

Georg Rusche e Otto Kirchheimer sustentam que, ao dissertarem sobre a evolução do sistema carcerário, “as prisões existem apenas para prender os homens e não para puní-los”²³. Tal postulado teria predominado por toda Idade Média e o início da Idade Moderna. Até o século XVIII, as grades consistiam no local de detenção daqueles que se viam processados criminalmente até o julgamento, onde os réus sempre passavam meses ou anos, até que o caso chegasse ao fim. As condições de encarceramento eram precárias e as autoridades não forneciam nenhuma provisão para a manutenção dos presos, e o ofício de guarda era um negócio altamente lucrativo até os fins do século XVIII²⁴.

Na análise feita por Foucault, observa-se que no século XIX emerge a prisão como sanção mais utilizada, substituindo duas outras formas anteriormente empregadas: os suplícios e as penas proporcionais ao crime, formando-se aquilo que o filósofo batiza como “sociedade punitiva”, um tipo de sociedade na qual o aparelho do Estado desempenha funções corretivas.

Todavia, pouco mais de um século depois, o clima de obriedade se dissipou. Todos os inconvenientes da prisão vieram à tona²⁵. Mesmo assim, não se vislumbra outras alternativas²⁶. Seria a pena privativa de liberdade a solução da qual não se

²¹ FOUCAULT, op. cit., p. 218

²² ZEHR, op. cit., p. 61.

²³ RUSCHE, Georg; OTTO, Kirchheimer. **Punição e estrutura social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 94-95.

²⁴ *Idem. Ibidem.*

²⁵ De um modo geral, as deficiências da prisão compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: maus tratos verbais ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer sem incorrer em evidente violação do ordenamento jurídico); superpopulação carcerária; falta de higiene; condições deficientes de trabalho; regime alimentar insuficiente; elevado consumo de drogas e abusos de natureza sexual. *In BITENCOURT, op. cit.*, p. 177-178

²⁶ Discordando de tal premissa, Bitencourt considera que se fala em crise da prisão, mas não como

pode dispor²⁷.

O filósofo francês reproduz as críticas que foram feitas em 1820 e 1845, pontuando que tais críticas permanecem as mesmas até hoje, com variações de natureza quantitativa: as prisões não reduzem as taxas de criminalidade; a privação da liberdade provoca reincidência; o cárcere provoca a fabricação de delinquentes em decorrência das condições as quais submete os apenados; a prisão favorece a organização hierárquica de criminosos; os egressos do sistema prisional estão fadados à delinquência, devido às condições de vigilância a que são submetidos; por fim, a privação da liberdade contribui para a delinquência na medida em que leva as famílias dos apenados ao estado de miserabilidade²⁸.

Na perspectiva da criminologia crítica, o paradigma punitivo atual encontra-se esgotado não apenas na sua eficácia prática, como também, na sua legitimidade moral (quanto ao direito de punir) e política (no que atine à definição dos fatos sociais que são rotulados como crimes)²⁹.

Para a crítica criminológica, a prisão configura a perfeita reprodução intramuros da criminalidade e a injustiça das relações sociais existente na realidade extramuros³⁰. A violência estatal, até então vista como inútil, seria, na verdade, violência útil do ponto de vista da autorreprodução do sistema social, da manutenção das relações de produção, da defesa dos interesses dos detentores do poder e para a distribuição desigual dos recursos³¹.

No pensamento criminológico contemporâneo, as críticas sustentadas pelo *labelling approach*, criminologia crítica e pelo movimento abolicionista denunciam os efeitos do cárcere, os processos de criminalização, a seletividade e a estigmatização do direito penal, acrescentando novos argumentos às críticas iniciais feitas ao cárcere.

As críticas formuladas pela criminologia crítica podem ser sintetizadas nos seguintes argumentos: a) A pena, especialmente em suas manifestações mais

algo derivado estritamente da sua essência, mas como resultado da deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, o que exigiria uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam converter a pena privativa de liberdade em meio efetivamente reabilitador. In. BITENCOURT, *idem*, p. 178.

²⁷ *Idem. Ibidem*.

²⁸ *Idem*, p. 221-223.

²⁹ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. São Paulo: Zamboni, 2014, p. 43.

³⁰ TIVERON, *op. cit*, p. 93.

³¹ BARATTA, Alessandro. **Princípios de derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal**. Doctrina penal: teoría e prática em las ciencias penais. ano 10, n. 87, p. 628.

drásticas e desumanas, que tem por objeto a esfera da liberdade pessoal e da incolumidade física dos indivíduos, é violência institucional, isto é, limitação de direitos e repressão de necessidades reais fundamentais dos indivíduos mediante a ação legal ou ilegal dos funcionários do poder legítimo e do poder de fato em uma sociedade; b) Os órgãos que atuam nos distintos níveis de organização da justiça penal (legislador, Polícia, Ministério Público, juízes, órgãos de execução) não representam nem tutelam interesses comuns a todos os membros da sociedade, senão, prevalentemente, interesses de grupos minoritários dominantes e socialmente privilegiados.

Não obstante, em um nível mais alto de abstração, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes, mais que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos; c) O funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, seja no que diz respeito à proteção outorgada aos bens e aos interesses, seja no que concerne ao processo de criminalização e ao recrutamento da clientela do sistema (a denominada população criminal). Todo ele está dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis, como o evidencia a composição social da população carcerária, apesar de que os comportamentos socialmente negativos estão distribuídos em todos os estratos sociais e de que as violações mais graves aos direitos humanos ocorrem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais; d) O sistema punitivo produz mais problemas do que pretende resolver.

Ademais, no lugar de compor conflitos, reprime-os e, amiúde, esses adquirem um caráter mais grave do que o seu próprio contexto originário; ou também por efeito da intervenção penal podem surgir conflitos novos no mesmo ou em outros contextos. E, por fim, o sistema punitivo, por sua estrutura organizativa e pelo modo em que funciona, é absolutamente inadequado para desenvolver as funções socialmente úteis declaradas em seu discurso oficial, funções que são centrais à ideologia da defesa social e às teorias utilitárias da pena³².

Ao longo da existência do modelo retributivo, foram realizadas reformas que buscaram corrigir as suas falhas. Inicialmente, as punições eram severas, inexistindo

³² BARATTA, *op. cit.*, 625.

correlação entre a gravidade do delito e a pena imposta. Em momento posterior, com o Renascimento, bem como com as críticas formuladas por Beccaria³³, introduz-se o critério de proporcionalidade entre o ato criminoso e a pena correspondente, tornando a sua aplicação mais racional.

Indo além, Bitencourt, ao analisar a obra de Beccaria e a sua importância para o movimento de reforma das prisões, esclarece que:

A obra de Beccaria deve ser examinada dentro de um contexto cultural que prevalecia em todos os campos do saber. As ideias filosóficas que a informam não devem ser consideradas originais. Trata-se, na verdade, da associação do contratualismo com o utilitarismo. O grande mérito de Beccaria foi falar claro, dirigindo-se não a um limitado grupo de pessoas dotas, mas ao grande público. Dessa forma, conseguiu, através de sua eloquência, estimular os práticos do direito a reclamar uma reforma que deviam conceber os legisladores. Em realidade, muitas das reformas que Beccaria sugere foram propostas por outros pensadores. Seu êxito deve-se ao fato de constituir o primeiro delineamento consistente e lógico sobre uma bem elaborada teoria, englobando importantes aspectos penológicos^{34 35}.

O livro do Marquês de Bonesana, considerada como a obra que inaugura o chamado “Direito penal moderno”, propõe um sistema criminal mais humano, tomando-se como parâmetro o sistema criminal vigente à época na Europa³⁶, expondo ideias sobre as prisões que contribuíram para o processo de racionalização da pena privativa de liberdade. Importante ressaltar que Beccaria não renunciou à noção do aspecto punitivo e sancionador da pena, mas pregava a necessidade de reforma nos estabelecimentos prisionais e no modo como a pena era executada, introduzindo a ideia de que não devem a sujeira e a fome predominar nas prisões, bem como

³³ Já na segunda metade do século XVIII, o Marquês de Bonesana, adepto do movimento filosófico-humanitário, em sua célebre obra *Dos delitos e das penas*, questionava: Qual é a origem das penas, e qual o fundamento do direito de punir? Quais serão as punições aplicáveis aos diferentes crimes? Será a pena de morte verdadeiramente útil, necessária, indispensável para a segurança e boa ordem da sociedade? Serão justos os tormentos e as torturas? Conduzirão ao fim que as leis se propõem? Quais os melhores meios de prevenir o delito? Serão as penas igualmente úteis em todos os tempos? In: BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 25.

³⁴ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 67.

³⁵ No mesmo sentido, para Alessandro Baratta, a obra do Marquês de Bonesana não é necessariamente original, mas fruto de um movimento de pensamento, que confluía toda a política do Iluminismo europeu e, em especial, o francês. A consequência resultante para a história da ciência penal, não só italiana mas europeia, é a formulação pragmática dos pressupostos para uma teoria jurídica do delito e da pena, assim como do processo, no quadro de uma concepção liberal do estado de direito, baseada no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número, e sobre as ideias do contrato social e da divisão de poderes. In: BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

³⁶ Segundo Bittencourt, a obra em questão foi publicada pela primeira vez, de forma anônima, em julho de 1764. In: BITENCOURT, *op. cit.*, p. 67.

defendendo uma atitude compassiva e humanitária na administração da justiça³⁷.

A análise da obra de Beccaria revela a estrutura da chamada teoria penal moderna, de modo que o autor, ao explicar e fundamentar a boa forma de convivência social, visando evitar os atos considerados prejudiciais à coletividade, formula um sistema de punição dos atos infracionais, considerados como aqueles que colocassem em risco a paz social, entendida como a convivência coletiva harmônica.

Nesta estrutura, a punição assumiria duas importantes funções: o de mensagem às pessoas reunidas em uma determinada organização social e política, no sentido de evitar a prática de atos socialmente danosos, bem como o de retribuição àquele que praticou um delito e, portanto, um dano à ordem social³⁸.

A obra de Beccaria assume importante relevância política e jurídica, sendo o seu âmbito de alcance de grande amplitude, inspirando reformas nos sistemas penais existentes à época em que lançada, questionando a noção de delito e a legitimidade do direito de punir, inaugurando, assim, o chamado “Direito penal moderno”.

As propostas de reforma da legislação criminal de Beccaria encontraram ressonância e foram difundidas por vários discípulos, dentre os quais podemos destacar os déspotas Gustavo III, da Suécia, Catarina II, da Rússia, Maria Teresa, da Áustria, além dos juristas ingleses William Blackstone e Jeremy Bentham e os revolucionários republicanos na América Colonial, tais como Thomas Jefferson e John Addams, além dos filósofos franceses D’Alambert, Diderot, Helvétius, Buffon e Voltaire³⁹.

John Howard, inspirado nas ideias de Beccaria, concebia e defendia uma corrente penitenciária preocupada em construir estabelecimentos apropriados para o cumprimento da pena privativa de liberdade⁴⁰.

Outro filósofo que se preocupou com a temática do sistema prisional, da sua época, foi Jeremy Bentham, que propunha a reforma da legislação inglesa, a qual considerava obscura, irracional, prolixa e assistemática. Embora tenha se espelhado na realidade britânica, as propostas reformadoras de Bentham tinham caráter geral e

³⁷ “Porque parece que no presente sistema criminal, segundo a opinião dominante, prevalece a ideia da força e a prepotência da justiça, porque se atiram os confundidos em uma mesma caverna que os denunciados e os condenados”. In: BECCARIA, *op. cit.*, p. 82.

³⁸ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 46.

³⁹ BICUDO, Tatiana Viggiani. *op. cit.*, p. 43.

⁴⁰ BITENCOURT, *idem*, p. 73

universal⁴¹. Ao expor suas ideias sobre o panótipo⁴², o filósofo inglês foi o primeiro autor consciente da importância da arquitetura penitenciária⁴³.

Outrossim, em período mais recente, na primeira metade do século XX, surge a noção de reabilitação (que viria a cair em descrédito por sustentar um modelo terapêutico), bem como surgiram as penas alternativas, as chamadas restritivas de direitos, que são introduzidas no modelo retributivo como tentativa de salvar o paradigma punitivo, estabelecendo formas alternativas de castigo⁴⁴.

As penas alternativas à privação da liberdade são tidas como sanções modernas, tanto é que os chamados reformadores (Cesare Beccaria, John Howard e Jeremy Bentham) não as conheceram. Inobstante se aceite a pena privativa de liberdade como um marco na humanização da sanção criminal, naquele momento histórico determinado, a verdade é que tal sanção fracassou em seus objetivos declarados⁴⁵.

A necessidade de reformulação do sistema surge como uma exigência de abolição das penas privativas de liberdade curtas e a proposta de substituição por recursos mais adequados⁴⁶.

Para Salo de Carvalho, após dois séculos e afirmação da prisão como a resposta penal por excelência, como consequência do desnudamento do cárcere fornecido pela criminologia crítica, o discurso penal passou a entender que seu uso deve restringir-se a casos-limite, reforçando o caráter fragmentário do sistema penal. Neste contexto, soluções alternativas ao encarceramento foram propostas e aperfeiçoadas, ao longo do século passado, com a criação de diversos institutos, tais como a pena pecuniária, as penas restritivas de direito e a suspensão condicional da pena⁴⁷.

A introdução das penas alternativas ao encarceramento acabou por recrudescer

⁴¹ BICUDO, *idem*, p. 81.

⁴² O panótico, na perspectiva de Bentham, consiste em um modelo de arquitetura penitenciária que permitisse controlar com facilidade o maior número de pessoas. Bentham desenhou o primeiro modelo de panótico inspirado em um jardim zoológico, chamado Le Vaux, existente em Versailles, na França, sendo que, na visão do autor, os animais equivaleriam aos homens aprisionados e a administração do zoológico seria o poder punitivo estatal. Todavia, para Christopher Hibber, o panótico não teria sido ideia original de Jeremy Bentham, mas do irmão deste, o General-Brigadeiro Samuel Bentham, que havia mostrado ao irmão um projeto que havia confeccionado para supervisionar o trabalho no arsenal que coordenava. *In*: BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 82.

⁴³ BITENCOURT, *idem*, p. 78.

⁴⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 32.

⁴⁵ BITENCOURT, *idem*, p. 291.

⁴⁶ *Idem. Ibidem*.

⁴⁷ CARVALHO, Salo de Carvalho. **Antimanual de criminologia**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255.

o campo de atuação do controle formal, somando a pena alternativa à antiga pena privativa de liberdade, sem realizar mudanças significativas na racionalidade do sistema penal.

Consoante pondera Howard Zehr:

O reconhecimento da inadequação e mau uso das prisões logo levou à busca de alternativas ao seu encarceramento. Muitas variantes têm sido introduzidas, mas seu histórico não é encorajador. Muitas vezes têm servido como alternativa a outras alternativas que não as alternativas à prisão. Com demasiada frequência têm servido de alternativa à adoção de uma medida formal. As populações carcerárias continuam a crescer ao mesmo tempo em que as alternativas também crescem, aumentando o número de pessoas sob o controle e supervisão do Estado. A rede de controle e intervenção se ampliou, aprofundou e estendeu, mas sem efeito perceptível sobre o crime e sem atender às necessidades essenciais de vítima e ofensor⁴⁸.

Diante deste fracasso, as populações carcerárias continuam a crescer simultaneamente ao crescimento das penas alternativas, que também crescem, aumentando, assim o número de pessoas sob controle e supervisão de Estado⁴⁹. Assim, tem-se que as penas alternativas ao cárcere não serviram para substituí-lo, mas complementá-lo.

O insucesso das penas alternativas já havia sido preconizado pelos abolicionistas⁵⁰, que buscavam alternativas ao sistema penal, aduzindo que, embora menos invasivas, as penas alternativas continham a mesma lógica repressiva do sistema penal.

Por outro lado, a justiça restaurativa se apropria das críticas do discurso abolicionista para tecer as críticas ao sistema penal repressivo, questionando a legitimidade do poder punitivo estatal, bem como preconizando que há necessidade de superação do paradigma punitivo, tornando-se necessário buscar alternativas às penas, além de penas alternativas.

Analisando criticamente o insucesso das penas alternativas, Leonardo Sica nos conduz à conclusão de que se mostra inócuo pensar em penas e medidas alternativas à prisão, dentro da lógica do paradigma exclusivamente punitivo-retributivo, no qual, pela própria natureza dos mecanismos existentes, faz com que prevaleça a resposta

⁴⁸ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 61-62.

⁴⁹ ZEHR, *op. cit.*, p. 89.

⁵⁰ O abolicionismo é um movimento de política criminal cuja principal característica reside em preconizar a abolição do sistema penal enquanto método de controle social e de solução de conflitos oriundos do fenômeno da criminalidade. Sua crítica à falta de efetividade e à natureza intrinsecamente bárbara do direito penal torna-se particularmente relevante neste momento histórico. *In*: MAZZILLI NETO, Raniere. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 75.

de força, impulsionada por fatores externos ao sistema⁵¹.

Tal cenário de ineficiência também fornece um terreno fértil para o nascimento do Minimalismo penal, movimento de política criminal que preconiza a limitação da violência punitiva e a máxima contração do sistema penal, mas também a construção alternativa dos problemas sociais. Trata-se do fracasso das medidas alternativas ou de sua impossível convivência com uma política criminal reacionária e encarceradora? Ou seja: o problema é mais amplo⁵².

Ainda sobre o fracasso das penas alternativas, comenta o autor que, curiosamente, as taxas de encarceramento aumentaram consideravelmente, contrastando com o discurso das medidas alternativas e, além disso, o aumento de tais taxas indica que há um equívoco na transposição da teoria das sanções alternativas para a prática⁵³.

Consoante adverte Salo de Carvalho, desde a perspectiva crítica, as penas alternativas devem ser possibilidades de minimização da dor e sofrimento que imponham rupturas ao modelo carcerário, não podendo, portanto, configurarem um adicional ao sistema penalógico, transformando-o em apêndice ou válvula de escape de um desgastado e insolvente sistema punitivo⁵⁴.

Juarez Cirino dos Santos, ao tecer comentários acerca da Reforma do Código Penal brasileiro de 1984, alertava sobre as possíveis armadilhas dos substitutivos penais e processuais penais, afirmando que

[...] os substitutos penais não enfraquecem a prisão, mas a revigoram; não diminuem sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua legitimidade, mas a ratificam: são instituições tentaculares cuja eficácia depende da existência revigorada da prisão, o centro nevrálgico que estende o poder de controle, com a possibilidade do reencarceramento se a expectativa comportamental dos controlados não confirma o prognóstico dos controladores⁵⁵.

Neste sentido, Zehr defende que a expansão da rede e a ineficácia das penas alternativas para alterar a situação do sistema penal ocorrem em razão destas, na

⁵¹ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 09.

⁵² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. In: Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2006. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/85735786/Vera-Andrade-Minimalismos-e-Abolicionismo>>. Acesso em: 29 dez. 2017, p. 17.

⁵³ SICA, Leonardo. *op. cit.*, p. 08.

⁵⁴ CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, p. 256.

⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 299.

perspectiva do paradigma punitivo, apoiarem-se na mesma compreensão de crime e justiça, partindo dos mesmos pressupostos: a culpa deve ser atribuída; a justiça deve vencer e esta não se desvincula da imposição da dor; a justiça é medida pelo processo; e, por fim, a violação da lei define o crime.

Para Beristain, o esgotamento do paradigma punitivo dá-se em razão dos múltiplos anacronismos, a visão maniqueísta, a excessiva abstração filosófica, o casamento com a moral religiosa, a indiferença à realidade sócioeconômica, bem como a negligência quanto à diversidade de cosmovisões que convivem na sociedade e merecem amplo respeito⁵⁶.

Entender o cenário de crise e deslegitimação do sistema penal, é compreender, a partir das diversas críticas formuladas a este, que, na expressão empregada por Vera Andrade, o sistema penal está “nu”, que todas as máscaras caíram e que ele agora exerce, aberta-mente, sua função real, compreendendo, também, que, pela via da nudez, uma nova e mais perigosa relegitimação está em curso, e que se apropria de outras práticas discursivas da sociedade tecnológica, em detrimento do discurso científico que operava sua legitimação histórica, a saber: o espetáculo midiático e dramaturgico, o medo do inimigo, criminalidade que ele constrói em escala massiva⁵⁷⁵⁸.

Acrescente-se, ademais, a ineficácia dissuasória do sistema penal. No atual estágio da contemporaneidade, ponderou-se que o efeito dissuasório preventivo almejado pelo sistema retributivo, pautado pelo paradigma punitivo, estivesse mais associado ao funcionamento do modelo, isto é, mais e melhores policiais, mais e melhores juízes e mais e melhores prisões confeririam maior efetividade ao sistema e, por consequência, preveniria o delito. Todavia, esta suposta efetividade da melhor punição significou, na prática, mais reclusos nas prisões, porém, não necessariamente diminuiu as estatísticas da criminalidade⁵⁹.

⁵⁶ BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.academia.edu/7220124/A_Nova_Criminologia__A_Luz_do_Direito_Penal_e_da_Vitimologia_-_Antonio_Beristain>. Acesso em: 15 jul. 2017

⁵⁷ ANDRADE, *op. cit.* p. 12.

⁵⁸ “A deslegitimação, explicitada na teoria e na prática (observação empírica) constitui, antes de mais nada, a radical demonstração de que o sistema penal está nu, pelo desvelamento de suas múltiplas incapacidades; ela explicita a inteira nudez do sistema penal e particularmente da prisão, reduzida que está a espaço de neutralização e de extermínio indireto”. In: ANDRADE, Vera, *idem.*, p. 11-12;

⁵⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. GOMES, Luiz Flavio. **Criminologia: introdução e os seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/1995, Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 363.

Analisando a lógica do funcionamento do sistema de justiça criminal, Lola Aniyar de Castro⁶⁰ destaca que fórmulas e equações repressivas ou intimidatórias são meramente sintomatológicas, policiaiscas e não cuidam das raízes do problema criminal, prescindindo da sua análise científica.

Esta lógica punitiva foi analisada e batizada por Álvaro Pires⁶¹ como o fenômeno da racionalidade penal moderna⁶², na qual a maior criminalização leva à maiores índices de criminalidade, de forma que se aumenta a massa de encarcerados, bem como a sensação de insegurança, de modo que se clama por maior rigor punitivo, persistindo tal ciclo vicioso, de forma que não se vislumbra outra alternativa para a solução do problema criminal senão maior e mais punição.

Assim, erigiu-se o direito penal à categoria de solucionador de todos os males sociais que ferem os bons cidadãos, criando-se um ciclo vicioso que desgasta o sistema punitivo, conduzindo-o a níveis dramáticos de ineficiência.

Neste cenário de crise, consoante nos adverte Zehr, de nada adianta a conclusão que “nada resolve”, ou simplesmente afirmar que nada de bom pode advir desses esforços de reforma⁶³. E é justamente na busca por alternativas às penas, que emerge a justiça restaurativa, como meio alternativo de tutela dos conflitos originados pelo fenômeno da criminalidade.

Interessante observar, conforme nos adverte Zaffaroni, que o paradigma punitivo não consiste em um modelo de solução de conflitos, mas sim de decisão vertical de poder. É por isso que ele aparece nas sociedades quando estas se

⁶⁰ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 66-67.

⁶¹ PIRES, Álvaro. **A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos**. Novos Estudos CEBRAP, nº 68. São Paulo, CEBRAP, 2004.

⁶² Por racionalidade penal moderna deve-se entender uma forma peculiar de se conceber a Justiça Penal, em um processo que se inicia a partir do século XVIII. A racionalidade penal moderna consubstancia um sistema único de regras jurídicas, constituídas com objetivos e valores próprios, que fazem do Direito penal um subsistema peculiar, como características próprias no universo jurídico. Tal subsistema constitui uma “estrutura normativa telescópica”, na qual se vislumbra a existência de normas de comportamento (preceitos primários) associadas às normas de sanção (preceito secundário), sendo tais preceitos indissociáveis. Assim, a violação de uma norma de comportamento conduz à inderrogável aplicação de uma norma de sanção, concretizável mediante a pena (sendo a pena privativa de liberdade a resposta por excelência de tal sistema). Desta forma, normas de comportamento e sanção representam um todo unitário, não se podendo dispensar a sanção na hipótese de violação do preceito primário. O crime corresponderá a uma pena, restringindo o espaço para a emergência de outras formas de solução de conflitos. In: PIRES, Álvaro. *op. cit.*, p. 39-60.

⁶³ ZERH, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 61.

verticalizam hierarquicamente^{64 65}.

Diante dessa crise do paradigma punitivo, percebe-se que a justiça restaurativa emerge enquanto novo modelo e nova proposta de reação ao crime, introduzindo “novas lentes”, na percepção do delito enquanto evento que atinge, além de bens jurídicos, pessoas, oferecendo, mais do que penas alternativas, novas alternativas às penas.

Da constatação da crise de legitimidade e eficiência do sistema penal, emerge a necessidade de reforma, para além de penas alternativas, sendo necessário, conforme propõe Sica, redefinir a missão da justiça penal, partindo dos seguintes pressupostos: a) integração social; b) preservação da liberdade e ampliação dos espaços democráticos; c) diminuição do caráter aflitivo da resposta penal; d) superação da filosofia do castigo; e e) restauração/manutenção da paz jurídica⁶⁶.

Ao propor reformas no sistema punitivo, o modelo restaurativo propõe a reconstrução de uma teoria criminal que permita novas práticas no sistema judiciário penal, além da punição, resgatando o ofendido, ampliando o espaço democrático no processo penal.

Para alcançar tais objetivos, faz-se necessário consolidar a aceitação da reparação do dano e restauração da paz jurídica, como finalidades do direito penal, reforçando, assim, a noção de subsidiariedade e fragmentariedade da intervenção penal. Assim sendo, a permissão à renúncia da sanção, nas hipóteses em que for possível, bem como o perdão judicial e a não-intervenção caracterizam alternativas às penas, estabelecendo vínculo do sistema penal com o restante do ordenamento jurídico⁶⁷.

Ao relacionar a justiça restaurativa com a reforma do sistema penal, constata-se que o modelo restaurativo assume uma natureza de política criminal, propondo a introdução de novas práticas no sistema judiciário penal, bem como reformulando o discurso dos fins da intervenção penal.

Ressalte-se que o modelo restaurativo não pretende ser um substituto do

⁶⁴ ZAFFARONNI, Eugénio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**; tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 20.

⁶⁵ Segundo o autor, o modelo reparador é de solução horizontal, ao passo que o punitivo é de decisão vertical.

⁶⁶ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 04.

⁶⁷ SICA Leonardo, *op. cit*, p.05.

sistema punitivo, mas apenas se apropria das críticas formuladas ao paradigma retributivista para se fundamentar, enquanto medida alternativa à simples punição.

A justiça restaurativa, enquanto movimento de política criminal, surge da confluência da vitimologia e do abolicionismo, buscando conciliar e compatibilizar as contradições que podem advir de buscar suas raízes em teorias radicalmente divergentes, emergindo com uma possível solução, e não uma resposta universal, aos obstáculos enfrentados pelo paradigma punitivo. Consoante nos alerta Zaffaronni, o discurso jurídico-penal falso não é um produto originado da má-fé ou de simples conveniência, mas se sustenta, fundamentalmente, em decorrência da incapacidade de ser substituído por outro discurso⁶⁸. O substrato ideológico restaurativo vem a propor uma complementariedade deste discurso.

Para Karla Villareal Sotelo,

La Justicia Restaurativa contribuye al desarrollo del paradigma jurídico del siglo XXI, siendo el de resolver los problemas por nosotros mismos, entendiendo que en su interacción se desarrolla em un esquema multidisciplinario, interdisciplinario y multidimensional. La Justicia es una necesidad humana, sin embargo, para satisfacer esta necesidad es necesario investigar sus características, comprender científicamente a sus actores (enlazar pues análisis multidisciplinarios: Victimología, Criminología, derecho, psicología jurídica, psicopatología forense, sociología, neurociencias, estadística, biología etc)⁶⁹.

Como toda ruptura paradigmática, a chegada do novel paradigma restaurativo provoca conflitos e resistências, uma vez que não apenas o modo de lidar com os novos problemas é questionado, mas, também, a habilidade e o domínio técnico daqueles que se habituaram ao discurso punitivo.

Ademais, torna-se perfeitamente admissível a coexistência do paradigma punitivo e o restaurativo, sendo que este último, consoante será aprofundado adiante, admite a sua insuficiência para responder a todos os conflitos de uma sociedade cada vez mais complexa e variada.

Neste sentido, ressalte-se que a justiça restaurativa, malgrado se aproprie dos argumentos abolicionistas, não possui uma proposta tal radical quanto este movimento de política criminal. A justiça restaurativa tece profundas críticas ao modelo punitivo, tal como estruturado, mas não propõe a extinção do sistema penal,

⁶⁸ ZAFFARONNI, Eugénio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 14.

⁶⁹ SOTELO, Karla Villareal. **La víctima, el victmario y la justicia restaurativa**. Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza – Vol. VII – N. 1 – Gennaio-Aprile 2013, p. 5.

além de admitir a necessidade, em certos casos, da pena privativa de liberdade.

Considerando os paradigmas como formas específicas de abordagem da realidade, Zehr pondera que os paradigmas consistem em modos específicos de construir e perceber a realidade, e a concepção retributiva de justiça é uma dessas construções. O paradigma retributivo de justiça configura, apenas, um modelo específico de organizar a realidade. Os paradigmas moldam a forma como definimos os problemas e o nosso reconhecimento do que julgamos que sejam as soluções adequadas⁷⁰.

Ademais, faz-se imprescindível notar que o paradigma retributivo somente é aplicável em situações específicas. Ainda consoante leciona Zehr, muitos conflitos e danos acontecem todos os dias, mas as formas como estes são tratados não perpassam pela intervenção judicial penal. Ao contrário, apenas uma parcela das controvérsias e conflitos chegam ao Poder Judiciário⁷¹.

Desta forma, mostra-se importante perceber que os comportamentos sociais rotulados como crimes são a ínfima parte dos danos e conflitos ocorridos no meio social. A partir do momento em que rotulamos determinado acontecimento como infração penal, passamos a definir a realidade de forma bastante diferente, de modo que o paradigma retributivo cria a sua própria realidade.

Atualmente, dentro da perspectiva contratualista, o crime é vislumbrando enquanto ofensa ao Estado, de modo que a punição torna-se a solução adequada ao conflito, sendo a pena privativa de liberdade a resposta estatal por excelência. Desta forma, a sanção, e não a solução ou acordo, é tida como o resultado apropriado e único, construindo-se a decisão do conflito com pouca participação da vítima e do ofensor. Tal percepção, tida como natural, apenas é possível porque o paradigma retributivo molda nossa percepção de como deve ser tratado o fenômeno criminal⁷².

Segundo Randy Barnett, nosso paradigma jurídico já demonstra sintomas que anunciam uma ruptura⁷³. Da mesma forma como ocorreu na Revolução Científica do século XVII, o paradigma punitivo vigente evidencia suas disfunções e crises, consoante demonstrado. Para corrigir tais problemas, foram criados os “epiciclos”,

⁷⁰ ZERH, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 61

⁷¹ ZERH, Howard, *idem*, p. 84

⁷² *Idem. Ibidem.*

⁷³ BARNETT, Randy. **Restitution: a paradigm of criminal justice**, em *Perspectives on Crime Victims*, eds. Burt Galaway e Joe Hudson. St. Louis: C. V. Mosby Co., 1981, p. 245-261.

como forma de remendar o sistema e garantir sua sobrevivência. Uma destas tentativas teria sido a criação das penas alternativas. Assim, a busca por alternativas à privação da liberdade representou uma tentativa de recuperar o paradigma⁷⁴.

Assim, em vez de questionarmos o paradigma vigente e os fundamentos nos quais se baseiam a punição, tentou-se remendar o paradigma. E tais tentativas de recomposição têm sido constantes no ordenamento jurídico brasileiro⁷⁵, como medida de sobrevivência do desgastado paradigma punitivo.

Diante deste cenário, constata-se que a percepção da disfunção e crise é generalizada, abrindo-se espaço para a ruptura do paradigma punitivo e emergência do novel paradigma restaurativo.

O ângulo através do qual visualizamos o fenômeno criminoso e o sistema judicial penal consiste no principal obstáculo à consagração do paradigma restaurativo. Porém, nenhum paradigma é imutável. Basta “trocarmos as lentes”, conforme nos propõe Zerh, para mudarmos a nossa percepção do crime, das penas e dos criminosos, oportunizando-se a alteração das estruturas vigentes.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS FUNÇÕES DA PENA

O crime é um fato social normal⁷⁶. Tal constatação, feita por Émile Durkheim, nos conduz à reflexão de que o crime é um fenômeno social presente em todas as sociedades, de todos os tipos, inexistindo agrupamento social sem a existência do fenômeno da criminalidade. Diversos são os crimes praticados, bem como determinado comportamento pode ser criminalizado em certos grupos sociais e não em outros. Certo é que, na filosofia de Durkheim, enquanto ser coletivo e social, o homem sempre se conduziu de maneira a atrair para si a repressão penal⁷⁷.

Assim, sendo o delito, enquanto comportamento indesejado por uma determinada sociedade, um fato social normal, faz-se necessário estabelecer mecanismos sociais que visem inibir tal comportamento, sem que se consiga jamais

⁷⁴ ZERH, Howard. *op. cit.*, p. 89.

⁷⁵ Exemplo de tal tentativa de emenda é a edição da Lei 9.099/1995, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de conciliação e transação penal.

⁷⁶ Considera-se fato social, na perspectiva do referido filósofo, maneiras de pensar, agir e de sentir, exteriores ao indivíduo e que são dotadas de um poder de coerção de virtude do qual esses fatos se impõem a ele. In: DURKEIM, Émile. **As regras do método sociológico**; tradução Paulo Neves. 3ª ed. São Paulo: Martins Fonte, 2007, p. 03.

⁷⁷ DURKEIM, Émile, *op. cit.*, p. 67.

erradicá-lo.

Nesta esteira de raciocínio, emerge o Direito penal e o poder-dever de punir do Estado, sendo que a pena possuiu, e possui, diversas finalidades, a depender da conformação social, cultural, política e econômica de determinada sociedade.

A pena, assim, consiste na retribuição imposta pelo Estado em decorrência da prática de um ilícito penal, concretizando-se através da privação, prévia e legalmente estabelecida, de bens jurídicos, dentre estes a liberdade. Durante muito tempo, foi associada à lógica kantiana de retribuir com o mal o mal praticado. Todavia, a concepção retributiva foi gradualmente substituída pela função educativa. No atual patamar histórico, a pena visa à readaptação do criminoso ao convívio social e à prevenção de futuros delitos⁷⁸.

Ao longo da história da humanidade, percorremos longo processo ideológico na construção das penas, desde a vingança privada até o atual formato de sanção penal institucionalizada na norma, que, em tese, tutela os bens jurídicos mais importantes de uma determinada sociedade. Segundo leciona Zaffaroni⁷⁹, o ser humano é um ser social, não sobrevive isolado, e em toda sociedade há poder e coerção, sendo uma dessas formas de coerção o poder punitivo, que se caracteriza pelo confisco do conflito da vítima, voltado para a decisão do conflito, e não sua solução.

Neste contexto, impende salientar a distinção entre os fins da pena e os fins do direito penal. Para Nilo Batista⁸⁰, quando se refere à missão do direito penal, pensa-se principalmente na interface pena/sociedade e, de forma subsidiária, no infrator antes do delito; ao passo que, quando se fala nos fins (objetivos/funções) da pena, pensa-se as interferências infrator depois do crime/pena/sociedade.

Diversas são as teorias que buscaram explicar os fins das penas e a legitimidade do poder punitivo do Estado. Para os fins da presente pesquisa, utilizar-se-á os fundamentos da punição para Beccaria, considerando que a construção filosófica deste autor moderno reflete diretamente na atual construção da dogmática penal atual, bem como a filosofia de autores contemporâneos, tais como o

⁷⁸ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 02.

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raul. **A questão criminal**; tradução Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 19.

⁸⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 108.

funcionalismo teleológico de Roxin, o garantismo de Ferrajoli e a teoria agnóstica de Zaffaroni.

Não se ignora a contribuição de outros autores, todavia, justifica-se a escolha de Beccaria, como um dos responsáveis pela construção do modelo penal moderno, em decorrência da importante mudança no fundamento do crime e da pena, que se desloca da religião para o Estado, tendo o autor contribuído, significativamente, para a laicização do modelo penal.

Na atual configuração econômica mundial, a globalização refletiu e promoveu diversas alterações no âmbito do direito, das quais podemos destacar o enfraquecimento das fronteiras territoriais, a mitigação da soberania estatal face às relações de poder de um mercado transnacional. Desta forma, a sociedade contemporânea, marcada pelo paradigma do risco e globalizada, apresenta, características diversas dos contextos sociais nos séculos XVIII e XIX.

Na esfera penal, conforme ressalta Ferrajoli⁸¹, como efeito da globalização econômica, surge o fenômeno da criminalidade internacional, cujas atividades criminosas e sujeitos envolvidos não mais se limitam aos territórios físicos de um país, mas ocorrem em nível transnacional. Acrescente-se, ainda, o terrorismo, considerado como um dos grandes males do século XXI.

Neste cenário, faz-se importante destacar as teorias de Claus Roxin e Luigi Ferrajoli, dois importantes pensadores do modelo penal contemporâneo, na medida em que, face à complexidade apresentada por uma sociedade globalizada e marcada pelo paradigma do risco, constroem suas teorias buscando sintonizar o poder punitivo estatal o Estado Democrático de Direito e respeito à dignidade humana.

Com efeito, é a partir da finalidade ou função da pena que define o sistema penal e sua relação com a sociedade⁸².

Destarte, para Cesare Beccaria, que viveu no contexto do Iluminismo, em sua célebre obra “Dos delitos e das penas”, a função de um sistema punitivo deveria ser garantir a ordem social desejada, punindo os autos infracionais indesejados, assim considerados todos aqueles que colocassem em risco a paz social. A punição, nesta perspectiva, assumiria dois importantes papéis: de mensagem às pessoas reunidas

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi, **Criminalità e globalizzazione**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. V. 10, n. 42, jan/mar, 2003, p. 69.

⁸² BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17.

em uma determinada organização social e política, no sentido de que se evitasse a prática de atos danosos à sociedade; e o de retribuição de um mal àquele que praticou um delito e, portanto, um dano à ordem social⁸³.

Assim, tem-se que, para Beccaria, ao justificar o direito de punir, há o pressuposto inicial de que os homens viviam inicialmente em estado de natureza, no qual havia guerra de cada um contra todos e onde os mais fortes usurpavam a liberdade dos mais fracos. Desta forma, para garantir o máximo de liberdade individual possível, os homens se reúnem em sociedade por meio de um pacto social, numa alusão à ideia de contrato social de Rousseau, para garantir a coexistência ordenada.

Outrossim, com as transformações sociais, políticas, econômicas e culturais ocorridas entre os séculos que distanciam as obras de Beccaria e Roxin, este último retoma os fundamentos postos por aquele, na medida em que propõe, como fundamento para o direito penal a segurança da sociedade, além de formular como finalidade da pena, a dupla função preventiva, quais sejam, a prevenção geral em relação a terceiros cumpridores da lei, e a prevenção especial, para aquele que cometeu o ato delituoso.

Cumprir esclarecer, ademais, que a teoria teleológica (funcional) do Direito penal proposta por Roxin, fundamenta-se na preocupação de vincular o sistema penal às exigências de política criminal, que representam as escolhas políticas de uma determinada sociedade, ao formular as regras de convivência harmônica e pacífica entre os cidadãos⁸⁴. Para Roxin, “combater o crime significa preveni-lo. A luta do Direito é necessariamente orientada ao fim preventivo”⁸⁵.

Com efeito, a partir de tais premissas, Roxin formula sua teoria penal, que se sustenta em dois basilares principais: o Direito penal como instrumento de proteção dos riscos intoleráveis à convivência social pacífica e harmoniosa, e a punição como resposta a um comportamento pela lei penal, desde que tal punição concretize as finalidades propostas, quais sejam, a prevenção geral dos delitos para terceiros respeitadores da lei e prevenção especial para o infrator, a fim de que não torne a delinquir⁸⁶.

⁸³ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

⁸⁴ BICUDO, Tatiana Viggiani. *op. cit.*, p. 162.

⁸⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal; parte geral; tomo I; fundamentos. La estructura de la teoria del delito**; tradução da 2ª ed. alemã. Madrid: Civitas, 2003, p. 151.

⁸⁶ BICUDO, Tatiana Viggiani, *op. cit.*, p. 263.

Discordando de tal construção teórica, Eugenio Raúl Zaffaroni, ao formular sua teoria agnóstica da pena, sendo que este autor não acredita no discurso jurídico-penal, muito menos nas finalidades declaradas da sanção penal, considera o distanciamento entre a teoria penal e sua prática. Para o autor,

A quebra de racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo – como sombra inseparável – a pretendida legitimidade do exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais. Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a conseqüente legitimidade do sistema penal tornaram-se “utópicas” e “atemporais”: não se realizarão em lugar algum e tempo algum⁸⁷.

Sob outra perspectiva, segundo a teoria agnóstica da pena, a sanção penal é um ato político e não um ato jurídico. Tal afirmação se dá em razão da função deturpadora da ordem ocupada pela pena, uma vez que esta não visa reintegrar ou ressocializar o criminoso, mas apenas retribuir o mal com outro mal. Assim, a pena como instrumento de compensação do injusto social causado pelo delito, não atende às finalidades para as quais foi criada, assumindo, assim, a função de demonstração de poder do Estado. Para esta formulação teórica, os objetivos propostos pelo discurso jurídico-penal são inalcançáveis e produzem efeitos contrários aos desejados.

Diante deste cenário, observa-se que não são poucas as formulações teóricas que buscam explicar a missão do sistema penal e os fins da pena. Com efeito, o atual ordenamento jurídico brasileiro⁸⁸ admite a polifuncionalidade da sanção penal: preventiva, retributiva e reeducativa⁸⁹.

Outrossim, a função preventiva da pena possui duas vertentes: a geral, voltada

⁸⁷ ZAFFARONNI, Eugénio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 19.

⁸⁸ Neste sentido, dispõe o art. 1º da Lei nº 7.210/1984, que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Na mesma lógica, prevê o art. 59 do Código Penal brasileira que “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

⁸⁹ O caráter reeducativo atua somente na fase de execução. Nesse momento, o objetivo não é apenas efetivar as disposições da sentença penal condenatória, mas buscar a ressocialização do condenado, buscando reeduca-lo para que o mesmo possa retornar ao convívio social. O art. 6º da Resolução 113 do Conselho Nacional de Justiça determina que “o juízo da execução deverá, dentre as ações voltadas à integração social do condenado e do internado, e para que tenham acesso aos serviços sociais disponíveis, diligenciar para que sejam expedidos seus documentos pessoais dentre os quais o CPF, que pode ser expedido de ofício, com base no art. 11,V, da Instrução Normativa RFB nº 864, de 25 de julho de 2008”. In: <
http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_112_06042010_1110201217510_6.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

para a sociedade, mediante a cominação de sanções em abstrato visando inibir potenciais infratores, em duas acepções: positiva e negativa. A prevenção geral negativa, conhecida também como prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir junto à sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal.

Segundo Juarez Cirino dos Santos⁹⁰, essa finalidade da pena aparece de forma expressa, na teoria da coação psicológica de Feuerbach, evidenciando que o Estado espera que a ameaça da pena desestimule os indivíduos a praticarem crimes.

Já para a prevenção geral positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito, promovendo em última análise, a integração social⁹¹.

Para Bissoli Filho⁹², a teoria da prevenção geral positiva tem por objetivo a prevenção-integração no sentido de exercitar o reconhecimento da norma e a sua fidelidade frente ao direito por parte dos membros da sociedade.

Ademais, ela abarca o efeito irradiante da pena ao assegurar, segundo Jorge de Figueiredo Dias⁹³, a necessária confiança que a comunidade deve manter na força do Estado, no sentido de revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham lugar e a reforçar, por esta via, os padrões de comportamento adequado às normas.

Ao seu turno, a prevenção especial retira o foco da sociedade para transplantá-lo no criminoso, objetivando que este não venha a cometer novos delitos. Da mesma forma que a prevenção geral, pode ser concebida em dois sentidos: positiva e negativa.

A prevenção especial negativa está na neutralização daquele que praticou a infração penal, que ocorre com sua segregação no cárcere com a pena privativa de

⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 2ª ed, Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 246.

⁹¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2008;000822589>>. Acesso em: 31. ago. 2017, p. 40.

⁹² BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p. 199.

⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal: parte geral**. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/RT, 2007, p. 51.

liberdade. Já a prevenção especial positiva consiste, conforme as lições de Roxin, em trazer para a pena a missão de fazer com que o infrator desista de cometer futuros delitos. Cria-se aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente se conscientize sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros⁹⁴.

Cumprе ressaltar, ainda, a teoria mista ou unificadora da pena, que como o próprio nome declara, consiste na tentativa de reunir as finalidades retributivas e preventivas. Busca-se assim, a junção dos conceitos já desenvolvidos pelas teorias anteriores, portanto, a pena teria uma índole retributiva, todavia, com um objetivo de reeducação do criminoso, pois através de sua publicidade, também possui caráter intimidativo⁹⁵.

Diante de todo o exposto, faz-se necessário destacar que, inobstante tenham sido formuladas teorias para justificar a pena, o caráter retributivo desta não desapareceu, apenas foi aliado a outras finalidades.

Outrossim, a partir da nova concepção trazida pela teoria mista e adotada pelo nosso Código Penal, em razão da redação contida no seu art. 59⁹⁶, pode-se concluir que nosso ordenamento jurídico conjuga a necessidade de reprovação e prevenção do crime, ao passo que devemos buscar uma sanção justa, nos moldes legais, no limite da culpabilidade do agente.

Após delimitar as diversas funções da pena, cumpre agora enfrentar o dilema da possível função preventiva da justiça restaurativa, no sentido de que este novo paradigma deve ter por objetivo reduzir a reiteração delitiva ou as ofensas em série.

Ademais, entende-se que a justiça restaurativa, em certa medida, também traz em seu bojo, a função retributiva, na medida em que o agente infrator não poderá optar por não responder pelo delito praticado e o conseqüente dano causado. Na concepção de Von Hirsch, Ashworth e Shearing, a voluntariedade não subtrai o caráter sancionador da imposição dada pelo modelo restaurativo, pois o ônus suportado pelo autor permanece⁹⁷.

⁹⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal; parte geral; tomo I; fundamentos. La estructura de la teoria del delito, p. 85.**

⁹⁵ WEINMANN ALMEIDA, Amadeu. **Princípios de Direito Penal.** 2º Edição. Livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2009, p. 354.

⁹⁶ Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

⁹⁷ VON HIRSCH, A., ASHWORTH, A., & SHEARING, C. 2003. **Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: a 'Making Amends' Model?**. In: Von Hirsch, A., Roberts, J.V., Bottoms, A.E.,

Assim, filia-se ao entendimento de que a justiça restaurativa abarca a função retributiva, embora em menor intensidade, face ao princípio da voluntariedade, mas não deve adotar como seu objetivo a prevenção de delitos.

Destarte, cumpre esclarecer que, quando nos referimos à renúncia da pretensão preventiva pelo modelo restaurativo, falamos da prevenção especial, em sua acepção positiva, mais especificamente, no sentido de que não deve a intervenção restaurativa possuir como foco ou objetivo evitar que o infrator venha a praticar novos delitos no futuro.

Neste sentido, Howard Zehr entende que os programas de justiça restaurativa não devem ter tal objetivo. De fato, conforme pontua o autor, há bons motivos para acreditar que tais programas reduzam a criminalidade, no entanto, a redução da criminalidade não deve ser o motivo pelo qual se promove o modelo restaurativo⁹⁸.

Para o autor:

A diminuição da criminalidade é um subproduto da Justiça Restaurativa, que deve ser administrada, em primeiro lugar, pelo fato de ser a coisa certa a fazer. As necessidades das vítimas precisam ser atendidas, e os ofensores devem ser estimulados a assumir a responsabilidade por seus atos, e aqueles que foram afetados por seus atos devem estar envolvidos no processo – independentemente do fato de os ofensores caírem em si e abandonarem seu comportamento transgressor⁹⁹.

Na mesma perspectiva, Santos entende que, através da pena se busca evitar a prática por aquele infrator de novos delitos no futuro e pacificar a comunidade em torno da vigência da norma infringida, ao passo que a solução restaurativa pretende ressarcir as necessidades da vítima do crime através da assunção, pelo delinquente, de suas responsabilidades, reforçando a noção de responsabilidade e satisfazendo a necessidade da comunidade de próximos de ver pacificado o conflito concreto¹⁰⁰.

Da mesma forma, para Hasseney Heys¹⁰¹, a natureza da justiça restaurativa não constitui técnica de controle social, muito embora seja, por vezes, vista dessa maneira pelos órgãos governamentais em função do seu potencial em reduzir a

Roach, K. & Schiff, M. Eds. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms**. Oxford: Hart Publishing, p. 81.

⁹⁸ ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**; tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 20.

⁹⁹ ZEHR, Howard, *idem*, p. 20-21.

¹⁰⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 356.

¹⁰¹ HEYES, Hasseney. Reoffending and Restorative Justice. JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (org.). In: **Handbook of Restorative Justice**. New York: Routledge, 2011, p. 427.

criminalidade¹⁰².

Neste sentido, deve-se considerar que a divergência ideológica entre as finalidades da pena e os objetivos do paradigma restaurativo reside, essencialmente, no fato de que o modelo retributivo pauta-se em interesses coletivos abstratamente considerados, ao passo que o paradigma restaurativo busca tutelar a dimensão privada e intersubjetiva dos conflitos.

Por tal razão é que, malgrado possam convergir em certos aspectos, as finalidades da sanção penal e da solução restaurativa são substancialmente distintas.

Tal constatação promove a reflexão acerca do fundamento do poder punitivo, voltado para o interesse comum na redução da criminalidade e no não cometimento de novos delitos no futuro, e o fundamento do modelo restaurativo, que não busca evitar crimes futuros, mas encontrar uma resposta adequada aos males decorridos por um delito já praticado¹⁰³.

A reflexão sobre a prevenção especial enquanto fim da pena evidencia o distanciamento ideológico entre os objetivos da sanção penal tradicional e a solução restaurativa, sendo que esta não possui as finalidades de neutralização ou inocuização do agente mediante a privação da liberdade, ou restrição de outros bens jurídicos, do infrator.

Sintetizando tal entendimento, Santos arremata aduzindo que na resposta penal, prevalece o interesse social de prevenir de aquele indivíduo volte a cometer novos delitos no futuro, ao passo que a ideologia restaurativa prima pelos interesses individuais daqueles que estão concretamente envolvidos no conflito interpessoal e na superação efetiva desse estado de conflito¹⁰⁴.

Tal premissa propõe a reflexão acerca do distanciamento ideológico entre o paradigma restaurativo e o retributivo/preventivo. Este último, voltado para os interesses sociais abstratamente considerados, objetiva a tutela subsidiária dos bens jurídicos considerados especiais em determinado momento e espaço social, ao passo que o modelo restaurativo buscar encontrar a resposta mais adequada aos conflitos

¹⁰² Em notícia veiculada no site Conjur, veiculou-se que “o Ministério da Justiça da Inglaterra anunciou o investimento de 29 milhões de libras (cerca de 105 milhões de reais, em práticas restaurativas, objetivando reduzir a reiteração delitiva, porquanto pesquisas realizadas naquele país apontam que os programas de justiça restaurativa reduzem em 14% as chances de reiteração criminosa”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-20/inglaterra-investir-justica-restaurativa-combater-reincidencia>> . Acesso em: 30 ago. 2017.

¹⁰³ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 357.

¹⁰⁴ SANTOS, Cláudia Cruz, *idem*, p. 356.

originados pela prática delitiva.

Todavia, isso não importa em afirmar que a justiça restaurativa não possa ter, em alguma medida, uma perspectiva intimidatória.

Com efeito, a intimidação do infrator poderá advir do cumprimento das obrigações assumidas voluntariamente no âmbito do acordo restaurativo, que podem até mesmo revelar-se custosas, porém, ainda assim, distingue-se, de forma considerável, da pena de privação da liberdade ou restritiva de direitos imposta por um preposto estatal alheio ao conflito.

Destarte, quando se buscar refletir sobre a prevenção geral e especial, na sua acepção positiva ou negativa, enquanto finalidade da pena, mas não da intervenção restaurativa, faz-se importante distinguir sobre os “três fins e efeitos distintos, ainda que relacionados entre si” propostos por Roxin. Tais fins, associados à ideia de prevenção, consistem em: aprendizagem; o exercício da confiança na norma penal; e a pacificação, que se revela quando imposta a sanção estatal¹⁰⁵.

Assim, nas lições de Bicudo, tem-se que a teoria penal de Roxin assenta suas premissas em duas bases fundamentais: o Direito Penal enquanto ferramenta de proteção dos riscos intoleráveis à convivência social pacífica, e a punição como resposta a um comportamento que coloque em risco os bens e valores tutelados pela norma penal, tendo a punição a finalidade de prevenção geral dos delitos para terceiros respeitadores da lei e pela prevenção especial para quem infringiu a norma penal, a fim de que não venha a praticar novos delitos no futuro¹⁰⁶.

Este desmembramento das finalidades da pena formulado por Roxin permite uma maior compreensão do distanciamento ideológico entre as finalidades da pena e fins da intervenção restaurativa.

Neste sentido, concorda-se com Santos¹⁰⁷ quando esta aduz que a solução restaurativa não possui como objetivo imediato a aprendizagem do sentido da norma penal, muito menos estabelecer um vínculo de confiança entre os cidadãos e a lei penal (no sentido de que caso esta seja infringida, necessariamente haverá uma punição imposta ao infrator), nem a pacificação jurídica gerada pela imposição da

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. **Derecho Penal; parte geral; tomo I; fundamentos. La estructura de la teoría del delito**; tradução da 2ª ed. alemã. Madrid: Civitas, 2003, p. 92.

¹⁰⁶ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir: teoria geral da pena**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 162-163.

¹⁰⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 357.

sanção estatal.

Outrossim, inobstante se considere que o modelo restaurativo deve renunciar a prevenção especial positiva, não se pode deixar de considerar que a proposta restaurativa, ao pretender a pacificação do conflito interpessoal entre o infrator e a vítima, estar-se-á promovendo a pacificação da comunidade, o que se aproxima da função da prevenção geral da pena.

Noutro viés, sob a perspectiva da ressocialização, tem-se que este é um pressuposto comum tanto ao paradigma retributivo quanto ao restaurativo. Com efeito, não obstante as práticas restaurativas, reiterar-se, não devam ter por finalidade a inibição do cometimento de crimes futuros, o modelo restaurativo almeja a assunção de responsabilidade do agente pelo ato praticado e a reconciliação com a vítima e consigo mesmo, o que facilita a reintegração do infrator no convívio social.

Analisando os dados obtidos em pesquisas realizadas em diversos países, Machado, aproveitando-se dos estudos de Heyes, examinando o grau de identidade entre as práticas restaurativas e a reiteração delitiva, concluiu: (i) que infratores, vítimas e apoiadores têm experiências positivas com a Justiça Restaurativa, percebendo que o processo é procedimentalmente justo e normalmente ficam satisfeitos com os resultados; (ii) vários estudos demonstram que as conferências restaurativas têm potencial para reduzir a reincidência, sobretudo quando os infratores demonstram remorso e o acordo na conferência é consensual¹⁰⁸.

Porém, algumas características do infrator (antecedentes, idade da primeira infração, idade da conferência e gênero) remanescem como preditivos perigosos; (iii) estudos que comparam a Justiça Restaurativa com outras intervenções mostram que ela pode tanto reduzir, não afetar ou mesmo aumentar posteriores infrações¹⁰⁹.

Ademais, cumpre ainda ressaltar que, malgrado os programas de intervenção restaurativa tenham reduzido as taxas de reiteração delitiva, não se pode afirmar que este seja o motivo pelo qual se deve medir o sucesso da intervenção restaurativa, uma vez que, consoante já explanado, a redução da criminalidade mediante a diminuição da reiteração criminosa é um possível efeito, mas não o objetivo do modelo restaurativo.

¹⁰⁸ MACHADO, Lucas Chien. **A reiteração criminosa sob a égide da justiça restaurativa: crítica do modelo vigente.** Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35622/42.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 31 agos. 2017

¹⁰⁹ *Idem, ibidem.*

A hipótese sustentada no presente trabalho pauta-se na perspectiva de que, da mesma forma que o Direito penal, na sua configuração contemporânea, não consiga resolver todos os males sociais, sendo um sistema repleto de promessas não cumpridas, o modelo restaurativo não deve incidir na mesma falha conceitual, propondo-se a solucionar problemáticas sociais que, em última instância, demandam a intervenção de uma série de políticas sociais estranhas ao objeto da justiça restaurativa.

Ao contrário, a proposta da justiça restaurativa não perpassa pela solução de todas as complexas variáveis que envolvem a questão criminal. Ela reconhece sua insuficiência para tutelar todos bens jurídicos, em certos contextos sociais e determinados graus de ofensividade, motivo pelo qual se vislumbra a coexistência e complementariedade entre os paradigmas retributivo e o restaurativo.

Por tais razões, em síntese, constata-se que o modelo restaurativo, embora possua certos pontos de convergência com as finalidades da pena, deve abdicar da função preventiva especial, porquanto a ideologia restaurativa possui como função primordial a tutela da dimensão intersubjetiva do conflito originado pelo cometimento de um crime, buscando reparar as consequências do delito já cometido, não devendo se preocupar, todavia, com a inibição de novos atos delitivos futuros por parte daquele infrator. Assim, não se deve medir o sucesso da intervenção restaurativa pelas taxas de reiteração delitiva, uma vez que a redução de tais índices não é missão inerente ao substrato ideológico restaurativo.

3 A GÊNESE DA PROPOSTA RESTAURATIVA

Face à crise de ineficiência do atual modelo de justiça criminal, surge a justiça restaurativa como alternativa de reação penal, trazendo à tona a distinção entre o aspecto social e a dimensão pessoal dos delitos, além de redescobrir a vítima do crime, empoderando e dando a este papel de destaque na construção da resposta adequada à resolução do conflito no caso concreto.

O termo “justiça restaurativa” teria sido utilizado pela primeira vez em 1977, em um artigo de autoria de Albert Eglash, intitulado de *Beyond Restitution: creative restitution*, sendo este considerado o pioneiro no discurso restaurativo. O citado autor considera existir três modelos de justiça: a justiça punitiva, que foca na punição; a justiça distributiva, que se centra no tratamento do delinquente; e, por fim, a justiça restaurativa, orientada para a reparação dos danos originados pelo crime¹¹⁰.

A noção de justiça restaurativa desponta, com forte influência abolicionista e das diretrizes da vitimologia, com a pretensão de uma reação diferente da resposta fornecida pelo sistema de justiça criminal tradicional, baseada na democratização do processo, assim como na recusa do autoritarismo que permeia o direito penal, na busca de respostas mais humanas ao crime, atendendo aos interesses das vítimas, dos ofensores e da comunidade envolvida.

A ressignificação da importância da vítima no processo penal não implica na diminuição nos direitos do ofensor, que também devem ser respeitados. A proposta restaurativa sustenta-se no equilíbrio entre os direitos do ofendido e do infrator, buscando resguardar os interesses daquele, sem a desconfiguração das garantias constitucionalmente asseguradas do acusado.

Neste sentido, pode-se aduzir que a justiça restaurativa consiste em um modelo emergente de justiça penal, originado a partir da confluência do abolicionismo penal e da vitimologia, que propõe um novo olhar sobre os conflitos originados pelo delito, visando reparar as relações atingidas pela infração criminosa.

Ademais, tem-se que o modelo restaurativo alude a um mecanismo de resposta ao crime que se funda no reconhecimento de uma dimensão intersubjetiva do conflito, assumindo assume a função de pacificação deste, por meio da reparação dos danos causados às vítimas, tendo por suporte fundamental o encontro e o diálogo.

¹¹⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 121.

Neste contexto aplica-se perfeitamente a premissa do impacto face a face na concepção de Lévinas. A ideia de alteridade do filósofo francês relaciona-se com os princípios e pretensões do substrato ideológico restaurativo, assumindo total pertinência no que tange aos encontros restaurativos. A realização da justiça, segundo Lévinas, tem sua origem na proximidade dos relacionamentos face a face, nos quais tanto o ofensor quanto o ofendido estariam envolvidos.

Qualquer imposição de pena sem dar atenção aos relacionamentos face a face acaba sendo um “tirar de” alguém em vez de “dar ao” outro. Tal filosofia se destaca por conferir primazia à alteridade em relação ao sujeito pensante. Desta forma, a concepção de Lévinas amolda-se ao modelo restaurativo, na medida em que a justiça se realiza por meio da outridade, de colocar-se no lugar do outro. Essa premissa é válida para ofensores e ofendidos, a fim de que estes não fiquem reféns da culpa e do ressentimento gerados pelo crime. Para alcançar tal objetivo, deve-se ouvir as partes, sem desprezar seus interesses, traumas e conflitos¹¹¹

Outrossim, faz-se importante ressaltar que, inobstante a justiça restaurativa possua influência abolicionista, não se pode afirmar que ela prega o abolicionismo, uma vez que a ideologia restaurativa reconhece sua insuficiência para solucionar todos os conflitos originados a partir da prática delitiva, bem como entende que, em certos casos, não se pode abdicar da pena privativa de liberdade. Neste sentido, vale a observação do Professor Guilherme Câmara, que afirma que “parece razoável a ideia de que é possível fazer-se bom uso das teorias abolicionistas sem ser abolicionista”¹¹².

O que a justiça restaurativa, que pode ser vista como uma espécie de abolicionismo intermediário, propõe não é eliminação do sistema penal e o total afastamento do Estado na construção da solução dos conflitos, mas sim, uma nova abordagem do fenômeno criminoso, vislumbrando-se também a dimensão humana do delito, o que demandaria não a exclusão, mas diferente postura por parte do Estado.

Ademais, dentre as propostas da justiça restaurativa, encontra-se aquela que se denomina de “redescoberta da vítima”, associada ao pensamento vitimológico. Com efeito, esse fenômeno de resgate do ofendido no processo penal mostra-se

¹¹¹ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito. A construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus, 2014, p. 172.

¹¹² CÂMARA, Guilherme Costa Câmara. **Programa de Política Criminal Orientado para a Vítima de Crime**. 1ª ed. São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 86.

associada ao fortalecimento do pensamento vitimológico, para fins de compreensão da gênese da proposta restaurativa. A ideia central que a justiça restaurativa herdou da vitimologia consiste na recusa da exclusão da vítima da solução do conflito que lhe pertence.

3.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA E O ABOLICIONISMO PENAL

Na gênese da proposta restaurativa encontra-se a negação da natureza ontológica do delito^{113 114}, isto é, o crime é um produto humano culturalmente produzido, inexistindo conduta “naturalmente” criminosa, bem como a crítica ao sistema de controle social. Desta forma, a justiça restaurativa parte da proposta de que as consequências daquilo que se rotula como crime pode vir a encontrar solução mais adequada, sob a perspectiva da vítima e também do agente e da comunidade, em um procedimento mais participativo e orientado por princípios e finalidades diversas.

O discurso punitivo encontra nos autores abolicionistas seus maiores críticos. Numa perspectiva histórica, após a extração da análise das críticas formuladas pelo *labelling approach*, feita a partir dos anos sessenta, surge esse grupo de pensadores que, tomando como ponto de partida uma ampla análise criminológica, ampliaram a crítica ao sistema punitivo.

O abolicionismo penal é um movimento de política criminal cujo nome já anuncia as suas pretensões, que surge como produto das políticas criminais da década de sessenta (criminologia crítica), e tem, em seu bojo, a crítica ao sistema

¹¹³ Segundo Louk Hulsman, dentro do conceito de criminalidade são colocadas uma grande variedade de situações: violência doméstica e familiar; crimes patrimoniais; crimes contra a administração pública; contra a ordem econômica; contra o meio ambiente; a questão das drogas, entre outros. Assim, nenhuma estrutura comum pode ser encontrada na motivação daqueles que estão envolvidos em tais eventos, nem na natureza das consequências, nem nas possibilidades de se lidar com eles (seja no sentido preventivo, seja no sentido do controle do conflito). Tudo o que estes eventos têm em comum é o fato de que o sistema judiciário está autorizado a tomar providências contra eles. Ademais, a maioria destes conflitos sequer chega a ser diretamente tratado pelo sistema judicial penal. Em regra, os conflitos originados pelo comportamento rotulado como criminoso são resolvidos nos contextos sociais nos quais ocorrem (família, sindicato, associações, vizinhanças), de maneira semelhante aos conflitos “não-penais”. Tais constatações conduzem à conclusão de que inexistente uma realidade ontológica do crime. In: HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Organizadores: Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva. São Paulo, IBCCIM: 1997, p. 195-196.

¹¹⁴ Tal constatação constitui o ponto de partida para as reflexões acerca do sistema penal. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernal de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**; tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993, p. 66.

carcerário e a lógica punitiva.

Para Zaffaroni, “o abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos”¹¹⁵. Seu surgimento foi possível, pois “o momento em que a falsidade do discurso jurídico-penal alcança tal magnitude de evidência, que este desaba, desconcerta o penalismo da região”, a ponto de se questionar sobre a sua utilidade e permanência¹¹⁶.

Neste sentido, consoante a doutrina de Louk Hulsman, um dos principais pensadores da teoria abolicionista, faz-se útil e necessário realizar uma distinção analítica entre dois tipos de posturas abolicionistas. De um lado, há uma postura que nega a legitimidade de atividades desenvolvidas na organização cultural e social da justiça criminal. O abolicionismo rejeita, também, as imagens da vida social que são formadas com base em tais ações culturais em dois diferentes segmentos da sociedade¹¹⁷.

Nesta perspectiva de análise, a justiça criminal não consiste em resposta legítima a situações-problema, mas apresenta as características de um problema público. Tal afirmação implica que esses abolicionistas têm de cumprir uma tarefa dupla: erradicar as atividades num molde da justiça criminal, mas também tutelar situações-problema criminalizáveis fora da justiça criminal. Esta forma de abolicionismo tem o caráter de um movimento social que se compara a movimentos sociais históricos para a abolição da escravatura e da perseguição às bruxas e hereges e movimentos sociais contemporâneos como os em favor da abolição da discriminação racial e de gênero¹¹⁸.

Para Vera Andrade, corroborando a doutrina de Hulsman, o abolicionismo pode ser visto em uma perspectiva dupla: enquanto teoria e enquanto movimento social. Enquanto perspectiva teórica, existem diferentes tipos de abolicionismos, com diferentes fundamentações metodológicas para a abolição, a saber, entre seus principais protagonistas:- a variante estruturalista do filósofo e historiador francês Michael Foucault;- a variante materialista de orientação marxista, do sociólogo

¹¹⁵ ZAFFARONNI, Eugénio Raul. **Em busca das penas perdidas**; tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 98.

¹¹⁶ *Idem, ibidem.*

¹¹⁷ HULSMAN, Louk. **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**, p. 197.

¹¹⁸ *Idem, ibidem.*

norueguês Thomas Mathiesen;- a variante fenomenológica do criminólogo holandês Louk Hulsman e poderia ser acrescentada, ainda, a variante fenomenológico-historicista de Nils Christie. Outros protagonistas importantes da perspectiva teórica abolicionista são Sebastian Scheerer (Alemanha), e Heinz Steinert (Áustria)¹¹⁹.

Para os cultores do abolicionismo, a punição não seria o meio adequado para reagir diante de um delito e não se mostra apto para produzir os efeitos almejados, pois, além da sua finalidade precípua (punir o delinquente), ele não deixará de reproduzir a violência, ainda que uma violência de resposta¹²⁰.

Segundo Achutti, o castigo, para os defensores da abolição do sistema penal, não é o meio adequado para reagir diante de um delito, haja vista que, por melhor que possa vir a ser utilizado, ainda assim não surtirá os efeitos necessários, pois, para além de sua finalidade mais latente (a punição do delinquente), o sistema fora concebido para perpetuar uma ordem social injusta, seletiva e estigmatizante¹²¹.

Louk Hulsman, um dos grandes defensores do abolicionismo, entende que o problema do sistema penal é intrínseco ao próprio sistema, de forma que se faz necessária radical mudança nas estruturas do controle social formal, abandonando-se a lógica punitiva, para que seja possível a concepção e otimização de outras formas de resolução de conflitos. Para este abolicionista, a justiça penal é incontrolável, distribui sofrimento desnecessariamente, é materialmente desigual, malgrado preconize a igualdade no plano formal, e expropria os direitos dos sujeitos diretamente envolvidos nos conflitos, em especial, as vítimas. Desta forma, segundo o pensamento de Hulsman, “o sistema penal é especificamente concebido para fazer o mal”¹²².

Ao avaliar as cifras ocultas da criminalidade¹²³, Hulsman constata que as pesquisas sobre as cifras ocultas se voltam contra o próprio sistema: poderia existir algo mais absurdo do que uma máquina que se deva programar com vistas a um mau

¹¹⁹ : ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. In: Revista da ESMESC, v. 13, n. 19, 2006, p.

¹²⁰ ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administrações de conflito no Brasil**, p. 91.

¹²¹ HULSMAN, Louk. **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**, p. 197.

¹²² HULSMAN, Louk. *op. cit*, p. 88

¹²³ O autor avalia que muitas das situações que se enquadram nas definições da lei penal não entram na máquina. Se um grande número de vítimas não denuncia os fatos puníveis à polícia, esta também fica impossibilitada de comunicar os fatos ao Ministério Público, que, por sua vez, não promove a devida ação penal. Deste modo, o sistema penal, longe de funcionar na totalidade dos casos que teria competência para agir, funciona em ritmo reduzido, abarcando apenas uma pequena parcela dos fenômenos dito criminosos. In: HULSMAN, *idem.*, p. 64-65.

rendimento, para evitar que ela deixe de funcionar?¹²⁴

Desta forma, sintetizando sua lógica, Hulsman conclui aduzindo que “é preciso abolir o sistema penal”¹²⁵. Para o autor, tal concepção denota que se faz necessário romper os laços que, incontrolada e irresponsavelmente, em detrimento dos sujeitos envolvidos no conflito, sob uma ideologia de outra era e apoiando-se numa falsa ideia de consenso, unem os mecanismos de uma máquina cujo objetivo é a produção de sofrimento estéril¹²⁶.

Nesta perspectiva, o sistema penal é um “mal social” e os problemas que ele se propõe a resolver podem ser solucionados por outras vias¹²⁷.

Outro grande defensor do abolicionismo foi o professor do Departamento de Criminologia e Sociologia do Direito da Universidade de Oslo, na Noruega, Nils Christie. Defensor de um abolicionismo menos radical do que o de Hulsman, Christie posiciona-se como um crítico da forma como é exercido o controle social através do sistema penal. Todavia, não advoga a tese da completa abolição do sistema, uma vez que, na sua concepção, em certos casos, inexistem outras hipóteses senão subtrair o ofensor do convívio social¹²⁸.

Para Christie, a imposição de um castigo dentro do marco legal corresponde a causar dor de forma deliberada. Tal ideia está assentada no sentido de a atividade punitiva encontrar-se frequentemente em desacordo com valores fundamentais, como bondade e perdão. Para reconciliar estas incompatibilidades, em regra, se esconde o caráter básico do castigo, e, em todos os casos em que não é possível essa ocultação, se trabalha com todo o tipo de justificativa para impor intencionalmente a dor¹²⁹.

O autor parte da premissa inicial de que se faz necessário “olhar para alternativas à punição, e não punições alternativas”¹³⁰, delineando um sistema comunitário de justiça descentralizado, no qual as partes tenham participação ativa na construção da solução dos seus problemas e não tenham os seus conflitos

¹²⁴ HULSMAN, Louk. **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**, p. 65.

¹²⁵ HULSMAN, Louk; CELLIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**; tradução Maria Lúcia Karam. 1ª ed. Niterói: Luam Editora, 1993, p. 91.

¹²⁶ HULSMAN, Louk, *idem*, p. 92.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**, p. 104.

¹²⁹ CHRISTIE, Nils. **Los limites del dolor**. Tradução de Mariluz Caso. Cidade do México: Fundo de Cultura Económica, 1988, p. 11.

¹³⁰ *Idem, ibidem*.

apropriados pelo Estado e pelos profissionais da justiça¹³¹. Desta forma, “a vítima perde seu caso para o Estado”¹³².

Para Christie, os conflitos foram subtraídos das partes e entregues ao Estado, a fim de que este pudesse determinar a responsabilidade e a punição do ofensor. Na concepção desta dimensão abolicionista, os conflitos consistem em bens valiosos, que não podem ser desperdiçados, pois o potencial dos conflitos reside no fato de que estes oportunizam ao cidadão administrar seus próprios problemas, tornando-se, portanto, uma importante ferramenta de aprendizado para lidar com as adversidades cotidianas, sem a necessidade do auxílio estatal¹³³.

Avaliando a importância do autor para a construção da crítica ao sistema de justiça criminal tradicional, Achutti considera que Christie desenha o retorno da vítima na participação da solução do seu próprio conflito. O foco, portanto, no modelo idealizado seria não mais a punição do ofensor, mas as vítimas e suas necessidades¹³⁴.

Desta forma, os profissionais jurídicos somente deveriam participar do procedimento em uma primeira fase, de modo a assegurar os direitos do acusado e impedir a responsabilização de terceiros sem participação nas situações problemáticas, ao passo que os demais profissionais (psicólogos, sociólogos, assistentes sociais, etc.) deveriam ser reduzidos ao máximo possível. Tais profissionais devem atuar de forma a auxiliar a organizar os conflitos, mas não se apropriar deles, tal como ocorre no sistema judicial penal tradicional¹³⁵.

Ainda segundo a concepção de Christie, a imposição de um castigo institucionalizado, delimitado por limites legalmente estabelecidos, importam na causação de dor de forma deliberada. Tal noção fundamenta-se na premissa de que a atividade punitiva se desapega de valores fundamentais, tais como a bondade e o perdão¹³⁶.

Para o autor, as justificativas da pena são questionáveis e nenhum dos

¹³¹ ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**, p. 105.

¹³² CHRISTIE, Nils. *Conflict as property*. **The British Journal of Criminology**, Volume 17, Issue 1, 1 January 1977. Disponível em: < <https://academic.oup.com/bjc/article-abstract/17/1/1/411623?redirectedFrom=fulltext>>. Acesso em: 08 jan. 2018, p. 5-10.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ ACHUTTI, Daniel. *op. cit.*, p. 106.

¹³⁵ CHRISTIE, Nils. **Los limites del dolor**. Tradução de Mariluz Caso. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 1988, p. 12.

¹³⁶ CHRISTIE, Nils. *op. cit.*, p. 13.

argumentos punitivistas fundamentam, de forma satisfatória, a aplicação voluntária da dor. Segundo Gustavo Noronha de Ávila, ao analisar a concepção abolicionista de Christie, “as teorias que tentam justificar a sanção criminal costumam criar sistemas rígidos, insensíveis às necessidades individuais”¹³⁷.

Inobstante seja uma das premissas fundamentais da sua doutrina, Christie reconhece a impossibilidade de uma definição e da graduação da dor. Conforme ele preconiza, “para captar a essência da dor, teríamos que entender o núcleo do bom tão bem quanto o do mau, o que também possui dificuldades de definir”¹³⁸.

Na obra intitulada “Indústria do Controle do Delito”, Christie analisa números e estatísticas carcerárias na década de 80, em especial no contexto europeu. Ao avaliar o crescimento exponencial das taxas de encarceramento, o autor conclui que “o maior perigo relativo ao delito nas sociedades modernas não é o delito em si, mas, sim, a luta contra o crime que pode conduzir as sociedades rumo ao totalitarismo”¹³⁹. E, da mesma forma que Hulsman, ao negar o caráter ontológico do crime, constata que “o crime não existe em si, ele se torna”¹⁴⁰ e “o crime não existe como fenômeno natural, é apenas uma forma, dentre inúmeras, de se classificarem atos deploráveis”¹⁴¹.

Negando o abolicionismo radical de Hulsman, Christie constata que o movimento abolicionista, “em sua forma mais pura”, não é concretizável, uma vez que, para certos casos, a pena é inevitável¹⁴².

Outro grande pensador do abolicionismo foi Thomas Mathiesen, considerado como o “estrategista do abolicionismo”¹⁴³. O autor concentrou a sua análise naquele que parece ser o elemento de referência de reflexão das doutrinas abolicionistas: a prisão¹⁴⁴. Toda a sua construção teórica e de movimento social é conduzida no sentido

¹³⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de. Abolicionismos penais: revisitando Nils Christie, Louk Hulsman e Thomas Mathiesen. **Criminologia e política criminal I**. Recurso eletrônico on-line. Organização CONPEDI/CURITIBA: Coordenadores: Gustavo Noronha de Ávila e Maria Paula Cassone Rossi – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 07.

¹³⁸ CHRISTIE, Nils. **Los limites del dolor**. Tradução de Mariluz Caso. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 1988, p. 16.

¹³⁹ CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito – La nueva forma del Holocausto?** Buenos Aires: Del Puerto, 1993, p. 24.

¹⁴⁰ NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 10.

¹⁴¹ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 130

¹⁴² CHRISTIE, Nils. *op. cit.*, p. 124.

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 100.

¹⁴⁴ Mathiesen, no artigo Dez razões para não se construir mais cárceres, elenca 10 motivos para que não sejam construídas novas prisões, quais sejam: 1) a ineficácia da reabilitação, medir o quanto a norma tem efeito dissuasivo em relação ao delito); 3) a ineficácia incapacitadora do sistema (no sentido

da análise e posterior superação da pena privativa de liberdade¹⁴⁵.

Quanto ao conteúdo estratégico, o autor o fundamenta com pressupostos alinhados com as políticas de esquerda, uma vez que, em um sentido amplo, ela ataca frontalmente a solução do cárcere em substituição a uma resposta social ao delito. Os pressupostos ideológicos da solidariedade e da compensação são comuns aos socialistas e às socialdemocracias¹⁴⁶.

Assim, para o autor, a socialdemocracia nutre a ideologia da solidariedade e da compensação, imprescindíveis para os propósitos abolicionistas. É possível perceber, então, que esta ideologia está em direção oposta às soluções carcerárias, desafiando a sua legitimidade¹⁴⁷.

Para Zaffaroni, a proposta formulada por Mathiesen, “parece aspirar não apenas à abolição do sistema, como também, a abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade¹⁴⁸.”

Segundo o doutrinador argentino, não existe apenas um, mas diferentes dimensões de abolicionismo. Segundo o autor, as categorias abolicionistas podem ser sistematizadas como: (a) a tendência marxista de Thomas Mathiesen; (b) a estruturalista de Michel Foucault; (c) a fenomenológico-historicista de Nils Christie; e (d) a fenomenológica de Louk Hulsman¹⁴⁹.

Considerando tal pluralidade de dimensões abolicionistas, Ferrajoli delinea as características das doutrinas abolicionistas como aquelas que não reconhecem a

de impedir que o recluso pratique novos crimes, o que é uma falácia especialmente verdadeira no Brasil, onde são notórias as práticas de delitos dentro do cárcere ou dos ordenados desde ali); 4) as teorias da justiça filosóficas, ainda que complexas, dificilmente dão suporte à lógica carcerária contemporânea; 5) a irreversibilidade (uma vez construídas, dificilmente são derrubadas); 6) a insaciabilidade das prisões revelada pela superlotação, como regra generalizada (mesmo que os níveis de criminalidade diminuam, os estabelecimentos continuam cheios); 7) a inumanidade (afastamento dos ideais mais básicas de humanidade); 8) a quebra de valores jurídicos (como a saúde e a dignidade); 9) a ausência de ajuda às vítimas (o investimento no cárcere poderia ser direcionado diretamente para quem sofreu a ação delituosa, já que a reclusão, per se, não alivia o sofrimento causado; e 10) o grande encarceramento pode ser resolvido por outras vias (como a dos substitutivos penais). In: MATHIESEN, Thomas. **Diez razones para no construir más cárceles**. Revista Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, Argentina, n. 1, 2005, p. 5-11.

¹⁴⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de. Abolicionismos penais: revisitando Nils Christie, Louk Hulsman e Thomas Mathiesen. **Criminologia e política criminal I**. Recurso eletrônico on-line. Organização CONPEDI/CURITIBA: Coordenadores: Gustavo Noronha de Ávila e Maria Paula Cassone Rossi – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 19

¹⁴⁶ MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**. Tradução de Mario Coriolano y Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 230.

¹⁴⁷ MATHIESEN, Thomas. **Diez razones para no construir más cárceles**. Revista Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, Argentina, n. 1, 2005, p. 231.

¹⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 99

¹⁴⁹ ZAFFARONI, Eugénio Raul. *op. cit.*, p. 97-98.

legitimidade do Direito penal, porquanto não o aceitam enquanto sistema que inflige sofrimento, e também por considerar vantajosa a substituição da sanção punitiva por outros meios pedagógicos ou por outros meios informais de controle social¹⁵⁰.

Embora não seja um movimento uniforme e possua várias dimensões, sendo que os citados autores encontram diferentes fundamentações metodológicas para a abolição do sistema penal, é possível encontrar o ponto de convergência dos abolicionistas: a crítica ácida e latente ao sistema penal, bem como no ceticismo sobre a sua efetividade, além de também contribuir para o fenômeno criminal, visando a sua extinção, bem como a realocação da vítima para o centro do conflito, resgatando-a, levando em consideração, também, os interesses do infrator.

Segundo Salo de Carvalho, a restrição das respostas das situações problemáticas à justiça penal, de forma exclusiva, elimina modelos alternativos de compreensão dos fatos e de providenciar soluções. Há inúmeras possibilidades de resolução dos conflitos originados pelo crime, tais como a compensação, a mediação, a conciliação, a arbitragem, etc¹⁵¹. Acrescente-se a justiça restaurativa a este rol de possíveis respostas ao fenômeno do crime. Para o autor, “a concentração do problema na coerção punitiva traduz falsas soluções, pois unilaterais e arbitrárias”¹⁵².

A justiça restaurativa possui nítida inspiração abolicionista. Contudo, não se pode afirmar que tenha, como proposta, a total erradicação do sistema penal. Em certa dimensão, é correto afirmar que a justiça restaurativa tenha herdado um patrimônio de ideias de cunho abolicionista. Entretanto, em determinado momento, a proposta restaurativa passa a trilhar caminho próprio e autônomo, por vezes, até divergindo e reconhecendo as limitações da teoria abolicionista¹⁵³.

Segundo Gustavo Ávila,

Daí podemos depreender alguns dos motivos pelos quais os teóricos abolicionistas, não raro, são vinculados às origens da construção da justiça restaurativa, enquanto modelo alternativo. Não seria necessário reagir com uma pena a um comportamento a respeito do qual queremos mostrar repúdio, mas, antes, no momento conciliador ou de discussão sobre a sua gênese e responsabilidades, parece mais razoável cair na opção restauradora. A reparação do dano e a participação da sociedade em um problema que, na realidade, lhe pertence, não levavam os abolicionistas a abdicar de qualquer modelo de justiça, mas, sim, da justiça atual. Ao contrário, apostavam em

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 248.

¹⁵¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 253.

¹⁵² *Idem, ibidem*.

¹⁵³ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 62.

uma justiça mais democrática e participativa e que estivesse, particularmente, atenta aos atingidos, também é o caso de Christie¹⁵⁴.

Com efeito, tem-se que o substrato ideológico restaurativo se aproxima da concepção abolicionista proposta por Nils Christie. Neste sentido, a vítima necessita ser realocada para o centro do conflito¹⁵⁵, assim como o ofensor também deve ser levado em consideração, identificando-se as necessidades dos sujeitos envolvidos no conflito, haja vista que o mais importante consistiria na participação das partes envolvidas na tentativa de compreender a complexidade da situação em todas as suas variáveis, no intuito de solucionar o conflito da forma que melhor atenda aos interesses de todos os envolvidos¹⁵⁶.

Apropriando-se das críticas formuladas pelos abolicionistas (em especial Louk Hulsman e Nils Christie), a justiça restaurativa, visando se apresentar como um modelo diverso de reação penal, negando os elementos repressivos, seletivos e estigmatizantes do sistema, propõe uma nova abordagem ao fenômeno criminal. Todavia, divergindo do abolicionismo radical, a justiça restaurativa vê vantagens na manutenção do Estado, enquanto guardião dos direitos, e admite a necessidade de uma pequena porcentagem das pessoas que estão nas prisões, tais como os criminosos de alta periculosidade.

Ao entender imprescindível “devolver às pessoas envolvidas o domínio de seus conflitos”¹⁵⁷, Hulsman vislumbra na estrutura das justiças cível e administrativa condições de aproximação entre os sujeitos que possibilitaria à vítima e ao delinquente o diálogo face a face, na construção da solução do conflito¹⁵⁸. Tal concepção amolda-se perfeitamente ao substrato ideológico restaurativo.

A proposta restaurativa não chega a ser tão ousada quanto a abolicionista, na dimensão de Louk Hulsman, que propõe a eliminação do sistema penal, objetivo este que se mostra irrealizável no atual contexto social. Nesse sentido, concorda-se com

¹⁵⁴ ÁVILA, Gustavo Noronha de. Abolicionismos penais: revisitando Nils Christie, Louk Hulsman e Thomas Mathiesen. **Criminologia e política criminal** I. Recurso eletrônico on-line. Organização CONPEDI/CURITIBA: Coordenadores: Gustavo Noronha de Ávila e Maria Paula Cassone Rossi – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 11.

¹⁵⁵ Cf. CHRISTIE, Nils. *Conflicts as Property*. In: **The British Journal of Criminology**, vol. 17, n. 1, 1977

¹⁵⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 710.

¹⁵⁷ HULSMAN, Louk; CELLIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**; tradução Maria Lúcia Karam. 1ª ed. Niterói: Luam Editora, 1993, p. 100-101.

¹⁵⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 254.

Tiveron quando esta aduz que a proposta restaurativa perpassa por este caminho¹⁵⁹.

Para Achutti, além das perspectivas convencionais, o arcabouço crítico dos abolicionistas pode ser considerado como o mais consistente dentre as correntes criminológicas tidas como críticas, uma vez que, ao atingir a espinha dorsal na qual se baseia o sistema judicial penal – o conceito de crime e a apropriação do conflito pelo Estado – o abolicionismo fornece substrato teórico suficiente para que se percebam as limitações estruturais do sistema, que o impedem de oferecer, no caso concreto, uma solução adequada. O que há são respostas jurídicas, e não soluções¹⁶⁰.

Assim, indo além de meras críticas, o abolicionismo penal concebe possibilidades de estruturação de um mecanismo de resolução de conflitos. Uma vez desvinculadas da proposta final do abolicionismo – a extinção do sistema penal.

Desta forma, a análise dos discursos abolicionistas penais, acrescidos à exposição do movimento e das propostas restaurativas, permite que se estabeleça uma direta conexão entre um e outro¹⁶¹. Conforme aduz Ruggiero, “há um nítido elemento abolicionista na proposição de que a administração estatal centralizada na justiça penal deve ser substituída por outras formas descentralizadas de regulações autônomas de conflitos”¹⁶².

Para Ruggiero, os abolicionistas, ao defenderem novas formas de lidar com os comportamentos socialmente reprováveis, situam uma nova posição no debate acerca da justiça restaurativa¹⁶³. Desta forma, ao postularem a adoção de mecanismos não apenas descentralizados, mas que aproximem as partes e lhes permitam dialogar e buscar a melhor solução para os seus casos, os abolicionistas, em especial Nils Christie, introduzem uma nova via possível para que os conflitos originados pelo delito sejam manuseados, de maneira diversa, em detrimento ao sistema judicial penal tradicional¹⁶⁴.

Em síntese, o que a justiça restaurativa, que pode ser vista como uma espécie de abolicionismo intermediário, propõe não é eliminação do sistema penal e o total afastamento do Estado na construção da solução dos conflitos, mas sim, uma nova (e

¹⁵⁹ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito. A construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus, 2014, p. 267.

¹⁶⁰ ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 113.

¹⁶¹ *Idem, ibidem*.

¹⁶² RUGGIERO, Vincenzo. *An abolitionist view of restorative justice*. **International Journal of Law, Crime and Justice**, v. 39, n. 2, 2011, p. 100.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ ACHUTTI, Daniel. *op.cit*, p. 113-114.

possível) abordagem do fenômeno criminoso, vislumbrando-se também a dimensão humana do delito, o que demandaria não a exclusão, mas diferente postura por parte do sistema penal.

3.2 JUSTIÇA RESTAURATIVA E A VITIMOLOGIA

Dentre as bases da justiça restaurativa, encontra-se aquela que se denomina de “redescoberta da vítima”, associado ao pensamento vitimológico. Com efeito, esse fenômeno de resgate do ofendido na persecução penal¹⁶⁵ mostra-se associada ao fortalecimento do pensamento vitimológico, para fins de compreensão da gênese da proposta restaurativa¹⁶⁶.

A redescoberta da vítima de crime, após longo período de evolução das ciências criminais, especialmente a partir dos movimentos de direitos humanos consequentes das duas grandes Guerras Mundiais, determinou o início do processo da sua revalorização e de seu reconhecimento como sujeito de direitos, despertando o interesse de vários campos do saber humano, inclusive o jurídico¹⁶⁷.

O termo vitimologia surge em meados do ano de 1947, cunhado por Benjamim Mendelsohn¹⁶⁸, realizou uma palestra com o título: "Um horizonte novo na ciência biopsicossocial: a vitimologia". Seu primeiro livro, *The origins of the Doctrine of Victimology*, foi publicado em 1956, sustentando a autonomia científica da vitimologia em relação à criminologia, destacando-se a impossibilidade de solucionar os conflitos e buscar respostas justas a estes deixando a vítima de lado¹⁶⁹. Todavia, o precursor deste estudo foi Hans Von Hentig, com a publicação da obra *The Criminal and his Victim*, publicada em 1948 pela Universidade de Yale¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Por persecução penal entende-se tanto a fase processual quanto a fase de investigação preliminar.

¹⁶⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 53.

¹⁶⁷ FREITAS, Marisa Helena D'arbo Alves de. Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro. In: **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2011. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/Direito/Estudos_contemporaneos_de_vitimologia_-_Final.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2018, p. 09.

¹⁶⁸ Mendelsohn atuava como advogado em Jerusalém. Através de seus trabalhos na área da Sociologia jurídica (*Etudes Internacionales de Psycho-Sociologie Criminelle* (1956), *La Victimologie, Science Actuelle* (1957)) colocaram em destaque a conveniência de estudo da vítima sob diversos ângulos, quais sejam, Direito Penal, Psicologia e Psiquiatria.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e Direito Penal: O crime precipitado pela vítima**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 7

¹⁷⁰ PELLEGRINO, Laercio. **Vitimologia (história, teoria, prática e jurisprudência)**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 09.

Na referida conferência, Mendelsohn preconiza que não se poderia mais considerar a vítima como simples coadjuvante de um ilícito penal, mero sujeito passivo do crime, enfatizando ser indispensável o estudo do comportamento vitimológico, os atos conscientes e inconscientes que podem levar à ocorrência de um crime. Com efeito, o autor também propôs a sistematização de pesquisas e estudos sobre o referido assunto, não mais como um ramo da criminologia, mas como uma ciência própria e autônoma denominada de vitimologia, destinada ao estudo das vítimas¹⁷¹.

A vitimologia consiste na ciência que centraliza seu objeto de estudo na vítima, dos processos de vitimização¹⁷²¹⁷³¹⁷⁴, incluindo, ainda, o estudo da vitimodogmática¹⁷⁵. Conforme lecionam Silva e Lemos, por vitimologia se entende o estudo da vítima sob todos os aspectos dentro da gênese do crime. Para isso, tal análise, multidisciplinar e interdisciplinar, verifica a subjetividade da conduta da vítima dentro do contexto dos fatos transcorridos para a ocorrência do delito. No crime, tais subjetividades devem ser delineadas no propósito único de traçar em essência todos os fatores motivantes, tanto do agente quanto da vítima, objetivando a medida contributiva de cada um daqueles elementos para o delito, além da relação do ofendido com as instâncias formais de controle¹⁷⁶.

Ao seu turno, Lola Aniyar de Castro sintetiza do objeto de estudo da vitimologia

¹⁷¹ OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e Direito Penal: O crime precipitado pela vítima**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.

¹⁷² Por vitimização secundária se entende o encontro da vítima com o sistema jurídico penal.

¹⁷³ Os processos de vitimização podem ser classificados em vitimização primária, secundária e terciária. Por vitimização primária, entende-se aquela derivada da experiência suportada com a prática delitiva, entendendo-se como aquela experiência pessoal que pode ser acompanhada de efeitos que se mantêm no tempo e podem ser físicos, psíquicos, econômicos e de rejeição social. A vitimização primária expressa as experiências pessoais das vítimas e as consequências diretas da conduta criminal. Por sua vez, a vitimização secundária é aquela que ocorre quando da relação da vítima com as instâncias formais de controle social. Por fim, a vitimização terciária se define como as sequelas provocadas na vítima, em razão de já haver vivenciado os processos de vitimização anteriores, estigmatizando e etiquetando a vítima por parte da sociedade. In: SOTELO, Karla Villareal. *La víctima, el victimario y la justicia restaurativa*. **Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza** – Vol. VII – N. 1 – Gennaio-Aprile 2013 p. 48. Disponível em <http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_villarrealstelo_2013-01.pdf> Acesso em: 01 mai. 2018.

¹⁷⁴ *Idem, Ibidem*.

¹⁷⁵ Neste tocante, registre-se que, para Cândia Meliá, as tendências que se agrupam sob a designação de vitimodogmática introduzem uma nova perspectiva na discussão doutrinária a respeito do comportamento da vítima. A vitimodogmática pretende oferecer uma resposta à questão do comportamento da vítima no âmbito na teoria do delito, propondo uma criação de uma dogmática penal a partir do comportamento da vítima. In: CÂNCIO MELIÁ, Manual. *Reflexiones sobre a vitimodogmática em la Teoría del Delito*. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, RT, v. 25, 1999, p. 28.

¹⁷⁶ SILVA, Reinaldo Andres Marques da; LEMOS, Airton. Breve histórico da vitimologia: análise de caso acerca da influência da conduta da vítima para o ilícito do agente. **Revista de Direito da FSG**. Caxias do Sul, ano 03, vol. 06, jul/dez. 2009, p. 183-194. Disponível em: <<http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/viewFile/225/190>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

da seguinte forma:

1º – É o estudo da personalidade da vítima, tanto vítima de delinquente, quanto vítima de outros fatores, como consequência de suas inclinações subconscientes; 2º – O descobrimento dos elementos psíquicos do “complexo criminógeno” existente na “dupla penal”, que determina a aproximação da vítima e o criminoso, quer dizer: “o potencial de receptividade vitimal”; 3º – Análise da personalidade das vítimas sem intervenção de um terceiro. Estudo que tem maior alcance do que o feito pela criminologia, pois abrange assuntos tão diferentes, como o suicídio e os acidentes de trabalho; 4º – Estudo dos meios de identificação dos indivíduos com tendência a se tornarem vítimas; seria então possível a investigação estatística de tabelas de previsão como as que foram feitas com os delinquentes pelo casal Glueck, o que permitiria incluir os métodos psicoeducativos necessários para organizar a sua própria defesa; 5º – A importantíssima busca dos meios de tratamento curativo, a fim de prevenir a recidiva da vítima¹⁷⁷.

Outrossim, consoante nos alerta Santos, em sua relação com a vitimologia, a justiça restaurativa atribui menor relevância ao estudo da chamada vitimologia penal e ao estudo dos comportamentos da vítima que contribuem para a ocorrência da infração delitiva, a chamada vitimodogmática¹⁷⁸.

A ideia central que a justiça restaurativa herdou da vitimologia consiste na recusa da exclusão da vítima da solução do conflito que lhe pertence. Conforme leciona Sotelo, a justiça restaurativa é um novo movimento no campo da vitimologia e da criminologia¹⁷⁹. Para Palamolla,

Debater qual deva ser o papel da vítima no sistema penal, quais são seus direitos e necessidades, implica olhar o direito e processo penal desde outra perspectiva. Significa resgatar alguém que foi esquecido tanto pelo direito quanto pelo processo moderno¹⁸⁰.

Segundo a crítica formulada por Zaffaroni, a principal característica do poder punitivo consiste no confisco da vítima, ou seja, é um modelo que não resolve o conflito, porque uma das partes (o lesado) está, por definição, excluído da construção da decisão. O poder punitivo não resolve o conflito, mas sim o suspende¹⁸¹.

Numa perspectiva histórica, afirma-se que a vítima teve a sua “fase de ouro” nos períodos da vingança privada, que surge no limiar da civilização, sendo gradualmente eliminada e, em momento histórico posterior, ressurgindo no primitivo Direito romano,

¹⁷⁷ CASTRO, Lola Aniyar de. **Victimología**. Venezuela: Universidad del Zulia, 1969, p. 83.

¹⁷⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 55.

¹⁷⁹ SOTELO, Karla Villareal. *La víctima, el victimario y la justicia restaurativa*. **Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza**. Vol. VII – N. 1 – Gennaio-Aprile 2013 p. 48. Disponível em <http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_villarreal_sotelo_2013-01.pdf> Acesso em: 01 mai. 2018

¹⁸⁰ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 46.

¹⁸¹ ZAFFARONNI, Eugénio Raúl. **A questão criminal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 19.

atingindo seu ápice durante a Idade Média, no contexto do feudalismo, vindo a perder força ao final da Alta Idade Média. Com o surgimento dos Estados Absolutistas, os conflitos penais são apropriados pelo Estado, que passa a ser o único legitimado a punir os cidadãos e, a partir deste “confisco” do conflito, as vítimas perdem voz e espaço. Atualmente, encontramos-nos na fase de instrumentalização do ofendido, na qual a participação do sujeito passivo no processo se dá como mera produção de prova. Neste sentido, para Luiz Flávio Gomes e Antônio Garcia Pablos de Molina,

O abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos: no Direito Penal (material e processual), na Política Criminal, na Política Social, nas próprias ciências criminológicas. Desde o campo da Sociologia e da Psicologia social, diversos autores, têm denunciado esse abandono: o Direito Penal contemporâneo – advertem – acha-se unilateral e equivocadamente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, no âmbito da previsão social e do Direito civil material e processual¹⁸².

Ademais, conforme adverte David Augusto Fernandes, somente uma análise superficial da vitimologia transpareceria que a preocupação com a vítima é fato recente. Com efeito, quando se aprofunda o estudo, percebe que tal preocupação está datada em épocas remotas, quando, desde a Antiguidade, se apresentavam os mecanismos legais de amparo à vítima, cujos escritos perduraram ao longo dos tempos até os dias atuais¹⁸³.

Outrossim, para o autor, diversos foram os ordenamentos jurídicos que traziam em seu bojo tratamento sobre as vítimas dos delitos. Entre os ordenamentos pioneiros na sistematização do tema, encontram-se o a) Código de Ur-Nammu – para alguns arqueólogos este é o conjunto de normas mais antigas de que se tem notícia, com data aproximada de 2028 a.C. Entre outros documentos há um que demonstra claramente a preocupação com a vítima já naquela época, podendo ser assinalado que este foi o embrião do que hoje entendemos como vitimologia; b) Leis de Eshnunna – nas escavações realizadas no período de 1935 a 1947, em Tell Harmal, no Sul de Bagdá, foram encontrados dois tabletas de argila nas quais estavam inseridas as chamadas Leis de Eshunna, calcadas em alguns pontos no princípio da

¹⁸² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. GOMES, Luiz Flavio. **Criminologia: introdução e os seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/1995, Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 73.

¹⁸³ FERNANDES, David Augusto. Direitos Humanos e Vitimologia: uma nova postura da vítima no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, pp. 379 - 411, jan./jun. 2014. Disponível em :< <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2014v64p379>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

composição legal e em outras já predeterminadas que os ilícitos eram punidos com a pena de morte, denotando que a legislação era fundamentada no princípio da composição; c) Código de Hammurabi – soberano da dinastia babilônica, viveu no período compreendido entre os anos 1728 e 1686 a.C., Hammurabi foi o responsável pelo Código que recebeu seu nome. Entre tantas normas criadas, o referido soberano também estatuiu no artigo 209 de seu Código que: “Se um homem livre ferir a filha de outro homem livre e, em consequência disso, lhe sobrevier um aborto, pagar-lhe-á 10 siclos de prata pelo aborto”. Neste artigo delinea-se que a primeira preocupação com a vítima reside na reparação do dano; d) Alcorão – livro sagrado do Islamismo, em que está inserida a preocupação com a compensação de cunho patrimonial, em substituição ao exercício do direito de vingança privada; e) Código de Manu – sintetizado nas leis sociais e religiosas do hinduísmo e datado do século XIII ou XII a.C. Há, em seu artigo 224, imposições de reparação do dano, prevendo que, quem desse uma “donzela com defeitos”, sem antes haver prevenido o interessado, impunha-se a reparação, trazendo aqui, como no anteriormente mencionado, a substituição da violência pela compensação pecuniária; f) Lei Mosaica – descrita no Pentateuco, composto pelos cinco primeiros livros da Bíblia (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio), escritos por Moisés, nos quais se dispõe todo o regramento a ser seguido pelo povo judeu, havendo uma preocupação com a proteção da vítima de quaisquer danos causados pelo homem; g) Direito Talmúdico; e, por fim, h) Direito Romano¹⁸⁴.

No que atine ao Direito Romano, Piedade Júnior esclarece que os romanos possuíam conhecimento dos conceitos de reparação do dano, tanto material quanto moral, levando ao amparo do ofendido, sendo que, para reparar os danos sofridos, deveria se conhecer a personalidade da vítima. Segundo o referido autor,

Com a aceitação da reparação por danos morais, vislumbra-se embrionariamente a preocupação dos romanos com outra vertente da Vitimologia, qual a do estudo da personalidade da vítima, uma vez que somente através do conhecimento da personalidade, do psiquismo e da sensibilidade da vítima, poder-se-á entender a necessidade da reparação do dano moral, pois ele é de natureza psicológica¹⁸⁵.

¹⁸⁴ FERNANDES, David Augusto. Direitos Humanos e Vitimologia: uma nova postura da vítima no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, pp. 379 - 411, jan./jun. 2014. Disponível em :< <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2014v64p379>>. Acesso em: 07 mai. 2018

¹⁸⁵ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia, evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, p. 50.

Outrossim, durante os períodos de vingança, a vítima possuía o poder de retribuir o mal que lhe fora causado. Prevalencia a violência exacerbada e desproporcional, de modo que os excessos retributivos importavam no surgimento de um ciclo vicioso de retaliação. A vingança, não padece de dúvida, constituiu o modo primitivo de solução dos conflitos¹⁸⁶.

Inobstante o protagonismo da vítima individualmente considerada, não se pode deixar de reconhecer que, nesta fase de vingança privada, muitas vezes, o delito era considerado uma ofensa contra a comunidade, de modo que a participação da família ou do clã do ofendido era frequente na retaliação.

Destaque-se que, nesse período, embora prevalecesse o sistema de vinganças veiculadas pela vítima, também os conflitos eram solucionados por mecanismos de conciliação e autocomposição entre o ofendido e o infrator, uma vez que com a gradual evolução da estrutura e da organização da coletividade, emerge também o sistema de composição, sucedâneo da vingança, que consistia no pagamento de certo valor à comunidade, haja vista que, já nesta época, surge a noção de que a cadeia de vingança poderia levar ao extermínio do clã ou da família de uma das partes envolvidas¹⁸⁷. Apropriando-se desta informação, alguns defensores da justiça restaurativa aduzem que este modelo existiu e prevaleceu durante a maior parte da história. Todavia, corroborando as considerações de Santos¹⁸⁸, não se concorda com tal assertiva.

Destarte, como consequência desse regime irrestrito de vinganças, surge a necessidade de estabelecimento de critérios de proporcionalidade, a fim de evitar respostas desproporcionais por parte da vítima originária e limitar a cadeia de vinganças. Neste contexto, surge a Lei do Talião, que significou importante avanço, à época, com sua noção de proporção e exata retribuição, da qual se extrai a sua máxima: Não mais que olho por olho, dente por dente, vida por vida¹⁸⁹.

A aplicação do princípio do Talião ocasionou um deslocamento de atribuição da solução dos conflitos originados por comportamentos lesivos. Desta forma, a vítima

¹⁸⁶ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008, p. 22.

¹⁸⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 58.

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁸⁹ CÂMARA, Guilherme Costa. *op. cit.*, p. 28.

não mais era a responsável pela aplicação direta da sanção. Inaugura-se, assim, uma gestão heterônoma do conflito, isto é, um terceiro imparcial deveria avaliar as provas atinentes aos fatos e impor a sanção e promover a execução desta.

O advento da Lei do Talião caracteriza, sobretudo, o afastamento das vinganças irrestritas por parte da vítima e seu clã. Contudo, isto não significou a total remoção do ofendido na solução do conflito. Este ainda participava do processo na medida em que a sanção era construída com base na extensão do dano que lhe fora causado¹⁹⁰. Segundo Cárdenas, em uma primeira etapa primitiva, o mecanismo utilizado para castigar quem violava um direito alheio foi a vingança privada, sendo que aquele que causava um dano ao outro deveria suportar um dano igual, que inicialmente não tinha limites, mas que, posteriormente, com a Lei do Talião, adquire contornos de proporcionalidade¹⁹¹.

Até a Idade Média, considerou-se a vítima como protagonista principal do processo penal. Em momento posterior, com a emergência do paradigma punitivo, o processado é colocado como ator principal, relegando a vítima ao seu quase desaparecimento do processo¹⁹².

Desta forma, o prestígio desfrutado pela vítima na Antiguidade começa a enfraquecer na Idade Média. Os senhores feudais, a Igreja e os reis passaram a responsabilizar-se pela punição dos culpados e, gradativamente, pela iniciativa dos procedimentos. Os castigos eram cruéis e a pena de morte passou a ser acolhida nos textos legais; a tortura era admitida na investigação e no processo como prova; a maior parte dos valores derivados da condenação e da apropriação dos bens dos condenados era destinada aos senhores feudais, ao poder eclesiástico ou aos reis, negligenciando-se, assim a reparação dos ofendidos¹⁹³.

No final da Alta Idade Média, século XII, com o fortalecimento das Monarquias e do Estado Moderno, fortalece-se o caráter publicístico e o modelo inquisitivo de processo, afastando-se, de forma definitiva, a vítima do sistema de justiça penal. Neste contexto, o Direito penal passa a ter natureza de ordem pública, e o crime passa a ser considerado ofensa à ordem pública, cabendo ao soberano ou ao Estado

¹⁹⁰ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008, p. 29.

¹⁹¹ CÁRDENAS, Álvaro E. Maquez. *La víctima en el sistema de justicia restaurativa*. **Revista Derechos y valores**, 2005, p. 92.

¹⁹² CÁRDENAS, Álvaro Marquez, *op. cit.*, p. 93.

¹⁹³ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros. 1995, p. 13.

reprimi-lo. A relação jurídica que se forma no processo penal é entre juiz, réu e acusador, sendo este, em regra, um órgão estatal, neutralizando a vítima e os interesses desta¹⁹⁴.

Nesta perspectiva, considerando-se o crime como ofensa ao Estado, a reação será dada por este. Agora, a pena adquire caráter de sanção pública, uma vez que o poder estatal se sobrepõe à atuação familiar (vingança de sangue e composição), e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja calculada e anunciada por um terceiro imparcial, pertencente aos quadros do Estado, cujos poderes serão juridicamente limitados¹⁹⁵.

Feita esta breve digressão histórica, cumpre ressaltar que a justiça restaurativa, ao propor a “redescoberta” da vítima, parte da premissa de que não se mostra razoável a exclusão desta do conflito no qual foi parte, visando o seu empoderamento e a reparação, material, psicológica ou simbólica, dos danos que lhe foram ocasionados.

Todavia, com a advertência de Cárdenas, não se deve entender esse melhor tratamento dispensado às vítimas como uma reivindicação contra os direitos dos infratores. Para as ciências penais, a vítima é tão importante quanto o infrator. Atualmente, o processo penal apenas objetiva a punição do delinquente, negligenciando a ressocialização deste, para que esta possa reintegrar-se ao convívio social nas mesmas condições que se encontrava antes do delito, bem como os interesses da vítima¹⁹⁶.

Observa-se, pois, que parte das críticas formuladas pela vitimologia se aproximam da concepção de abolicionismo de Nils Christie, uma vez que a subtração dos conflitos interpessoais originados pelo conflito pelo Estado converte os interesses das vítimas em interesses de outras pessoas (juízes, promotores, advogados)¹⁹⁷.

Outrossim, faz-se relevante registrar a crítica de Santos, ao aduzir que o argumento do “esquecimento” dos interesses da vítima no processo mostra-se excessivo, uma vez que, malgrado, numa perspectiva histórica, a vítima tenha perdido seu espaço no processo, as estruturas processuais atuais abandonaram o modelo do

¹⁹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros. 1995, p. 16.

¹⁹⁵ CÁRDENAS, Álvaro E. Maquez. *La víctima en el sistema de justicia restaurativa*. **Revista Derechos y valores**, 2005,

¹⁹⁶ CÁRDENAS, Álvaro E. Maquez, *op. cit.*, p. 93.

¹⁹⁷ CHRISTIE, Nils. *Conflict as property*. **The British Journal of Criminology**, Volume 17, Issue 1, 1 January 1977, p. 165.

sistema inquisitório puro. A autora reforça sua crítica ao argumentar, como tutela dos interesses da vítima, a possibilidade de esta atuar como assistente de acusação no processo, adquirindo o *status* de sujeito processual¹⁹⁸.

Com efeito, reforçando a crítica, observa-se, no contexto brasileiro, que nos últimos anos, alguns institutos processuais foram introduzidos no ordenamento jurídico sob o enfoque da vítima. A Lei 9.099/1995, por exemplo, criou a possibilidade de composição civil entre os envolvidos no crime¹⁹⁹.

Na mesma lógica, o instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995²⁰⁰) ou suspensão condicional da pena (art. 81 do Código Penal²⁰¹) preveem, como condição para a extinção da punibilidade do infrator, a reparação do dano gerado para a vítima.

Da mesma forma, a Lei 11.719/2008 autorizou o juiz criminal, no momento da prolação da sentença penal condenatória, fixar quantum mínimo indenizatório para reparar os danos causados pela infração penal, alterando o art. 397, inciso IV, do Código de Processo Penal²⁰².

¹⁹⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 57.

¹⁹⁹ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 07 mai. 2018.

²⁰⁰ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: **I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;** II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; (grifos nossos). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 07 mai. 2018.

²⁰¹ Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso; II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano; III - descumpre a condição do § 1º do art. 78 deste Código. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 07 mai. 2018.

²⁰² Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer; II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões; **IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;** V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro; VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1o, do Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 07 mai. 2018.

Todavia, inobstante o gradual e pontual retorno da vítima ao processo, entende-se que o que justifica o argumento do esquecimento dos interesses da vítima é que as possibilidades de participação do ofendido são meramente formais, não se admitindo uma participação das mesmas que permita uma real e efetivo atendimento às suas necessidades²⁰³, sendo que o enfoque dado ao ofendido centra-se, de forma preponderante, nas consequências patrimoniais do delito, negligenciando-se os demais danos suportados pela vítima.

Para Virgínia Domingo de la Fuente, o sistema penal preventivo e retributivo está estruturado de tal forma que a vítima assiste como uma mera testemunha, ou sujeito formal do processo, a um feito que lhe atinge tão diretamente quanto lhe afetou o delito²⁰⁴. Para a autora, as necessidades reais das vítimas não coincidem com as pretensões processuais²⁰⁵.

Embora o movimento vitimológico ainda não possua uniformidade em relação ao papel do sistema de justiça penal na preservação dos direitos e interesses das vítimas²⁰⁶, a influência da vitimologia na justiça restaurativa se dá em razão das críticas formuladas quanto ao esquecimento das necessidades das vítimas ao longo da persecução penal, uma vez que, em muitos casos, os ofendidos apenas querem que o dano sofrido seja ressarcido, explicações ou eventual pedido de desculpas por parte do ofensor²⁰⁷.

Assim, parte das críticas que se fazem à justiça restaurativa assenta-se nas premissas de que esta propõe o retorno da figura esquecida, o que, numa ótica garantística, importaria em redução dos direitos do ofendido, sendo que tal premissa não se sustenta, haja vista que a proposta restaurativa, em que pese buscar a revalorização dos interesses da vítima, também se mostra atenta ao agressor, seus interesses e garantias.

Deve-se, também, destacar que os pontos de convergência da justiça restaurativa e da vitimologia não são totais e absolutos. Consoante alerta Mylène Jaccoud, “o movimento vitimista inspirou a formalização dos princípios da justiça

²⁰³ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014, p. 57.

²⁰⁴ FUENTE, Virgínia Domingo de la. *Justicia Restaurativa como derecho de las víctimas*. **Revista Jurídica de Castilla y León**. n.41. Enero 2017, p. 03

²⁰⁵ *Idem, ibidem*.

²⁰⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 49.

²⁰⁷ PALLAMOLLA, Raffaella. *op. cit*, p. 52.

restaurativa, mas não endossou seus princípios nem participou diretamente de seu advento”²⁰⁸, sendo, portanto, necessário manter prudência na análise das relações que o movimento vitimológico mantém com a justiça restaurativa²⁰⁹, uma vez que o modelo restaurativo não se preocupa unicamente com as necessidades das vítimas, mas busca atender, consoante acima ressaltado, aos interesses e garantias do ofensor, bem como da comunidade.

3.3 EM BUSCA DE UM CONCEITO

Definir a justiça restaurativa representa, ainda, um grande desafio aos seus defensores²¹⁰. Esta dificuldade se dá em razão desta consistir em um conjunto de práticas que almejam uma formulação teórica e sofrer variações de ordem regional ou nacional. Assim, na incipiente e plural teoria restaurativa existem diversos conceitos, uns que se pautam na oposição ao modelo da justiça penal retributiva, nos resultados pretendidos e na diversidade das práticas restaurativas. Para Gomes Pinto, como o modelo restaurativo consiste em um novo paradigma, seu conceito ainda é inconcluso, podendo apenas ser captado em seu movimento ainda emergente²¹¹.

Conforme leciona Van Ness e Strong, a denominação justiça restaurativa surge em 1975, através do psicólogo americano Albert Eglash, quando este concebe três formas distintas de reação ao crime: o modelo retributivo, focado na punição; a justiça distributiva, focada na reeducação; e a restaurativa, baseada na reparação²¹².

Com efeito, reflexo direto da falta de uma definição única do modelo restaurativo, ao mesmo tempo em que parece haver um acordo sobre a falta de um consenso em torno de sua conceituação teórica, no site do Serviço Correccional do Canadá, tem-se que:

²⁰⁸ JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 165.

²⁰⁹ *Idem, ibidem*.

²¹⁰ Para Cláudia Santos, um primeiro esclarecimento que se deve fazer quando se inicia uma reflexão sobre o conceito de justiça restaurativa é de que tal conceito não existe, ao menos não de forma pacífica quanto quais seriam seus elementos essenciais.

²¹¹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é possível no Brasil?** In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 21.

²¹² VAN NESS, Daniel; STRONG, Karen Heetderks. **Restoring Justice**. Cincinnati: Anderson Publishing, 1997.

Enquanto não há uma única definição universal para a Justiça Restaurativa, elementos comuns são compartilhados entre aquelas que existem. Estes elementos comuns, frequentemente referidos como valores e princípios da Justiça Restaurativa, são fundamentais para garantir que os valores e princípios da Justiça Restaurativa permaneçam consistentes com a filosofia fundadora desta abordagem^{213 214}.

Refletindo sobre a ausência de consenso doutrinário acerca do conceito do modelo restaurativo, Zehr questiona como devemos definir a justiça restaurativa, indagando sobre a utilidade de uma definição hermética ou mesmo da necessidade de se fixar um conceito, diante da “arrogância e finalidade” de se estabelecer uma definição rígida²¹⁵.

Inobstante tais indagações, o autor define o modelo restaurativo como um processo voltado à restauração, dentro dos limites possíveis, a todos que tenham interesse em uma ofensa particular, e identificar e atender coletivamente aos danos, necessidades e obrigações derivados de determinado conflito, com o propósito de curar e reparar os danos da melhor maneira possível²¹⁶.

Embora presentes dificuldades de definição, a doutrina trabalha o tema em torno do conceito proposto por Tony Marshall. Para o autor inglês, “a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinar ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e tratar suas implicações futuras”²¹⁷.

Essa definição do modelo restaurativo foi adotada na Resolução 12/2002 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que enuncia:

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos; 2. 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*); 3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem

²¹³No original: *While there is no single universal definition for Restorative Justice, common elements are shared between those that exist. These common elements often referred to as Restorative Justice values and principles, are fundamental to ensuring that Restorative Justice values and principles remain consistent with the founding philosophy of this approach.*

²¹⁴ Disponível em: < <http://www.csc-scc.gc.ca/restorative-justice/003005-0007-eng.shtml>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

²¹⁵ ZERH, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 48-49.

²¹⁶ ZEHR, Howard. *op. cit.*, p. 49.

²¹⁷ MARSHALL, Tony. *The evolution of restorative justice in Britain*, **European Journal on Criminal Policy and Research**, 4, 1996, p. 37.

assim promover a reintegração da vítima e do ofensor. 4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo. 5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo²¹⁸.

Na perspectiva de Juliana Tonche, entre os autores parecer haver uma tendência em definir o modelo principalmente através de valores e princípios. Além disso, em função de muitos desses valores estarem atrelados à justiça restaurativa, como o respeito, o diálogo, processos mais inclusivos, apoio, entre outros que nos remetem às formas tradicionais pelas quais populações autóctones resolviam seus conflitos, os doutrinadores convergem no reconhecimento de que muitos dos aspectos fundadores da justiça restaurativa são originários de povos tradicionais^{219 220}.

Segundo a definição proposta por Leonardo Sica:

Mais do que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Sob a denominação de justiça restaurativa (*restorative justice*, *giustizia riparativa*, *justice réparatrice*, *justicia restauradora*, etc.) projeta-se a proposta de promover entre os verdadeiros protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime), iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação. Mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como “prática restaurativa²²¹”.

Concordando com a premissa de Sica, ao aduzir que a justiça restaurativa configura-se como um “conjunto de práticas em busca de uma teoria”, vislumbra-se que o modelo restaurativo emerge como denominação sob a qual se agrupa uma pluralidade de teorias, práticas e programas com contornos diversos. Conforme sintetiza Santos, na chamada teoria restaurativa existem reflexões de natureza substantiva, orientadas para os fins da intervenção, e outras de caráter adjetivo, fundadas nos procedimentos restaurativos. E, além dessas teorias, também classificados sob a designação de “justiça restaurativa”, encontram-se os programas restaurativos diversos espalhados ao redor do mundo²²².

²¹⁸ Organização das Nações Unidas. Resolução 12/2002. Disponível em: <<https://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2008/07/resoluo-200212-do-conselho-economico-e.html>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

²¹⁹ TONCHE, Juliana. **Justiça Restaurativa e racionalidade penal moderna: uma real inovação em matéria penal**. Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 3, n. 1, jan 2016, p. 132.

²²⁰ Por povos tradicionais, entende-se aqueles designados como povos aborígenes, autóctones, nativos, ou indígenas aqueles que viviam numa área geográfica antes da sua colonização por outro povo ou que, após a colonização, não se identificam com o povo que os coloniza.

²²¹ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

²²² SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da**

Jaccoud, por sua vez, define o modelo restaurativo como fruto de uma conjuntura complexa. Diretamente associada, em seu início, ao movimento de descriminalização, ela deu passagem ao desdobramento de numerosas experiências-piloto do sistema penal a partir da metade dos anos setenta (fase experimental), experiências que se institucionalizaram nos anos oitenta (fase de institucionalização) pela adoção de medidas legislativas específicas²²³.

Para Cláudia Cruz Santos²²⁴, o modelo restaurativo consiste em um modo de responder ao crime, com práticas determinadas que buscam objetivos específicos, que se baseia no reconhecimento da dimensão interpessoal do conflito, assumindo a função de pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à vítima, por intermédio da autorresponsabilização do agente infrator, finalidades estas que somente serão alcançadas por meio de um procedimento de encontro, fundado na autonomia da vontade dos seus participantes.

Na perspectiva de Sánchez, o conceito de justiça restaurativa fundamenta-se em uma visão amável do ser humano como pressuposto antropológico, posto que entre suas finalidades encontra-se a concepção de humanização da justiça, restaurando a vítima, o infrator e a comunidade à situação anterior, partindo da premissa de um conceito do delito como ruptura das relações humanas e sociais além da mera infração jurídica²²⁵.

Paul Mccold e Ted Wachtel propõem uma teoria conceitual de justiça restaurativa que se fundamenta em três questões-chave: “Quem foi prejudicado? Quais são suas necessidades? Como atender a essas necessidades?”²²⁶

A proposta de teorização do modelo restaurativo feita por Mccold e Wachtel possui três estruturas conceituais distintas, porém relacionadas, quais sejam: a janela da disciplina social, o papel das partes interessadas e, por fim, a tipologia das práticas

justiça penal: porquê, para que e como?. Coimbra: Editora Coimbra, 2014., p. 299.

²²³ JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa.** In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa.* Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 166.

²²⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?.** Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 153.

²²⁵ SANCHÉZ, Maria Cristina Martinez. *La justicia restaurativa y um modelo integrador de justicia penal.* UNED. **Revista de Derecho UNED**, núm. 16, 2015, p. 1241.

²²⁶ MCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa.** Disponível em: <<https://www.iirp.edu/eforum-archive/4279-em-busca-de-um-paradigma-uma-teoria-de-justica-restaurativa>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

restaurativas. Para os autores, “cada uma dessas janelas explica o como, o porquê e o quem da justiça restaurativa²²⁷. Desta forma,

Crimes causam danos a pessoas e relacionamentos. A justiça requer 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 através de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas principais na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão. A teoria conceptual apresentada possibilita uma resposta abrangente que explica o como, o porquê e o quem do paradigma da justiça restaurativa. A Janela de Disciplina Social explica como o conflito pode se transformar em cooperação. A Estrutura de Papéis das Partes Interessadas Principais mostra que para reparar os danos aos sentimentos e relações requer o fortalecimento das partes interessadas principais, afetadas de forma mais direta. A Tipologia das Práticas Restaurativas explica porque a participação da vítima, do transgressor e das comunidades é necessária à reparação do dano causado pelo ato criminoso²²⁸.

Outrossim, Santos registra que a dificuldade de conceituar a justiça restaurativa advém da sua pluralidade de procedimentos e finalidades. Desta forma, determinados conceitos focam na questão das práticas (dimensão minimalista), ao passo que outros autores buscam sua definição tendo em vista os resultados pretendidos (dimensão maximalista)²²⁹.

Diante desse cenário, observa-se que a noção de justiça restaurativa desponta sob influência abolicionista e das diretrizes da vitimologia, com a pretensão de uma reação diferente da resposta fornecida pelo sistema de justiça criminal tradicional, baseada na democratização do sistema jurídico-penal, assim como na recusa do autoritarismo que permeia os agentes responsáveis pela persecução penal, na busca de respostas mais humanas ao crime, atendendo aos interesses das vítimas, dos ofensores e da comunidade envolvida.

Ademais, o modelo restaurativo também se fundamenta na reparação do mal sofrido pela vítima e na atenuação das consequências do delito, além de buscar a reintegração social do agente infrator, através da autorresponsabilização e inclusão da comunidade próxima aos envolvidos no conflito, como sujeito processual na construção da solução do conflito.

²²⁷ MCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa**. Disponível em: <<https://www.iirp.edu/eforum-archive/4279-em-busca-de-um-paradigma-uma-teoria-de-justica-restaurativa>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

²²⁸ *Idem, ibidem*.

²²⁹ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?**. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 162.

Registre-se que a justiça restaurativa não pretende ser uma resposta universal para todos os casos ou uma solução dos problemas do sistema penal. O que o movimento restaurativo repudia é a ideia de que a pena de prisão seja elevada ao patamar de principal e privilegiada forma de sanção estatal, prestigiando-se o caráter retributivo, aliado a um discurso pseudo preventivo da pena, desprezando-se as peculiaridades, vicissitudes e dimensões humanas de cada conflito.

Howard Zehr trabalha, ainda, com uma construção negativa do conceito de justiça restaurativa, destacando aquilo que o modelo restaurativo não é. Para o mencionado autor, diante da presença de uma variedade de programas que se intitulam restaurativos, faz-se necessário definir aquilo que não pode ser considerado justiça restaurativa, para que esta não venha a ser afastada dos seus princípios e valores de origens²³⁰.

O autor destaca, ainda, que a justiça restaurativa não possui, como escopo principal, o perdão ou a conciliação, bem como não tem por objetivo reduzir a reincidência ou as ofensas em série, além de não pretender ser um substituto do processo penal tradicional ou uma alternativa ao aprisionamento, não se contrapondo, necessariamente, ao modelo retributivo. O autor ressalta, outrossim, que o modelo restaurativo não se confunde com a mediação, embora esta possa ser uma prática restaurativa²³¹.

Criticando tal construção, Santos critica a linha de orientação que define a justiça restaurativa a partir de uma definição de uma proposta através da negativa, partindo da ideia de que ela não é isso ou aquilo que é a justiça penal, sobretudo quando se leva em consideração a concepção errônea, ou insuficiente, daquilo que configura a justiça penal do nosso tempo e espaço. Assim, haveria uma impossibilidade de contrapor justiça penal e justiça restaurativa, com base na afirmação de uma é e a outra não é²³².

Ademais, cumpre esclarecer que a mediação penal e o modelo restaurativo possuem uma relação complexa e paradoxal²³³. Para Sica, a mediação penal

²³⁰ ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 18-26.

²³¹ ZEHR, Howard. *op. cit.*, p. 23.

²³² SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?**. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 161.

²³³ Segundo Santos, o conceito de mediação é mais amplo do que o de justiça restaurativa, na medida em que se destina à solução de conflitos interpessoais de várias naturezas, por exemplo, o conflito, penal, familiar, escolar ou laboral. Noutro viés, o conceito de justiça restaurativa será mais amplo, malgrado apenas lhe interesse as questões de índole criminal, do que a mediação, uma vez que esta constitui uma das suas práticas. In: SANTOS, Cláudia Cruz. *op. cit.*, p. 305-306.

enquadra-se como uma prática restaurativa, mas não se resume a esta, podendo ser aplicada nas mais diversas searas jurídicas, ao passo que a justiça restaurativa, embora englobe a mediação como uma possível técnica, possui seus limites de aplicabilidade restritos à esfera penal²³⁴.

Além da complexidade de se conceituar a justiça restaurativa, tem-se que esta possui outros obstáculos à sua implementação, sendo que seus principais óbices são: (1) aplicabilidade aos crimes de transindividual ou “crimes sem vítima”; (2) aos delitos de grave potencial ofensivo e agentes de alta periculosidade; (3) recusa do agente ou da vítima em participar do procedimento restaurativo; e (4) contextos de grande desigualdade²³⁵.

Assim, verifica-se que a justiça restaurativa possui um conceito flexível e aberto, advindo da percepção dos riscos que a padronização das práticas restaurativas, nos moldes no pensamento jurídico tradicional, pode resultar.

Para Tonche, ao dissertar sobre a variedade de conceitos ligados à justiça restaurativa, a falta de definição só vem a reforçar o seu caráter “flexível” e, mais ainda, indica que circunscrevê-la em conceitos pré-definidos iria contra seus princípios de informalidade, inibindo seu desenvolvimento²³⁶.

Discordando de tal premissa, Pallamolla entende que a ausência de definição sobre o que é justiça restaurativa ocasiona duas críticas pertinentes: a) cria-se o risco de que práticas que não respeitam os princípios da justiça restaurativa sirvam para avaliações negativas do modelo; e b) dificulta-se a avaliação dos programas, já que não se sabe exatamente o que se pretende alcançar com eles²³⁷. Para a autora, “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas²³⁸.”

Nesta mesma esteira de raciocínio, Johnstone e Van Ness entendem que o modelo restaurativo, enquanto movimento internamente complexo, mostra-se apenas

²³⁴ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 72.

²³⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?**. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 588.

²³⁶ TONCHE, Juliana. **Justiça Restaurativa e racionalidade penal moderna: uma real inovação em matéria penal**. Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 3, n. 1, jan 2016, p. 132.

²³⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 53-54.

²³⁸ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula, *op. cit.*, p. 54.

capaz de sustentar um conceito aberto e flexível, contínua e constantemente renovado e desenvolvido com base das novas experiências²³⁹.

Ressalte-se que essa abertura conceitual consiste no fato gerador das várias críticas, mormente porque essa abrangência das mais variadas práticas que podem ser rotuladas como restaurativas dão margem à ausência de limites balizadores do que é, ou não, considerado como medida restaurativa, criando-se distorções, no plano prático, de viabilização dessas práticas, além da evidente dificuldade de normatização, no sentido de inclusão de medidas restaurativas no ordenamento jurídico positivo.

Indo além das definições e conceitos, Braithwaite classifica o modelo restaurativo como uma forma de ir de encontro à injustiça e contra a estigmatização. O modelo restaurativo objetiva a redução da injustiça e não simplesmente a redução dos delitos. Para o autor, a justiça restaurativa “aspira oferecer direções práticas sobre como nós, cidadãos democráticos, podemos levar uma boa vida através da luta contra a injustiça”²⁴⁰.

Refletindo sobre a dificuldade de conceituação, Santos reflete sobre os fatores que dificultam a conceituação. Assim, o primeiro fator a se levar em conta é o tempo, considerando que o termo justiça restaurativa foi empregado, pela primeira vez, na década de setenta do século passado e o tema, bem como os programas de justiça restaurativa, viriam a surgir nos anos oitenta e nas décadas subsequentes²⁴¹.

Outro fator a ser considerado seria a diversidade de práticas que foram surgindo em diversos lugares do planeta. Assim, o fato de os programas restaurativos adotarem práticas distintas, que, segundo a autora, se reduzem a três modalidades principais: mediação, conferência e círculos, faz com que as teorias que se formam a partir dessas práticas assumam conceitos diversos e com significados próprios²⁴².

Por fim, a busca de uma definição ainda é dificultada pelo fato do modelo restaurativo procurar apresentar-se como movimento social ainda a lutar por se impor contra o paradigma punitivo, ter objetivos tão amplos e diversificados que neles se

²³⁹ JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. The meaning of restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel. **Handbook of restorative justice**. Cullompton, UK; Portland, USA, Willian Publishing, 2007, p. 08.

²⁴⁰ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 01.

²⁴¹ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?** Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 154.

²⁴² SANTOS, Cláudia Cruz, *op. cit.*, p. 155.

podem distinguir dimensões várias e potencialmente conflitantes, que vão desde a dimensão ética a uma dimensão instrumental, passando, ainda, por uma dimensão comunitária²⁴³.

Diante de todas as críticas e conceitos propostos, constata-se que, apropriando-se dos argumentos dos abolicionistas, do *labelling approach*, partindo da percepção da repressão, seletividade e estigmatização que permeiam o modelo tradicional de justiça criminal, a justiça restaurativa propõe um olhar mais humano sobre os conflitos penais, alertando para o fato de que as instâncias formais de controle social preocupam-se mais com a punição meramente retributiva, menosprezando as consequências do crime para a vítima e comunidade, bem como negligenciando as funções preventivas da pena.

Em sentido oposto, Santos critica essa formulação de que a justiça restaurativa se preocupa com as consequências futuras do delito, ao passo que a justiça tradicional estaria voltada para o passado. Segundo a citada autora, não se pode afirmar que o modelo tradicional de reação penal seja totalmente voltado ao passado, uma vez que, ao procurar punir o delinquent, busca-se evitar o cometimento de novos delitos, segregando o agente criminoso do convívio social, estando, de certa forma, também voltada para o futuro²⁴⁴.

Diante deste cenário, pode-se dizer, com Santos, que a justiça restaurativa propõe um diferente modelo, não necessariamente melhor, mas diferente, de justiça penal²⁴⁵. Para a autora, as reflexões sobre o conceito de justiça restaurativa não devem basear-se apenas naquilo que é, mas naquilo que este novo modelo pretender ser²⁴⁶. Assim sendo, deve-se conceituar a justiça restaurativa

Como um modo de responder ao crime (e, nessa medida, como uma pluralidade de práticas associadas a uma pluralidade de teorias agrupadas em função de uma certa unidade) que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter)subjectiva do conflito e que assume como função a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados (à)s vítima(s) relacionada com uma autorresponsabilização do(s) agente(s), finalidades estas que só logram ser atingidas através de um procedimento de encontro, radicado na autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modulação da solução²⁴⁷.

²⁴³ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?** Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 157.

²⁴⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. *op. cit.*, p. 159.

²⁴⁵ SANTOS, Cláudia Cruz, *idem*, p. 27.

²⁴⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. *idem*, p. 171.

²⁴⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. *idem*, p. 304-305.

3.3.1 Princípios e valores informativos da justiça restaurativa

Conforme esclarece Zehr, o movimento da justiça restaurativa origina-se da busca ou anseio de se repensar as necessidades que a infração criminosa gera. Os defensores do modelo restaurativo verificaram que algumas necessidades dos envolvidos no conflito não eram atendidas pelo processo penal tradicional, que afastava a vítima. Deste modo, com seus princípios e valores próprios, a justiça restaurativa ampliou o círculo dos sujeitos intervenientes no processo para além do Estado, representado pelo Promotor de Justiça, e do ofensor, incluindo as vítimas e os membros das comunidades próximas aos envolvidos, que possam ter sido afetadas²⁴⁸.

Mylène Jaccoud adverte que, diante da pluralidade de iniciativas, programas, declarações políticas e trabalhos que mencionam a justiça restaurativa e, é necessário dizer, da obstrução dos poderes públicos, tornou-se imprescindível circunscrever os seus limites e características, a fim de destacar as principais tendências e levar em conta as perguntas e discussões que cercam o que alguns não hesitam em designar, por excelência, como o movimento de reforma dos anos 90²⁴⁹.

Com esta nova visão de sujeitos envolvidos, necessidades e papéis, emerge a imprescindibilidade de delimitação de princípios e valores que devem reger a informar o modelo e os procedimentos restaurativos.

Como premissa inicial, a justiça restaurativa parte de uma nova concepção de crime, para além de fato típico, ilícito e culpável, entendendo a infração criminosa como uma violação de pessoas e/ou relacionamentos interpessoais, sendo que tais violações acarretam obrigações e o principal esforço da justiça deve se direcionar para a reparação, e não somente a retribuição, do mal praticado²⁵⁰.

A premissa de maior atenção aos danos causados do que à infringência da norma penal pressupõe um maior cuidado com os interesses e necessidades dos sujeitos envolvidos no conflito, propondo a justiça restaurativa que, além da preocupação com o sistema normativo, deve o processo penal também atentar-se

²⁴⁸ ZERH, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 24.

²⁴⁹ JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 163.

²⁵⁰ ZEHR, Howard. *op. cit.*, p. 31.

aos interesses e necessidades dos envolvidos no conflito. Neste sentido, com razão, disserta Tiveron que

[...] atualmente, o sistema de justiça é orientado pelo interesse estatal. Neste arranjo, o Estado é a vítima em perspectiva e a comunidade é abstratamente representada por ele. Os danos causados às vítimas não são o foco da intervenção, pois se sobressai a “dívida” do ofensor com o Estado a qual deve ser paga com a expiação da pena. [...] Por outra aresta, este princípio desafia o monopólio estatal da jurisdição criminal em prol de um modelo de justiça criminal mais participativo que leve em conta, prioritariamente, o interesse das partes afetadas²⁵¹.

Como decorrência direta desta premissa inicial, tem-se que o delito é, fundamentalmente, uma violação de indivíduos e/ou relações interpessoais. O crime não pode ser entendido apenas como um fato exclusivamente jurídico, mas também como um conflito entre pessoas e, como consequência disso, a persecução penal deve também atentar-se aos interesses e necessidades dos envolvidos e afetados pela infração criminosa.

Como tais violações implicam obrigações, o primado da reparação não se limita, apenas, à questão do ressarcimento pecuniário, havendo espaço para reparações de cunho simbólico, tais como pedido de desculpa, oferecimento de explicações, prestações pessoais como a oferta de serviços à comunidade, sendo estas medidas reparatórias que encontram espaço no modelo restaurativo, inexistindo um rol taxativo, de modo que a solução mais adequada deve ser construída a partir dos interesses, necessidade e vontade dos sujeitos envolvidos, mas sem deixar de observar a proporcionalidade.

Um princípio importante do modelo restaurativo consiste na voluntariedade, sendo esta uma condição para a participação nas suas práticas, como também requisito para o cumprimento eficaz do acordo, sendo imprescindível para a realização do procedimento restaurativo, o reconhecimento voluntário do ofensor da prática do ato danoso, bem como o consentimento esclarecido da vítima em participar da prática restaurativa.

A observância dos princípios e valores restaurativos faz-se necessária para a distinção das práticas conciliatórias que, em que pese tenham viés de não litigiosidade, tais como a conciliação, a transação, a negociação e a ação civil *ex delicto*, não podem ser consideradas como justiça restaurativa.

²⁵¹ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. São Paulo: Zamboni, 2014, p. 290.

Destarte, preconiza o art. 2º, da Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça, 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, consensualidade, confidencialidade e urbanidade, bem como determina que para que o conflito seja solucionado pela via restaurativa, faz-se necessário que as partes reconheçam como verdadeiros os fatos essenciais, sem que tal implique admissão de culpa, sendo condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo²⁵².

3.1.1.1 Voluntariedade

O modelo restaurativo baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe a concordância de ambas as partes (réu e vítima), concordância essa que pode ser revogada unilateralmente, sendo que os acordos devem ser razoáveis e as obrigações propostas devem atender ao princípio da proporcionalidade. A aceitação do programa não deve, em nenhuma hipótese, ser usada como indício ou prova no processo penal, seja o original seja em um outro²⁵³.

O princípio da voluntariedade reflete uma atuação pelos envolvidos no conflito, sem que haja qualquer espécie de coação, constrangimento ou obrigatoriedade. Assim, ao propor a aplicação do modelo restaurativo, deve-se esclarecer aos sujeitos sobre o que é a justiça restaurativa, quais são seus procedimentos e os direitos envolvidos²⁵⁴.

O Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, através da Resolução 12/2002, ressalta que “a vítima e o ofensor devem ter o direito à assistência jurídica sobre o processo restaurativo e, quando necessário, tradução e/ou interpretação²⁵⁵. A expressa referência à assistência jurídica demonstra a importância

²⁵² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em: 07 ma. 2018.

²⁵³ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005 p. 22.

²⁵⁴ BIACHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanda, 2012, p. 118.

²⁵⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Conselho Econômico e Social 2002/12, de 24 de julho de

para que os envolvidos no conflito possam entender os reflexos legais que as suas decisões, declarações e manifestações podem desencadear.

O consentimento esclarecido dos intervenientes no conflito auxilia no rompimento da veicidade dos sujeitos, desconstruindo pré-conceitos porventura existentes sobre o modelo restaurativo, “expondo um roteiro do funcionamento da abordagem, os seus objetivos e possíveis consequências”²⁵⁶.

O esclarecimento aos sujeitos do conflito mostra-se essencial para que estes possam compreender o procedimento restaurativo, seus objetivos e os resultados que, potencialmente, podem vir a ser alcançados. Tal procedimento traz maior segurança quanto à oportunidade oferecida, visando minimizar arrependimento de participar do procedimento ou hesitações provenientes de dúvidas remanescentes²⁵⁷.

Para Tiveron, a voluntariedade é princípio essencial para o sucesso do procedimento restaurativo. Todavia, a sua aplicação tem dividido a doutrina: há uma corrente doutrinária que afirma haver um nível de aceitação de coerção se o modelo restaurativo atuar de forma concomitante ao sistema de justiça penal vigente, ao passo que outros doutrinadores acreditam que, se a voluntariedade não for total e integralmente respeitada, a prática não poderá ser rotulada como restauradora²⁵⁸. Segundo a autora, há modelos, a exemplo do País de Gales, que compelem os ofensores a participarem da prática restaurativa, caso a vítima assim o deseje, e vice-versa, havendo, inclusive, notícias de vítimas que foram pressionadas a aceitarem o acordo restaurativo, para fins de atingimento das “metas de conciliação”²⁵⁹.

Bianchini leciona que o modelo restaurativo não demanda espontaneidade, de modo que é dispensável que a ideia de participar da prática restaurativa tenha partido dos sujeitos envolvidos no conflito, sendo possível que haja sugestão externa, sem, com isso, descaracterizar a voluntariedade. O importante, para o autor, é que os sujeitos tenham pleno domínio das suas decisões²⁶⁰. No mesmo sentido, Jaccoud aduz que:

[...]introduzir a boa vontade como critério absoluto de encaminhar os casos aos programas restaurativos, conduz inevitavelmente a confinar a justiça

2002. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-vi-miscelanea/nacoes-unidas-conselho-economico-e-social>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

²⁵⁶ BIACHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanda, 2012.p. 118.

²⁵⁷ BIACHINI, Edgar Hrycylo. *op. cit*, p. 119.

²⁵⁸ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. São Paulo: Zamboni, 2014, p. 298.

²⁵⁹ *Idem, ibidem*.

²⁶⁰ BIANCHINI, Edgar Hrycylo. *op. cit*, p. 119

restaurativa à administração de infrações sumárias o que, evidentemente, reduz seu potencial de ação²⁶¹.

A grande questão, todavia, consiste na razão genuína pela qual o ofensor aceitaria participar da prática restaurativa, e não necessariamente a assunção da responsabilidade pelo ato praticado. Assim, a pergunta relevante a ser formulada é: pode a justiça restaurativa ser considerada verdadeiramente voluntária se o ofensor sabe que o processo penal pode ser suspenso ou extinto caso ele participe do procedimento?²⁶² Assim, poderia a justiça restaurativa ter fins utilitaristas?

Entende-se que este é um risco possível ao implementar o modelo restaurativo. Para evitar tal distorção, deve-se sempre levar em consideração que o ofensor poderá, no procedimento restaurativo, obter a oportunidade de expor a sua perspectiva dos fatos, assumir a responsabilidade pela sua conduta, compreender o mal que causou e as consequências do seu comportamento e reparar os danos causados, em troca de melhoria na sua situação jurídica.

Deve-se levar, também, em consideração que o consentimento em participar do procedimento restaurativo não implica em assumir a responsabilidade pelo delito, na hipótese de o caso retornar às instâncias formais de controle. Conforme leciona De Vitto,

Há de ser resguardado o sigilo de todas as discussões travadas durante o processo restaurativo, e seu teor não pode ser revelado ou levado em consideração nos atos subsequentes do processo, o que inclui a própria admissão da responsabilidade deduzida com o fim de deflagrar a prática restaurativa. A impossibilidade de obtenção de um acordo restaurativo, igualmente, não pode ser utilizado como fundamento para o agravamento da sanção imposta ao ofensor²⁶³.

Na mesma esteira, adverte Tiveron que “para ser eficaz, a justiça restaurativa deve responder às preocupações sobre segurança pública, respeitando os direitos do acusado a declarar que é inocente e de ter um julgamento justo”²⁶⁴. Neste sentido, aduz Francisco Amado Ferreira que “o recurso ao processo restaurativo deve

²⁶¹ JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 171

²⁶² TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. São Paulo: Zamboni, 2014, p. 299.

²⁶³ De Vitto, Renato Campos. **Justiça restaurativa, justiça restaurativa e direitos humanos**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 45.

²⁶⁴ TIVERON, Raquel, *op. cit.* p. 300.

constituir um direito co-intitulado pela vítima e pelo agressor, e não um dever jurídico ou mais uma violência legítima hostil aos mesmos, e ainda sobrevivitizante”²⁶⁵.

Nesta perspectiva, foi inserido no Código de Processo Penal da Colômbia, em seu art. 519, inciso I, como princípio para o processo restaurativo, a necessidade de haver o consentimento livre e voluntário da vítima e do imputado, acusado ou condenado de submeter o litígio a um processo de reparação. Tanto a vítima quanto o imputado pode retirar o consentimento a qualquer momento durante o encontro²⁶⁶
267.

Adotando o mesmo entendimento, a Resolução 12/2002, do Conselho Econômico e Social da ONU declara que “nem a vítima nem o ofensor deverão ser coagidos a participar do processo restaurativo ou aceitar os resultados do processo”²⁶⁸.

Assim, ainda que em muitos casos a voluntariedade possa ter influência externa, não se pode considerar a proposta do modelo restaurativo por terceiros, bem como o esclarecimento sobre os procedimentos, objetivos e resultados, como violação ao princípio da voluntariedade. Este segue sendo um importante princípio e se mostra imprescindível para a admissibilidade da prática restaurativa. A violação da voluntariedade conduz, segundo Zerh e Mika, a programas de natureza retributiva que são batizados como iniciativas restaurativas, beneficiando-se da crescente popularização da justiça restaurativa²⁶⁹.

3.3.1.2 Confidencialidade

O princípio da confidencialidade fundamenta-se na necessidade de sigilo das informações fornecidas, durante a abordagem restaurativa. É também uma garantia

²⁶⁵ FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidade e instrumentos**. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 123.

²⁶⁶ No original: Artículo 519. Reglas Generales. Los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas: 1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.

²⁶⁷ COLÔMBIA, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-cpp-2005.html>. Acesso em: 14 jan. 2018.

²⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Conselho Econômico e Social 2002/12, de 24 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-vi-miscelanea/nacoes-unidas-conselho-economico-e-social>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

²⁶⁹ ZERH, Howard; MIKA, Harry. *Fundamental Concepts of Restorative Justice*. **Contemporary Justice Review**, n. 1, p. 47-55, 1998, p. 49.

importante para reforçar o princípio da voluntariedade, na medida em que assegura àqueles que consentirem em participar da prática restaurativa que as informações e manifestações impostas ao longo do procedimento não serão utilizadas em desfavor do infrator, caso este revogue o consentimento ou não haja o acordo, transmitida em outros espaços e divulgadas nos meios de comunicação²⁷⁰.

Assim, todos os intervenientes do procedimento restaurativo devem assumir a o dever de manter em sigilo as informações obtidas, das revelações apresentadas, dos sentimentos expostos, das propostas oferecidas e acordos analisados, devendo assinar uma declaração contendo o dever de sigilo assumido.

Em decorrência do caráter informal e sigiloso, as declarações prestadas não podem ser reduzidas a escrito ou empregadas para finalidades diversas, como, por exemplo, usadas como informações na hipótese de retorno do caso ao processo penal formal tradicional. Não há que se falar, também, em dar publicidade aos atos e fatos que ocorrerem durante o procedimento restaurativo²⁷¹.

Adotando tal raciocínio, a Resolução 12/2002 da ONU expressamente prevê que “as discussões no procedimento restaurativo não conduzidas publicamente devem ser confidenciais e não devem ser divulgadas, exceto se consentirem as partes ou se determinado pela legislação nacional”²⁷².

Para Francisco Ferreira, faz-se importante que se valorize a confiança e fé negocial entre os sujeitos, tranquilizando-se quanto à possibilidade de um eventual emprego das declarações manifestadas em outras sedes. Para o autor, a relevância do princípio da confidencialidade acarreta na “libertação” de possíveis constrangimentos de eventual vazamento das informações colhidas no procedimento restaurativo²⁷³.

O princípio da confidencialidade reforça o princípio da presunção da inocência, de modo que a participação do autor no procedimento não pode ser utilizada como prova de admissão de culpa em eventual processo criminal. Segundo Tiveron, esta proibição é especialmente relevante para os casos nos quais não se

²⁷⁰ BIACHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanda, 2012, p. 127.

²⁷¹ BIACHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanda, 2012, p. 128.

²⁷² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Conselho Econômico e Social 2002/12, de 24 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-vi-miscelanea/nacoes-unidas-conselho-economico-e-social>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

²⁷³ FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidade e instrumentos**. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 37.

finaliza o acordo restaurativo ou os sujeitos desistam de participar no curso no procedimento restaurativo. Para a autora, mediante os princípios da voluntariedade e da confidencialidade, assegura-se a garantia constitucional da não-culpabilidade ou presunção de inocência²⁷⁴.

3.3.1.3 Não-dominação

Tal princípio mostra-se relevante para fins do procedimento restaurativo, uma vez que, como em qualquer processo de interação social, mostra-se necessário buscar minimizar as diferenças de poder existentes. Para tanto, deve o facilitador identificar os processos de dominação que, porventura, venham a ocorrer durante o procedimento restaurativo.

Neste sentido, não será considerado como restaurativo caso o facilitador venha a adotar uma postura ativa, no intuito de evitar a dominação²⁷⁵. Assim, na hipótese da tentativa de dominação por um dos sujeitos, cabe, inicialmente, aos próprios sujeitos intervenientes no conflito buscar dar voz àquele que estiver sendo dominado. Caso isso não ocorra, deve o facilitador intervir, dando voz ativa ao indivíduo que esteja sendo dominado²⁷⁶.

O papel dos facilitadores mostra-se fundamental, os quais devem ser discretos, no sentido de não dominarem as ações do procedimento, mas conduzirem aos intervenientes do conflito no caminho de alcançarem, por seus próprios meios, o encontro da solução mais adequada ao caso²⁷⁷.

Visando manter a postura imparcial do facilitador, caso persista o processo de dominação, deve ser o procedimento restaurativo suspenso, remarcando-se a sessão. Entende-se que tal postura se faz necessária para evitar que os intervenientes no conflito desenvolvam alguma antipatia pelo facilitador.

3.3.1.4 Empoderamento das partes

²⁷⁴ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. São Paulo: Zamboni, 2014, p. 265.

²⁷⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 62.

²⁷⁶ *Idem, ibidem*.

²⁷⁷ FREITAS, Priscila Araújo; BRAGA, Ronaldo Passos. Um novo modelo de justiça penal: justiça restaurativa e sua aplicação no Brasil. In: **Revista Letras Jurídicas**, n. 3, vol. 2/2014, p. 150.

Decorrência direta da não-dominação, o princípio do empoderamento, uma vez que “a não-dominação implica empoderamento”²⁷⁸. Tal princípio considera que os participantes têm o poder de expor seus sentimentos e narrar suas histórias, conforme suas perspectivas, a fim de revelarem suas impressões sobre os danos suportados e de que forma gostariam que fossem reparados. “Trata-se de dar voz aos implicados e compreender seus pontos de vista”²⁷⁹

Para Zehr, no que tange ao específico empoderamento das vítimas, ao passarem pelos procedimentos de vitimização (primária, secundária ou terciária), elas sentem que a ofensa sofrida lhes foi subtraída do controle – controle sobre sua propriedade, suas emoções, seus sonhos. O envolvimento em um procedimento restaurativo configura uma ferramenta significativa se devolver um senso de poder às vítimas²⁸⁰.

O empoderamento permite que as vítimas tenham participação ativa na construção da solução do seu conflito e se sintam tratadas de forma mais justa. Assim, o infrator não pode ter um papel dominante, retirando o “controle” de decisões da vítima. Por sua vez, esta também não deve ser considerada superior ao agressor. Os envolvidos precisam ser restabelecidos na segurança, controle e responsabilidade perdidos em decorrência da prática delitiva e buscarem a construção do acordo restaurativo com dignidade e humanidade, e não a simples punição do infrator ou a re-vitimização do ofendido²⁸¹.

3.3.1.5 Informalidade

Na busca por discutir o ocorrido e reparar os danos suportados pela vítima, deve haver informalidade no procedimento, evitando-se que o mesmo configure em um ritual que afaste os envolvidos. Para tanto, deve ser empregada linguagem simples e conferir menos importância ao formalismo exarcebado. O objetivo é minimizar as tensões do litígio, através de um sistema que se adeque às particularidades do caso e promova um desempenho efetivo, possibilitando maiores êxitos na restauração²⁸².

²⁷⁸ *Idem, ibidem.*

²⁷⁹ *Ibidem, ibidem.*

²⁸⁰ ZERH, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 26.

²⁸¹ BIACHINI. Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanda, 2012p. 131

²⁸² BIANCHINI. Edgar Hrycylo. *op. cit*, p. 131.

A informalidade e flexibilidade do procedimento restaurativo mostram-se essenciais para a justaposição da prática às especificidades do caso e buscar alcançar, mediante tais ajustes, os objetivos propostos. A elasticidade procedimental provém da pluralidade de exigências que podem ocorrer ao longo da abordagem, de modo que se faz necessário conciliar as necessidades e interesses diversos de maneira equilibrada e harmoniosa²⁸³.

Ferreira observa que se mostra absolutamente normal serem cedidos alguns pontos com a intenção de se obter um acordo, sendo tal técnica intrínseca a qualquer processo negocial no qual se procure a maximização das vantagens a par da minimização das desvantagens²⁸⁴.

O princípio em análise tem como escopo alcançar a maior efetividade possível. Assim, a forma de aplicação empregada não configura um fim em si mesma, mas apenas um instrumento para realizar as ações que alcancem os resultados restaurativos. Conforme pontua Bianchini, “não cabe à justiça restaurativa a implementação de um excesso de formalismo já existente na prestação jurisdicional”²⁸⁵.

A informalidade presente no procedimento restaurativo, enquanto um importante princípio deste novo modelo de justiça, decorre do raciocínio de que não pode ocorrer a supervalorização das formas em detrimento dos sujeitos envolvidos no conflito, pois o que pretende é o empoderamento dos participantes, objetivando a reparação dos danos causados e pacificação do conflito, valorizando-se o indivíduo e suas vicissitudes.

3.3.1.6 Reparação dos danos

Na perspectiva da proposta restaurativa, a reparação do dano surge como consequência da influência da vitimologia, de modo que os danos causados à vítima devem ser reparados. Para tanto, há um processo complexo que envolve diferentes atitudes as quais o ofensor pode tomar para reparar, material e/ou simbolicamente o ofendido²⁸⁶.

²⁸³ *Idem, ibidem.*

²⁸⁴ FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidade e instrumentos.** Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 37

²⁸⁵ BIANCHINI, Edgar Hrycyclo, *op. cit.*, p. 132.

²⁸⁶ LARRAURI, Elena. **Tendencias actuales em la justicia restauradora.** In: ÁLVARES, Fernando

Para Larrauri, o acordo restaurativo pode comportar variações desde um simples pedido de desculpas, compensação econômica ou até mesmo alguma prestação de serviço acordado com a vítima, não se excluindo a possibilidade de que se acorde a adoção de medidas de caráter reabilitador para o infrator, uma vez que, segundo autora,

[...] una de las funciones del Estado el la justicia restauradora es precisamente suministrar los servicios (de tratamiento, de aprendizaje, de ocupación) que se acuerden en las conferencias y que son necesarios para permitir la reintegración del infractor en la comunidad²⁸⁷.

Deste modo, a reparação seria suficiente para a concretização da justiça, não sendo necessário infligir dor ou sofrimento ao ofensor. Ademais, o acordo restaurativo, além de reparar a vítima, pode proporcionar a reintegração do ofensor e a restauração da comunidade abalada pelo delito²⁸⁸.

Indo além, Santana, ao analisar a reparação com os objetivos do sistema penal, aduz que “somente na forma de uma assunção voluntária de responsabilidade é que a reparação pode assumir o significado autônomo de uma terceira via dentre as consequências jurídico-penais”²⁸⁹, consistindo não apenas de uma indenização cível, mas de algo que envolve elementos pessoais construtivos para o restabelecimento da paz jurídica. A reparação, no âmbito penal, consubstancia um processo criativo mediante o qual o autor assume, perante a vítima e a sociedade, a responsabilidade pelo ato criminoso praticado²⁹⁰.

Para a autora, somente a reparação assumida de forma voluntária pelo agente poderia conduzir à efetiva assunção de responsabilidade, bem como demandaria o envolvimento de elementos de natureza pessoal, indo além da simples reparação pecuniária. Adverte, ainda, a autora, que, mesmo diante deste espaço para o exercício da composição dos conflitos pelos próprios intervenientes, tais composições devem subordinar-se ao controle estatal, porquanto não se pode renunciar à proteção dos mais vulneráveis ou até mesmo de certos bens jurídicos, seja no interesse da vítima

Pérez (ed.). SERTA In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, p. 439-464.p. 445.

²⁸⁷ LARRAURI, Elena. **Tendencias actuales em la justicia restauradora**. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). SERTA In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, p. 439-464, p. 448.

²⁸⁸ LARRAURI, Elena, *op. cit.*, p. 447.

²⁸⁹ SANTANA, Selma Pereira de Santana. **Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 125

²⁹⁰ SANTANA, Selma. *op.cit.*, p. 126.

ou no da sociedade²⁹¹, até mesmo os interesses do ofensor.

Ainda neste sentido, Zerh entende que a reparação mostra-se tão fundamental quanto a retribuição, na medida em que representa a recuperação das perdas e o reconhecimento do erro pelo infrator, que assume a sua responsabilidade no dano causado. Assim, o valor da reparação confere valor ético à vítima, perpassando pela assunção da responsabilidade pelo ofensor²⁹².

Conforme leciona Selma Santana, a reparação está intrinsecamente ligado ao princípio da voluntariedade. Para a autora, a voluntariedade é irrenunciável enquanto condição básica da reparação no âmbito penal²⁹³. O princípio da voluntariedade, imprescindível para o acesso às vias restaurativas, mostra-se relevante para fins de assunção da responsabilidade e dos deveres advindos do acordo restaurativo.

Cumprir ainda ressaltar que é a voluntariedade que permeia o procedimento restaurativo que distingue a ideologia restaurativa das demais formas de reparação já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da reparação da suspensão condicional do processo (art. 89 da lei 9.099/1995) ou imposta pelo magistrado quando da prolação da sentença penal condenatória (art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal).

Inobstante a voluntariedade, não poderá o acordo restaurativo estipular medidas arbitrárias de reparação. Para tanto, o conteúdo do acordo deverá observar os parâmetros legais de reparação dos danos, a fim de que o mesmo não venha a ter o seu cumprimento impossibilitado, face às circunstâncias pessoais do infrator, ou tornar-se excessivamente oneroso.

A voluntariedade, em tese, facilita o cumprimento dos deveres assumidos. Contudo, diante de possível hipótese de descumprimento, a pergunta que urge é: A execução forçada do acordo restaurativo viola o princípio da voluntariedade? No nosso entender, sim. Na hipótese de descumprimento do acordo restaurativo, não se mostra possível a sua execução forçada, de modo que o caso deve retornar às instâncias formais do sistema judicial penal.

Da mesma forma, inobstante as possibilidades de reparação que podem surgir do acordo restaurativo sejam amplas, abertas às peculiaridades de cada caso e

²⁹¹ *Idem, ibidem.*

²⁹² ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 182.

²⁹³ SANTANA, Selma Pereira de Santana. **Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010p. 125.

assumidas de forma voluntária, estas não podem ser irrestritas e ilimitadas, fazendo-se relevante delimitar, a partir da coerência e da proporcionalidade, os limites do acordo restaurativo, através da fiscalização do acordo restaurativo por magistrados no momento da sua homologação.

Ademais, a ampla gama de medidas reparadoras admitidas pelo modelo restaurativo é objeto de dois tipos de críticas ao modelo da justiça restaurativa: o fato de que uma causa pode receber um tratamento mais suave em um modelo restaurativo, ou que ele pode receber um tratamento mais severo²⁹⁴.

Tal discussão sobre as variadas formas de reparação da vítima perpassam diretamente sobre a proporcionalidade, remetendo a questões de justiça e igualdade de tratamento. Segundo Jaccoud, na tentativa de superar tais críticas, alguns defensores do modelo restaurativo introduziram a noção de “reparação razoável”, sem, contudo, definir o que seria o novel conceito.

Conforme se depreende do aludido debate, a reparação dos danos causados enquanto valor restaurativo encontra-se ligado ao tema dos limites do acordo restaurativo, em especial à questão da proporcionalidade, que será aprofundado em tópico posterior do presente trabalho.

3.3.1.7 Condução do encontro restaurativo por facilitadores capacitados e imparciais

O facilitador é o profissional que auxilia os participantes do procedimento restaurativo a alcançarem seus objetivos em diferentes contextos. Sua atuação consiste, primeiramente, em ajudar um grupo de indivíduos a definir seus objetivos comuns e, em momento posterior, em acompanhar o percurso do grupo na realização de tais objetivos²⁹⁵. Para Daou, ressignificando o conceito do termo facilitador, tem-se que este profissional é um terceiro neutro, capacitado e preparado com técnicas e metodologias para ajudar a encontrar, de modo consensual, soluções para as situações conflituosas que os indivíduos estejam vivendo²⁹⁶.

Adotando o conceito proposto por Daou, entende-se que o facilitador é um

²⁹⁴ JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 178.

²⁹⁵ DAOU, Violeta. A postura do facilitador. In: GRECCO, Aimée e outros. **Justiça Restaurativa em ação: práticas e reflexões**. São Paulo: Dash, 2014, p. 129.

²⁹⁶ *Idem, ibidem*.

intermediário do conflito, que deve se ater às individualidades dos envolvidos, de modo a não prejudicar o diálogo em razão de pré-julgamento ou evitar influenciar no resultado ou manipular os interesses dos participantes no procedimento restaurativo. Assim, o facilitador, ao se inserir na realidade dos conflitos, não pode se envolver emocionalmente com as frustrações e anseios dos intervenientes²⁹⁷.

Neste sentido, o Código de Processo Penal colombiano expressamente prevê, em seu art. 519, inciso V, que “os facilitadores devem exercer as suas funções imparcialmente e garantir que a vítima e o imputado, acusado ou condenado, atuem com respeito mútuo”²⁹⁸²⁹⁹.

No mesmo diapasão, a Resolução 12/2002 da ONU dispõe acerca da necessidade de imparcialidade do facilitador, determinando que

Art. 18. Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas³⁰⁰.

3.3.1.8 Vergonha reintegrativa

A vergonha reintegrativa consiste em um dos pilares fundamentais da teoria de Braithwaite³⁰¹ sobre o modelo restaurativo. Para o autor, a vergonha que sente o infrator em decorrência da reação social ao seu comportamento tem duas faces³⁰²: a negativa conduz à marginalização social e estigmatiza o indivíduo; a positiva, representada pela vergonha reintegrativa, acresce à reação social de desaprovação uma reação de reaceitação deste indivíduo à sociedade e faz com que o infrator se

²⁹⁷ BIACHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanda, 2012, p. 131.

²⁹⁸ No original: Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.

²⁹⁹ COLÔMBIA, **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-cpp-2005.html>. Acesso em: 14 jan. 2018.

³⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Resolução do Conselho Econômico e Social 2002/12**, de 24 de julho de 2002. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-vi-miscelanea/nacoes-unidas-conselho-economico-e-social>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

³⁰¹ O autor define a vergonha reintegradora como “todo processo social de expressão de desaprovação que tenha a intenção ou efeito de invocar remorso na pessoa por parte de outros que tomaram conhecimento do fato”. In: BRAITHWAITE, John. **Shame Management Through Reintegration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 39.

³⁰² Tiveron adverte sobre os riscos práticos de empreender a distinção entre estas duas vertentes da vergonha. TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. São Paulo: Zamboni, 2014.p. 353.

sinta responsável pelo que fez e queira se reintegrar socialmente³⁰³.

Para Braithwaite, a justiça restaurativa permite a desaprovação comunitária com o potencial de causar o sentimento de remorso no ofensor, de modo que tal constrangimento seria capaz de reforçar os vínculos morais entre o ofensor e a comunidade³⁰⁴. A teoria proposta pelo autor parte da premissa de que os compromissos culturais do ofensor com a comunidade em que vive são essenciais para o controle da criminalidade, de modo que o constrangimento imposto ao autor seria suficiente para reforçar o vínculo moral entre o infrator e a comunidade, com maiores chances de prevenção de novos delitos futuros, inclusive³⁰⁵.

Tiveron define a vergonha reintegrativa como “uma forma de controle social baseada na condenação informal pela comunidade daquilo que é considerado errado, com a garantia de oportunidades de reintegração do ofensor³⁰⁶”.

Assim, o modelo restaurativo de justiça seria mais adequado a produzir os efeitos da vergonha reintegrativa, porquanto no procedimento restaurativo os ofensores têm a possibilidade de receber uma sanção adequada e construída adequadamente para seu caso, sendo uma sanção legítima, de forma que seus laços para os agentes de controle e a comunidade se fortalecem, e os ofensores aceitam sua vergonha e têm orgulho de reparar os danos causados, permanecendo em solidariedade com a comunidade³⁰⁷. Na mesma perspectiva, os infratores tendem a cumprir a lei, na medida em que se veem tratados, de forma mais justa, pelo sistema de justiça criminal³⁰⁸.

Tal valor do modelo restaurativo mostra-se altamente relevante para a imposição do estudo acerca dos limites do acordo restaurativo, uma vez que, ao admitir-se a noção de vergonha reintegrativa e com a ideia de estigmatização não destrutiva, deve-se proibir qualquer forma degradante, cruel ou humilhante no desfecho. Admitir-se-á no acordo restaurativos apenas deveres e obrigações que fortaleçam os vínculos morais dos infratores com a comunidade, reparando

³⁰³ BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa em face da criminologia da reação social. In: SLAKMON, C; MACHADO, M.R; BOTTINI, P.C (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 505.

³⁰⁴ BRAITHWAITE, John. *op. cit.*, 2001, p. 42.

³⁰⁵ BRAITHWAITE, John. **Shame Management Through Reintegration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 42.

³⁰⁶ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. São Paulo: Zamboni, 2014, p. 349-350.

³⁰⁷ BRAITHWAITE, John. *op. cit.*, p. 50.

³⁰⁸ BRAITHWAITE, John. *idem*, p. 49.

proporcionalmente os danos causados.

3.3.2 Justiça restaurativa e justiça criminal: a relação de divergência e convergência entre tais modelos de reação ao delito

Após a análise do conceito, ou ausência deste, e dos princípios e valores do modelo restaurativo, faz-se importante cotejar a proposta do modelo restaurativo e o sistema criminal clássico, objetivando ponderar se ambos são mutuamente excludentes ou possuem pontos de convergência, avaliando-se a possibilidade de empregar o modelo restaurativo dentro da própria estrutura penal ou apenas fora desta.

Embora possuam premissas distintas, o paradigma emergente do modelo restaurativo pode relacionar-se e coexistir com o paradigma punitivo do sistema judicial penal clássico. Howard Zehr, embora inicialmente polarizasse a estrutura punitiva do sistema jurídico da abordagem restaurativa³⁰⁹, realinha seu pensamento e argumenta que retribuição e restauração não são polos opostos, advertindo sobre os riscos que uma leitura reducionista pode ocasionar³¹⁰. Na obra “Justiça Restaurativa”, o autor retifica seu pensamento exposto em obras anterior e expressamente consigna que “a JR (Justiça Restaurativa) não se contrapõe necessariamente à justiça retributiva”, “a Justiça Restaurativa não é necessariamente uma alternativa ao aprisionamento” e, por fim, “a Justiça Restaurativa não é uma panaceia nem necessariamente um substituto para o processo penal”³¹¹.

Deste modo, tanto a teoria retributiva, quanto o substrato ideológico restaurativo reconhecem a intuição ética básica de que determinados comportamentos socialmente nocivos desequilibram a balança, de modo que a vítima mereça alguma forma de reparação e o ofensor seja responsabilizado, de alguma forma. Assim, as duas abordagens sustentam a existência da proporcionalidade entre o ato lesivo e a conseqüente reação a ele. Neste aspecto, as vias escolhidas pelos modelos são diferentes. Deste modo,

³⁰⁹ Ao escrever sua obra pioneira sobre o tema, *Changing lenses*, na década de noventa, Zehr supunha uma visão dual dos modelos restaurativo e retributivo, mudando seu pensamento em momento posterior. Após rever seu pensamento, o próprio autor assume que os dois modelos possuem elementos em comum.

³¹⁰ ZERH, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 71.

³¹¹ ZERH, Howard. *op. cit.*, p. 22-23.

A justiça retributiva postula que a dor é o elemento capaz de acertar as contas, mas na prática ela vem se mostrando contraproducente, tanto para a vítima quanto para o ofensor. Por outro lado a teoria da Justiça Restaurativa sustenta que o único elemento apto para realmente acertar as contas é a conjugação do reconhecimento dos danos sofridos pela vítima e suas necessidades ao esforço ativo para estimular o ofensor a assumir a responsabilidade, corrigir os males e tratar as causas daquele comportamento. Ao lidar de modo positivo com esta necessidade de vindicação ou acerto de contas a Justiça Restaurativa tem o potencial de dar segurança a vítima e ofensor, ajudando-os a transformar suas vidas³¹².

Adotando raciocínio semelhante, Santos aduz que, com frequência, a partir de leituras simplistas, se diferenciam os modelos restaurativos e retributivos através da ideia (reducionista) de que a justiça restaurativa objetiva a reparação dos danos suportados pela vítima, ao passo que a justiça retributiva persegue a retribuição da culpa do agente criminoso. Além disso, partem do pressuposto (falho) de que o modelo restaurativo se ocupa do futuro, enquanto o retributivo olha unicamente para o passado³¹³.

Para a autora, tal forma de distinção entre os modelos de justiça “não pode deixar de causar alguma perplexidade inicial ao penalista minimamente familiarizado com a temática dos fins da pena”³¹⁴, uma vez que não se pode ignorar as demais funções da pena, em especial, a preventiva especial positiva³¹⁵, que objetiva que o infrator não volte a delinquir no futuro, não se mostrando correto sustentar que a sanção penal tenha, apenas, objetivos retributivos³¹⁶.

Na mesma esteira de pensamento, Roche analisa que a polarização entre os modelos restaurativos e retributivos pode ocasionar diversos problemas de ordem teórica e prática, uma vez que a desconsideração da complexidade dos processos de punição fora do sistema judicial penal. Para a autora, a leitura simplista da justiça retributiva, reduzindo-a à vingança não deve prevalecer, uma vez que possui a

³¹² ZERH, Howard. *idem*, p. 72.

³¹³ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?** Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 313.

³¹⁴ SANTOS, Cláudia Cruz, *op. cit.*, p. 316.

³¹⁵ No atual contexto político, social, cultural e econômico, possui a pena diversas funções. Na primeira das suas funções, a chamada prevenção geral, em sua acepção negativa, tem como finalidade a intimidação social, evitando, assim, que os demais membros de uma sociedade cometam delitos ao observarem a punição do infrator; na acepção positiva, a sanção penal serviria como meio de disseminar na consciência geral a necessidade de respeito dos valores e normas sociais. Na sua função preventiva especial negativa, a pena serviria para intimidar o próprio autor, fazendo com que este não torne a delinquir. Na acepção preventiva especial positiva, a sanção penal seria empregada para fazer o delinquentes conscientizar-se e responsabilizar-se pelo mal praticado, tornando-o apto ao retorno ao convívio social, inibindo-o, assim, do cometimento de novos delitos no futuro

³¹⁶ SANTOS, Cláudia Cruz, *idem*, p. 316.

vantagem de estar balizada por garantias e legal e constitucionalmente limitada³¹⁷, Tais leituras levam à conclusão de que tudo que não for justiça restaurativa é ruim³¹⁸.

Matthews também critica a dicotomia que alguns defensores da justiça restaurativa fizeram entre ela e justiça retributiva. Para o autor, o problema não se resume a uma opção por um ou outro, outro, mas é antes uma questão de gradação, uma vez que esta dicotomia irreal não somente negligencia as demais formas pelas quais a justiça restaurativa pode ser mais punitiva que processos judiciais, assim como (negligencia) como estratégias restaurativas, reparativas e compensatórias são características recorrentes do sistema de justiça criminal existente³¹⁹

Von Hirsch, Ashworth e Shearing vão além na reflexão, aduzindo que o modelo restaurativo também representa uma espécie de punição, porquanto, ainda que o ofensor possa optar entre os modelos restaurativos e preventivos, ele não poderá optar por não responder pelo delito praticado e o conseqüente dano causado. Na visão dos autores, o princípio da voluntariedade não subtrai o caráter sancionador da imposição dada pelo modelo restaurativo, pois o ônus suportado pelo autor permanece³²⁰.

No mesmo sentido, Santos conclui que em ambos os modelos conviverão dimensões punitivas com dimensões curativas (ainda que com pesos diferentes na busca por reequilibrar a balança), ainda que apenas na justiça retributiva a punição seja coercitiva e tenha uma conseqüência tão drástica quanto a privação da liberdade e que os deveres assumidos pelo infrator na justiça restaurativa sejam auto-assumidos³²¹. Segundo a autora, “o imperativo do curar atravessa, deste modo, o próprio conceito de punir. O sistema penal deve punir oferecendo uma oportunidade

³¹⁷ Neste aspecto reside um dos maiores pontos de atrito entre a justiça restaurativa e o sistema de garantias penais, uma vez que o Direito Penal alicerça-se na legalidade, sendo esta uma das mais robustas garantias do cidadão, ao passo que o modelo restaurativo fundamenta-se na ideia de construção da solução mais apropriada ao caso concreto, o que pode gerar conseqüências indeterminadas, levando-se em conta as peculiaridades do infrator, as necessidades da vítima e da comunidade, solução esta que pode não encontrar respaldo no ordenamento penal positivado.

³¹⁸ ROCHE, Declan. *Retribution and restorative justice*. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W. (ed.). **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton, UK: Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 78-81.

³¹⁹ MATTHEWS, Roger. *Reintegrative shaming and restorative justice: reconciliation or divorce?* In: Aertson, I., Daems, T. & Robert, L. (Eds.), **Institutionalizing Restorative Justice**. UK: Willan Publishing, 2006, p. 250.

³²⁰ VON HIRSCH, A., ASHWORTH, A., & SHEARING, C. 2003. Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: a ‘Making Amends’ Model?. In: Von Hirsch, A., Roberts, J.V., Bottoms, A.E., Roach, K. & Schiff, M. Eds. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms**. Oxford: Hart Publishing, p. 81.

³²¹ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?** Coimbra: Editora Coimbra, 2014.p. 354.

de curar”³²². Deste modo, através da justiça restaurativa, se em primeira linha se objetiva curar, pode-se ainda vislumbrar uma aceitação dos desvalores pelo agente criminoso que, caso não houvesse o consentimento, aproximar-se-ia do simples punir³²³. Arremata a doutrinadora portuguesa, aduzindo que o núcleo da diferença entre a justiça penal e a justiça restaurativa não se localiza na questão das finalidades dos modelos, mas nos procedimentos disponíveis para a persecução das finalidades declaradas de cada modelo³²⁴.

Inobstante a divergência entre a imposição da punição pelo sistema judicial penal tradicional e a negociação da sanção reparadora pelos intervenientes no conflito, tal como ocorre no procedimento restaurativo, para Von Hirsch, Ashworth e Shearing o modelo restaurativo é, em certa medida, também punitivo, na medida em que se ocupa em responder ao delito cometido e a reparação não deixa de consistir uma atitude escusatória pela infração cometida³²⁵.

Tais reflexões aproximam-se das conclusões de Braithwaite, quando o autor afirma que não se pode esperar que a justiça restaurativa erradique o punitivismo. O que se pode esperar do modelo restaurativo, através do empoderamento dos sujeitos envolvidos no conflito, é que os punitivistas se tornem menos punitivos, uma vez que a justiça restaurativa, nesta perspectiva, permite resultados punitivos, desde que não exceda limites legais e não viole direitos humanos³²⁶.

Diante deste cenário, Tonche questiona: “Por que a justiça restaurativa ainda não consegue reconstruir completamente a teoria tradicional, nem nos permite construir uma nova teoria da intervenção penal no seu conjunto?”³²⁷ A própria autora responde a tal questionamento ao aduzir que o motivo reside no fato do modelo restaurativo apresentar-se de forma paralela, refletindo que “foi, portanto, essa maneira de caracterização que limitou sua própria potencialidade crítica”³²⁸, uma vez

³²² SANTOS, Claudia Cruz, *op. cit.* p. 354.

³²³ *Idem, ibidem.*

³²⁴ *Idem.*

³²⁵ VON HIRSCH, A., ASHWORTH, A., & SHEARING, C. 2003. Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: a ‘Making Amends’ Model?. In: Von Hirsch, A., Roberts, J.V., Bottoms, A.E., Roach, K. & Schiff, M. Eds. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms**. Oxford: Hart Publishing, 21-41, p. 26.

³²⁶ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.p. 05.

³²⁷ TONCHE, Juliana. **Justiça Restaurativa e racionalidade penal moderna: uma real inovação em matéria penal**. Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 3, n. 1, jan 2016.p. 135.

³²⁸ *Idem, ibidem.*

que o alcance do modelo restaurativo continuará comprometido se pensarmos a justiça restaurativa a partir dos moldes do sistema judicial penal tradicional³²⁹.

Destarte, pode-se concluir, compartilhando da opinião de Duff, que não se mostra possível a reparação sem retribuição e sem assunção de responsabilidade, na medida em que estas são finalidades complementares e não excludentes entre si. Assim, não seria preciso escolher entre a justiça retributiva ou restaurativa, uma vez que os objetivos de ambas estão conectados³³⁰, de modo que o modelo restaurativo não consiste, necessariamente, em uma alternativa à punição, mas uma forma alternativa de punição. Tal constatação reforça a necessidade de se estabelecer os limites do acordo restaurativo.

3.3.3 O fundamento democrático da justiça restaurativa

Conforme preconiza o art. 1º da Carta Maior, “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu um Estado Democrático de Direito” e, no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, anuncia-se que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio dos representantes eleitos, nos termos desta Constituição”.

O reconhecimento dos valores democráticos encontra-se assegurado pela Carta Magna, sendo este um pressuposto essencial para a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos e construção da paz social. Neste sentido, para Bobbio,

[...] Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo³³¹.

Outrossim, o atual cenário político institucional da democracia brasileira é de crise. Neste contexto, o modelo tradicional de justiça penal subtrai dos indivíduos a

³²⁹ *Ibidem, ibidem.*

³³⁰ DUFF, Antony. Restoration and Retribution. In: VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M. (eds). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 43.

³³¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.p. 01.

possibilidade de qualquer ingerência na solução dos conflitos, assumindo o Estado o monopólio da coerção para resolução destes.

Assim, emerge a justiça restaurativa como modelo alternativo de reação ao crime, concentrando seu foco nas consequências do delito e nas relações sociais afetadas pela conduta criminosa. Neste sentido, evidencia-se a relação entre repressão punitiva e democracia, haja vista que o poder punitivo estatal torna-se um resquício ao autoritarismo estatal, não permitindo aos cidadãos qualquer ingerência ou gestão da justiça penal.

Desta forma, reflete-se sobre os fundamentos democráticos da justiça restaurativa, essenciais na busca da construção da paz jurídica e social.

Assim, considerando que, para Chomsky³³², uma sociedade é efetivamente democrática na medida em que seus cidadãos possam desempenhar relevante papel na gestão dos assuntos públicos, busca-se demonstrar o fundamento democrático da justiça restaurativa, entendendo-se esta como uma ferramenta de fortalecimento do regime democrático no sistema de justiça criminal, haja vista que permite a ampliação dos espaços de deliberação e participação na administração dos conflitos penais. A democracia reclama o equilíbrio entre a tutela da liberdade do indivíduo e defesa dos interesses coletivos e sociais, sendo que uma justiça penal democrática deve procurar permanentemente este equilíbrio.

Desta forma, ao se relacionar a repressão como uma categoria necessária à compreensão do que é a democracia, evidencia-se a relação desta com o sistema de justiça penal.

Nesta esteira de reflexão, segundo Sica³³³, a introdução das práticas restaurativas na administração do conflito penal torna o sistema de justiça criminal mais democrático, uma vez que tornam a justiça penal mais participativa e deliberativa, afastando-se de uma decisão imposta de forma heterônoma, reforçando, assim, a democracia participativa e ratificando a legitimidade da lei penal. Na mesma direção, Tiveron pondera que “a justiça restaurativa privilegia valores democráticos por meio da ampliação do rol de participantes na deliberação, pela confiança depositada na capacidade decisória, pelo empoderamento produzido e pela educação

³³² CHOMSKY, Noam. **Contendo a democracia**; tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 19.

³³³ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007p. 201-204.

para a paz”, não sendo pertinente que o Estado funcione como única instância de justiça³³⁴.

De fato, a emergência de ferramentas não institucionalizadas de resolução dos conflitos torna tendencialmente o sistema de justiça criminal mais democrático. Com efeito, concorda-se com Tiveron quando esta aduz que a justiça restaurativa desafia a exclusividade do exercício da função de solucionar os conflitos, alterando o conceito tradicional de jurisdição, segundo o qual o juiz deve substituir a vontade das partes³³⁵.

Para os defensores do modelo restaurativo, o sistema de justiça criminal não permite a interação entre os envolvidos no conflito, nem privilegia o contexto das partes. Ao contrário, o sistema retribucionista encoraja a vingança, a intolerância e o autoritarismo, não abrindo espaço para o exercício da vontade dos cidadãos.

Com efeito, a participação dos interessados para as deliberações sobre as decisões que lhes dizem respeito relaciona-se diretamente à própria eficácia, efetividade e legitimidade da decisão, ao senso de justiça e responsabilidade social.

Ademais, a possibilidade de solução dos conflitos oriundos do delito pela via restaurativa também amplia a legitimidade da norma penal. A aplicação do castigo e da punição sobre o condenado origina-se do modelo histórico que conferiu autoridade política e moral ao Estado, que legisla, criando tipos penais primários e secundários em nome de uma ordem racional plena e “padrões de justiça”³³⁶.

Todavia, conforme preconiza Santos, deve-se tomar cuidado com a afirmação de que o sistema de justiça criminal se torna menos democrático por afastar os intervenientes diretos do conflito em razão do Estado assumir o monopólio da jurisdição³³⁷. Para a autora, esta seria uma linha de argumentação precária e falaciosa, pois afirmar que apenas o modelo restaurativo privilegia a democracia no sistema de justiça penal é distorcer o sentido da própria democracia.

Segundo a autora, partindo da definição mínima de democracia proposta por Norbert Bobbio, a democracia configura-se pelo conjunto de regras, primárias e fundamentais que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas

³³⁴ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. São Paulo: Zamboni, 2014, p. 138-139.

³³⁵ TIVERON, Raquel. *op. cit.* p. 139.

³³⁶ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 170.

³³⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?** Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 255.

em nome do Estado, mediante os processos previamente estabelecidos, de modo que não se pode subtrair o adjetivo de democrático de um Estado que atribui aos Tribunais e aos juízes que os integram a legitimidade para tomar uma decisão dotada de autoridade³³⁸.

Deste modo, para Santos³³⁹, a decisão imposta por um terceiro equidistante das partes, incumbido do poder de decidir em nome do Estado e mediante processos e procedimentos legal e previamente estabelecidos não importam em descaracterizar a democracia, até mesmo porque nem todo regime democrático pressupõe a participação direta dos cidadãos nos processos decisórios. Para a autora portuguesa,

[...] O sonho da democracia directa, que voltou a estar na ordem do dia devido aos meios de comunicação, não implica menos desprezo pelas mediações institucionais características de uma democracia representativa do que os gritos a favor de uma justiça expedita lançados por uma opinião pública que os media encham de lágrimas de sangue. Neste sentido, a conquista da justa distância diz respeito simultaneamente ao indivíduo sujeito à justiça e ao cidadão que há em cada um de nós³⁴⁰.

Em síntese, o que a autora sustenta é que não se pode associar a democracia unicamente à afirmação sempre direta da vontade dos indivíduos, devendo estar também abrangida e relacionada ao cumprimento de regras previamente determinadas e ao funcionamento das instituições.

No aspecto da elaboração do prévio conjunto de regras que devem informar e reger o sistema de justiça criminal reside a imprescindibilidade da legalidade na esfera penal, sendo a Lei, enquanto produto final do exercício da democracia representativa estabelecida na Constituição da República, o pressuposto e o limite da aplicação da lei penal, sendo a ausência de amparo normativo, paradoxalmente, um fator que pode vir a deslegitimar o fundamento democrático invocado pelos defensores da justiça restaurativa.

Não obstante, acrescente-se que, de acordo com Boaventura de Sousa Santos, os meios alternativos de resolução dos litígios, como a justiça restaurativa, cooperam para a uma revolução democrática da justiça na medida em que fortalecem o acesso à justiça e compõem mecanismos de aproximação dialógica entre os espaços judicantes e a sociedade civil³⁴¹. O autor português aduz que a insurreição

³³⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. *op. cit.*, p. 259.

³³⁹ *Idem, ibidem*.

³⁴⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?** Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 260.

³⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 48.

democrática da justiça e do próprio direito demanda uma leitura inclusiva da atividade estatal e da sociedade para romper com o “refúgio burocrático” das decisões jurídicas, dirimindo a aversão às medidas alternativas e fundando uma cultura democrática para além da legalidade como fundamento único das construções jurídicas.

Para Leonardo Sica, está-se diante do desafio de superar o sistema de legalidade estabelecido na obra, “*Dos delitos e das penas*”, de Beccaria, porquanto, pretende-se avançar por sobre a lógica do castigo imposto pelo Estado como único mecanismo de resolução do conflito penal, caminhando para uma leitura relacional do fenômeno criminoso, por meio do qual é afastada a certeza da pena – mesmo que limitada -, sem violar os valores máximos que asseguram a realização humana³⁴².

Neste espeque, o sistema penal abre espaço para a configuração de respostas criminais não penais, ou seja, propõe-se o afastamento da pena como negação racional do crime, como proposto por Hegel³⁴³, ou, até mesmo, como implicação ontológica do crime, como asseverou Kant³⁴⁴, impulsionando uma resposta comunicativa-sócio-relacional. Desse jeito, legitima-se a justiça criminal como sistema integrado de controle social e democrático.

Mauro Cappelletti, ao seu turno, disserta sobre o complexo fenômeno do “direito judiciário”. Segundo o autor italiano, “a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso num sistema democrático de *checks and balances*”³⁴⁵. Em síntese, aduz o autor, o confronto entre o direito criado pelo Poder Judiciário e o direito criado pelo Poder Legislativo aprofunda a crise democrática da sociedade contemporânea, uma vez que não apenas o direito legislado pode ser considerado exclusivamente democrático.

Por sua vez, na sua proposta de “*sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*”, Peter Häberle afirma que o processo de interpretação constitucional, e consequente construção do direito, deve ser feita não apenas pelos órgãos formais, mas também por todos os cidadãos e grupos sociais, ou seja, por todos aqueles que

³⁴² SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 179-185.

³⁴³ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 84. Disponível em: <http://www.afoiceemartelo.com.br/posfsa/Autores/Hegel,%20Friedrich/Princ%C3%ADpios_da_Filosofia_do_Direito.pdf>. Acesso em: 28 abr 2017, p. 84.

³⁴⁴ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos costumes**. 1ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 176. Disponível em: <<https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-kant-metafic3adsica-dos-costumes.pdf>>. Acesso em: 28 abr 2017, p. 176.

³⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 19.

vigem sob a égide da norma constitucional³⁴⁶. Para o jurista alemão,

[...] a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico³⁴⁷.

Assim sendo, conclui-se que a introdução das práticas e valores restaurativos no sistema de justiça criminal tendem a torna-lo *mais* democrático, uma vez que amplia a participação e deliberação dos intervenientes no conflito na construção da solução a ser dada ao caso, incluindo-os no processo de interpretação e aplicação do direito. Todavia, não se pode afirmar que o modelo retributivo, no qual se atribui a um juiz previamente determinado, que aplicará a sentença observando o conjunto de regras estabelecido, fruto do exercício da democracia representativa, não é democrático, pois, conforme exposto, o é.

³⁴⁶ HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

³⁴⁷ HÄBERLE, Peter. *op. cit.*, p. 15.

4 ACORDO RESTAURATIVO: ENTRE A ESTRITA LEGALIDADE E O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA NA SEARA PENAL

A autonomia individual consiste em um valor sedimentado na experiência contemporânea ocidental, fruto dos reclamos liberalistas por maior valorização intrínseca dos indivíduos e das liberdades humanas, em suas variadas manifestações. Com esta natureza, a autonomia tem obtido relevância axiológica e argumentativa nas discussões jurídicas. Outrossim, proclamada como um dos valores de maior preeminência do indivíduo contemporâneo, a autonomia é referência conceitual nos campos da moral, do Direito, da sociologia e das teorias da comunicação social³⁴⁸.

Noutro viés, para Luís Roberto Barroso e Letícia Martel³⁴⁹, a autonomia individual identifica-se com a dignidade da pessoa humana, entendimento que, segundo lecionam os referidos autores, está subjacente às principais declarações de direitos humanos do século XX e a inúmeras constituições promulgadas no pós-guerra. Os autores situam a dignidade como autonomia no sistema constitucional brasileiro e pontuam o contexto histórico de sua positivação:

[...] tendo como ponto de partida a Constituição, afigura-se fora de dúvida o predomínio da ideia de dignidade como autonomia. Dentro de uma perspectiva histórica, a Carta de 1988 representou uma ruptura com o modelo ditatorial intervencionista, constituindo o marco inicial da reconstrução democrática do Brasil. Daí a sua ênfase nas liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais³⁵⁰.

Outrossim, ainda na esteira de entendimento dos citados autores, considera-se que a promoção de uma existência humana digna perpassa, necessariamente, pelo respeito à autonomia individual e afirmam que a dignidade humana compreende uma dimensão de empoderamento (*empowerment*) das pessoas, de modo a oferecê-las elementos que viabilizem as decisões e ações ativas com vias a alcançarem seus objetivos existenciais³⁵¹.

Em decorrência da finalidade do Direito penal, qual seja, a tutela dos interesses coletivos, a possibilidade de flexibilizar uma norma proibitiva encontra obstáculos que

³⁴⁸ BARRETO NETO, Heráclito Mota. **O princípio constitucional da autonomia e sua implicação no Direito Penal**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e58be547528b4bf8>>. Acesso em: 08 mai. 2018, p. 01.

³⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e Direitos Fundamentais** (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho, *op. cit.*, p. 28.

³⁵¹ BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho, *op. cit.*, p. 18.

podem ser considerados como frustrantes ao exercício da liberdade individual, uma vez que, no âmbito criminal, a ênfase na autonomia em detrimento da organização social, que legitima a tutela penal e elege os bens que devem ser proibidos pela norma proibitiva, produz relevantes tensões.

Ademais, conforme adverte Barreto Neto, considerar a incursão do princípio constitucional da autonomia no Direito penal implica um necessário cotejo do mesmo não só com o arcabouço normativo que emana da Constituição em si, mas também com todo o sistema normativo-principlológico próprio da dogmática penal. Tal afirmação significa que a aplicação da autonomia às questões penais deve sempre levar em consideração a função do Direito penal de tutela subsidiária dos bens jurídicos³⁵².

Desta forma, tem-se que o papel essencial que o princípio da autonomia desempenha no espaço da dogmática penalista. Sendo o Direito penal o universo dentro do qual se instalam os pontos de tensão mais sensíveis entre liberdades individuais e coexistência social harmônica, o princípio da autonomia reveste-se de destacada função normativa nesta órbita, constituindo parâmetro decisivo na missão de equilibrar interesses pessoais e manutenção da paz coletiva.

Assim sendo, a justiça restaurativa revela-se como mais um meio de exercício da autonomia pessoal na seara penal, de modo que o produto final do procedimento restaurativo, o acordo restaurativo, deve equilibrar a autonomia dos indivíduos envolvidos no conflito, as garantias fundamentais do infrator e a tutela satisfatória do bem jurídico tutelado.

4.1 AUTONOMIA E DIREITO PENAL: O PONTO DE TENSÃO ENTRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A TUTELA DOS BENS JURÍDICOS PENALMENTE RELEVANTES

Ser autônomo, autodeterminar-se, dirigir-se rumo às metas almeçadas, tem sido a ambição do ser humano desde a modernidade, no mundo ocidental. Essa ambição é demonstrada tanto na esfera política e social, quanto na interpessoal. Assim, considerando o homem enquanto ser autônomo, dotado de racionalidade e vontade própria, como compatibilizar a autonomia do cidadão, enquanto portador do bem

³⁵² BARRETO NETO, Heráclito Mota. **O princípio constitucional da autonomia e sua implicação no Direito Penal**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e58be547528b4bf8>>. Acesso em: 08 mai. 2018, p. 19.

jurídico, com a imperatividade da tutela penal?

Neste debate, cumpre analisar a questão do bem jurídico. A doutrina moderna majoritária entende que a função do Direito penal consiste, primordialmente, na proteção dos denominados bens jurídicos. Tal concepção de bem jurídico, elemento essencial de proteção na configuração dos tipos penais e na estruturação das normas de conduta criminalmente sancionadas não indica, por si, acerca do substrato social das normas e do Direito Penal. Conforme pondera Tavares³⁵³, este é um defeito básico de toda a concepção que toma o bem jurídico como objeto de proteção do Direito Penal³⁵⁴.

O conceito de bem jurídico tem sido amplamente utilizado como suporte argumentativo por parte da doutrina para justificar determinadas incriminações, partindo da premissa de que a norma penal tem, como finalidade precípua, a sua proteção. Neste sentido, Hassemer³⁵⁵ já anunciava a falácia de interpretar as normas penais segundo a finalidade de proteger os bens jurídicos. Para o autor, sob tal subterfúgio, encontra-se a justificativa para ampliar o poder punitivo estatal, em vez de limitar o seu alcance, na medida em que o Direito penal não se prestaria à tutela dos bens jurídicos essenciais, conforme preconiza o princípio da subsidiariedade, mas a todos os bens jurídicos. Para o autor, sob tal argumento, o que se busca conseguir é a intensificação e fortalecimento do poder punitivo, em vez de delimitar seu alcance³⁵⁶.

Trazendo tal debate para o âmbito da justiça restaurativa, alguns autores aduzem que a expansão da participação da vítima na justiça penal e a proposta restaurativa privatizam o direito penal e abrem espaço para o retorno da vingança privada. Como efeito, mostra-se frequente a afirmação (equivocada) que a valorização dos interesses dos ofendidos pode ensejar um indesejável retrocesso, na medida em que, ao dar-se vazão aos sentimentos de vingança, estar-se-ia instrumentalizando o aparelho punitivo estatal para viabilizar a vindita privada³⁵⁷.

³⁵³ TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 253.

³⁵⁴ Isso porque o sistema penal torna-se autotutélico: bem jurídico é tudo aquilo que merece a tutela penal, ao passo que o Direito Penal visa a proteção dos bens jurídicos. O conceito de bem jurídico, nesta acepção, acaba tornando-se um fim em si mesmo.

³⁵⁵ HASSEMER, Winfried. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valência: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 22.

³⁵⁶ *Idem, ibidem*.

³⁵⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?** Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 556.

O cerne do debate reside na questão da natureza eminentemente pública do direito penal, o que o impediria de assumir formas de reação que primassem pela vontade individual dos indivíduos, conflitando, assim, a finalidade do direito penal (tutela dos bens jurídicos) e a expansão de modelos mais intensos de participação dos particulares nos sistemas de reação ao crime³⁵⁸.

Tal acusação não deve, contudo, prevalecer, uma vez que a aceitação da relevância dos interesses da vítima e a importância da reparação dos danos por esta suportados e a possibilidade de pacificação do conflito, no contexto de um sistema distinto do penal e que não o substitui, não pode significar a privatização do direito penal, muito menos conferir menor importância ao bem jurídico tutelado pela norma³⁵⁹.

Inobstante a natureza eminentemente pública do direito penal, o que importa é que todo bem por ele protegido é um bem que interessa à sociedade como um todo, o direito penal abre importantes espaços para o exercício da autonomia do indivíduo em face dos imperativos da norma, quando se está diante de um interesse que, apesar de tocar toda a comunidade, tem importante significado pessoal. Contudo, tal tarefa deve resguardar o equilíbrio necessário para que a intervenção penal não se reduza a decisões individuais incompatíveis com a função da norma penal.

Da mesma forma, no que tange ao sistema judicial penal, não se pode falar em sua privatização, quando se defende o alargamento da finalidade do direito penal para além da proteção de bens jurídicos, assumindo este a função de pacificação do conflito e maior satisfação das necessidades das vítimas³⁶⁰. Debatendo o tema, Sica aduz que a compreensão da função da proteção do bem jurídico, sem afastar-se da sua função limitadora do jus puniendi, não pode se exaurir numa existência meramente estática, de modo a oferecer ao titular do bem jurídico violado, a vítima, efetivas e concretas possibilidades de realização das suas próprias finalidades. Tudo isso conduz o direito penal para um sistema mais aberto, mais flexível. Tal abertura demanda a liberação dos freios impostos pela racionalidade penal moderna, adepta a um sistema fechado, embora ineficiente³⁶¹.

Leciona o autor que, conservada a missão penal de proteção dos bens

³⁵⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?** Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 561

³⁵⁹ SANTOS, Cláudia Cruz, *op. cit.*, p. 559.

³⁶⁰ *Idem, ibidem.*

³⁶¹ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça e de gestão do crime.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 168.

jurídicos, um sistema aberto e mais flexível possibilita que o bem jurídico protegido esteja em conformidade com as características pessoais dos atores da comunicação, tendo referencial semântico decorrente da interpretação da norma, que somente pode ser alcançada através de uma atividade comunicativa e dialética baseada na obtenção do diálogo entre os intervenientes no conflito, mais do que uma decisão formal³⁶².

Indo além, Morris aduz que é possível dizer que a justiça restaurativa lida com o crime de maneira mais séria que os sistemas criminais convencionais, na medida em que tem, como foco, as consequências do delito para a vítima, bem como objetiva encontrar caminhos significativos para a responsabilização dos infratores. Ao contrário, o crime é efetivamente trivializado nos processos em que as vítimas não têm papel algum e nos quais os infratores não são mais do que meros observadores passivos³⁶³.

Acrescente-se a tal argumento o fato de a justiça restaurativa propor uma participação mais efetiva das vítimas e dos ofensores na solução dos conflitos, não importando no retorno ao período da vingança privada, na medida em que na vindita privada inexistente proporcionalidade na reação à ofensa, ao passo que no modelo restaurativo propõe-se limites, embora não estritamente rígidos, aos resultados que podem vir a serem alcançados.

Nesta esteira de raciocínio, Santos, de forma peculiar, harmoniza a questão dos fins da pena, dimensão pública do crime e modelo restaurativo, constatando que:

A proposta restaurativa não significa uma privatização da justiça penal, na medida em que não é justiça penal. O apagamento das instâncias decisórias estaduais que advém da prevalência da dimensão (inter)pessoal do conflito ocorre em um modelo com finalidades e procedimentos distintos dos penais. [...] também não se pode atribuir à proposta restaurativa um sentido de vingança privada, na medida em que a própria finalidade de pacificação do conflito – com preponderância dos interesses privados – através de uma reparação da vítima nos moldes ainda aceites pelo agente, parece incompatível com o conceito de vingança; por outro lado, naquilo que antes se afirmou sobre o sentido e a dimensão que deve ter a participação da vítima na justiça penal, houve sempre o cuidado de aclarar que essa intervenção terá sempre que ficar limitada por aquela que é a função do direito penal: a função de proteção subsidiária de bens jurídicos e não a satisfação de uma qualquer vontade de vingança da vítima ou dos seus; [...] a extensão dessa participação da vítima na medida do possível não decorre, em nenhum momento, a defesa da entrega de funções estaduais na administração da justiça penal e entidades privadas, o que afasta a associação a qualquer

³⁶² SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 168-169.

³⁶³ MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 447.

movimento da privatização da justiça penal³⁶⁴.

Ademais, apesar de o fundamento da proposta restaurativa basear-se no reconhecimento de uma dimensão privada do crime, a mesma reconhece a importância do papel do Estado na tutela dos direitos. Isto porque, a existência de uma dimensão privada do delito não exclui a dimensão pública. Da mesma forma, a ideologia restaurativa não pretende uma exclusão do Estado na reação ao crime, mas sim uma postura diferente estatal, atribuindo-se maior relevância aos interesses dos sujeitos envolvidos no conflito. Desta forma, a intervenção estatal do procedimento restaurativo concretiza-se através da fiscalização do cumprimento do acordo restaurativo, bem como zelar pelas garantias do ofensor³⁶⁵.

Ademais, em uma terceira atribuição estatal no modelo restaurativo, entendemos, também, que cabe ao Estado velar pelo estabelecimento e respeito aos limites do acordo restaurativos, evitando-se respostas ao delito desproporcionais, cabendo-lhe a tutela externa dos acordos restaurativos.

4.2O ACORDO RESTAURATIVO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Um dos temas sensíveis na proposta restaurativa consiste na relação entre o modelo restaurativo e o princípio da legalidade, na medida em que a resposta restaurativa, concretizada por meio do acordo restaurativo não possui respaldo legal no ordenamento jurídico brasileiro, nem se encontra catalogada em um rol taxativo, o que, em tese, violaria o princípio da legalidade, fundamento basilar do sistema penal.

O princípio da legalidade integra o rol de princípios garantidores da dignidade humana e estabelece as bases da ordem jurídica nacional. Tal princípio é empregado, principalmente, para limitar a atuação estatal, em especial na seara penal, encontrando seu fundamento de validade diretamente na Constituição da República Federativa do Brasil.

Numa perspectiva histórica, a origem princípio da legalidade se deu no início do século XIII, precisamente no ano de 1215, com a *Magna Charta Libertatum* que consistiu em um documento imposto pelos barões ingleses ao Rei João Sem Terra, de cunho libertário, que, em seu artigo 39, determinava que “nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou

³⁶⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?** Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 560.

³⁶⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *op. cit.*, p. 560.

pela lei da terra³⁶⁶”.

Por sua vez, Cesare Beccaria, ao inaugurar o Direito penal moderno, com a célebre obra *Dos delitos e das penas*, também enaltece o princípio da legalidade, ressaltando que:

[...] só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão³⁶⁷.

Outrossim, atualmente, o princípio da legalidade encontra-se consagrado no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988 dentre os direitos e garantias fundamentais, no qual preceitua: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Deste modo, tal princípio assume função de limitar o poder punitivo estatal que, além de trazer à baila sua origem política que deve ser respeitada; possui também uma significação, cuja observação e respeito são deveres do intérprete da norma, que deve recriar em todos os seus níveis os instrumentos que viabilizem a autolimitação imposta pelo Estado ao seu poder punitivo, visando efetivar esse poder, porém respeitando os direitos dos cidadãos³⁶⁸.

A construção aberta e mais flexível do modelo restaurativo, todavia, não significa que a justiça restaurativa ocorra ao arrepio da lei e das garantias formais, implicando apenas em um novo ângulo de se interpretá-las e efetivá-las. Para Sica, o paradigma restaurador não causa riscos à revogação da ordem normativa vigente. Pelo contrário, o modelo restaurativo reforça a atuação normativa na medida em que se estabilizam as expectativas geradas pelo preceito penal, pois, “se o preceito contém a descrição do que não se deve fazer, é sob a descrição desse fato que ocorre o encontro entre o ofensor e vítima”³⁶⁹.

³⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 503.

³⁶⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

³⁶⁸ FREITAS JÚNIOR, Dorival de. **Princípio da legalidade (taxatividade da lei) como garantia da dignidade humana**. Disponível em: < http://unisal.br/hotsite/mostraderesponsabilidadesocial/wp-content/uploads/sites/11/2016/08/Artigo-Dorival-de-Freitas-Junior-T%C3%ADtulo-Princ%C3%ADpio-da-Legalidade-como-garantia_da_dignidade_humana.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2018, p. 13.

³⁶⁹ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça e de gestão**

A proposta de dar mais eficácia jurídica ao consenso encontra propulsão em tendências modernas que, vendo no delito mais um conflito intersubjetivo que uma infração legal, recomendam priorizar a reparação do dano causado pelo ato ilícito. Como consequência do castigo, uma das propostas é oferecer à vítima uma participação central na resolução do caso levando em conta sua condição de máxima prejudicada pela infração penal, e reconsiderar critérios de “utilidade” e “oportunidade”.

Analisando o conflito entre a proposta restaurativa e o princípio da legalidade, Sica argumenta que a teleologia redutora de Zaffaroni, ao admitir a função política do direito penal, cuja função é a contenção e filtro da irracionalidade da violência, reforça o entendimento da necessidade de flexibilização da legalidade estrita em face de respostas penais pautadas no diálogo. Para Sica, a teleologia redutora reconhece o marco do conflito, que o poder punitivo reprime, como fundamental à dinâmica social e à autorrealização dos indivíduos. Por isso, o sistema penal deve expandir a oferta de reações possíveis, ampliando a possibilidade de respostas penais para além da mera decisão formal. Para tanto, a construção da intervenção penal deve se orientar pelas finalidades propostas pelo próprio sistema³⁷⁰

A justiça restaurativa propõe um modelo informal de justiça, baseando-se no diálogo, na interação e na cooperação dos sujeitos envolvidos no conflito. Todavia, tal concepção não implica em ausência de alguns limites, conforme adiante ver-se-á, nem dispensa a tutela externa.

Embora não tenha limites rígida e legalmente determinados, no ordenamento jurídico brasileiro, a proposta restaurativa encontra limites na legalidade, na medida em que não pode a participação, no procedimento restaurativo, piorar a situação jurídica do ofensor, assim como não pode acarretar situações vexatórias, proibindo qualquer forma humilhante de desfecho, tal como no exemplo relatado por Pallamolla, extraído da obra de Braithwaite, no qual um jovem infrator, ao passar por um procedimento restaurativo, ficou acordado que o mesmo deveria usar uma camiseta com as palavras *I am a thief* (eu sou um ladrão). Este tipo de resultado, além de não poder ser rotulado como restaurativo, viola as garantias fundamentais do ofensor, indo

do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 125.

³⁷⁰ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça e de gestão do crime.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 178.

de encontro à dignidade do infrator³⁷¹.

Para Zerh, a legalidade está relacionada ao estabelecimento da culpa, sendo esta o fulcro, pressuposto e limite do processo penal dito tradicional. Conforme leciona o autor, as regras rígidas do direito e processo penal são voltadas ao perfeito estabelecimento da culpa, mas após o estabelecimento da mesma, as garantias processuais e os direitos são ignorados. Assim, a resposta do processo penal dicotomiza e realiza uma leitura reducionista da realidade, na medida em apenas pode haver a absolvição ou condenação de um acusado. Desta forma, embora o procedimento e o acordo restaurativo não tenham limites rígida e estritamente delimitados, as práticas restaurativas não visam à formação da culpa, no sentido jurídico-penal³⁷².

Desta forma, como a proposta restaurativa não objetiva o estabelecimento da culpa, no sentido jurídico-penal, a estrita legalidade e as demais garantias processuais penais do indivíduo podem vir a ser flexibilizadas.

A questão da tensão entre o princípio da legalidade e o acordo restaurativo reflete diretamente na questão da isonomia, na medida e que cada procedimento restaurativo pode alcançar distintas soluções, mesmo em casos semelhantes. Para os defensores do modelo restaurativo, contudo, a desigualdade existente nos acordos restaurativos não se baseia em discriminações, mas nas diferenças e peculiaridades de cada caso, o que o torna legítimo³⁷³.

Outrossim, cumpre pontuar que, conforme adverte Gomes Pinto, “o paradigma restaurativo vai além do procedimento judicial dos Juizados Especiais”³⁷⁴, sendo equivocado identificar o procedimento introduzido pela Lei 9.099/1995 com a justiça restaurativa, uma vez que a conciliação e a transação penal não são consideradas práticas restaurativas, porquanto não incorporam os seus princípios e valores, de modo que se mostra desacertado afirmar que a justiça restaurativa encontra-se positivada na Lei dos Juizados Especiais Criminais.

³⁷¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 63.

³⁷² ZERH, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 63-79.

³⁷³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 156.

³⁷⁴ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 20.

Destarte, na perspectiva adotada no presente trabalho, entende-se que o acordo restaurativo encontra o seu primeiro limite na legalidade, porquanto o resultado restaurativo não poderá prever resultados piores aos já existentes no ordenamento jurídico positivado. Para tanto, deve-se atentar para que os valores e princípios do modelo restaurativo, descritos alhures, sejam observados na prática, evitando-se distorções da prática restaurativa.

4.3 O ACORDO RESTAURATIVO E A PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade do acordo restaurativo é tema que ainda suscita debates entre os cultores do modelo restaurativo. Tais discussões perpassam principalmente em relação à questão da reparação dos danos, uma vez que se faz necessário assegurar o equilíbrio entre os deveres assumidos pelo infrator e a restituição dos danos causados à vítima.

Prevê o Código de Processo Penal colombiano, em seu art. 519, que “os acordos alcançados deverão conter obrigações razoáveis e proporcionais ao dano gerado pelo delito^{375 376}”.

Conforme leciona Jaccoud, até recentemente, os partidários do modelo restaurativo distinguem a justiça restaurativa da retributiva através da questão da proporcionalidade, uma vez que o modelo punitivo fundamenta-se no princípio da proporcionalidade normativa da sanção de acordo com a gravidade da infração, enquanto o modelo restaurativo se baseia no princípio da responsabilidade, o qual preconiza que as consequências do delito experimentadas pelos sujeitos e a capacidade de se negociar, dentro de uma situação, devem conduzir a uma medida satisfatória para todos os intervenientes no conflito³⁷⁷.

Neste sentido, Bianchini leciona que a proporcionalidade normativa no âmbito penal, sob a égide do paradigma retributivo, constitui elemento fundamental para equiparação entre o fato criminoso e a pena a ser aplicada. Na seara restaurativa, faz-

³⁷⁵ No original: Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.

³⁷⁶ Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-cpp-2005.html>. Acesso em: 08 mai. 2018.

³⁷⁷ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.p. 178.

se necessário atentar para o fato e para o objetivo almejado, visando alcançar um parâmetro de “sanção” condizente para todos os intervenientes no conflito³⁷⁸

Para o autor, os defensores do modelo restaurativo almejavam que a proporcionalidade não fosse um critério sobre o qual a justiça restaurativa deveria se basear, uma vez que o próprio fundamento do modelo abre espaço para a subjetividade dos intervenientes no conflito (o que viveram, o que desejam), de forma que “o peso da subjetividade seria, então, não só inevitável, mas inerente a este modelo”³⁷⁹.

Esclarecendo o que seria esta subjetividade, argumenta o autor que se mostra possível, no âmbito do modelo restaurativo, que duas situações objetivamente comparáveis não apenas poderiam ser resolvidas e ter resultados diferentes, levando a um consenso cujo conteúdo, diante das peculiaridades de cada caso, seriam divergentes³⁸⁰.

A partir das críticas feitas a tal construção, o princípio da proporcionalidade passou a ser analisado, de forma mais profunda, no modelo restaurativo. Assim, o fato de um caso pode receber um tratamento mais severo ou mais suave, no modelo restaurativo, conduziria ao debate acerca da isonomia, proporcionalidade e igualdade de tratamento.

Alguns programas de justiça restaurativa tentam responder parcialmente a estas críticas propondo alertas. A título de exemplo, no Quebec, os organismos de justiça alternativa encarregados da aplicação das sanções extrajudiciais previstas na lei sobre o sistema judicial penal para os adolescentes devem manter informadas as partes envolvidas em uma mediação que elas não podem concluir acordos que comportem medidas mais severas que as legalmente previstas. Tais disposições restringem a subjetividade dos intervenientes no conflito, sem, todavia, anulá-la completamente³⁸¹.

Bianchini, propondo um exemplo explicativo, esclarece esse primeiro limite, baseado na proporcionalidade, do acordo restaurativo. Aduz o autor:

³⁷⁸ BIACHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanda, 2012, p. 115.

³⁷⁹ *Idem, ibidem*.

³⁸⁰ BIACHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanda, 2012, p. 115.

³⁸¹ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 178.

Vamos exemplificar com um crime de subtração de um relógio, um furto simples que tem como pena a reclusão de um a quatro anos. Nesse crime, seria completamente desproporcional a celebração de um acordo “restaurativo” no qual o delinquente tivesse que prestar serviços para a comunidade da vítima num prazo de vinte anos. Tal acordo díspare representa a exata atenção que deve pautar a abordagem restaurativa. No caso em questão, haveria quase um acordo de escravidão se compararmos o valor do bem da prestação de serviço. Afinal, o objetivo do Estado é alcançar a restauração do equilíbrio com a máxima eficiência e com o menor sofrimento possível para os integrantes³⁸².

Renato Sócrates Gomes Pinto entende que a proporcionalidade deve estar presente nos acordos restaurativos. Para o autor, o modelo restaurativo baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe a concordância dos sujeitos (voluntariedade), concordância essa que pode ser revogada unilateralmente, sendo que os acordos devem ser razoáveis e as obrigações propostas devem observar ao princípio da proporcionalidade. Indo além, o autor considera que determinados princípios fundamentais aplicáveis ao direito penal formal, tais como o da legalidade, intervenção mínima, lesividade, humanidade, culpabilidade, entre outros, devem ser levados em consideração³⁸³.

Nesta mesma esteira de entendimento, Silvana Sandra Paz e Silvina Marcela Paz preconizam que a proporcionalidade possui vital importância nos acordos restaurativos, uma vez que a proporcionalidade permite a significação dos delitos cometidos pelo autor e o que dele podemos esperar no futuro, ou seja, a probabilidade ou não de cometer novos delitos, ocupando um primeiro plano a necessidade de segurança geral³⁸⁴.

Discordando da aplicabilidade da aplicação da proporcionalidade no modelo restaurativo, Wright e Masters entendem que a justiça restaurativa objetiva a alcançar conclusão satisfatória aos intervenientes no conflito, sem demandar, necessariamente, uma relação com o que é apropriado para os sujeitos que possam estar em situação semelhante. Para tais autores, cada caso pode ter soluções diversas na justiça restaurativa, não podendo servir de parâmetros para outros casos semelhantes, uma vez que o delito causa danos aos indivíduos e as necessidades

³⁸² BIANCHINI, Edgar Hrycyclo. *op. cit.*, p. 116.

³⁸³ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005p. 21 e 34.

³⁸⁴ PAZ, Silvana Sandra; PAZ, Silvina Marcela. Justiça restaurativa – processos possíveis. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 129.

advindas do conflito são únicas, de modo que a reparação também deve ser única, ainda que, para tanto, o resultado de procedimentos restaurativos, para delitos semelhantes, seja negociado de formas diversas³⁸⁵.

Ao seu turno, Von Hirsch, Ashworth e Shearing, ao propor o modelo do *making amends* da justiça restaurativa, argumentam que, em razão da multiplicidade e vagueza dos seus objetivos³⁸⁶, pelos diversos procedimentos e distintas práticas, mostra-se difícil identificar a proporcionalidade do acordo restaurativo.

Para tais autores, o modelo restaurativo também representa uma espécie de punição, uma vez que os ofensores não podem optar por não responder pelo delito praticado, entendendo que a solução do caso construída pelos sujeitos do conflito, caso não sejam estipulados requisitos e limites jurisdicionais, poderá ser qualquer meio para atingir o fim desejado, inclusive, a pena privativa de liberdade³⁸⁷.

Discordando parcialmente de tal premissa, entendemos que a solução do caso construída diretamente pelos envolvidos no conflito, em que pese possa apresentar diferentes alternativas de solução, não poderá, em hipótese alguma, resultar no encarceramento do ofensor, porquanto a restrição da liberdade do indivíduo somente pode-se dar mediante ordem judicial devidamente fundamentada ou em caso de flagrante delito, consoante comando extraído da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ao proporem seu *making amends model*, os referidos autores entendem que a atuação da justiça restaurativa deve ser bastante limitada e subordinada ao sistema de justiça penal, mediante observância a requisitos externos de proporcionalidade. Tais requisitos têm, por escopo, a proibição de sanções severas para delitos de menor potencial ofensivo e representam a isonomia necessária em um Estado Democrático de Direito³⁸⁸.

³⁸⁵ SHARPE, Susan. *The idea of reparation*. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 34.

³⁸⁶ Segundo os autores, os defensores do modelo restaurativo estabelecem uma série variada de objetivos do novo modelo: a restauração dos danos causados pelo delito; a assunção da responsabilidade pelo ofensor; a cura do conflito; a restauração do sentimento de confiança e segurança da comunidade; a prevenção de novos delitos. Tais objetivos, embora audaciosos, são formulados de forma vaga. In: VON HIRSCH, ASHWORTH, Shearing. *Specifying aims and limits for Restorative Justice: a making amends model*, p. 22.

³⁸⁷ VON HIRSCH, A., ASHWORTH, A., & SHEARING, C. 2003. Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: a 'Making Amends' Model?. In: Von Hirsch, A., Roberts, J.V., Bottoms, A.E., Roach, K. & Schiff, M. Eds. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms**. Oxford: Hart Publishing, 21-41, p. 23.

³⁸⁸ VON HIRSCH, ASHWORTH, *op. cit.*, p. 30-31.

No *making amends model*, Von Hirsch, Ashworth e Shearing exploram a viabilidade de esclarecer objetivos e limites para a justiça restaurativa. Na sua proposta, os autores desenham um modelo peculiar de justiça restaurativa que eles definem como "modelo de compensações". Ao descrever este modelo específico de justiça restaurativa, eles também tentam extrair algumas das suas implicações. Essas implicações referem-se aos diferentes objetivos da aplicação do modelo, métodos e técnicas para alcançar os fins do modelo, critérios para avaliação de sucesso ou falha e possíveis requisitos em relação à proporcionalidade.

Os autores, ainda, examinam duas maneiras pelas quais esse modelo pode ser implementado. O primeiro caminho é o mais audacioso. Seria como uma abordagem de sanção abrangente concebida essencialmente para substituir a justiça penal tradicional. O segundo caminho possui uma proposta mais modesta: seria como um esquema para uma gama específica de casos, dentro do quadro mais amplo de um sistema de condenação orientado para a proporcionalidade, ou seja, um modelo de justiça restaurativa inserido na estrutura do sistema judicial penal.

A proposta destes autores, outrossim, consiste em delimitar como os objetivos e os limites da justiça restaurativa podem ser especificados com mais clareza, eliminando-se, na medida do possível, o espaço para o exercício da subjetividade³⁸⁹.

Ainda segundo Von Hirsch, Ashworth e Shearing, em um sistema de punições, a severidade do castigo infligido deve refletir o grau de reprovabilidade e culpabilidade da conduta, de modo que se faz necessário estipular limites à proporcionalidade da pena. Por sua vez, para o modelo restaurativo, que prima pela reparação, o objetivo não seria o deslocamento do peso do prejuízo para o ofensor, aplicando-lhe uma punição, mas fornecer métodos e procedimentos, previamente delimitados, através dos quais o ofensor possa transmitir para a vítima o reconhecimento da sua culpa e, a partir de tal reconhecimento, reparar os danos causados³⁹⁰.

Desta forma, a solução do conflito oferecida pelo modelo restaurativo deve conter um grau razoável de proporcionalidade com o grau de injustiça do comportamento reprovado, porquanto a base da reparação assumida pelo ofensor reside no reconhecimento da injustiça praticada pelo mesmo, de modo que a

³⁸⁹ VON HIRSCH, A., ASHWORTH, A., & SHEARING, C. 2003. Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: a 'Making Amends' Model?. In: Von Hirsch, A., Roberts, J.V., Bottoms, A.E., Roach, K. & Schiff, M. Eds. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms**. Oxford: Hart Publishing, 21-41 VON HIRSCH, ASHWORTH, Shearing. *op. cit.* p. 21.

³⁹⁰ VON HIRSCH, ASHWORTH, Shearing. *op. cit.* p. 31.

onerosidade da reparação deve representar a censurabilidade da conduta³⁹¹.

Em decorrência da lógica e dos fundamentos do modelo restaurativo, não se pode esperar que a rígida proporcionalidade do modelo punitivo seja seguida, de modo que a justiça restaurativa confere aos intervenientes no conflito certa margem para optarem pela construção da solução que lhes pareça mais satisfatória e apta a comunicar o arrependimento e a assunção da responsabilidade do ofensor pelo seu comportamento³⁹².

Andrew Moss, criticando a construção do *making amends model*, propõe o modelo batizado de *composite-aims*, no qual o mesmo propõe quatro metas determinantes para a construção da resposta adequada ao conflito causado pelo crime: censurar, corrigir, reformar e prevenção de futuros delitos. O autor argumenta que, devidamente entendidos, esses objetivos são geralmente harmoniosos e podem ser perseguidos juntos. Assim, os processos de justiça restaurativa, em conjunto com o sistema judicial penal tradicional, oferecem vias adequadas para alcançar esses objetivos, sendo que o Estado deve perseguir esses objetivos de forma adequadamente matizada: a censura deve ser proporcional à culpabilidade do delincente, a restituição deve ser feita por danos efetivamente suportados pelas vítimas e restrições de direito devem ser reservados para persistentes e perigosos criminosos³⁹³.

Para Moss, em vez de imposição judicial de sanções punitivas, deve-se responder a criminosos através da organização de um diálogo facilitado entre vítimas e infratores, no qual os autores são responsabilizados e é realizada a devida compensação dos danos causados pela prática delitiva³⁹⁴.

Observa-se, outrossim, que o *making amends model* e o *composite-aims* aproximam-se na medida em que propõem uma atuação complementar do modelo restaurativo e do sistema penal tradicional, propondo-se que a justiça restaurativa atue dentro da estrutura do judiciário penal, sem, contudo, comprometer seus princípios e valores e primando pela reparação e compensação dos danos causados pelo agente.

³⁹¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 158.

³⁹² *Idem, ibidem*.

³⁹³ MOSS, Andrew. **Specifying Aims and Limits for Restorative Justice Models: a Reply to von Hirsch, Ashworth and Shearing** Disponível em: <<http://restorativejustice.org/am-site/media/specifying-aims-and-limits-for-restorative-justice-models-a-reply-to-von-hirsch-ashworth-and-shearing.pdf>>, p. 03. Acesso em: 23 jan. 2018.

³⁹⁴ *Idem, ibidem*.

Por sua vez, Duff entende que a onerosidade da reparação deve refletir a gravidade do delito. Todavia, tal reparação não deve se basear em critérios estritos de proporcionalidade, devendo observar critérios negativos de proporcionalidade, ou seja, a reparação não pode ser desproporcionalmente severa em relação à gravidade do delito³⁹⁵. Para o autor:

A reparação deve constituir uma desculpa adequada para a vítima e para a comunidade em geral e, portanto, deve comunicar uma ideia adequada da gravidade do delito, que é marcada pela onerosidade da reparação. Assim, enquanto nessa conta não devemos buscar uma proporcionalidade rigorosa entre crime e reparação, ou fazer com que a nossa proporcionalidade seja nosso objetivo positivo, devemos respeitar as exigências de uma proporcionalidade áspera e negativa: a reparação não deve ser desproporcional à gravidade do crime^{396 397}.

O debate acerca da proporcionalidade no modelo restaurativo, tal como a definição do seu conceito, encontra-se longe de estar pacificado. As discussões passam sempre sobre o ponto de tensão entre a reparação e a resposta adequada ao infrator pelo comportamento reprovável (sanção). Neste sentido, Sharpe indaga se a subtração da punição da equação e a reparação fosse a variável mais importante do procedimento restaurativo, o debate acerca da proporcionalidade ainda teria relevância?³⁹⁸ No nosso sentir, sim.

Na perspectiva adotada neste trabalho, entendemos que a proporcionalidade é um princípio a ser adotado pela justiça restaurativa. Todavia, não entendemos a proporcionalidade tal como a existente no paradigma punitivo, uma vez que há diferenças fundamentais entre os objetivos, estrutura e procedimentos entre o paradigmas punitivo e o restaurativo.

Neste sentido, Jaccoud, detalhando a diferença entre os fundamentos da proporcionalidade nos modelos restaurativo e punitivo leciona que

O direito restaurador adota os erros causados pela infração como posição de referência ou ponto de partida, enquanto o direito penal se apoia na infração, e o reabilitador sobre o indivíduo delincente. O direito reparador tem como

³⁹⁵ DUFF, Antony. Restoration and Retribution. In: VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M. (eds). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 57.

³⁹⁶ *Idem, ibidem.*

³⁹⁷ No original: The reparation must constitute an adequate apology to the victim, and to the wider community, and so must communicate an adequate conception of its seriousness, which is marked by the onerosity of the reparation. So whilst on this account we should not seek a strict proportionality between crime and reparation, or make proportionality our positive aim, we must respect the demands of a rough and negative proportionality: the reparation must not be disproportionate to the seriousness of the crime.

³⁹⁸ SHARPE, Susan. *The idea of reparation.* In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). **Handbook of restorative justice.** Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007, p. 34.

objetivo anular os erros obrigando as pessoas responsáveis pelos danos a reparar os prejuízos causados; o direito penal visa restabelecer um equilíbrio moral causado por um mal; a aproximação reabilitadora procura adaptar o ofensor através de um tratamento. Só o direito restaurador concede às vítimas um lugar central, o direito punitivo e o reabilitador lhes oferecem apenas um lugar secundário. Os critérios utilizados para avaliar o alcance dos objetivos atribuídos a cada tipo de direito são muito diferentes. O penal está centrado na noção de “justa” pena (princípio de proporcionalidade), o reabilitador sobre a adaptação do indivíduo delincente, enquanto que o direito restaurativo encontra seus objetivos a partir da satisfação vivenciada pelos principais envolvidos pela infração³⁹⁹.

Concordando com as premissas trazidas pela autora, entendemos que legitimar a estrita proporcionalidade, conforme o paradigma retributivo, no âmbito restaurativo, pode acarretar efeitos diversos, uma vez que, ao homologar o acordo restaurativo, alguns magistrados podem considerá-los demasiadamente lenientes, conduzindo à distorção da concepção de proporcionalidade para desconsiderar a vontade dos sujeitos intervenientes no conflito para atender à noção de proporcionalidade de reprovação pública do comportamento delitivo⁴⁰⁰.

Filiando-nos ao entendimento de Duff, acima retratado, entendemos que o modelo restaurativo deve incorporar o princípio da proporcionalidade, não para influir em limites mínimos do acordo restaurativo (concepção negativa), alinhada a um paradigma punitivo, mas para estabelecer os parâmetros dos limites máximos, evitando-se, assim, que o ofensor assuma deveres manifestamente desproporcionais ao delito cometido, piorando a sua situação jurídica.

Desta forma, o controle da proporcionalidade do acordo jurídico, conforme adiante aprofundar-se-á deve ser feito, em regra, pelo juiz, quando da homologação do acordo, ou até mesmo pelo Ministério Público, na qualidade de fiscal do ordenamento jurídico, bem como o facilitador, de forma preventiva, durante o curso do procedimento restaurativo.

4.4 OS EFEITOS JURÍDICOS DO ACORDO RESTAURATIVO

Diante da ausência de previsão normativa no ordenamento jurídico brasileiro,

³⁹⁹ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. *restaurativa*, p. 168.

⁴⁰⁰ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 159.

o acordo restaurativo firmado a partir das práticas restaurativas fundamenta-se em dispositivos genéricos e acarretam, em regra, em redução da quantidade de pena imposta ao infrator, fundamentando-se em dispositivos genéricos do Código Penal brasileiro.

Faz-se importante ressaltar que as práticas restaurativas são possíveis em todas as fases processuais (pré-processual, processual e execução da pena). Assim, a depender do momento em que venha a ser instaurada uma prática restaurativa, serão gerados efeitos jurídicos distintos.

Neste sentido, caso venha a ser instaurada durante o processo, isto é, entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença condenatória, os acordos restaurativos apoiam-se na previsão da atenuante genérica constante no art. 66 do Código Penal, que estabelece que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, embora não prevista expressamente em lei, bem como amparam-se nas circunstâncias judiciais do art. 59 (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima), do mesmo diploma normativo, para justificar a menor pena base do agente quando da fixação da sanção penal, bem como atenuante específica do art. 65, inciso III, alínea b, que prevê a atenuação da pena na hipótese de o agente, por espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; além do art. 16 do mesmo diploma legal, que estabelece a possibilidade de redução da pena, de um a dois terços, para as hipóteses dos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, nas hipóteses de reparação do dano ou restituída a coisa até o recebimento da denúncia ou queixa.

Ressalte-se que a aplicação dos acordos restaurativos de circunstância judicial favorável ou de atenuante genérica são mutuamente excludentes, não sendo aplicáveis de forma cumulada, isto é, ou servirá como circunstância judicial que justificará a pena-base próxima ou no mínimo legal, ou motivará a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal.

Na fase pré-processual, o acordo restaurativo servirá como forma de exclusão do processo, evitando-se, assim, a deflagração da ação penal.

Durante a fase da execução da pena, do acordo restaurativo poderão advir consequências jurídicas variáveis, a depender do regime de cumprimento de pena do condenado. Embora ainda não positivado no direito brasileiro, entende-se que a

homologação do acordo restaurativo na fase executória da sanção penal pode acarretar os seguintes efeitos jurídicos: a) aos apenados que estejam cumprindo pena no regime aberto poderá haver a suspensão condicional da execução; b) aos apenados que estejam cumprindo pena no regime semiaberto poderá haver o abatimento de até um sexto do tempo da pena restante a ser cumprida; e, c) aos apenados que cumpram pena no regime fechado poderá haver o abatimento de até um sexto do tempo da pena restante a ser cumprida.

Em todos os casos acima detalhados, o tempo de pena subtraído em razão do acordo restaurativo será considerado como pena cumprida.

Na perspectiva de Maxwell, mostram-se possíveis cinco momentos de entrada para que seja requerida a utilização da justiça restaurativa no âmbito do conflito de interesses, mostrando a aplicabilidade do procedimento para a obtenção da solução ao conflito. São esses: a) Um momento pré-acusatório, com encaminhamento do caso pela polícia. Muitas críticas são feitas quando o ato de encaminhamento é um poder discricionário da polícia, que pode representar um aumento do controle social e um perigoso aumento dos poderes da polícia, tais como já ocorre na Austrália, Inglaterra, País de Gales e Estados Unidos. De outra forma acontece na Nova Zelândia, onde a polícia deve encaminhar os envolvidos no conflito para uma reunião do *Family Group Conference*, realizada junto ao Departamento de Bem Estar social – Serviços de Crianças, Jovens e Famílias (*Child Youth and Family Services - CYFS*), sem a possibilidade de exercício da discricionariedade; b) No momento pré-acusatório, com encaminhamento, pelo juiz ou pelo Ministério Público (caso da legislação Portuguesa), após o recebimento da *notitia criminis* e da verificação dos requisitos mínimos de autoria e materialidade. A ausência desses indícios impõe o arquivamento do caso; c) No momento pós-acusação e pré-instrução, com encaminhamento imediato ao núcleo restaurativo mesmo após o oferecimento da denúncia; d) No momento pré-sentença, sendo o encaminhamento realizado pelo juiz, após encerramento da instrução, como forma de viabilizar a aplicação de pena alternativa na forma de reparação de dano; e, por fim, e) No momento pós-sentença, encaminhamento pelo Tribunal, com a finalidade de inserir elementos restaurativos durante a fase de execução⁴⁰¹.

Na busca pela positivação da justiça restaurativa, o projeto de Lei nº 7006/2006,

⁴⁰¹ MAXWEL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 281-297, p. 281.

que propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de infrações penais, atualmente em trâmite perante a Câmara dos Deputados, prevê que a realização da prática restaurativa e o acordo restaurativo, desde que atendidos os necessários requisitos, poderá acarretar a extinção da punibilidade, bem como a homologação do acordo importará na interrupção da contagem do prazo prescricional, além da possibilidade da suspensão do processo quando do encaminhamento do caso ao núcleo de justiça restaurativa⁴⁰².

Ademais, o acordo restaurativo também pode implicar na aplicação de algumas restrições aos direitos fundamentais do infrator, tais como limitações de frequentar certos locais, bem como na prestação de serviços ou outra medida que os envolvidos no processo possam julgar pertinente para a resolução do caso e reparação dos danos, não se admitindo, em nenhuma hipótese a privação da liberdade do ofensor⁴⁰³.

4.5 OS LIMITES DO ACORDO RESTAURATIVO

A partir da concepção de justiça restaurativa exposta ao longo do presente trabalho, pode-se concluir que a proposta restaurativa pode comportar altos riscos, na medida em que atribui poderes à vítima, permitindo que esta possa demandar qualquer reparação que lhe pareça justa. Ocorre que o ofendido pode visualizar o procedimento restaurativo em um viés punitivo, e não restaurador, o que poderia desencadear resultados desproporcionais ao dano suportado, fazendo-se necessário, a fim de prevenir tais riscos, estabelecer os limites do acordo restaurativo.

Neste sentido, faz-se importante registrar que a estipulação dos limites do acordo restaurativo refere-se aos deveres e obrigações assumidos no mesmo, e não aos efeitos jurídicos decorrentes do seu cumprimento.

Nas lições de Santos, a admissão da reparação como reação penal permite que

⁴⁰²

Disponível

em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

⁴⁰³ Em sentido oposto, Alisson Morris entende que o acordo restaurativo pode acarretar no encarceramento do infrator. In: MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 442.

a função da pena ultrapasse a satisfação das necessidades individuais da vítima do delito, sendo eficaz ainda à proteção dos bens jurídicos mediante a consecução das exigências preventivas, de modo que o ofensor deve ser responsabilizado por aquilo que fez, permitindo a formulação de um determinado juízo de censura e não pela forma como a vítima sente aquilo que o agente fez. Deste modo, para a autora,

[...] se é importante que a vítima de um crime tenha a possibilidade de se pronunciar sobre os danos do crime exatamente tal como os sofreu e de reclamar uma reparação desses danos nos moldes que acredita ajustados, e se a resposta penal ao crime não pode ser norteada sobretudo por tais considerações, já a justiça restaurativa – por força do fundamento, das finalidades e do modo de actuação que se julga serem os seus – parece adequada a assumir para si o carácter nuclear daquela reparação, entendida naqueles específicos moldes⁴⁰⁴.

Numa perspectiva mais radical, Morris entende que:

Os objetivos da justiça restaurativa são, principalmente, responsabilizar de forma significativa os infratores e proporcionar uma reparação às vítimas, certamente no plano simbólico e, quando possível, também concretamente. Os resultados restauradores são muitas vezes vistos como focados exclusivamente em pedidos de desculpa, reparações ou trabalhos comunitários, caminhos pelos quais a propriedade roubada poderia ser ressarcida ou as injúrias feitas às vítimas poderiam ser compensadas. No entanto, qualquer resultado – incluindo o encarceramento – pode ser, efetivamente, restaurativo, desde que assim tenha sido acordado e considerado apropriado pelas partes principais. Por exemplo, pode-se chegar à conclusão de que o encarceramento do infrator é o meio adequado, naquela particular situação, para proteger a sociedade, para representar a gravidade do crime ou mesmo para reparar a vítima. Nem a proteção da sociedade nem a ênfase na gravidade do crime são excluídas do sistema de justiça restaurativa⁴⁰⁵.

Feitas tais considerações iniciais, considerando os riscos inerentes à proposta restaurativa, Sharpe traz à tona duas distintas posições dos teóricos do modelo restaurador acerca da necessidade dos limites do acordo restaurativo. Deste modo, há autores que propõem a estipulação de duas barreiras que fixem os limites mínimo e máximo dos possíveis resultados da resposta restaurativa. O limite mínimo objetiva reforçar que os padrões médios da comunidade sejam assegurados e que comportamento inaceitáveis sejam censurados⁴⁰⁶.

O problema da proposta formulada por Sharpe, na análise de Pallamolla, é que

⁴⁰⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?** Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 382.

⁴⁰⁵ MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005 p. 442.

⁴⁰⁶ SHARPE, Susan. *The idea of reparation*. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007p. 35.

tal formulação encontra os mesmos problemas de delimitação positiva da proporcionalidade proposta por Duff. Para este autor, a noção de reparação não deve se basear em critérios estritos de proporcionalidade, devendo observar critérios negativos de proporcionalidade, ou seja, a reparação não pode ser desproporcionalmente severa em relação à gravidade do delito. Todavia, o autor não delimita tal noção de desproporcionalidade, de modo que se percebe uma marca do paradigma retributivo, na medida em que, na hipótese de se considerar o acordo restaurativo como insuficiente, pode-se recusar tal acordo e infligir uma sanção ao ofensor, ou, de forma alternativa, “aceitar” tal acordo, mas não lhe atribui qualquer valor no momento da aplicação da sanção⁴⁰⁷.

Buscando evitar essa dimensão retributiva, Braithwaite defende que os limites do acordo restaurativo devem ser estabelecidos nos limites delimitados de pena previstas pelo ordenamento jurídico e fixadas pelos Tribunais⁴⁰⁸. Adotando o mesmo entendimento, Walgrave também preconiza a existência de limites máximos do acordo restaurativo e defende que, de forma diversa da justiça criminal punitiva, na qual a gravidade do delito determina a punição proporcional a partir de limite prévia e legalmente delimitados, no modelo restaurativo, a gravidade do dano causado pela prática delitativa dever ser o critério para estipular os limites máximos do esforço reparatório⁴⁰⁹.

Para Walgrave, a partir das lições de Braithwaite e Petit, o núcleo rígido dos direitos fundamentais e liberdade fornece os fundamentos para a definição dos limites do acordo restaurativo. Na perspectiva do autor, as balizas limitadoras do modelo restaurativo devem basear-se em quatro restrições: a parcimônia, a verificação do uso da autoridade do poder, a reprovação do crime e a reintegração das vítimas e dos ofensores^{410 411}.

⁴⁰⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 161.

⁴⁰⁸ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

⁴⁰⁹ WALGRAVE, Lode. *Imposing restoration instead of inflicting pain: reflection on the judicial reactio to crime*. In: VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 61-78, p. 74.

⁴¹⁰ WALGRAVE, Lode. *op. cit.*, p. 73.

⁴¹¹ No original: The ‘hard core’ of dominion consists of factual rights and freedoms, which provide grounds for defining limits to (restorative) justice interventions. The intervention itself must be assuring for dominion by the respect it shows itself for rights and freedom. Braithwaite and Petit list four constraints: parsimony, checking of authorities’ use of power, reprobation of crime, and reintegration of victims and offenders.

Ainda segundo o autor, explicando as restrições ao acordo restaurativo, a parcimônia e a reintegração das vítimas e os infratores merecem maior atenção na ideologia restaurativa, porquanto as demais restrições representam variações de princípios que tradicionalmente pertencem ao arcabouço valorativo do paradigma retributivo⁴¹².

A quarta restrição, a parcimônia, mostra-se crucial na combinação de um processo informal e a necessidade de controle formal, uma vez que na teoria republicana, a justiça criminal deve esforçar-se para atingir objetivos satisfativos e está vinculada à restrição da parcimônia no uso do poder coercitivo^{413 414}. A segurança inclui a obrigação de estabelecer um limite superior, conforme exigido pelo princípio da proporcionalidade. A parcimônia, no entanto, exclui a configuração de um limite inferior. Pelo contrário, a restrição de parcimônia requer a busca de maneiras coerentes de restaurar os danos, na medida em que os processos de restauração voluntários podem levar a resultados satisfatórios e equilibrados, sendo menos necessário a tutela judicial coerciva.

Um sistema de justiça restaurativa plenamente desenvolvido deve preencher a obrigação de parcimônia, deixando espaço e desviando para processos voluntários, em que a vítima, o agressor e a coletividade podem procurar juntos e acordarem uma solução após um crime que atenda de forma satisfatória aos intervenientes no conflito^{415 416}.

Desta forma, tem-se que as violações aos limites máximos de proporcionalidade decorrentes de acordos restaurativos desproporcionalmente severos podem ser evitados através de uma regulamentação legal que determine os máximos que as intervenções da justiça restaurativa podem acordar, bem como a supervisão judicial

⁴¹² WALGRAVE, Lode. *Imposing restoration instead of inflicting pain: reflection on the judicial reactio to crime*. In: VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 61-78, p. 73.

⁴¹³ WALGRAVE, Lode. *op. cit.*, p. 73.

⁴¹⁴ No original: In the republican theory, criminal justice must strive for satiable goals (repared the intruding dominion), and is bound the constraint of parsimony in using its coercive power.

⁴¹⁵ *Idem, ibidem*.

⁴¹⁶ No original: satability includes an obligation to set an upper limit, as required by the proportionality principle. Parsimony, however, excludes the setting of a lower limit. On the contrary, the parsimony constraint requires an active search for noncoercite ways to restore dominions. The more voluntary restorative processes can lead to satisfying and balanced outcomes, the less appeal to coercive judicial intervencion is needed and thus, the more the parsimony principle is achieved. A fullyfledged restorative justice system should fulfill it parsimony obligation by leaving space for, and diverting to voluntary processes, wherein victim, offender and colectivity can seek together and agreed settlement in the aftermath of a crime that maximally restore the dominion.

dos acordos alcançados^{417 418}.

Por sua vez, em relação aos limites mínimos do acordo restaurativo, o grande obstáculo reside no punitivismo judicial mais do que em falhas ou acordos desproporcionais de processos restaurativos. Na perspectiva adotada no presente trabalho, entende-se a necessidade de fixação legal dos limites máximos do acordo restaurativo, em observância dos direitos fundamentais dos indivíduos, mas não se pode fixar limites mínimos, evitando-se, assim, que o paradigma restaurativo seja contaminado com valores retributivos. Deste modo, na fase de homologação do acordo restaurativo, não poderia o magistrado recusar o acordo restaurativo por entender que o resultado alcançado encontra-se demasiadamente leniente com o ofensor.

Outrossim, Pallamolla entende que a previsão legal expressa em dos deveres assumidos no acordo, bem como os efeitos jurídicos da intervenção restaurativa, conforme o tipo de delito praticado, evita que aquele seja considerado insuficiente pelo julgador para responder ao dano/delito⁴¹⁹.

Destarte, ao delimitar os limites máximos do acordo restaurativo, objetiva-se o respeito aos direitos fundamentais e garantias dos infratores, que não poderão ter sua situação jurídica piorada mediante a intervenção restaurativa. Todavia, a ausência de limites mínimos visa a redução da discricionariedade judicial, no sentido de não poder o Magistrado recusar a homologação de determinado acordo restaurativo por julgar que o mesmo não atende, de forma satisfatória, aos danos causados pelo delito.

Ademais, diante da ausência de parâmetros legais, no Brasil, que definam os limites do acordo restaurativo, cumpre indagar quais são as possíveis fronteiras a serem estabelecidas no resultado do procedimento restaurativo, a fim de que este não venha a contrariar os direitos e valores constitucionalmente assegurados, nem afronte a legislação infraconstitucional.

Nos termos da Resolução 225, do Conselho Nacional de Justiça, o acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos

⁴¹⁷ LARRAURI, Elena. **Tendencias actuales em la justicia restauradora**. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). SERTA. *In memoriam* Alexandri Baratta. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, p. 439-464, p. 453.

⁴¹⁸ No original: Evitar se con una regulación legal que determine el máximo de lo que las conferencias de la justicia restauradora pueden acordar y con la supervisión judicial de los acuerdos alcanzados.

⁴¹⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 162.

voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos⁴²⁰.

Da mesma forma, o citado projeto de Lei nº 7006/2006 prevê que o acordo restaurativo estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção⁴²¹.

Neste sentido, tem-se que, em que pese a flexibilidade intrínseca do acordo restaurativo, é vedado o estabelecimento de cláusulas que humilhem ou violem a dignidade do condenado ou de seus familiares, ou que estejam em desacordo com o ordenamento jurídico. Diante desse cenário, faz-se importante traçar as balizas limitadoras do acordo restaurativo⁴²².

Outrossim, outra vedação imposta aos acordos restaurativos encontra-se no próprio texto constitucional. Diante da força normativa da Constituição, tem-se que os preceitos constitucionais devem ser observados para a celebração dos acordos restaurativos entre os cidadãos. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, fenômeno que determina que os direitos fundamentais não regulam apenas as relações verticais entre o indivíduo e o Estado, mas também incidem nas relações travadas entre os cidadãos. Para Daniel Sarmento:

Fala-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para sublinhar o fato de que tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre o Estado e o cidadão, mas incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal⁴²³.

⁴²⁰ BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução 225, de 31 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2017.

⁴²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 7006/2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

⁴²² Neste sentido, a Lei portuguesa nº 29/2013, que regulamenta os princípios gerais aplicáveis à mediação prevê, em seu art. 20, que o conteúdo do acordo é livremente fixado pelas partes e deve ser reduzido a escrito, sendo assinado pelas partes e pelo mediador. Preconiza a mesma Lei que a homologação judicial do acordo obtido em mediação tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objeto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso do direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública, sendo estes verdadeiros parâmetros limitadores do acordo restaurativo. In: PORTUGAL. Lei nº 29/2013, de 19 de abril. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1907&tabela=leis>. Acesso em: 23 mai. 2017

⁴²³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 05.

Outrossim, a observância dos direitos fundamentais na elaboração dos acordos restaurativos concretiza a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na seara penal.

Com efeito, prevê o art. 5º, inciso XLVII, que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e, por fim, não se admite no ordenamento jurídico brasileiro, as penas de natureza cruel, não se admitindo tais sanções, mesmo que acordadas voluntariamente nos procedimentos restaurativos.

Outra importante demarcação das barreiras do acordo restaurativo, também em sede constitucional, anuncia, em art. 5º, inciso XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”, de modo que, consoante tal previsão, a responsabilidade penal do fato não pode, em hipótese alguma, ultrapassar a figura do ofensor, podendo a responsabilidade civil ser estendida aos seus sucessores, no limite do patrimônio transferido.

Neste viés, cumpre registrar que, em determinadas práticas restaurativas, são permitidas a participação não apenas dos ofensores e vítimas, mas também dos familiares destes e das comunidades próximas aos intervenientes, sendo que os familiares dos intervenientes podem assumir obrigações constantes no acordo restaurativo⁴²⁴. Assim, como conciliar a assunção de obrigações decorrente de acordo restaurativo pelos familiares e demais sujeitos afetados pelo delito com o comando constitucional?

Inicialmente, ressalte-se que tais obrigações eventualmente assumidas por terceiros que não autor e vítima não possuem natureza penal, sendo eminentemente prestações de natureza civil. Assim, como no exemplo do menor infrator impossibilitado de reparar economicamente o ofendido em razão da ausência de capacidade econômica, poderia ser estabelecida outra forma de responsabilização, ou, por outra via, os seus familiares poderiam assumir as prestações de natureza pecuniária, ao passo que o menor assumiria as outras medidas reparatórias,

⁴²⁴ FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça: o modelo zwelethemba de resolução de conflitos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 79-125, p. 83.

eventualmente, fixadas.

Ademais, faz-se importante destacar que os compromissos assumidos nas convenções restaurativas devem limitar-se aos fatos que são imputados ao ofensor, não se permitindo que os acordos versem sobre acontecimentos que não tenham qualquer relação com o delito.

Outrossim, tendo em vista a relevância da legalidade para a manutenção do Estado Democrático de Direito, verifica-se que as balizas legais impostas na legislação penal devem, também, ser observadas como limites do acordo restaurativo, não podendo este prever cláusulas que restrinjam ou imponham obrigações ao ofensor por lapso temporal que ultrapasse o patamar máximo de pena previsto no preceito penal secundário, sendo possível, todavia, ser estipulada abaixo do mínimo legal previsto, desde que os intervenientes entendam ser tal resultado satisfatório.

Outro ponto sensível dos acordos restaurativos consiste na impossibilidade da determinação da privação da liberdade do ofensor como medida a ser imposta ao mesmo. Conforme exposto anteriormente, a privação da liberdade do indivíduo, consoante comando constitucional, somente pode decorrer de decisão judicial devidamente fundamentada, não podendo o acordo restaurativo, em nenhuma hipótese, prever a privação da liberdade do infrator⁴²⁵.

Nesta esteira de reflexão, tem-se que o acordo restaurativo não poderá implicar em medida privativa de liberdade, sendo esta de aplicação exclusiva por parte do Poder Judiciário. Embora não venha a ser um substituto ao cárcere, em alguns casos, a justiça restaurativa mostra-se suficiente, evidenciando a desnecessidade da sanção privativa de liberdade. Em outras hipóteses, em especiais em crimes de maior potencial ofensivo e maior complexidade, vislumbra-se a atuação concomitante das justiças restaurativa e punitiva.

Destarte, não se pode perder de vista o princípio da voluntariedade que informa a justiça restaurativa, de modo que a participação no procedimento dependerá,

⁴²⁵ Consoante exposto anteriormente, Morris entende que o encarceramento do indivíduo pode ser uma medida prevista nos acordos restaurativos, na medida em que, para a autora, qualquer resultado, inclusive o encarceramento pode ser, efetivamente, restaurativo, desde que assim tenha sido acordado e considerado apropriado pelos intervenientes no conflito. Por exemplo, pode-se chegar à conclusão de que o encarceramento do infrator é o meio adequado, naquela particular situação, para proteger a sociedade, para representar a gravidade do crime ou mesmo para reparar a vítima. Discordando de tal premissa, entendemos que o acordo restaurativo jamais poderá prever a privação da liberdade do ofensor. In: MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p. 442.

necessariamente, da anuência, tanto do ofensor, quanto da vítima ou dos seus familiares, sendo que os acordos restaurativos serão construídos de forma consensual, adaptando-se às peculiaridades do conflito e aos interesses e necessidades dos envolvidos, não sendo imposto por nenhuma das partes, mas elaborados conjuntamente por todos os sujeitos afetados pelo delito.

Por fim, entende-se que o pacto restaurativo, embora deva ser construído livremente pelos intervenientes no conflito, deve respeitar os princípios constitucionais, bem como os ditames da ética, não podendo ultrapassar os limites da legalidade, isto é, os patamares máximos legais previstos nos tipos penais; da dignidade da pessoa humana ou piorar, de qualquer forma, a situação do ofensor/acusado.

Desta forma, evidencia-se a conciliação do pressuposto da legalidade, imprescindível para a manutenção do Estado Democrático de Direito, com o modelo restaurativo, sendo que este considera a vontade das partes como fonte do Direito, sem, contudo, violar os direitos fundamentais dos indivíduos e os valores constitucionais.

4.6 O CONTROLE DO ACORDO RESTAURATIVO POR MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A promulgação da Constituição de 1988 revitalizou e ampliou significativamente as funções do Ministério Público, assegurando-lhe autonomia funcional, administrativa e orçamentária para perseguir a defesa da ordem jurídica e dos direitos fundamentais.

Na nova ordem constitucional, a instituição ministerial deixa de ser um órgão que realiza manifestações nos autos processuais, para se tornar um verdadeiro protagonista na tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis e na implementação de políticas públicas. Para Ximena Cardozo Ferreira:

Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público adquiriu nova configuração institucional, inúmeras sendo as conquistas alcançadas no sentido de angariar novas garantias e funções. E isso não corresponde, evidentemente, a qualquer privilégio concedido pelo constituinte: trata-se de dotar a Instituição constitucionalmente eleita para o desempenho de misteres essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito de mecanismos eficientes de atuação, garantindo-lhe liberdade de atuação na busca do interesse público⁴²⁶.

⁴²⁶ FERREIRA, Ximena Cardozo. **A atuação do Ministério Público na implementação de políticas da área ambiental.** Disponível em: <www.mppi.mp.br/internet/phocadownload/artigos/579.doc>. Acesso em: 09 mai. 2018.

Assim, na esfera penal, o Ministério Público deixou de ser um mero órgão acusador para se tornar um indutor de política criminal. Tal premissa se justifica sob vários aspectos.

Com efeito, o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado, não se podendo conceber um instrumento de avanço, de melhoria e de transformação do direito penal e processual penal sem a participação ativa do Ministério Público⁴²⁷. Ainda de acordo com os comandos constitucionais, o órgão ministerial, na atuação da defesa da ordem jurídica e enquanto titular da ação penal, tem o dever de assegurar o cumprimento da missão constitucional do Direito penal, garantindo que o processo seja uma ferramenta de política criminal, cabendo-lhe a filtragem da ação penal, podendo o membro ministerial, dentro de certos limites, optar por quais as infrações merecem a perseguição em juízo.

Desta forma, diante das prerrogativas constitucionais e atribuições do Ministério Público, a atuação deste órgão incumbido da ação penal pública reclama uma nova sistemática processual, através da atuação do Ministério Público, como órgão responsável pela tutela externa dos acordos restaurativos, tanto na verificação do cumprimento dos mesmos ou na fiscalização dos limites máximos de proporcionalidade dos acordos.

Por tudo isso, não cabe mais a lembrança do órgão meramente acusador (promotor do júri) ou interveniente (promotor fiscal da lei), mas o papel de agente ativo, detentor de parcela do poder político, transformador da sociedade, incumbido de zelar não apenas pelo cumprimento das garantias fundamentais, mas também exigindo do próprio Estado o implemento de políticas públicas que as assegurem⁴²⁸.

Neste contexto, sendo o órgão ministerial um agente indutor de política criminal, na seara restaurativa, o membro do *Parquet* pode exercer importantes atribuições, desde o encaminhamento dos casos até o núcleo de justiça restaurativa, na fase pré-processual, excluindo o processo, ou durante o processo e até mesmo no período pós-sentença.

Outrossim, observa-se que o Ministério Público também exerce importante

⁴²⁷ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. São Paulo: Zamboni, 2014, p. 434.

⁴²⁸ SILVA, Alexandre José da; PEDDE, Valdir. Ministério Público: transformador da realidade social ou reproduzidor das estruturas de poder? **Revista Gestão e Desenvolvimento**, vol. 15, jan/jun 2018. Disponível em: <periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistagestaoedesenvolvimento/article/.../2116>. Acesso em: 09 mai. 2018.

função na justiça restaurativa ao controlar os limites dos deveres e obrigações constantes do acordo, prezando sempre pela proporcionalidade, velando para que a intervenção restaurativa não venha a piorar a situação jurídica do indivíduo.

Da mesma forma, deve o órgão ministerial tutelar a fase de cumprimento do acordo restaurativo, garantindo, através da sua fiscalização, de que os deveres assumidos no acordo sejam integralmente cumpridos. Caso haja o descumprimento, deve o *Parquet* solicitar que o caso retorne às instâncias formais de controle, retomando-se o processo penal dito tradicional.

Para Gomes Pinto, a validação do acordo restaurativo depende da participação do Ministério Público, que deverá aprová-lo, ou rejeitá-lo, caso contenha algum dever que viole a proporcionalidade (máxima) ou piore a situação jurídica do indivíduo. Por outro lado, o autor entende ser facultativa a homologação pelo juiz, posição esta com a qual não concordamos⁴²⁹.

Ademais, relembra o autor, também tem o órgão ministerial legitimidade para questionar, de ofício ou a pedido do interessado, questionar posteriormente o acordo restaurativo em juízo, em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição⁴³⁰.

O controle externo da intervenção restaurativa por parte dos membros do Ministério Público pode ocorrer na hipótese de o Ministério Público verificar que o caso é passível de restauração, encaminhando-o para o núcleo de justiça restaurativa, sem que isto viole o princípio da voluntariedade, ou em momento pós acordo restaurativo, devendo o *Parquet* atuar na verificação da observância dos direitos e garantias fundamentais no ofensor durante a prática restaurativa, analisar se o acordo restaurativo alcançado obedece aos limites legais, bem como velar pelos limites máximos de proporcionalidade.

Explicitando a atuação do órgão ministerial na justiça restaurativa, Gomes Pinto propõe que:

Os casos indicados para uma possível solução restaurativa, segundo critérios estabelecidos, após parecer favorável do Ministério Público, seriam encaminhados para os núcleos de justiça restaurativa, que os retornaria ao Ministério Público, com um relatório e um acordo restaurativo escrito e subscrito pelos participantes. A Promotoria incluiria as cláusulas ali inseridas na sua proposta, para homologação judicial, e se passaria, então, à fase

⁴²⁹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 28.

⁴³⁰ *Idem, ibidem*.

executiva, com o acompanhamento integral do cumprimento do acordo⁴³¹.

Diante deste cenário, constata-se a relevância da atuação do órgão ministerial, enquanto responsável pela defesa do ordenamento jurídico, para fomentar o uso de práticas restaurativas, sendo um dos responsáveis pelo encaminhamento dos casos ao núcleo de justiça restaurativa, bem como para velar pelos direitos e garantias dos intervenientes no conflito, tutelando o acordo restaurativo, a fim de evitar que este contenha medidas excessivamente desproporcionais, além de fiscalizar o cumprimento do acordo, de modo a assegurar a sua integral execução.

4.70 CONTROLE DO ACORDO RESTAURATIVO POR MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO

Os membros do Poder Judiciário também têm importante função no sucesso da intervenção restaurativa, porquanto os juízes, tal como os membros do Ministério Público, devem atuar na função de controle externo dos limites do acordo restaurativo, bem como na fiscalização do seu cumprimento. Para De Vitto,

[...] é de se ponderar que o plano restaurativo pode estar sujeito à análise judicial antes de sua homologação e por certo deverá influir na definição da reprimenda aplicada àquele caso concreto⁴³².

Com efeito, cabe aos juízes a homologação dos acordos restaurativos, atribuindo a estes eficácia jurídica. Todavia, quando da verificação da observância da proporcionalidade do acordo alcançado pelos intervenientes no conflito, não podem os Magistrados recusarem um acordo por entender que os deveres e obrigações nele previstos são demasiadamente lenientes com o ofensor.

Conforme exposto e na linha de entendimento adotada no presente trabalho, tem-se que os acordos restaurativos devem ter limites máximos, de modo a se vedar a construção de acordos que violem os direitos fundamentais do ofensor, que se mostrem demasiadamente severos ou que determinem seu encarceramento. Tais

⁴³¹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 34.

⁴³² DE VITTO, Renato Campos. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 45

acordos, embora construídos na via restaurativa, não podem ser considerados restaurativos, porquanto distorcem os princípios e objetivos restauradores do substrato ideológico restaurativo.

Neste sentido, entendemos que a inclusão das práticas restaurativas e dos efeitos do acordo restaurativo no ordenamento jurídico brasileiro reduzirão a discricionariedade judicial quando da homologação do acordo, evitando-se que o Magistrado recuse a homologá-lo por entender que o mesmo é insuficiente para a resposta ao dano suportado pela vítima em decorrência do delito⁴³³.

Tal concepção de limites mínimos do acordo representa reflexo direito do paradigma punitivo e da racionalidade penal moderna, na medida em que o problema parece estar localizado mais no punitivismo judicial do em falhas ou resultados desproporcionais, na acepção mínima, da intervenção restaurativa.

A rejeição do acordo restaurativo pelos juízes somente pode ser dar na hipótese do pacto ferir os limites máximos de proporcionalidade, devendo os Magistrados, juntamente com o Ministério Público, garantir que os acordos alcançados preservem os direitos fundamentais dos intervenientes do conflito, mas não interferir nos limites mínimos dos resultados alcançados.

Outrossim, a depender da fase da persecução penal em que vier a ocorrer a intervenção restaurativa, poderá ocorrer efeitos jurídicos diversos, conforme exposto. Deste modo, enquanto responsável pela homologação do acordo restaurativo, deve o magistrado velar para que este não contenha deveres excessivamente desproporcionais, evitando o agravamento da situação jurídica do indivíduo.

Ademais, tal como o órgão ministerial, os juízes também exercem importante função na fiscalização do cumprimento dos deveres e obrigações decorrentes da prática restaurativa, de forma a evitar que o infrator venha a ser beneficiado com a homologação do acordo e, posteriormente, abandone o seu cumprimento.

⁴³³ No mesmo sentido, ver: LARRAURI, Elena. **Tendencias actuales em la justicia restauradora**. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). *SERTA In memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, p. 439-464.

5 CONCLUSÕES

Diante o exposto, tem-se que, em face ao cenário de crise do paradigma punitivo, o modelo restaurativo emerge como nova proposta de reação ao delito, fundamentando-se por princípios e valores próprios, bem como visando resgatar a vítima no sistema penal. Contudo, o paradigma punitivo não pretende ser um substituto ao modelo retributivo. Ao contrário, o sistema restaurativo reconhece sua insuficiência para tutelar todos crimes na cada vez mais complexa realidade social.

A ressignificação da importância da vítima no processo penal não implica na diminuição nos direitos do ofensor, que também devem ser respeitados. A proposta restaurativa sustenta-se no equilíbrio entre os direitos do ofendido e do infrator, buscando resguardar os interesses daquele, observando as garantias e direitos fundamentais do acusado.

Na gênese da proposta restaurativa encontra-se a negação da natureza ontológica do delito, isto é, o crime é um produto humano artificialmente produzido, inexistindo conduta “naturalmente” criminosa, bem como a crítica ao sistema de controle social. Desta forma, a justiça restaurativa parte da proposta de que as consequências daquilo que se rotula como crime pode vir a encontrar solução mais adequada, sob a perspectiva da vítima e também do agente e da comunidade, em um procedimento mais participativo e orientado por princípios e finalidades diversas.

Outrossim, definir a justiça restaurativa representa, ainda, em um grande desafio aos seus defensores. Esta dificuldade ocorre em razão desta consistir em um conjunto de práticas que almejam uma formulação teórica. Assim, na incipiente e plural teoria restaurativa existem diversos conceitos, uns que se pautam na oposição ao modelo da justiça penal retributiva, nos resultados pretendidos e na diversidade das práticas restaurativas.

Ademais, a justiça restaurativa também se fundamenta na reparação do mal sofrido pela vítima e atenuação das consequências do delito, além de buscar a reintegração social do agente infrator, através da autorresponsabilização e inclusão da comunidade próxima aos envolvidos no conflito como sujeito processual na construção da solução do conflito, de modo que a proposta restaurativa oferece um diferente modelo, não necessariamente melhor, mas diferente, de justiça penal.

O movimento da justiça restaurativa origina-se em decorrência da necessidade de se repensar as necessidades que a infração criminosa gera. Os defensores do

modelo restaurativo verificaram que algumas necessidades dos envolvidos no conflito não eram atendidas pelo processo penal tradicional, que afastava a vítima.

A justiça restaurativo baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe a concordância de ambas as partes (réu e vítima), concordância essa que pode ser revogada de forma unilateral, sendo que os acordos devem ser razoáveis e as obrigações propostas devem atender ao princípio da proporcionalidade.

Na perspectiva da proposta restaurativa, a reparação do dano surge como reflexo do arcabouço valorativo herdado da vitimologia, de modo que os danos causados à vítima devem ser reparados. Para tanto, há um processo complexo que envolve diferentes atitudes as quais o ofensor pode tomar para reparar, material e/ou simbolicamente o ofendido.

Deste modo, a reparação seria suficiente para a concretização da justiça, não sendo necessário infligir dor ou sofrimento ao ofensor. Ademais, o acordo restaurativo, além de reparar a vítima, proporcionaria a reintegração do ofensor e a restauração da comunidade abalada pelo delito.

Inobstante as possibilidades de reparação que podem surgir do acordo restaurativo sejam amplas, abertas às peculiaridades de cada caso e assumidas de forma voluntária, estas não podem ser irrestritas e ilimitadas, fazendo-se relevante delimitar, a partir da coerência e da proporcionalidade, os limites do acordo restaurativo.

Ademais, a implementação da justiça restaurativa implica no debate do exercício da autonomia na seara penal. Assim, em decorrência da finalidade do Direito penal, a tutela dos interesses coletivos, a possibilidade de flexibilizar uma norma proibitiva encontra obstáculos que podem ser considerados como frustrantes ao exercício da liberdade individual, uma vez que, no âmbito criminal, a ênfase na autonomia em detrimento da organização social, que legitima a tutela penal e elege os bens que devem ser proibidos pela norma proibitiva, produz relevantes tensões.

Nesta relevante discussão, alguns autores aduzem que a expansão da participação da vítima na justiça penal e a proposta restaurativa privatizam o direito penal e abrem espaço para o retorno da vingança privada. Como efeito, mostra-se frequente a afirmação (equivocada) que a valorização dos interesses dos ofendidos no processo pode ensejar um indesejável retrocesso, na medida em que, ao dar-se

vazão aos sentimentos de vingança, estar-se-ia instrumentalizando o aparelho punitivo estatal para viabilizar a vindita privada.

O cerne do debate reside na questão da natureza eminentemente pública do Direito penal, o que o impediria de assumir formas de reação que primassem pela vontade individual dos indivíduos, conflitando, assim, a finalidade do direito penal (tutela dos bens jurídicos) e a expansão de modelos mais intensos de participação dos particulares nos sistemas de reação ao crime.

Apesar da natureza eminentemente pública do Direito penal, o que importa que todo bem por ele protegido é um bem que interessa à sociedade como um todo, o direito penal abre importantes espaços para o exercício da autonomia do indivíduo em face dos imperativos da norma, quando se está diante de um interesse que, apesar de tocar toda a comunidade, tem importante significado pessoal. Contudo, tal tarefa deve resguardar o equilíbrio necessário para que a intervenção penal não se reduza a decisões individuais incompatíveis com a função da norma penal.

Outrossim, a proporcionalidade do acordo restaurativo é tema que ainda suscita debates entre os cultores do modelo restaurativo. Tais discussões perpassam principalmente em relação à questão da reparação dos danos, uma vez que se faz necessário assegurar o equilíbrio entre os deveres assumidos pelo infrator e a restituição dos danos causados à vítima.

Na perspectiva adotada neste trabalho, entendemos que a proporcionalidade é um princípio a ser adotado pela justiça restaurativa. Todavia, não entendemos a proporcionalidade tal como a existente no paradigma punitivo, uma vez que há diferenças fundamentais entre os objetivos, estrutura e procedimentos entre o paradigmas punitivo e o restaurativo.

Assim sendo, entendemos que legitimar a estrita proporcionalidade, conforme o paradigma retributivo, no âmbito restaurativo, pode acarretar efeitos diversos, uma vez que, ao homologar o acordo restaurativos, alguns magistrados podem considerá-los demasiadamente lenientes, conduzindo à distorção da noção de proporcionalidade para desconsiderar a vontade dos sujeitos intervenientes no conflito para atender à noção de proporcionalidade de reprovação pública do comportamento delitivo.

Deste modo, entendemos que o modelo restaurativo deve incorporar o princípio da proporcionalidade, não para influir em limites mínimos do acordo restaurativo (concepção negativa), alinhada a um paradigma punitivo, mas para estabelecer os parâmetros dos limites máximos, evitando-se, assim, que o ofensor assumira deveres

manifestamente desproporcionais ao delito cometido, piorando a sua situação jurídica.

A partir da concepção de justiça restaurativa exposta ao longo do presente trabalho, pode-se concluir que a proposta restaurativa comporta altos riscos, na medida em que atribui grandes poderes à vítima, permitindo que esta possa demandar qualquer reparação que lhe pareça. Ocorre que o ofendido pode visualizar o procedimento restaurativo em um viés punitivo, e não restaurador, o que poderia desencadear resultados desproporcionais ao dano suportado, fazendo-se necessário, a fim de prevenir tal risco, delimitar os limites do acordo restaurativo.

Desta forma, tem-se que as violações aos limites máximos de proporcionalidade decorrentes de acordos restaurativos desproporcionalmente severos podem ser evitados através de uma regulamentação legal que determine os máximos que as intervenções da justiça restaurativa podem acordar, bem como a supervisão judicial dos acordos alcançados.

Por sua vez, em relação aos limites mínimos do acordo restaurativo, o grande obstáculo reside no punitivismo judicial mais do que em falhas ou acordos desproporcionais de processos restaurativos. Na perspectiva exposta ao longo deste trabalho, entende-se a necessidade de fixação dos limites máximos do acordo restaurativo, em observância dos direitos fundamentais dos indivíduos, mas não se pode fixar limites mínimos, evitando-se, assim, que o paradigma restaurativo seja contaminado com valores retributivos. Deste modo, na fase de homologação do acordo restaurativo, não poderia o magistrado recusar o acordo restaurativo por entender que o resultado alcançado encontra-se demasiadamente leniente com o ofensor.

Ao delimitar os limites máximos do acordo restaurativo, objetiva-se o respeito aos direitos fundamentais e garantias dos infratores, que não poderão ter sua situação jurídica piorada através da intervenção restaurativa. Todavia, a ausência de limites mínimos visa a redução da discricionariedade judicial, no sentido de não poder o Magistrado recusar a homologação de determinado acordo restaurativo por julgar que o mesmo não atende de forma satisfatória aos danos causados pelo delito.

Outrossim, tendo em vista a relevância da legalidade para a manutenção do Estado Democrático de Direito, verifica-se que as balizas legais impostas na legislação penal devem também ser observadas como limites do acordo restaurativo, não podendo este prever cláusulas que restrinjam ou imponham obrigações ao ofensor por lapso temporal que ultrapasse o patamar máximo de pena previsto no

preceito penal secundário, sendo possível, todavia, ser estipulada abaixo do mínimo legal previsto, desde que os intervenientes entendam ser tal resultado satisfatório.

Ademais, não se pode perder de vista o princípio da voluntariedade que informa a justiça restaurativa, de modo que a participação no procedimento dependerá, necessariamente, da anuência, tanto do ofensor, quanto da vítima ou dos seus familiares, sendo que os acordos restaurativos serão construídos de forma consensual, adaptando-se às peculiaridades do conflito e aos interesses e necessidades dos envolvidos, não sendo imposto por nenhuma das partes, mas elaborados conjuntamente por todos os sujeitos afetados pelo delito.

Por fim, entende-se que o pacto restaurativo, embora deva ser construído livremente pelos intervenientes no conflito, deve respeitar os princípios constitucionais, bem como os ditames da ética, não podendo ultrapassar os limites da legalidade, isto é, os patamares máximos legais previstos nos tipos penais; da dignidade da pessoa humana ou piorar, de qualquer forma, a situação do ofensor.

Desta forma, evidencia-se a conciliação do pressuposto da legalidade, imprescindível para a manutenção do Estado Democrático de Direito, com o modelo restaurativo, sendo que este considera como a vontade das partes como fonte do Direito, sem, contudo, desconfigurar os direitos fundamentais dos indivíduos e os valores constitucionais.

Diante das prerrogativas constitucionais e atribuições do Ministério Público, a atuação deste órgão incumbido da ação penal pública reclama uma nova sistemática processual, sendo que a atuação do Ministério Público como órgão responsável pela tutela externa dos acordos restaurativos, tanto na verificação do cumprimento dos mesmos ou na fiscalização dos limites máximos de proporcionalidade dos acordos.

Os membros do Poder Judiciário também têm importante função no sucesso da intervenção restaurativa, porquanto os juízes, tal como os membros do Ministério Público, devem atuar na função de controle externo dos limites do acordo restaurativo, bem como na fiscalização do seu cumprimento.

Assim, ao introduzirmos a proporcionalidade como princípio da justiça restaurativa, com o fim de estabelecer os limites máximos do acordo alcançado, a fim de evitar que os acordos prevejam medidas demasiadamente gravosas para o ofensor harmonizam-se os direitos e garantias do infrator com a proposta restaurativa, de modo que a intervenção restauradora jamais poderá agravar a situação jurídica do indivíduo.

De forma diversa, conforme reiteradamente exposto ao longo deste trabalho, a ausência de limites mínimos mostra-se compatível com o substrato ideológico restaurativo, na medida em que o modelo restaurativo não adota a proporcionalidade nos mesmos moldes do paradigma retributivo, que se pauta na vedação da proteção insuficiente.

A voluntariedade que informa a proposta restaurativa possibilita que os indivíduos construam a resposta ao delito conforme as peculiaridades de cada caso, de forma que não pode a legislação estipular um rol taxativo que medidas a serem adotadas nos acordos construídos através da intervenção restaurativa.

Por fim, entendemos que a inclusão dos efeitos, e não dos limites estritos, do acordo restaurativo no ordenamento jurídico brasileiro implicará na redução da discricionariedade e punitivismo judicial, porquanto os juízes não poderão rejeitar o acordo por entenderem que este se encontra demasiadamente leniente com o infrator.

A proposta restaurativa permite que vejamos o delito com novas lentes, de modo que a resposta ao fenômeno criminal não pode fundamentar-se nos mesmos princípios e valores do paradigma punitivo. O modelo restaurativo deve adequar-se aos comandos constitucionais, uma vez que não pode uma decisão individual sobrepor-se à Carta Maior.

Assim, concluímos que o modelo restaurativo é uma proposta viável e uma realidade em diversos países, inclusive no Brasil, sendo que sua implementação demanda o rompimento da cultura punitivista, bem como deve alinhar-se aos limites constitucionalmente impostos. A estipulação dos limites do acordo restaurativo não deve distorcer os objetivos e práticas da intervenção restaurativa. A delimitação das barreiras limitadoras do pacto restaurativo tem a função de alinhar a intervenção restaurativa aos ditames constitucionais, de modo que o esforço reparatório e a solução restaurativa não venham a ser contaminadas com os valores retributivistas.

6 REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/disciplina/criminologia?type=6&materialid=5714339>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. **Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (Org.). **Jornadas de direito processual penal: o novo Código de processo criminal**. Coimbra: Almedina, 1989.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. In: **Revista da ESMESC**, v. 13, n. 19, 2006. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/85735786/Vera-Andrade-Minimalismos-e-Abolicionismo>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Princípios del derecho penal mínimo – para uma teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal**; trad. Francisco Bissoli Filho. Doutrina penal n 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987, p. 623-650. Disponível em: <<https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/baratta-alessandro-principios-de-derecho-penal-minimo.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2017.

_____. **Criminologia e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**; tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Cariosa de Criminologia, 2011.

BARRETO NETO, Heráclito Mota. **O princípio constitucional da autonomia e sua implicação no Direito Penal**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e58be547528b4bf8>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. **Bioética e Direitos Fundamentais** (Orgs.). São Paulo: Saraiva, 2012

BARNETT, Randy. *Restitution: a paradigm of criminal justice*. In: **Perspectives on Crime Victims**, eds. Burt Galaway e Joe Hudson. St. Louis: C. V. Mosby Co., 1981.

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

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa em face da criminologia da reação social. In: SLAKMON, C; MACHADO, M.R; BOTTINI, P.C (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília:Universidade de Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.academia.edu/7220124/A_Nova_Criminologia__A_Luz_do_Direito_Penal_e_da_Vitimologia_-_Antonio_Beristain>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BIACHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça Restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanda, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria Geral da Pena**.2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAITHWAITE, John. **Shame Management Through Reintegration**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. Principles of Restorative Justice. VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2017.

BRITO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNDU, 2005.

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

CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre a victimodogmática em la Teoría del Delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, RT, v. 25, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CÁRDENAS, Álvaro E. Maquez. La víctima en el sistema de justicia restaurativa. **Revista Derechos y valores**, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARROLL, Lewis. **Alice através do espelho (e o que ela encontrou do outro lado)**. Tradução e adaptação de Jorge Furtado e Liziane Kugland. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2012.

CARVALHO, Amilton de Bueno. O (im)possível julgar penal. In: FÖPPEL, Gamil

(Org.). **Novos desafios do direito penal do terceiro milênio: estudos em homenagem ao Professor Fernando Santana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos Juizados Especiais Criminais: comentada e anotada**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: _____; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. **Victimología**. Venezuela: Universidad del Zulia, 1969

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COHEN, Stanley. Un escenario para el sistema penitenciário futuro. In: **Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales**. Guatemala: Prensa libre, 1975.

COLÔMBIA, **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-cpp-2005.html>. Acesso em: 14 jan. 2018

COSTA Jr., Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986.

CHOMSKY, Noam. **Contendo a democracia**; tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2003.

CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, Volume 17, Issue 1, 1 January 1977. Disponível em: <<https://academic.oup.com/bjc/article-abstract/17/1/1/411623?redirectedFrom=fulltext>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

_____. La indústria del control del delito – La nueva forma del Holocausto? Buenos Aires: Del Puerro, 1993.

_____. Civilidade e estado. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

_____. **Los limites del dolor**. Tradução de Mariluz Caso. Cidade do México: Fundo de Cultura Econômica, 1988.

DAOU, Violeta. A postura do facilitador. In: GRECCO, Aimée e outros. **Justiça Restaurativa em ação: práticas e reflexões**. São Paulo: Dash, 2014.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

_____. **Regras para a direcção do espírito**. Lisboa: Edições 70, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1.

_____. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”?** Porto: Conselho distrital do Porto, 2011.

DUFF, Antony. Restoration and Retribution. In: VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M. (eds). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

DURKEIM, Émile. **As regras do método sociológico**; tradução Paulo Neves. 3ª ed. São Paulo: Martins Fonte, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros. 1995.

FERNANDES, David Augusto. Direitos Humanos e Vitimologia: uma nova postura da vítima no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 64, pp. 379 - 411, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2014v64p379>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Ximena Cardozo. **A atuação do Ministério Público na implementação de políticas da área ambiental.** Disponível em: <www.mppi.mp.br/internet/phocadownload/artigos/579.doc>. Acesso em: 09 mai. 2018.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidade e instrumentos.** Coimbra: Coimbra editora, 2006.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau; Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2002.

_____. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões;** tradução de Raquel Ramallete. 38ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

FUENTE, Virgínia Domingo de la. Justicia Restaurativa como derecho de las víctimas. **Revista Jurídica de Castilla y León.** n.41. Enero 2017.

FREITAS, Priscila Araújo; BRAGA, Ronaldo Passos. Um novo modelo de justiça penal: justiça restaurativa e sua aplicação no Brasil. In: **Revista Letras Jurídicas**, n. 3, vol. 2/2014, Belo Horizonte/MG.

FREITAS, Marisa Helena D'arbo Alves de. Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro. In: **Estudos contemporâneos de vitimologia.** São Paulo: Cultura Acadêmica: Editora UNESP, 2011. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/Home/Posgraduacao/Direito/Estudos_contemporaneos_de_vitimologia_-_Final.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2018.

FREITAS JÚNIOR. Dorival de. **Princípio da legalidade (taxatividade da lei) como garantia da dignidade humana.** Disponível em: <http://unisal.br/hotsite/mostraderesponsabilidadesocial/wp-content/uploads/sites/11/2016/08/Artigo-Dorival-de-Freitas-Junior-T%C3%ADtulo-Princ%C3%ADpio-da-Legalidade-como-garantia_da_dignidade_humana.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2018.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. GOMES, Luiz Flavio. **Criminologia: introdução e os seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/1995, Lei dos Juizados Especiais Criminais.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2000.

GUNTHER, Jakobs; e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HASSEMER, Winfred. La responsabilidad por el producto en derecho penal.

Valência: Tirant Lo Blanch, 1995.

_____. **Crítica al derecho penal de hoy**. Traducción de Patricia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1997.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 84. Disponível em: <http://www.afoiceeomartelo.com.br/posfsa/Autores/Hegel,%20Friedrich/Princ%C3%ADpios_da_Filosofia_do_Direito.pdf>. Acesso em: 28 abr 2017.

HEYES, Hasseney. Reoffending and Restorative Justice. JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (org.). In: **Handbook of Restorative Justice**. New York: Routledge, 2011

HIBBER, C. **Las raíces del mal: una historia social del crimen y su represión**. España: Luiz de Caralt, 1975.

HULSMAN, Louk; CELLIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**; tradução Maria Lúcia Karam. 1ª ed. Niterói: Luam Editora, 1993.

HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.) **Conversações abolicionistas**. São Paulo: IBCCRIM/PEPG de Ciências Sociais da PUC/SP, 1997.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. The meaning of restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel. **Handbook of restorative justice**. Cullompton, UK; Portland, USA, Willian Publishing, 2007.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos costumes**. 1ed. São Paulo: Edipro, 2003, p.

176. Disponível em: <<https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-kant-metafc3adsica-dos-costumes.pdf>>. Acesso em: 28 abr 2017.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales em la justicia restauradora. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). **SERTA In memoriam Alexandri Baratta**. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, p. 439-464.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. São Paulo: Palas Athenas, 2012.

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MATTHEWS, Roger. Reintegrative shaming and restorative justice: reconciliation or divorce? In: Aertson, I., Daems, T. & Robert, L. (Eds.), **Institutionalizing Restorative Justice**. UK: Willan Publishing, 2006

MCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa**. Disponível em: <<https://www.iirp.edu/eforum-archive/4279-em-busca-de-um-paradigma-uma-teoria-de-justica-restaurativa>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

MARSHALL, Tony. The evolution of restorative justice in Britain. In: **European Journal on Criminal Policy and Research**, 4. Amsterdam/ New York: Kugler publications, 1996.

MATHIESEN, Thomas. **Juicio a la prisión**. Tradução de Mario Coriolano y Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ediar, 2003.

_____. **Diez razones para no construir más cárceles**. Revista Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, Argentina, n. 1, 2005.

MAXWEL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 281-297, p. 281

MAZZILLI NETO, Raniere. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MIRANDA, Anabela. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005

MOSS, Andrew. **Specifying Aims and Limits for Restorative Justice Models: a Reply to von Hirsch, Ashworth and Shearing**. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/am-site/media/specifying-aims-and-limits-for-restorative-justice-models-a-reply-to-von-hirsch-ashworth-and-shearing.pdf>>, p. 03. Acesso em: 23 jan. 2018

NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011,

NEUMAN, Elias. **Victmologia: el rol de la victima em los delitos convencionales y no convencionales**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. **Resolução nº. 12, de 2002**. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 24 jul. 2002. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/110005565/resolucao-2002-12-da-Onu>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e Direito Penal: O crime precipitado pela vítima**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

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

PAZ, Silvana Sandra; PAZ, Silvina Marcela. Justiça restaurativa – processos possíveis. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PELLEGRINO, Laercio. **Vitimologia (história, teoria, prática e jurisprudência)**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PIEADADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia, evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005

PIRES, Álvaro. A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, nº 68. São Paulo, CEBRAP, 2004.

PORTUGAL. **Lei nº 29/2013, de 19 de Abril**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1907&tabela=leis>. Acesso em: 23 mai. 2017

ROCHE, Declan. Retribution and restorative justice. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W. (ed.). **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton, UK: Portland, USA: Willan Publishing, 2007,

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal; parte geral; tomo I; fundamentos. La estrutura de la teoria del delito**; tradução da 2ª ed. alemã. Madrid: Civitas, 2003.

RUGGIERO, Vincenzo. An abolitionist view of restorative justice. **International Journal of Law, Crime and Justice**, v. 39, n. 2, 2011.

RUSCHE, Georg; OTTO, Kirchheimer. **Punição e estrutura social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANCHÉZ, Maria Cristina Martinez. La justicia restaurativa y um modelo integrador de justicia penal. UNED. **Revista de Derecho UNED**, núm. 16, España, 2015.

SANTANA, Selma Pereira de Santana. **Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Edições Afrontamento, 2010.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para que e como?**. Coimbra: Editora Coimbra, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**; tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SHARPE, Susan. The idea of reparation. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Reinaldo Andres Marques da; LEMOS, Airton. Breve histórico da vitimologia: análise de caso acerca da influência da conduta da vítima para o ilícito do agente. **Revista de Direito da FSG**. Caxias do Sul, ano 03, vol. 06, jul/dez. 2009, p. 183-194. Disponível em: <<http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/viewFile/225/190>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

SOTELO, Karla Villareal. La victima, el victimario y la justicia restaurativa. **Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza**. Vol. VII – N. 1 – Gennaio-Aprile 2013 p. 48. Disponível em < http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_villarrealstotelo_2013-01.pdf> Acesso em: 01 mai. 2018

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. São Paulo: Zamboni, 2014.

TONCHE, Juliana. Justiça Restaurativa e racionalidade penal moderna: uma real inovação em matéria penal. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 3, n. 1, jan 2016.

VAN NESS, Daniel; STRONG, Karen Heetderks. **Restoring Justice**. Cincinnati:

Anderson Publishing, 1997.

VON HIRSCH, A., ASHWORTH, A., & SHEARING, C. 2003. Specifying Aims and Limits for Restorative Justice: a 'Making Amends' Model?. In: Von Hirsch, A., Roberts, J.V., Bottoms, A.E., Roach, K. & Schiff, M. Eds. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms**. Oxford: Hart Publishing, 21-41.

WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain: reflection on the judicial reactio to crime. In: VON HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 61-78.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAFFARONI. Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. **Direito penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2.

_____. et al. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

_____. **A questão criminal**; tradução Sérgio Lamarão. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZERH, Howard; MIKA, Harry. Fundamental Concepts of Restorative Justice. **Contemporary Justice Review**, n. 1, p. 47-55, 1998.

_____. **El pequeño libro de da Justicia Restaurativa: Principios de una justicia transformadora presentados por um de sus más renombrados exponentes**. Espanha: Good Books, 2007.

_____. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

_____. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.