

4

Justiça Restaurativa e Sistema de Justiça Penal.

4.1

Fatores de Emergência da Justiça Restaurativa.

Considerada um movimento, por alguns, e um paradigma ou novo modelo de justiça, por outros¹, a justiça restaurativa se desenvolveu nas sociedades contemporâneas em uma conjuntura complexa, com entrelaçamento de principalmente três movimentos² propulsores: de crítica ao modelo punitivo/retributivo e contestação das instituições repressivas; de vitimologia, com valorização da vítima após a segunda guerra mundial; de exaltação da comunidade e valorização do princípio comunitário, com influência de movimentos religiosos, com ênfase na negociação, como forma de resolução de conflitos e manutenção da coesão social.

O movimento de contestação das instituições repressivas e crítica ao modelo punitivo/retributivo tem suas origens nas escolas americanas, marcado pela Escola de Chicago e pela Criminologia Radical (Univ. de Berkeley, na Califórnia). Através da crítica ao papel e aos efeitos das instituições repressivas³, especialmente quanto à definição do criminoso, o movimento se expandiu pela Europa, na defesa do desenvolvimento de uma justiça mais humanista e não punitiva. A inspiração central dos trabalhos fundadores do movimento restaurativo associa-se à identificação do processo de etiquetagem dos comportamentos desviantes e dos efeitos de exclusão social decorrentes de práticas institucionais seletivas

¹ JACCOUD, M. Introduction. In: JACCOUD, M.(Dir.). *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?* Paris: Ed. L'Harmattan, Coll. Sciences Criminelles, 2003, p.7.

² FAGET, J. *La Médiation. Essai de politique pénale.* Paris: Ed. Erès, Coll. Trajets, 1997.

³ No plano teórico, destacam-se as seguintes obras: *Surveiller et Punir: naissance de la prison* (Michel Foucault, 1975); *La société psychiatrique avancée: le modèle américain* (Françoise Castel, Robert Castel e Anne Lovell, 1979); *Limits to Pain* (Nils Christie, 1981); *Peines Perdues: le système penal en question* (Louk Hulsman, 1982). Citação de JACCOUD, M. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de; GOMES PINTO, R. (org.). *Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos.* Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

e desfavorecedores da reintegração social dos condenados ⁴, evidenciados pela crise do sistema prisional.

O questionamento da legitimidade das práticas punitivas e finalidades das instituições totalitárias (como a prisão) nos Estados Unidos, nos anos 60, assim como movimentos de reconciliação entre vítima e ofensor, desenvolvidos no final dos anos 70 (*VORP*--*Victim-Offender Reconciliation Programs*, nos EUA e *VOM*--*Victim-Offender Mediation*, no Canadá), contribuíram para os debates anglo-saxônicos originários sobre o tema, que se expandiram até a sua eclosão, a partir dos anos 90, com a obra "*Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*", de Howard Zehr, que destacou este novo paradigma em confronto com o modelo retributivo, em busca da reavaliação das medidas penais tradicionais e de inovação no campo penal.

Paralelamente, a vitimologia inspirou a formalização de princípios da justiça restaurativa.⁵ O movimento de valorização da vítima contribuiu para a sua reintrodução – afastada pela racionalidade penal moderna – no desenvolvimento do saber jurídico-penal e no cenário processual penal, reorientado pela perspectiva relacional ínsita nos conflitos, com reflexos no aumento de previsão de medidas de reparação no âmbito do direito penal e no desenvolvimento de programas de mediação entre vítima e ofensor, além de outras formas de solução de conflitos que consideram a participação da vítima, ofensor e comunidade de modo equilibrado (como conferências restaurativas e círculos de determinação de pena).⁶

Os primeiros trabalhos em vitimologia remontam à segunda metade do século XX, influenciados pelos sofrimentos marcados pelo Holocausto e pela segunda guerra mundial. Remontam às décadas de 60 e 70 as primeiras legislações especificamente referentes à proteção e à reparação às vítimas, dentre elas as da Nova Zelândia (1963), Grã-Bretanha (1964), EUA (Califórnia, mais

⁴JACCOUD, M. *Innovations Pénales et Justice Réparatrice*. Disponível em: <<http://champpenal.revues.org/document1269.html?format=print>>. Acesso em 15 out. 2007.

⁵JACCOUD, M. *Princípios, Tendências e Procedimentos...* Contudo, ainda que diversas iniciativas e orientação para as necessidades das vítimas no cenário do sistema de justiça penal se devam à influência de pressões dos movimentos de direitos das vítimas, isto não equivale à identificação da vitimologia com a justiça restaurativa, que enfatiza vítimas e ofensores, simultaneamente, e o papel da comunidade no reequilíbrio das relações afetadas pelo crime.

⁶ Cf. Capítulo 4, item 4.3 deste estudo.

especificamente, em 1965), Canadá (1967), Finlândia (1973), Alemanha (1976), França (1977) e Suécia (1978).⁷

A partir da década de 80, expandiram-se no espaço normativo internacional as iniciativas referentes à reparação, proteção e papel das vítimas no processo penal, avançando para a afirmação, em recomendações e resoluções do Conselho da Europa e da Organização das Nações Unidas, da importância do escopo relacional na solução de conflitos para a promoção da harmonia social, através da restauração das vítimas ofensores e comunidade, e a prevenção da criminalidade. *Mediação, conciliação, medidas não-privativas de liberdade, reparação, justiça restaurativa* foram expressamente recomendadas, destacando-se as seguintes iniciativas:

- *Declaração dos princípios fundamentais de justiça relativos às vítimas da criminalidade e às vítimas de abuso de poder* (Resolução nº 40-34, adotada pela Assembléia Geral da ONU, em 1985), que incentiva o *uso de mecanismos informais de resolução de conflitos, facilitadores da conciliação e da reparação das vítimas*, dentre eles a *mediação*, a arbitragem e a justiça tradicional ou práticas indígenas;
- Convenção Européia relativa à *indenização das vítimas de infrações violentas* (1983);
- Recomendação nº R(85)4, do Comitê de Ministros dos Estados-membros do Conselho da Europa, de 1985, *sobre a violência no seio da família* (do Comitê de Ministros dos Estados-membros do Conselho da Europa, de 1985);
- Recomendação nº R(85)11, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 28 de junho de 1985, *sobre a posição da vítima no quadro do direito penal e do processo penal*, que recomenda a utilização e avaliação das vantagens da *mediação penal e da conciliação penal*;
- Recomendação nº R(99)19, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 15 de setembro de 1999, *sobre a mediação em matéria penal*, que estabelece os princípios a serem observados e desenvolvidos pelos Estados em matéria de *mediação penal*;

⁷ CARIO, R. *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*. Paris: L'Harmattan, Coll. Traité de Sciences Criminelles, Vol. I, 2006, p. 17.

- Resolução nº 2000/14, do Conselho Econômico e Social da ONU, de 27 de julho de 2000, que dispõe sobre *princípios básicos para a utilização de programas restaurativos em matérias criminais*;
- *Regras Mínimas das Nações Unidas para aplicação de medidas não privativas de liberdade* (Regras de Tóquio, Resolução nº 45/110, da Assembleia Geral da ONU, de 1990), que destacam a importância da comunidade e do desenvolvimento do senso de responsabilidade dos infratores para com as vítimas e a comunidade;
- Decisão-Quadro 2001/220/JAI, do Conselho da União Européia, de 15 de março de 2001, que dispõe sobre o *estatuto da vítima no processo penal* estabelece a necessidade de que os Estados-membros procurem implementar a mediação nos processos penais e garantir a efetivação dos acordos entre vítima e autor da infração (art. 10) e que sejam postas em vigor disposições legislativas, regulamentares e administrativas para dar cumprimento a esta implementação antes de 26 de março de 2006 (art. 17);
- *Princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal* (Resolução nº 2002/12, do ECOSOC da ONU), que define programa, processo e resultado restaurativo e incentiva a troca de experiências e avaliações de programas de mediação e justiça restaurativa entre os diferentes países.

O movimento de valorização do princípio comunitário, marcado pela minimização dos conflitos e tentativas grupais de resolução célere pelas negociações, recordando as sociedades tradicionais, também influenciou no desenvolvimento da justiça restaurativa, evidenciando-se, não por acaso, que as primeiras práticas de justiça restaurativa foram experimentadas em países anglo-saxônicos, por iniciativas da sociedade civil, através de processos flexíveis e informais, com bastante independência do sistema de justiça institucionalizado e mínima interferência do Estado.

Tais influências abrangem as de cunho religioso, por pregadores da fé e da paz social, como os *menonites* (menonitas) Mark Yantzi (oficial de condicional menonita) e Dave Worth (coordenador do Serviço do Comitê Central Menonita de Kitchener, Ontario), que obtiveram êxito, em 1974, no convencimento de um juiz para a realização inovadora de um acordo de reparação entre dois autores e vinte e

duas vítimas de furto em Elmira, Ontario, antes da sentença. Ambos os menonitas acompanharam os ofensores aos encontros das vítimas, que batiam de porta em porta e propunham um ressarcimento, enquanto Yantzi e Worth registravam por escrito os acordos. Vinte vítimas foram indenizadas (duas não localizadas) e a partir daí se expandiram e foram aprimorados através de diversos outros programas.⁸

Segundo Braithwaite, os programas de mediação que remontam ao final de 1970 na América do Norte e Europa, com o desenvolvimento de diferentes práticas voltadas para a solução de conflitos alternativa às penas de prisão, em especial a reparação da vítima, consubstanciam o *ressurgimento* de ideais restaurativos derivados das sociedades comunais. Como movimento social global, a justiça restaurativa tem seu marco nos anos de 1990, com a expansão das práticas iniciais com indígenas para o desenvolvimento predominante da mediação entre a vítima e o ofensor, ao lado de conferências entre grupos familiares e de círculos de determinação de pena.⁹

4.2

Justiça Restaurativa. Em busca de uma definição. Orientação por princípios e valores.

A justiça restaurativa se apresenta através de uma variedade de práticas e experiências que não se subsumem a um modelo específico e tampouco a uma única formulação teórica. Froestad e Shearing consideram a justiça restaurativa como “o movimento social emergente para as reformas da justiça criminal”.¹⁰

Nas obras, discursos e projetos relacionados a este novo paradigma de justiça, diferentes nomenclaturas são utilizadas, revelando a complexidade do tema e sua variada interpretação e aplicação nas sociedades contemporâneas¹¹:

⁸ ZEHR, Howard. Tradução de Tônia Van Acker. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

⁹ BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. Disponível em: <http://www.canada.justice.gc.ca/fra/pi/rs/rap-rep/2003/rr03_2/p33.html>. Acesso em: 18 nov. 2007.

¹⁰ FROESTAD, J e SHEARING, C. Prática da Justiça – O Modelo Zwelthemba de Resolução de Conflitos. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de; GOMES PINTO, R. (org.). *Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

¹¹ JACCOUD, Mylène. *Innovations Pénales et Justice Réparatrice*.

“justiça restaurativa”, “justiça transformadora ou transformativa”; “justiça reparadora”; “justiça compreensiva”; “justiça negociada”; “justiça relacional”; “justiça reconstrutiva”; “justiça restaurativa comunal”; “justiça recuperativa”; “justiça participativa”.¹²

Em 1975, o psicólogo americano Albert Eglash, crítico do modelo terapêutico então vigente, utilizou a expressão *restorative justice* (justiça restaurativa) em seus trabalhos com detentos do Estado de Michigan, pretendendo distingui-la daquela relacionada aos moldes usuais de tratamento ao delinqüente (modelo reabilitador) e de punição (modelo retributivo). Porém, a utilização por ele proposta baseou-se em fases do programa dos Alcoólatras Anônimos e, assim, surgiu como reabilitação técnica, originária da *restituição criativa ou guiada* adotada nos anos 50¹³, considerada como uma das etapas necessárias à recuperação e transformação pessoal, em que a proposta é que o ofensor se desculpe com o ofendido e preste auxílio a outros ofensores, refundando um modelo de reabilitação.

O conceito de *creative restitution* foi desenvolvido por Eglash, na década de 1950, como proposta alternativa às lacunas por ele observadas no sistema de justiça criminal, em termos de humanidade e de efetividade, por ocasião de trabalhos realizados com presos. Segundo ele, através da restituição criativa “um ofensor, sob adequada supervisão, é auxiliado a encontrar alguma forma reparação àqueles que foram atingidos pela ofensa, e a ‘caminhar uma segunda milha’ pela ajuda a outros ofensores”.¹⁴ A idéia de restituição estritamente pecuniária foi expandida para a de restituição criativa, como uma oportunidade de recuperação da auto-estima do ofensor para a sua reintegração social. Eglash identifica a *creative restitution* com *restorative justice*, entendendo, porém, que o movimento de justiça restaurativa ampliou a sua concepção em uma direção bastante

¹² Bruce P. Archibald prefere a adoção da expressão “justiça restaurativa” – em conformidade com a utilização “restorative justice” em suas raízes anglo-saxônicas, inspirado na *common law* –, destacando que a nomenclatura “justiça reparadora” pode conduzir ao equívoco da limitação à compensação ou indenização em sentido material, apesar de ser utilizada em perspectiva abrangente, como no Canadá, inclusive em documentos oficiais. ARCHIBALD, B.P. *La Justice restaurative: conditions et fondements d’une transformation démocratique em droit pénal*. In: JACCOUD, M. (Dir.). *Justice Réparatrice et Médiation Pénale: Convergences et Divergences*. Paris: L’Harmattan, 2003.

¹³ JACCOUD, M. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*.

¹⁴ Citado por MIRSKY, Laura. *Albert Eglash and Creative Restitution: A Precursor to Restorative Practices* (1958). Disponível em: <<http://realjustice.org/library/eglash.html>>. Acesso em: 21 out. 2007.

construtiva.¹⁵ E segundo Jaccoud, a ampliação foi expressiva, na medida em que o emprego inicial, na forma de restituição criativa por Eglash, não corresponde efetivamente aos princípios da justiça restaurativa, concentrando-se no infrator e deixando a vítima à margem.¹⁶

Com a eclosão¹⁷ do movimento de justiça restaurativa na década de 90, buscou-se descrever e analisar as variadas práticas e experiências das décadas de 70 e 80, desencadeando a formulação de teorias em busca de elementos constitutivos para a preservação da integridade da justiça restaurativa como uma modalidade de justiça inclusiva, em suas dimensões reintegradora e regeneradora das relações sociais, e de democratização do sistema de justiça penal.¹⁸

4.2.1

Em busca de uma definição.

Segundo Zehr, a justiça restaurativa “é um processo destinado a implicar, o máximo possível, os que estão envolvidos pela prática de uma infração específica, a identificar e responder coletivamente a todos os males, necessidades e obrigações com o objetivo de reparar/curar os prejuízos e de restabelecer a melhor harmonia social possível”.¹⁹

A tais conclusões chega o autor a partir da confrontação entre as “lentes” retributiva e restaurativa em torno de dois objetos: o crime e a justiça. Pela primeira, “o crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas”. Já pela “lente” restaurativa, “o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a

¹⁵ Ibid.

¹⁶ JACCOUD, M. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*.

¹⁷ Mylène Jaccoud se refere à justiça restaurativa como um modelo eclodido, pelo fato de recuperar “orientações, elementos e objetivos tão diversificados”. JACCOUD, M. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, p.163.

¹⁸ CARVALHO, L.M.S. dos S. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de; GOMES PINTO, R. (org.). *Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

¹⁹ Definição citada por Robert Cario, extraída de *The Little Book of Restorative Justice (2002, p.37)*, que se reporta a Howard Zehr como “refundador” da justiça restaurativa, em razão de sua obra pioneira *Changing Lenses: a new focus for crime and justice (1990)*. CARIO, R. *Justice Restorative. Principes et Promesses*. Paris: L’Harmattan, Coll. Traité de Sciences Criminelles, 2005, p.53.

obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança”.²⁰

Zehr desenvolve ainda um raciocínio excludente, com o objetivo de melhor delimitar a extensão do tema, observando o que a justiça restaurativa NÃO É.²¹ a) um modelo ideal ou programa específico, pois se apresenta através de diferentes práticas restaurativas, adequadas aos contextos nos quais se desenvolvem; b) uma novidade ou restrita ao cenário norte-americano, já que, embora reintroduzida inicialmente no cenário norte-americano, tem raízes na história multicultural da humanidade e se expande mundialmente; c) aplicável somente a crimes de menor gravidade ou a infratores primários, podendo, se rigorosamente observados seus princípios, alcançar crimes graves²²; d) essencialmente e especificamente destinada à reconciliação ou ao perdão, mas à reconstrução daquilo que foi afetado pelo crime quanto aos envolvidos na situação de conflito, buscando atender às suas necessidades em sentido global; e) restringível à mediação, evidenciando-se a possibilidade de outras práticas restaurativas e de sua realização mesmo na hipótese de recusa ou ausência de uma das partes; f) essencialmente orientada à redução da reiteração criminosa ou da reincidência – embora possa produzir tais efeitos –, mas sim para o equilíbrio afetado entre as partes envolvidas; g) nem uma panacéia nem necessariamente um substituto ao modelo de justiça criminal tradicional ou uma alternativa à prisão, pois, se por um lado é uma contribuição à redução dos índices de encarceramento,

²⁰ Partindo de sua experiência como fotógrafo, Howard Zehr procurou demonstrar que “a escolha da lente afeta aquilo que aparece no enquadramento da foto. Determina também o relacionamento e proporção relativa dos elementos escolhidos. Da mesma forma, a lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação de sua importância relativa e nosso entendimento do que seja um resultado adequado. Nós vemos o crime através da lente retributiva. O processo penal, valendo-se desta lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor. O processo negligencia as vítimas e fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e coibir o crime. (...). Um objetivo mais realista para o nosso estágio seria o de visões alternativas fundamentadas em princípios e experiências, e que possam guiar nossa busca de soluções à crise atual. Podemos adotar uma lente diferente, mesmo que ainda não seja um paradigma plenamente desenvolvido. Tais visões podem ajudar a orientar-nos na direção de uma viagem, forçosamente partilhada, de experiências e explorações”. In: ZEHR, H., op.cit., pp.168-170.

²¹ Citado por Robert Cario, a partir da análise da obra *The little book of restorative justice* (2002), de Howard Zehr. CARIO, R. “Changing Lenses”. Autour de l’œuvre de Howard Zehr. In: Justice “restaurative” et victimes. *Les Cahiers de la Justice, Revue de l’ENM*. Paris: Dalloz, 2006.

²² Ressalva, no entanto, que as violências conjugais devem ser tratadas com cautela.

por outro, práticas restaurativas podem coexistir com penas privativas de liberdade, de modo complementar ou paralelo.²³

Segundo o Guia ou Manual de Programas de Justiça Restaurativa (*“Handbook of Restorative Justice Programmes”*), elaborado pela Organização das Nações Unidas²⁴, que enfatiza os programas restaurativos em matéria criminal, a justiça restaurativa compreende novas formas significativas de resolução de conflitos evidenciadas através de diferentes experiências, desencadeadas pelo ressurgimento de práticas da justiça tradicional – em particular de comunidades indígenas e lastreadas no direito costumeiro – como respostas alternativas ao modelo de justiça formal. O referido manual toma por base e reitera os conceitos *programa*, *processo* e *resultado restaurativo* estabelecidos pela Resolução nº 2002/12, de 24 de julho de 2002, do Conselho Econômico e Social da ONU²⁵:

Por *Programa de Justiça Restaurativa* entende-se qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos. *Processo Restaurativo* corresponde a qualquer processo em que vítima e infrator, e, quando adequado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, reunião familiar ou comunitária (conferências) e círculos de sentença. *Resultado Restaurativo* consiste no acordo alcançado devido a um

²³ A necessária coexistência entre a pena privativa de liberdade e a justiça restaurativa foi sinalizada por Howard Zehr já em sua primeira obra, com a proposta de inversão no âmbito normativo, através da adoção de práticas restaurativas como regra e da pena de prisão como medida excepcional: *“Estamos buscando uma visão do que pode ser considerado um padrão, uma visão da norma, e não uma reação realista adequada a todas as situações. A lente atual se fundamenta naquilo que é pouco usual e bizarro. As regras criadas para essas exceções são a norma, valem para as ofensas “ordinárias”. Alguns ofensores são tão inerentemente perigosos que precisam ficar presos. Alguém tem que tomar essa decisão com base em regras e salvaguardas de direito. Algumas ofensas são tão hediondas que requerem tratamento especial. Mas a reação a esses casos especiais não deveria ser a norma. Portanto, nossa abordagem seria a de identificar o que o crime significa e o que deveria acontecer normalmente quando ele acontece, reconhecendo as necessidades impostas por exceções. Assim, por ora não nos preocuparemos em avaliar se a nossa visão pode englobar todas as situações. Tentaremos visualizar o que deveria ser a norma”*. ZEHR, H., op.cit., p.170.

²⁴ O *Handbook of Restorative Justice Programmes*, publicado em Nova York, em 2006, é destinado a operadores do sistema de justiça criminal, a organizações não governamentais e a grupos comunitários que trabalham conjuntamente em busca de respostas adequadas ao crime. Disponível em: <http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf>. Acesso em: 05 mai 2008.

²⁵

Disponível

em:

<<http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/traducaoadaresolucaoonaosobrejusticarestaurativa.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2007.

processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator.

Marshall, bastante referenciado nas diferentes obras sobre o tema, enfatiza o “processo restaurativo” como essencial à definição de justiça restaurativa, que integra os afetados por um determinado crime em um processo de resolução conjunta de suas conseqüências e implicações futuras: “Justiça Restaurativa é um processo através do qual todas as partes interessadas em um crime específico se reúnem para resolver como lidar com o resultado do crime e suas implicações para o futuro”.²⁶

Na mesma perspectiva, Braithwaite afirma que a deliberação dos interessados determina o que a restauração significa em um contexto específico e permite, em lugar da estigmatização, a “vergonha reintegradora” (“*reintegrative shaming*” ou “*honte positive*”), assinalada como “vergonha compreensiva” que favorece a reintegração comunitária.²⁷ Pela justiça restaurativa, enquanto “justiça relacional”, a vítima tem a possibilidade de expressar seus danos/males sofridos, o que estimula a tomada de consciência do autor quanto a seus atos e ao que fez de sua própria vida, assim como em relação às conseqüências para a vítima e a comunidade (o que resultou para o “outro” em sentido concreto e amplo) – aspecto que favorece a reintegração comunitária.²⁸

Gomes Pinto igualmente destaca a natureza essencial consensual e participativa da justiça restaurativa. Pressupõe um processo consensual, de caráter voluntário e relativamente informal, em que a vítima, o infrator e, se for adequado, outros interessados da comunidade (afetados pelo crime) “participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a restauração dos traumas e perdas causados pelo crime”, com a intervenção de mediador(es) ou facilitador(es), seja na forma de mediação vítima-infrator (*mediation*), conferências com a participação da família dos envolvidos e da comunidade

²⁶ Citado por vários autores, dentre eles, CARIO, R. *Justice Restaurative. Principes et Promesses*, p.52.

²⁷ BRAITHWAITE, J. Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts. In: *Crime and Justice: A Review of Research*. Chicago:UCP, 1999.

²⁸ SALAS, D. Qu'est-ce que la justice “réparatrice”? In: *Justice Restaurative et Victimes. Les Cahiers de la Justice*, Revue de l'ENM. Paris: Dalloz, 2006.

interessada (*conferencing*) ou de círculos de sentença ou de decisão (*sentencing circles*).²⁹

Para uma “definição global da justiça restaurativa”, Cario assinala os seguintes elementos mínimos indispensáveis: existência de um conflito decorrente da violação de um valor social essencial; processo de negociação pela participação de todos os afetados pela infração, sob o controle de um terceiro profissional; reparação em sentido multifocal (nos aspectos materiais, psicológicos e simbólicos e do conjunto de protagonistas do conflito).³⁰

Em uma perspectiva conglobante do processo e das finalidades restaurativas, Archibald apresenta a seguinte possibilidade de definição de justiça restaurativa:

a restauração das relações e laços sociais, sobre uma base de equidade e de dignidade humana, em um contexto de resolução de diferenças suscitadas pelos males/atos criminosos, em um processo deliberativo que implica o infrator, a vítima e a(s) sua(s) comunidade(s) pertinente(s). (...) o essencial é reconhecer que, a partir desta definição, a restauração ultrapassa a simples indenização material da vítima, da parte do infrator. Uma tal definição da *justiça restaurativa* compreende, em seu sentido ideal, uma restauração dos laços sociais entre vítima e infrator, entre vítima e comunidade e entre infrator e comunidade. Uma reparação do mal cometido pelo infrator sobre a vítima poderia fazer parte do processo restaurativo, mas, em princípio, só deveria constituir um dos aspectos, pois este processo deveria levar a uma transformação mais profunda das relações entre as partes.³¹

Contudo, embora quase a totalidade de teóricos sobre o tema concebam a participação voluntária no processo de solução de conflitos como um elemento indispensável à definição de justiça restaurativa, alguns autores, como Walgrave³², sustentam que a finalidade restaurativa é o aspecto determinante à sua caracterização, e não o processo, tornando prescindível a participação voluntária.³³ A idéia é de que o movimento de justiça restaurativa tem como foco as conseqüências do crime em sua dimensão triangular (autor, vítima e comunidade) e, deste modo, *qualquer iniciativa* que objetive a restauração e o

²⁹ A construção da justiça restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de justiça criminal. Disponível em: <<http://www.justiciarestaurativa.org/images/2006-03-06.0596321339>>. Acesso em: 21 out. 2007.

³⁰ CARIO, R. *Justice Restaurative. Príncipes et Promesses*, p. 55.

³¹ ARCHIBALD, B. P., op.cit.

³² WALGRAVE, L. *La Justice restaurative: `La recherche d'une théorie et d'un programme*. Disponível em: <<http://www.erudit.org/revue/crimino/1999/v32/n1/004751ar.html>>. Acesso em: 21 out. 2007.

³³ Este aspecto (controvertido) será melhor analisado no tópico sobre as perspectivas *maximalista e minimalista* da justiça restaurativa, no item 4.3 (“Relações entre Sistema de Justiça Penal e Justiça Restaurativa”) e referenciado no item 4.4 (“Modalidades de Práticas de Justiça Restaurativa”).

restabelecimento do tecido social maculado pela prática do crime se insere neste movimento, que se contrapõe à máxima retributiva e reabilitadora (centrada no autor). A restauração é um bem que se contrapõe ao mal causado pelo crime.³⁴

Sem desconsiderar a “riqueza humana e construtiva do processo restaurativo”, Walgrave ressalta a insuficiência da definição centrada exclusivamente na noção de processo voluntário e participativo, por conduzir a uma interpretação restritiva de justiça restaurativa, na medida em que sua caracterização depende da participação de todos os envolvidos (vítima e infrator e, sendo o caso, comunidade) e exclui medidas que possuam uma dimensão restaurativa sem a presença de todos os afetados pelo crime no processo de solução. Uma definição mais adequada, segundo ele, deve considerar que a justiça restaurativa não é só um processo, que existem práticas restaurativas que não compreendem um encontro consensual entre as partes envolvidas no conflito e que a essência da justiça restaurativa é, como a própria expressão indica, a restauração, o resultado restaurativo – aspecto não contemplado pela definição de Marshall e outras semelhantes.³⁵

Na defesa de uma visão mais abrangente, Walgrave propõe que a “justiça restaurativa é toda ação primariamente orientada através da realização da justiça pela restauração de todo mal causado pelo crime”.³⁶ Compreende as ações concretas ou simbólicas, diretas ou indiretas, sejam endereçadas à vítima e/ou ao autor e à comunidade, com finalidades restaurativas, incluindo nesta concepção até mesmo as sanções que apresentem dimensão restaurativa, como, por exemplo, os trabalhos de interesse geral ou a reparação de danos em favor da vítima.

Jaccoud, aproximando-se da definição de Walgrave, compreende a justiça restaurativa como “uma abordagem que privilegia toda forma de ação (coletiva ou individual) que se desenvolve em um quadro formal ou informal, visando à reparação dos prejuízos vividos à ocasião de uma infração”.³⁷ A justiça restaurativa abrange tanto as práticas da sociedade civil, mesmo informais e desvinculadas das instituições estatais, quanto as desenvolvidas no âmbito do

³⁴ WALGRAVE, L. *La Justice restaurative: `La recherche d'une théorie et d'un programme.*

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

³⁷ JACCOUD, M. *Justice réparatrice et violence.* In: DUMOUCHEL, P. (Dir.). *Violences, victims et vengeances.* Paris: L'Harmattan, 2000, p.190.

sistema de justiça criminal, desde que observada a finalidade de restauração do equilíbrio rompido pela situação de conflito.³⁸

A idéia da justiça restaurativa vem acompanhada de uma esperança por outra forma de justiça, para além da ritualização do mal pelo mal, capaz de alcançar a estrutura normativa e as práticas institucionais penais:

(...) existe uma outra forma de justiça, uma justiça reparadora que era o fundamento da jurisprudência africana tradicional. Naquele contexto, o objetivo visado não é o castigo; segundo o conceito de *ubuntu*, as preocupações primeiras são a reparação dos estragos, o restabelecimento do equilíbrio, a restauração das relações interrompidas, a reabilitação da vítima, mas também a do culpável a quem se deve oferecer a possibilidade de reintegrar a comunidade à qual seu delito ou seu crime atingiu”.³⁹

4.2.2

Orientação de programas restaurativos por princípios e valores.⁴⁰

A partir da especificação de valores ou princípios centrais, diferentes estudos buscam assegurar a integridade dos programas de justiça restaurativa e minimizar as possibilidades de influência do paradigma punitivo que possam desvirtuar as práticas implementadas.

Orientada por princípios e valores de participação voluntária, interconexão, empoderamento das partes, respeito, honestidade, humildade, responsabilidade, esperança⁴¹ e solidariedade⁴², que podem ser reunidos e

³⁸ Na mesma linha, a *Fraternidade Internacional das Prisões* define justiça restaurativa como “uma resposta sistemática às injustiças, com ênfase na cura das feridas das vítimas, ofensores e comunidades, causadas ou reveladas pelo crime”. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org>>. Acesso em: 18 out. 2007.

³⁹ TUTU, D.. *Il n’y a pas d’avenir sans pardon. Comment se réconcilier après l’Apartheid?*. Paris: Albin Michel, 2000, p. 59. “(...) um ser humano existe somente em função de outros seres humanos”. É muito diferente do “penso, logo existo”. Isto significa antes que: “eu sou humano porque faço parte, participo, partilho. (...) Uma pessoa que tem o *ubuntu* é aberta e disponível, valoriza os outros e não se sente ameaçado se os outros são competentes e eficazes, na medida em que ela possui uma confiança que se alimenta do sentimento de que ela pertence a um grupo e que ela se sente rebaixada quando os outros são rebaixados, humilhados, torturados, oprimidos ou tratados como menos que nada”.

⁴⁰ Optamos pela retomada do tema, neste item, para viabilizar uma análise mais detalhada quanto às diferentes orientações que traduzem a complexidade dos programas de justiça restaurativa.

⁴¹ MARSHALL, C.; BOYACK, J.; BOWEN, H. Como a Justiça restaurativa assegura uma boa prática. Uma abordagem baseada em Valores. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de; GOMES PINTO, R. (org.). *Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Em referência aos valores afirmados pela Rede de Justiça Restaurativa da Nova Zelândia, em 2003.

⁴² Neste sentido, Lode Walgrave e Donald W. Van Ness. Cf. WALGRAVE, L., op.cit., p.175. VAN NESS, D. W. Les programmes de médiation victime/délinquant. In: *Justice “restaurative” et victimes. Les Cahiers de la Justice. Revue de l’ENM*. Paris: Dalloz, 2006.

sintetizados em respeito, solidariedade, responsabilidade⁴³ e paz social⁴⁴, a justiça restaurativa tem como pressuposto a noção polissêmica de crime: violação à norma jurídica; ofensa às pessoas e às suas relações; fato social com conseqüências para a vítima, o autor e a comunidade/sociedade.

Segundo Van Ness⁴⁵, a *paz social* compreende a harmonia, a segurança, o bem-estar, a satisfação dos atores sociais e orienta a justiça restaurativa para a *resolução* dos conflitos entre os sujeitos na máxima extensão possível, assim como para a *proteção* física e emocional dos afetados. O *respeito* implica a consideração de cada sujeito como digno de reconhecimento, cuidado, consideração, atenção, e orienta a justiça restaurativa para o *encontro* voluntário e a *responsabilidade pela oportunidade* de participação da construção da resposta às conseqüências do crime. A *solidariedade* abrange o sentimento de interconexão entre os membros de uma comunidade ou grupo social, de acordo e apoio, o que se revela pela *inclusão* no processo restaurativo, pela *assistência*, no sentido de auxílio aos envolvidos para o alcance de uma solução que contribua para a comunidade ou grupo, e pela *educação moral*, no sentido do reforço dos valores desejáveis à harmonia e coesão social pela resposta ao crime pelos envolvidos no processo restaurativo. A *responsabilidade* identifica-se com a “*responsabilidade ativa*”, no sentido de emanar da própria pessoa a tomada para si da responsabilidade pelo fato do outro, o que se exprime pela *colaboração* voluntária na busca de soluções mútuas e consensuais e *reparação* dos prejuízos causados pelo crime por seu autor. Contrapõe-se à responsabilidade passiva, que é atribuída por outrem à pessoa em razão de seu comportamento.

Da conjugação dos conteúdos significativos da paz social, respeito, solidariedade e responsabilidade, defluem o empoderamento dos atores sociais e a esperança. O empoderamento se caracteriza pela possibilidade de que os envolvidos na situação de conflito reconduzam suas próprias vidas, pela restauração do poder retirado da vítima pelo ofensor (ao exercer certo controle sobre ela e/ou seus bens sem seu consentimento) e pela possibilidade do infrator assumir a responsabilidade por sua conduta e agir no sentido da reparação do dano

⁴³ WALGRAVE, L. La justice restaurative et la perspective des victimes concrètes. In: JACCOUD, M. (dir.). *Justice réparatrice et médiation pénale: convergences et divergences?* Paris: L'Harmattan. Coll. Sciences Criminelles, 2003, p.175.

⁴⁴ VAN NESS, D. W. op.cit., p.149.

⁴⁵ VAN NESS, D. W. op.cit., pp.149-150.

e de sua reintegração social.⁴⁶ A esperança se dirige para o restabelecimento das vítimas, mudança de comportamento dos autores e maior solidariedade social, pelo respeito mútuo que, segundo Chris Marshall, Boyack e Bowen, é o valor essencial da justiça restaurativa porque “engendra a confiança e a boa-fé entre as pessoas”.⁴⁷

Faget situa a justiça restaurativa como uma via de reforma, no sentido da promoção de respostas alternativas ao sistema judiciário, considerando os limites da lógica retributiva, e reforça a importância da orientação das práticas restaurativas em três sentidos: da satisfação das necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade ao mesmo tempo pela resposta à infração; do diálogo como instrumento principal de ação entre os que causaram e os que sofreram o dano; do desenvolvimento do senso de responsabilidade pelo encontro e a troca entre vítima e autor na busca de soluções.⁴⁸

O encontro, a inclusão, a reparação e a reintegração se orientam para a restauração dos danos causados pelo crime, através da tomada de consciência e de responsabilidade dos sujeitos, como fatores determinantes da construção de uma ação que considere reciprocamente a situação peculiar de cada um dos envolvidos. “O grau em que a prática ou programa incorpora estas características e valores determina o nível de restauração”.⁴⁹ A eficácia dos programas de justiça restaurativa está intimamente relacionada à observância de seus princípios e valores.⁵⁰

Na obra pioneira *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*, os princípios orientadores de programas de justiça restaurativa, que se interpenetram, foram destacados por Zehr e sintetizados por Cario⁵¹, nos seguintes termos:

1. *ênfase nos danos e nas necessidades consecutivas em três dimensões (vítima, autor e comunidade)*, a partir do redimensionamento da noção de crime como um ato que, para além de uma violação normativa, de uma

⁴⁶ MARSHALL, C.; BOYACK, J.; BOWEN, H. op.cit., pp.271-272.

⁴⁷ Ibid., p.277.

⁴⁸ FAGET, J. *La Justice Restaurative em France*. Disponível em: <<http://www.gip=recherche-justice.fr/dossiers/justice-reparatrice.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2008.

⁴⁹ PARKER, L.L. Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma? In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de; GOMES PINTO, R. (org.). *Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p.248.

⁵⁰ VAN NESS, D. W., op.cit., pp.149-150.

⁵¹ CARIO, R. “*Changing Lenses*”. *Autour de l’ouvre de Howard Zehr*.

transgressão legal, de uma ofensa ao Estado, causa danos às pessoas e à comunidade de relação;

2. *determinação das obrigações decorrentes dos males causados*, a partir do reconhecimento do crime como violação de relações intersubjetivas e, em consequência, da necessidade de contextualização dos fatos resultantes às relações sociais a exigir a tomada de responsabilidade do infrator e a o engajamento de todos na busca de soluções que alcancem tanto o plano material quanto simbólico;
3. *operacionalização de processos favorecedores da inclusão e da colaboração* entre os órgãos de persecução e julgamento, o infrator, a vítima, familiares e a comunidade de relação, para lidar com as consequências direta e indiretamente produzidas pelo crime e merecedoras de adequada consideração para o restabelecimento dos laços sociais, sentimentos e percepções afetadas e danos materiais produzidos;
4. *implicação de todos os afetados pelo crime e que tenham interesse na solução*, para a assunção de responsabilidade pelo infrator, indicação das consequências e reconhecimento da responsabilidade do infrator pela vítima, com abertura de espaço para a fala dos interessados e encontro consensual, sempre que possível, no sentido de favorecer que cada qual ocupe seu espaço na situação a ser resolvida, com liberdade de expressão;
5. busca de restauração de todos os prejuízos causados à vítima, à comunidade e ao infrator, de modo ativo, através da reparação material ou simbólica.

Princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal foram reconhecidos internacionalmente – havendo recomendação da ONU e da Comunidade Européia para a sua implementação no cenário mundial – , pela Resolução nº 2002/12, de 24 de julho de 2002, do Conselho Econômico e Social da ONU⁵², onde também é esclarecida a

⁵²Disponível

<http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/traducaodaresolucaodaonu_sobrejusticarestaurativa.pdf>. Acesso em: 10 out. 2007.

terminologia utilizada, quanto aos conceitos de *programa, processo e resultado restaurativo*, examinados no tópico anterior.

A referida Resolução contempla os seguintes princípios norteadores do desenvolvimento de programas de justiça restaurativa – referenciados tanto no âmbito da doutrina quanto das recentes legislações sobre o tema:

- adequação ao estado do processo, podendo ser utilizados programas de justiça restaurativa em qualquer fase processual, conforme a legislação nacional;
- suficiência da prova de autoria e concordância das partes quanto aos elementos essenciais do caso para a deflagração de um processo restaurativo;
- voluntariedade na participação de processos restaurativos, dependente de consentimento de autor e vítima, revogável a qualquer tempo;
- liberdade, razoabilidade e proporcionalidade de acordos restaurativos;
- confidencialidade dos processos restaurativos, salvo consentimento dos participantes ou da legislação nacional, não podendo ser utilizadas quaisquer informações em processo judicial;
- respeito às diferenças culturais no desenvolvimento das práticas restaurativas;
- vedação do *bis in idem*, atribuindo-se aos acordos em processos restaurativos o mesmo *status* de decisão judicial, seja por sua supervisão judicial ou incorporação às decisões ou julgamentos, conforme legislação nacional, proibida posterior ação penal pelos mesmos fatos;
- inafastabilidade da justiça processual penal convencional na hipótese de ausência de acordo entre as partes;
- imparcialidade do facilitador e respeito à dignidade das partes no processo, pelo facilitar e entre elas, mutuamente;
- capacitação e qualificação do facilitador, o que compreende a compreensão do contexto cultural do caso e das partes;
- esgotamento da via processual restaurativa (retorno ao programa restaurativo) ou encaminhamento ao sistema de justiça processual penal, conforme disposição da legislação nacional, na hipótese de não cumprimento de acordo firmado entre as partes;

- aplicação de garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima nos programas de justiça restaurativa e particularmente nos processos restaurativos, dentre elas: direito à informação prévia dos participantes sobre o desenvolvimento do processo restaurativo e suas conseqüências; à assistência jurídica, bem como à assistência de familiares, no caso de menores; não coação ou indução à participação ou a acordo de qualquer espécie;
- preservação dos direitos (em sentido amplo) da vítima e do autor, previstos na legislação nacional ou internacional;
- elaboração de diretrizes legislativas pelos Estados-membros que contemplem os princípios básicos ora assinalados e ainda: as condições para o encaminhamento de casos aos programas de justiça restaurativa; o procedimento posterior ao processo restaurativo; a qualificação, treinamento e avaliação dos facilitadores; o gerenciamento dos programas de justiça restaurativa; padrões de competência e códigos de conduta regulamentando a operação de programas de justiça restaurativa;
- continuidade no desenvolvimento de programas de justiça restaurativa, o que compreende: formulação de estratégias e políticas nacionais estimuladoras das práticas restaurativas; intercâmbio de informações entre as autoridades do sistema de justiça penal e os administradores de programas restaurativos visando à maior efetividade e à exploração de caminhos para a incorporação de práticas de justiça restaurativa na justiça penal; cooperação entre a sociedade civil e o Estado quanto à pesquisa e avaliação dos programas restaurativos em *sua função alternativa ou complementar ao sistema de justiça penal convencional* e flexibilidade nos programas restaurativos, devendo o gerenciamento e a reorientação dos programas ser modificados conforme os resultados alcançados e periodicamente avaliados.

Na Nova Zelândia, em 2003, a *Rede de Justiça Restaurativa (New Zealand Restorative Practice Network)* estabeleceu diretrizes para uma “boa prática”, baseada em padrões flexíveis para o desenvolvimento de processos e valores fundamentais, afirmando a que os valores são indissociáveis do processo restaurativo (destinado a restaurar, na máxima possibilidade, a dignidade e o bem-estar dos envolvidos).

Em 2005, foi elaborada a Carta de Araçatuba, resultante do *I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa*, realizado na cidade de Araçatuba, em São Paulo, contemplando os seguintes princípios orientadores das práticas restaurativas no Brasil: direito à informação, autonomia e voluntariedade dos participantes do processo restaurativo; respeito mútuo e co-responsabilidade ativa; atenção a quem sofreu o dano e às possibilidades do causador; envolvimento da comunidade de modo solidário e cooperativo; atenção às diferenças sócio-econômicas e culturais entre os participantes, às peculiaridades sociais locais e ao pluralismo cultural; garantia do direito à dignidade dos participantes, ao sigilo, à confidencialidade e à observância da legalidade do direito material no processo restaurativo; equilíbrio e não hierarquia entre as partes no processo; capacitação dos facilitadores; integração com a rede de assistência social em todos os níveis da federação; interação com o Sistema de Justiça.

No mesmo ano, a Declaração de Costa Rica sobre Justiça Restaurativa para a América Latina⁵³, afirmou o elevado “índice de exclusão, violência e encarceramento”, a coexistência de “maneiras distintas de aplicar a pena a ricos e pobres” e que “apesar de existirem instrumentos de justiça restaurativa as sanções retributivas, em especial de encarceramento, seguem sendo as mais utilizadas”. Nestes termos, reconheceu os *Princípios Básicos para a Utilização da Justiça Restaurativa em Matéria Criminal* (Resolução nº 2002/12, do Conselho Social e Econômico da ONU), assim como os da Carta de Araçatuba (2005), e destacou o fortalecimento da ética pública, propiciado pelos princípios e valores da justiça restaurativa, como paradigma de uma sociedade mais justa na América Latina.

Aproximadamente um ano após, no *II Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa*, elaborou-se a Carta do Recife sobre Justiça Restaurativa⁵⁴, contendo os seguintes princípios para o desenvolvimento das práticas de justiça restaurativa:

⁵³ Resultante do Seminário “Construindo a Justiça Restaurativa na América Latina”, desenvolvido pelo Instituto Latinoamericano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinqüente/Comunidade Carcerária, em Santo Domingo de Herdia, Costa Rica, de 21 a 24 de 2005. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br>>. Acesso em: 10 out.2007.

⁵⁴ Elaborada por integrantes e aprovada pelos participantes do II SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, realizado na Cidade do Recife, Estado de Pernambuco - Brasil, nos dias 10, 11 e 12 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/documentos/simpósio270406/CARTADORECIFE.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2007.

- o ideal de construção de uma sociedade justa, igualitária, pacífica e participativa, com valorização do respeito ao poder pessoal de cada indivíduo em sua relação com o outro e dos direitos humanos em geral, consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos;
- a difusão e a incorporação de valores restaurativos, mantendo abertura quanto a variações metodológicas e procedimentais, sempre com vistas a potencializar a promoção de resultados restaurativos;
- a ênfase na componente comunitária, em iniciativas de aplicação oficial das práticas restaurativas, e o zelo pelo não dirigismo de qualquer setor institucional;
- o desenvolvimento teórico e avaliação contínua das práticas de justiça restaurativa, com a criação de Núcleos e Centros de Estudos em Justiça Restaurativa, abertos à comunidade, nas universidades, nas escolas de ensino médio, nas organizações não-governamentais, nas Escolas da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da OAB;
- apoio à participação e respaldo às iniciativas restaurativas de Juízes, Promotores, Procuradores e Defensores Públicos de todo o País;
- a difusão e implementação da Justiça Restaurativa, simultânea, articulada e integrada entre suas vertentes institucionais e comunitárias, para gerar sinergia e promover, reciprocamente, renovação e empoderamento, respeito à horizontalidade, autonomia, isonomia e à diversidade na relação entre as pessoas envolvidas;
- o acompanhamento e a avaliação contínua de projetos-piloto em desenvolvimento, pelo Ministério da Justiça, e o apoio técnico e financeiro à instalação de outros projetos- piloto por um prazo mínimo de cinco anos para possibilitar as experiências e o aprendizado necessários à consolidação de uma Cultura de Restauratividade.

Como podemos observar, os princípios e valores essenciais da justiça restaurativa, que devem orientar qualquer prática restaurativa, ainda que afirmados de forma múltipla, sem uma única formulação teórica, convergem para

um mesmo sentido: de uma filosofia reconstrutiva, segundo ideais de não-reificação e reconhecimento intersubjetivo.⁵⁵

4.3

Relações entre Sistema de Justiça Penal e Justiça Restaurativa.

Em sentido amplo, as divergências entre as experiências e estudos sobre justiça restaurativa apontam duas tendências quanto ao campo de aplicação, com repercussões em sua concepção: I. *minimalista* ou *diversionista* do sistema judiciário principal; II. *maximalista*.⁵⁶ A tais tendências se associam modelos orientadores da justiça restaurativa.⁵⁷

A partir da distinção entre tais tendências ou perspectivas avançamos para o exame dos pontos de entrada ou modos de interação entre a justiça restaurativa e o sistema de justiça penal.

4.3.1

Perspectivas Minimalista e Maximalista.

Na perspectiva *minimalista ou diversionista*, considerada como “tendência detalhista ou desvio do sistema judiciário principal”, a justiça restaurativa é compreendida como uma proposta de constituição de um processo voluntário de solução de conflitos penais entre os envolvidos, condicionado, portanto, à aceitação prévia de participação no processo restaurativo para que possa ser desenvolvido. A *participação voluntária* é requisito indispensável. O Estado-Juiz não deve interferir diretamente na administração deste processo e “a justiça restaurativa é concebida, então, como uma alternativa ao sistema de justiça estatal e se vê limitada à adoção de processos e mecanismos não jurídicos ou de mecanismos civis”.⁵⁸ São enfatizados os processos voluntários, flexíveis e informais, os debates e as tomadas de decisão entre os envolvidos no conflito, deixando o sistema judiciário ao largo do processo de decisão para intervir o

⁵⁵ Sobre a Filosofia Reconstrutiva, reportamos o leitor ao capítulo 3, item 3.3, onde examinamos os ideais de não-reificação e de reconhecimento a partir do aporte teórico de Axel Honneth.

⁵⁶ A classificação destas tendências foi originariamente estabelecida por WALGRAVE. In: *La Justice restaurative: `La recherche d'une théorie et d'un programme.* .

⁵⁷ Orientações sistematizadas por Mylène Jaccoud. Cf. Item 4.3.2 infra.

⁵⁸ JACCOUD, M. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa.*

mínimo necessário, de modo a não afetar os benefícios dos processos informais de deliberação.

Nesta ótica, em sentido estrito, a justiça restaurativa se desenvolve essencialmente fora do âmbito da justiça criminal institucionalizada, através de mecanismos externos ao judiciário, limitando-se a práticas deflagradas pela aceitação de um processo coordenado pela própria sociedade civil, com ou sem subsídios governamentais, e com a participação de todos os afetados pela situação de conflito a ser restaurada.

Os adeptos da tendência minimalista ampliam as possibilidades de práticas restaurativas fora do sistema judiciário e pretendem a mínima intervenção de seus órgãos no processo. Estão excluídos da justiça restaurativa os processos em que não haja participação voluntária da vítima ou do autor⁵⁹ e, segundo alguns autores, por via de consequência, apenas as infrações de menor gravidade têm maior probabilidade de solução pela via restaurativa⁶⁰ – o que não exclui as experiências em alguns países, como a Nova Zelândia, com crimes graves (p. ex., roubo qualificado).⁶¹ O sistema de justiça criminal, como um todo, permanece intocado e a justiça restaurativa resta como “uma espécie de adendo à justiça penal”, aplicada à gestão de problemas menores e sem um real impacto nas “opções punitivas fundamentais do sistema em vigor”.⁶²

Em outro extremo, a tendência *maximalista*, a que se vincula Walgrave, prevê a possibilidade de práticas restaurativas no seio da justiça criminal institucionalizada, como porta de entrada a uma reforma profunda do sistema penal⁶³, em uma visão transformadora máxima, tanto no interior quanto no exterior do sistema penal⁶⁴. Alcança a aplicação de sanções com caráter restaurativo, em situações em que não seja possível o desenvolvimento de um processo participativo, por falta de voluntariedade de autor ou vítima ou outro

⁵⁹ WALGRAVE, L. *La Justice restaurative: `La recherche d'une théorie et d'un programme.* .

⁶⁰ Cf. FAGET, J. *La médiation. Essai de politique pénale.*

⁶¹ Sobre a possibilidade de aplicação de processos restaurativos a crimes graves, cf. MORRIS, A. Criticando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de; GOMES PINTO, R. (org.). *Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos.* Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

⁶² WALGRAVE, L., op.cit.

⁶³ WALGRAVE, L. *La justice restaurative et la perspective des victimes concrètes*, pp.161-183.

⁶⁴ WALGRAVE, L. *La justice restorative et la justice pénale: un duo ou un duel?* In R. Cario (Dir.). *Victimes: du traumatisme à la restauration.* Paris: L'Harmattan. Coll. Sciences criminelles, 2002, p.278.

motivo – como um óbice legal à aplicação de um processo restaurativo – , sem desconsiderar a possibilidade de processos deliberativos, como a mediação, as conferências restaurativas ou os círculos de sentença ou de determinação de pena.

A perspectiva maximalista amplia o espectro da justiça restaurativa para abranger quaisquer iniciativas de práticas que comportem a finalidade de restauração – com maior ou menor extensão – , dentro ou fora do sistema de justiça criminal. Destaca, porém, a importância atribuída aos mecanismos com caráter restaurativo – desde a mediação penal a sanções restaurativas impostas – inseridos na estrutura e funcionamento do sistema de justiça criminal, independentemente da fase (extraprocessual ou processual, antes ou depois da sentença), como forma de contribuir para a sua transformação paulatina no sentido da prevalência da ótica restaurativa sobre o caráter retributivo ou reabilitador da pena.

Poncela, sem adotar a classificação proposta por Walgrave, concebe a justiça restaurativa na perspectiva por ele formulada, mas a partir de ótica diversa, distinguindo justiça reparadora de justiça restaurativa, situando-as dentre as filosofias ou teorias gerais da pena e desenvolvendo a idéia de percurso necessário da justiça reparadora para a justiça restaurativa. À justiça reparadora (“*justice réparatrice*”) identifica a noção de reparação, introduzida na filosofia penal, a partir da década de 1970, no movimento de busca de penas substitutivas à prisão e de valorização das vítimas, “movimento tendente a dar a palavra às vítimas de infrações”.⁶⁵ Nessa perspectiva, a reparação não se traduz na sanção à violação à norma ou no atendimento às necessidades do infrator. “Justiça reparadora repousa inteiramente sobre a capacidade das partes – autor e vítima – de resolver juntas as conseqüências de uma infração” e que dispensa qualquer intervenção constritiva – onde reside uma de suas falhas. Nasce da contestação do sistema de justiça penal, por sua violência e formalismo, e pretende a sua extinção.⁶⁶

Já a justiça restaurativa (“*restaurative*” ou “*restauratrice*”), segundo Poncela, desenvolveu-se na década de 1990 a partir da limitação da justiça reparadora, pela “ficção de igualdade das partes em presença” e de capacidade de resolução sem coerção. Igualmente pretendendo substituir o sistema penal “punitivo e reabilitador”, tem como traço distintivo a afirmação da insuficiência

⁶⁵ PONCELA, P. *Droit de la peine*. PARIS:PUF, 2001, 2ª ed., p.71.

⁶⁶ *Ibid.*, p.72.

da mediação, reintroduzindo uma “intervenção coercitiva no quadro judiciário”.⁶⁷ Embora centrada nos sofrimentos e prejuízos causados à vítima, amplia as possibilidades de reparação (não reduzida à indenização à vítima), de reintrodução da “coletividade nos regramentos dos conflitos” e de restauração dos “prejuízos públicos”.⁶⁸

4.3.2

Modelos Orientadores.

Paralelamente à categorização das tendências da justiça restaurativa formulada por Walgrave, e relativamente associada a esta formulação teórica, Jaccoud desenvolve a idéia de complexidade da justiça restaurativa pela coexistência de três modelos orientadores, em um mesmo país ou em países diferentes, que enfatizam elementos distintos como constitutivos deste novo paradigma. Tais elementos são o processo restaurativo e a finalidade restaurativa. Conforme a posição – central ou periférica – que cada um desses elementos ocupe na concepção de justiça restaurativa, diverso será o entendimento acerca das práticas caracterizadoras de sua implementação ou mesmo de seu rompimento. Embora dois sejam os elementos considerados, a tripartição de modelos resulta da consideração de cada um deles em separado ou de ambos como centrais à caracterização da justiça restaurativa. Deste modo, podemos identificar as seguintes orientações⁶⁹:

- a) modelo centrado na finalidade restaurativa: tida como essencial, a finalidade restaurativa constitui o elemento caracterizador da justiça restaurativa, independentemente da coexistência de um processo restaurativo. Enfatizando a finalidade, os meios utilizados para o seu alcance são de menor importância e o processo assume caráter secundário. Este modelo se insere na perspectiva *maximalista* da justiça restaurativa⁷⁰ e compreende as mais variadas formas de ação que visem à restauração da situação gerada pelo crime, não se limitando aos processos voluntários entre todos os envolvidos no conflito. Admite, com base na centralidade

⁶⁷ Ibid..

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ JACCOUD, M. *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*.

⁷⁰ WALGRAVE, L. *La Justice restaurative: `La recherche d'une théorie et d'un programme*.

da finalidade, a existência de sanções restaurativas aplicadas pelo judiciário, como o trabalho de interesse geral (trabalho comunitário) ou mesmo a prestação pecuniária em favor da vítima, quando um dos envolvidos no crime se recusa ou por outro motivo não tem condições de participar de um processo restaurativo. Melhor que a finalidade e o processo sejam restaurativos, mas a ausência deste último em nada afeta a caracterização da justiça como restaurativa.

- b) modelo centrado no processo restaurativo: a deliberação ou participação de todos os afetados pelo crime (autor e vítima, e sempre que possível a comunidade de relação) é o elemento caracterizador da justiça restaurativa e, em consequência, a finalidade ocupa posição secundária. Deste entendimento resulta a possibilidade de aplicação de até mesmo uma pena privativa de liberdade ao autor do crime, como a prisão recomendada por um círculo de sentença ao juiz, desde que a solução tenha sido encontrada através de um processo deliberativo. Mesmo nos casos em que as finalidades “sejam de cunho retributivo, somente o fato de que hajam as negociações, as consultas ou os envolvimento é suficiente para que alguns considerem que suas práticas façam parte de um modelo de justiça restaurativa”.⁷¹
- c) modelo centrado no processo e na finalidade restaurativa: considera que a justiça restaurativa se desenvolve quando observados o processo e a finalidade restaurativas. Deste modo, restringe a sua possibilidade às situações em que haja o encontro consensual entre as partes envolvidas no processo e, assim, aproxima-se da perspectiva *minimalista ou diversionista* proposta por Walgrave⁷², pois, mesmo que a finalidade seja restaurativa, na ausência de um processo deliberativo não se poderá considerar a aplicação de um modelo de justiça restaurativa.

⁷¹ Segundo Mylène Jaccoud, este é o modelo “que mais corrompe os princípios fundadores da justiça restaurativa”. JACCOUD, M. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de; GOMES PINTO, R. (org.). *Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005..

⁷² WALGRAVE, L. *La Justice restaurative: `La recherche d'une théorie et d'un programme*. Disponível em www.erudit.org/revue/crimino/1999/v32/n1/004751ar.html . Acesso em 21 de outubro de 2007.

Embora a perspectiva *minimalista*, ou o modelo centrado no processo, segundo Jaccoud e Walgrave, congregue mais adeptos do novo paradigma – pela exigência de voluntariedade e participação –, a orientação que mais propicia a inserção do movimento de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal é aquela voltada para a finalidade restaurativa, esteja ou não acompanhada de um processo participativo em sentido amplo.⁷³ Neste sentido, não afasta os processos deliberativos ou participativos, mas considera medidas que indiretamente afetam vítimas e comunidade através do processo penal, a partir da perspectiva da finalidade restaurativa associada à dimensão relacional.

Para estes autores, o modelo centrado exclusivamente nos processos, pela suficiência atribuída ao caráter deliberativo ou participativo como única condição de determinação da justiça restaurativa, é o que mais desvirtua a proposta e apresenta capacidade de rompimento de seus princípios fundadores, pela incerteza da solução a ser alcançada pelos participantes do processo – o que pode conduzir a medidas punitivas que contrariem os princípios da justiça restaurativa. Tanto é possível tal espécie de solução que alguns atos normativos e defensores da justiça restaurativa assinalam expressamente que no processo restaurativo deve ser vedada qualquer solução atentatória à dignidade humana, ou que imponha medida mais gravosa do que a passível de aplicação pelo processo penal regular, ou ainda, especificamente, medidas de caráter punitivo ou privativas de liberdade. Exemplos de atos neste sentido são a Resolução nº (99) 19, da ONU, e a nova lei reguladora da mediação penal em Portugal (Lei nº 21, de 12 de junho de 2007).

Observamos, contudo, que a incompatibilidade entre pena privativa de liberdade e práticas restaurativas não é afirmação uníssona entre as formulações teóricas e tampouco decorre de interpretação das variadas experiências desenvolvidas. Este aspecto suscita controvérsias e retornaremos a ele no tópico seguinte e no item 4.4 (sobre as modalidades de práticas de justiça restaurativa e, mais especificamente, sobre o conteúdo dos acordos restaurativos).

⁷³ Neste sentido, WALGRAVE e JACCOUD.

4.3.3

Pontos de Entrada.

Os posicionamentos sobre as relações entre o sistema de justiça penal e a justiça restaurativa não são unânimes, variando desde a afirmação da necessidade de substituição integral do modelo tradicional de justiça pelo novo paradigma – caráter transformativo total – até a possibilidade e necessidade de coexistência entre o modelo de justiça formal vigente e justiça restaurativa. Mesmo na primeira hipótese, não são poucos os estudos que afirmam a necessidade de coexistência temporária de medidas punitivas, como forma de transição paulatina à predominância de um modelo restaurativo, reconhecendo que em situações determinadas a prisão será a medida excepcional adequada para a proteção social.

A maior parte dos teóricos admitem a ineficácia da justiça restaurativa como modelo autônomo para atender à demanda de criminalidade de modo global, reconhecendo a necessidade de adoção de medidas paralelas e alternativas repressivas ou de neutralização em casos específicos, seja a prisão propriamente dita, sejam medidas restritivas ou de interdição de direitos, como a perda de licença para o exercício de profissão ou função em certos crimes próprios⁷⁴, ou, por exemplo, perda da guarda de filhos em crimes graves contra crianças.⁷⁵ Mesmo o teórico pioneiro sobre o tema, Howard Zehr, ao analisar expressamente a relação possível entre justiça penal e justiça restaurativa, não compreendeu esta última como um modelo necessariamente substitutivo, ao afirmar a possibilidade de coexistência entre práticas restaurativas e penas privativas de liberdade, de modo complementar ou paralelo.⁷⁶

No mesmo sentido, a Declaração de Costa Rica sobre Justiça Restaurativa para a América Latina (2005) contempla a relação entre o sistema de justiça penal e a justiça restaurativa ao prever a aplicação de programas restaurativos de modo extensivo aos sistemas comunitários, *judiciais e penitenciários*, e criticar a persistência na aplicação de sanções eminentemente retributivas, quando existem instrumentos de justiça restaurativa passíveis de operacionalização. Por outro lado, a Declaração incentiva alterações legislativas penais que favoreçam a adoção

⁷⁴ Como os praticados por médicos ou policiais.

⁷⁵ Exemplo fornecido por BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration*.

⁷⁶ Sobre a posição de Howard Zehr, cf. item 4.2.1.

de princípios e instrumentos da justiça restaurativa de modo *complementar*, destacando a relevância da “aplicação da justiça restaurativa no sistema penal para derivar casos judiciais a programas de justiça restaurativa, usar a *prisão* como último recurso e, buscando soluções alternativas à mesma, aplicar a justiça restaurativa no sistema penitenciário”.⁷⁷

A Resolução nº 2002/12, do Conselho Econômico e Social da ONU⁷⁸, sobre *princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal*, igualmente afirma a complementaridade entre a justiça penal e a justiça restaurativa, observando que a justiça restaurativa enseja uma variedade de medidas flexíveis, que se adaptam aos sistemas de justiça criminal e os complementam, de acordo com os contextos jurídicos, sociais e culturais respectivos, bem como que a utilização da justiça restaurativa não prejudica o direito público do Estado de processar os ofensores.

Van Ness⁷⁹ classifica o programa de justiça restaurativa, conforme suas relações com o sistema de justiça penal, em *integrado*, *alternativo* ou *adicional*. O *programa integrado* é aquele que efetivamente faz parte e produz efeitos no sistema de justiça, como a submissão pelo juiz de um caso à mediação, ao longo do processo e antes da condenação, com o objetivo de que o acordo entre os envolvidos influencie na determinação da pena. O *programa alternativo* corresponde à substituição do processo judicial. O *programa adicional* é complementar ao sistema de justiça penal. Cita o autor o exemplo do Estado do Texas, em que as vítimas têm a possibilidade de encontros com os ofensores depois da condenação, no “corredor da morte”, para um diálogo sobre as conseqüências do crime, o que tem efeitos psicológicos, emocionais e espirituais para ambos, mas não para o processo de execução.

Desse modo, podemos destacar, quatro pontos de entrada no sistema de justiça penal para programas de justiça restaurativa: antes da acusação; depois da acusação e antes da condenação; depois da condenação e antes da pena; depois da

⁷⁷ Item nº3 da Declaração de Costa Rica sobre a Justiça Restaurativa na América Latina, resultante do Seminário “Construindo a Justiça Restaurativa na América Latina”, desenvolvido pelo Instituto Latinoamericano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinqüente/Comunidade Carcerária, em Santo Domingo de Herdia, Costa Rica, de 21 a 24 de 2005. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br>>. Acesso em: 21 out. 2007.

⁷⁸ Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/traducaoadaresolucaoonausobrejusticarestaurativa.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2007.

⁷⁹ VAN NESS, D. W., op.cit., pp.146-147.

determinação da pena e antes da reinserção social.⁸⁰ As práticas de justiça restaurativa podem alcançar quaisquer destas fases, conforme a legislação nacional, sem vedação no âmbito normativo internacional, nos termos da própria Resolução nº 2002/12, do ECOSOC da ONU, das formulações teóricas e experiências existentes.

4.4

Modalidades de Práticas de Justiça Restaurativa e Conteúdo dos Acordos.

As práticas restaurativas são desenvolvidas através de diferentes programas, em um mesmo país ou em países diferentes. Dentre as modalidades mais frequentes, observamos a mediação, as conferências (reuniões restaurativas ou encontros restaurativos entre grupos familiares) e os círculos (restaurativos, de cura, de emissão de sentenças ou de determinação de pena), podendo ser desenvolvidas quaisquer outras que enfatizem o diálogo restaurativo.⁸¹

Segundo Faget, a mediação entre vítima e ofensor é o melhor vetor da justiça restaurativa, com aptidão para uma aplicação universal e fácil, enquanto as conferências comunitárias apresentam maior dificuldade para aplicação e os círculos de sentença e de determinação de pena são condicionados por contextos culturais específicos.⁸² No mesmo sentido, Sica defende a mediação como a melhor e mais justa forma de resolução de conflitos em matéria penal. Situa a “justiça restaurativa como um novo paradigma, calcado em princípios que podem ser efetivados por meio da mediação penal, tomada, então, como alternativa mais viável e adequada para sustentar o novo paradigma, sem recorrer aos defeitos do

⁸⁰ Leonardo Sica indica cinco “*pontos de entrada ou de contato da justiça restaurativa com o sistema de justiça penal tradicional: (i). pré-acusação, com encaminhamento do caso pela polícia (por exemplo: Inglaterra e Japão); (ii). pelo juiz ou pelo Ministério Público, após recebimento da notícia criminis e da verificação de requisitos mínimos, que, ausentes, impõem o arquivamento do caso e devem ser estabelecidos conforme as peculiaridades de cada ordenamento; (iii). pré-acusação e pós-instrução, com encaminhamento imediatamente após o oferecimento da denúncia; (iv). pré-sentença, encaminhamento pelo juiz, após encerramento da instrução, como forma de viabilizar a aplicação de pena alternativa na forma de reparação do dano, ressarcimento, etc; (v). pré-sentença, encaminhamento pelo tribunal, com a finalidade de inserir elementos restaurativos durante a fase de execução*”. SICA, L. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.29. Optamos por uma caracterização mais genérica, face à diversidade de práticas e de sistemas de direito que as utilizam, diferenciadores de suas estruturas.

⁸¹ VAN NESS, D. W. *Les programmes de médiation victime/delinquant*, p.145.

⁸² FAGET, J. *La Justice restaurative em France*. .

antigo”.⁸³ Acrescenta, ainda, que “no âmbito da justiça restaurativa, o mero ressarcimento material, a restituição ou a reconciliação podem ser aceitas como respostas viáveis, mas reduzem o horizonte comunicativo e relacional que a mediação amplia”.⁸⁴

Os acordos resultantes de um processo restaurativo têm conteúdo variado, conforme a situação específica, sendo destacadas por Cario⁸⁵ as seguintes medidas: a) *Reparação material*, na forma de indenização ou compensação. Difere da prestação pecuniária ou reparação do dano aplicada pelo sistema penal porque, no processo restaurativo, resulta da negociação entre os envolvidos no conflito e visa ao restabelecimento dos laços sociais através da participação ativa na busca da solução mais adequada diante do conflito penal. Neste caso, a reparação na modalidade de indenização compreende não só as perdas materiais sofridas pela vítima, mas o conjunto de conseqüências e efeitos danosos ao cotidiano da vítima, dos quais o infrator toma conhecimento no encontro restaurativo, viabilizando a determinação razoável da indenização, através da negociação, segundo as necessidades da vítima e as possibilidades do infrator; b) *Serviço comunitário*. Consiste num trabalho de interesse geral, prestação ou trabalho comunitário, em favor de uma instituição, da comunidade ou de seus membros, e pode ser aplicado mesmo na hipótese da ausência de interesse da vítima de participar do processo restaurativo ou de prática de crimes sem vítima individualizada. Possibilita a reintegração do infrator à comunidade e o restabelecimento do equilíbrio social; c) *Restituição de bens* adquiridos em razão da prática da infração; d) *Pedidos de desculpas* verbais ou escritas à vítima e/ou à comunidade; e) *Participação em programas variados* conforme o objeto do conflito penal: educativos ou de formação; de proteção e sensibilização das

⁸³ SICA, L., op.cit., p.72.

⁸⁴ Ibid., p.73. Nessa ordem de idéias, o autor, em citação a David Miers, defende que “o conceito de justiça restaurativa é mais restrito do que o conceito de mediação, uma vez que se confina à área criminal”, mas, por outro lado (...) é mais amplo pelo fato de contemplar uma variedade de possíveis respostas por parte do infrator que nada tem a ver com mediação, como sejam a indenização determinada pelo tribunal ou a prestação de trabalho tendente à reparação, quer como medida de diversão, quer como parte de um acordo integrado na sentença”. Idem, p.72-3. A fim de fundamentar sua opção pela mediação penal, distingue, ainda, mediação de conciliação, afirmando, dentre outros aspectos, com apoio em Baruch Bush e Folger, que a conciliação se concentra no alcance do acordo e no desfogamento do judiciário, o que minimiza ou empobrece “as possibilidades de revalorização e de reconhecimento”. Idem, p. 48-9. No âmbito deste estudo, porém, não entendemos relevante tal distinção, vez que ambas (mediação e conciliação) integram a proposta de justiça restaurativa.

⁸⁵ CARIO, R. *Justice Restorative. Principes et promesses*, p.84.

vítimas (quanto às conseqüências da infração para a sua integridade física e mental); de saúde, como tratamento a alcoólatras, toxicômanos, terapias especializadas (em caso de violências sexuais, violências conjugais etc.).

Embora os resultados usualmente obtidos sejam reparações, pedidos de desculpas e trabalhos comunitários, Morris destaca a possibilidade de prisão como *resultado restaurativo em processo restaurativo*, argumentando que “qualquer resultado – incluindo o encarceramento – pode ser, efetivamente, restaurativo, desde que assim tenha sido acordado e considerado apropriado pelas partes principais”.⁸⁶

Neste sentido, a prisão estaria legitimada pela deliberação dos envolvidos, isto é, porque os participantes do processo restaurativo conjuntamente teriam concluído que o meio adequado ao caso concreto é a segregação temporária, em observância aos princípios da responsabilidade ativa, do respeito (proteção à vítima), acrescido da proteção suficiente (face à gravidade do crime). Na situação concreta, “o infrator, a vítima e suas comunidades de suporte participaram da construção da sentença, conseguiram alcançar um grau mais alto de compreensão de suas circunstâncias e efeitos e, talvez, uma satisfação maior em seus contatos com o sistema de justiça criminal” – o que se compraz com o princípio da proteção suficiente (segurança) e da proporcionalidade, não abandonados pela justiça restaurativa, segundo Morris.⁸⁷

Apesar da prisão ser bastante criticada como medida resultante de um processo restaurativo – e até inadmitida enquanto resultado restaurativo, como vimos no item 4.3., II – , Morris ressalta a importância da comunicação (entre vítima, infrator e comunidade de relação) em crimes graves como caminho à responsabilidade ativa e à reparação, caminho este “mais efetivo do que o simples aprisionamento”.⁸⁸

Passemos às principais modalidades de práticas de justiça restaurativa, com exemplificação⁸⁹ do modo de desenvolvimento em alguns países.

⁸⁶MORRIS, A. *Criticando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa*, pp.442 e 461, nota de rodapé n.15. Cita o exemplo dos projetos-piloto da Nova Zelândia, referente a programas de adultos, onde há expectativa de sentenças que contenham “penas de normal gravidade, inclusive de prisão”; contudo, não avança no esclarecimento de maiores detalhes. Presumimos que a referência seja a círculos de determinação de pena.

⁸⁷ Ibid., p.442.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Limitamos nosso estudo à exemplificação de algumas experiências ao longo do exame de cada modalidade, visando tão-somente facilitar a compreensão do leitor, esclarecendo, desde já, que um

4.4.1

Mediação penal.

A mediação penal consiste no encontro entre vítima e infrator, de modo voluntário, para o debate em torno da situação gerada pelo crime, com a participação de um mediador, visando à busca da solução que considere os pontos de vista de ambos: a) de um lado, a possibilidade do infrator de expressar seus motivos e assumir sua responsabilidade pelos efeitos produzidos a si mesmo e ao outro (vítima e comunidade), com base na avaliação do impacto humano, social e/ou material de sua ação⁹⁰; b) de outro, a oportunidade à vítima de expressar as conseqüências vivenciadas pela infração, em seu aspecto global (material, psicológico e social), e seus anseios de reparação, sem desconsiderar o ponto de vista alheio – que em certa medida, conforme a situação, poderá contribuir para uma melhor compreensão da situação vivida e para a desvitimização. A proposta é buscar em conjunto a melhor forma de solucionar o conflito e de reparar os danos, a partir da expressão das percepções e vontades diversas, a serem reciprocamente consideradas por cada um dos envolvidos.

A mediação penal pode ser direta ou indireta.⁹¹ Em algumas experiências, não se desenvolve face à face entre autor e vítima, mas através de outra pessoa que simbolize qualquer das partes, seja pela recusa ou impossibilidade da presença ou por motivos de segurança.⁹²

Pode ser utilizada em diferentes fases, em qualquer dos pontos de entrada, como uma forma de afastamento ou sobrestamento do próprio processo penal – condicionando a extinção da punibilidade ao cumprimento do acordo estabelecido entre as partes –, ou depois de admitida em juízo a responsabilidade pelo réu, e mesmo após a condenação, conforme o sistema judiciário que a adote. Os encaminhamentos dos casos ao processo de mediação penal variam nas diferentes

estudo comparado extrapola o âmbito de nossos objetivos. Para um exame mais aprofundado das experiências comparadas, reportamos o leitor às seguintes obras: SLAKMON, C.; VITTO, R. de; GOMES PINTO, R. (org.). *Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005 e SICA, L. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁹⁰ CARIO, R. *Justice Restorative. Principes et promesses*, p.77.

⁹¹ VAN NESS, D. W., op.cit.,p.147.

⁹² CARIO, R. op.cit.

práticas observadas, abrangendo iniciativas de Juízes, Promotores, Policiais ou mesmo por solicitação das partes envolvidas no conflito penal.

Em princípio, em matéria de mediação penal não há restrição vinculada ao tipo de crime praticado, mas a experiência demonstra a maior aplicabilidade aos pequenos delitos, como crimes contra o patrimônio cometidos sem violência à pessoa e lesões leves, sendo menos freqüente a utilização desta prática em crimes graves que envolvam violência ou grave ameaça à pessoa.

A mediação penal se desenvolve basicamente em quatro etapas:

1^a) avaliação da adequação da mediação como modalidade de resolução do conflito penal instaurado;

2^a) encontro dos protagonistas da situação de conflito com o mediador, ouvindo-se a vítima e o infrator, um de cada vez, quanto à concordância e às condições psicológicas para a participação da mediação⁹³;

3^a) encontro entre vítima e infrator, iniciado pela rerepresentação dos objetivos da mediação, sendo oportunizado a cada um dos envolvidos manifestarem os fatores de emergência do conflito e as expectativas de resolução;

4^a) assinatura do acordo pela vítima, infrator e mediador – conforme a legislação, será necessária a homologação do acordo pela autoridade competente⁹⁴.

Especial atenção deve ser dedicada à formação e capacitação do mediador, a fim de que não exerça qualquer tipo de pressão sobre as partes para um acordo. Em alguns casos, são recrutados “pares de mediadores em que cada qual compartilhe algumas características, como etnia, quer com a vítima ou com o infrator”⁹⁵.

Cabe ao mediador assumir sua função secundária de facilitador do encontro entre vítima e infrator, criar um ambiente seguro para a interação e de intervenção mínima externa. Não lhe cabe impor a um ou outro qualquer caminho ou mesmo a composição, mas atuar tão-somente no sentido de facilitar a expressão de cada envolvido no conflito, evitando a criação de situação de eloqüência ou de silêncio de qualquer deles. Em alguns casos na Inglaterra,

⁹³ Ibid. Recomenda-se primeiramente o encontro da vítima com o mediador, para que eventual negativa de participação do infrator não resulte em uma vitimização secundária.

⁹⁴ Pela recente lei regulamentadora da mediação penal em Portugal, a homologação do acordo de mediação é feita pelo Ministério Público.

⁹⁵ FROESTAD, J e SHEARING, C. *Prática da Justiça – O Modelo Zwelthemba de Resolução de Conflitos*, p.82.

vítimas revelaram sentirem-se pressionadas a participarem da mediação e, em outras situações, inconformadas com a exigência de repetição de suas emoções para influenciar o autor do crime, de modo que, na década de 80, evidenciou-se um movimento crítico dos programas de mediação penal inglesa, considerados predominantemente orientados aos infratores, o que ensejou sua reformulação em busca do equilíbrio entre as partes.⁹⁶

Os programas de mediação remontam à década de 70 nos Estados Unidos e no Canadá, com os *Victim-Offender Reconciliation Programs (VORP)*, que mais tarde se desenvolveram na Europa como *Victim-Offender Mediation (VOM)*. O programa de reconciliação entre vítima e ofensor foi utilizado no Canadá pela primeira vez pela Comunidade Mennonite de Kitchener, Ontário, em 1974, como referimos no capítulo 2 deste estudo. Atualmente, no Canadá, na Bélgica, nos EUA e na Europa, por exemplo, há vários programas de mediação penal, dentre eles aqueles que se desenvolvem após o início da ação penal, mesmo durante prisão provisória, ou após a emissão da sentença e em fase de execução de pena privativa de liberdade. Já na Inglaterra, a maioria dos casos de mediação se concentra antes da sentença final e utiliza a “mediação indireta”, através de interposta pessoa (“mensageiro”/”*go-between*”), evitando o encontro face à face entre vítima e infrator, e em casos de pequena gravidade.⁹⁷

Na França, por exemplo, segundo Bonafé-Schmitt, a justiça restaurativa tem pouca repercussão entre os pesquisadores ou operadores do direito e se limita às práticas de mediação penal na forma de mediação-reparação, como condição de arquivamento, aplicada pelos delegados do Procurador da República ou por mediadores do Procurador da República (*delegués du Procureur de la République* ou *médiateurs du Procureur de la République*), ou na forma de medida de “lembrete à lei” (“*rappel à loi*”), nas chamadas Casas de Justiça e de Direito (“*Maisons de Justice et du Droit*”).⁹⁸

Os casos submetidos à mediação penal são predominantemente de pequena ou média gravidade, permanecendo os crimes graves sob a tutela do processo penal tradicionalmente institucionalizado. O procurador, diante de uma notícia-

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Cf. FROESTAD, J e SHEARING, C. *Prática da Justiça – O Modelo Zwelthemba de Resolução de Conflitos*.

⁹⁸ BONAFÉ-SCHMITT, J.-P. Justice réparatrice et médiation pénale: vers de nouveaux modèles de régulation sociale? In: In: JACCOUD, M.(Dir.). *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?* Paris: Ed. L’Harmattan, Coll. Sciences Criminelles, 2003.

crime, pode conduzir o caso à Casa de Justiça e do Direito e aplicar as seguintes medidas alternativas à persecução: lembrança à lei (*rappel à loi*); arquivamento sob condição (*classement sous condition*); composição ou mediação penal. Realizado o acordo, procederá ao arquivamento e, em caso de impossibilidade de acordo, terá lugar a persecução penal.⁹⁹

As práticas restaurativas foram introduzidas no cenário francês (essencialmente a mediação) na década de 80, por influência de experiências norte-americanas, através de iniciativas estimuladas por magistrados, no interesse da pacificação de conflitos. Enquadrada basicamente no modelo sócio-judiciário¹⁰⁰, a mediação penal apresentou maior desenvolvimento após sua inclusão no ordenamento jurídico francês, pela Lei nº 93-2, de 04 de janeiro de 1993, que a consagrou no Código de Processo Penal como alternativa à persecução penal a ser proposta pelo Ministério Público e que atribui relevância à vítima enquanto participante do processo, “como um dos principais elementos da justiça restaurativa”.¹⁰¹ O Ministério Público assume a função de homologação em duplo espectro: das instâncias de mediação e dos mediadores. Em 23 de junho de 1999, nova legislação trouxe alternativas à persecução penal e a mediação passou a ser disciplinada pelos artigos 41-1, 41-2 e 41-3 do Código de Processo Penal.

Evidenciam-se diferenças de uso terminológico nos diversos países. Na França, predomina o uso da expressão “*justice réparatrice*” (*justiça reparadora*) e “*médiation pénale*” (*mediação penal*), enquanto nos EUA, por exemplo, predomina “*justice restaurative*” (*justiça restaurativa*) ou “*victime-offender médiation*” (*mediação vítima-ofensor*).¹⁰²

A mediação em matéria penal foi recomendada oficialmente em 1999, pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa (Recomendação nº R(99)19, adotada em 15 de setembro de 1999), preconizando que os governantes dos Estados-membros levem em consideração no desenvolvimento da mediação penal os

⁹⁹Site officiel de la Ville de Lyon. Disponível em http://www.lyon.fr/vdl/sections/fr/securite/maison_de_justice_et/lactivite_judiciair/?aIndex=0. Acesso em 20 de janeiro de 2008.

¹⁰⁰ FAGET, J. Les victimes e la médiation pénale. In: M. JACCOUD (Dir.). *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?* Paris: L'Harmattan. Coll. Sciences Criminelles, 2003.

¹⁰¹ MILBURN, P. La médiation pénale em France: quelle place pour les victimes? In: *Les Cahiers de la Justice. Revue d'Études de l'ENM*. Paris: Dalloz, 2006-1.

¹⁰²BONAFÉ-SCHMITT, J.-P., op.cit.

princípios enunciados no anexo à recomendação e promovam a divulgação mais ampla possível do texto.

Em seus motivos, a Recomendação nº R(99)19 destaca: a tendência crescente à adoção da mediação em matéria penal pelos Estados-membros, como uma opção flexível, compreensiva e participativa de solucionar os problemas entre as partes afetadas pelo crime (vítima, ofensor e comunidade), “*em complemento ou como alternativa ao processo penal tradicional*”; as vantagens da mediação penal em relação à vítima (reconhecendo seu interesse em ser ouvida para lidar com as conseqüências da vitimização e poder obter desculpas e reparação em um processo de comunicação com o ofensor), ao ofensor (reforço de seu senso de responsabilidade e facilitação de sua reinserção e reabilitação), à comunidade e à justiça em si (resultados mais construtivos e menos repressivos da justiça penal, pela possibilidade de conduzir à tomada de consciência do papel do indivíduo e da comunidade no tratamento dos delitos e de suas conseqüências); a necessidade de coordenar esforços de iniciativas públicas e privadas, reconhecendo a relevante contribuição potencial à mediação em matéria penal dos organismos não-governamentais e das comunidades locais; a demanda pela sistematização de práticas e de profissionais qualificados, reconhecendo a exigência de competências específicas para a mediação em matéria penal.

Como *princípios gerais da mediação em matéria penal*, são destacados pela Recomendação nº R(99)19, embora não nominados expressamente:

a) a *voluntariedade ou o consentimento livre*, que pressupõe o reconhecimento pela vítima e pelo ofensor dos fatos principais do caso submetido à mediação. Deve perdurar durante todo o processo de mediação, o que abrange a possibilidade de reconsideração do consentimento a qualquer tempo. A este princípio estão associados diretamente o direito à informação prévia (sobre os direitos de cada participante, o processo e suas conseqüências, antes da aceitação, a qual depende da plena capacidade de compreensão do funcionamento do processo) e à ausência de utilização de meios indutivos de aceitação (cf. itens II, n.1, IV, ns.10, 13 e 14 do Anexo à Recomendação);

b) a *confidencialidade* dos debates, que não podem ser utilizados posteriormente, *salvo* concordância das partes (cf. item II, n.2), recomendando-se o desenvolvimento da mediação a portas fechadas (cf. item V.3, n.29). Contudo, a Recomendação ressalva que o princípio da confidencialidade não alcança o

conhecimento da iminência de infração grave da qual tenha o mediador conhecimento, devendo este comunicar o fato às autoridades competentes (cf. item V.3, n.30);

c) a *disponibilidade do serviço* de mediação penal, no sentido de acessibilidade em geral (cf. item II, n. 3);

d) a viabilidade em *qualquer etapa* do processo de justiça penal (cf. item II, n.4);

e) a *autonomia* em relação ao quadro de sistema de justiça penal. Associada ao princípio da confidencialidade, tem como consectário lógico e expresso na recomendação a vedação à utilização da participação no processo de mediação como forma de admissão de culpabilidade em eventuais processos judiciais posteriores (cf. itens II, n.5 e n. 2, IV, n.14), bem como a omissão do mediador quanto a impressões pessoais sobre os participantes e ao teor das sessões no momento de informar às autoridades judiciais sobre as medidas adotadas e o resultado da mediação. Os serviços de mediação devem ser dotados de autonomia suficiente para o desempenho de suas funções, o que exige o desenvolvimento de normas de competência e de regras éticas bem como de processos de seleção, de formação e de capacidade de apreciação dos mediadores (cf. item V.1, n.20);

f) *razoabilidade e proporcionalidade* dos acordos concluídos voluntariamente pelos participantes (cf. item V.4, n.31).

No âmbito normativo, o Conselho da Europa recomenda a regulamentação das diretrizes (linhas orientadoras) do recurso à mediação – em particular das condições de encaminhamento de casos e do tratamento posterior à mediação –, bem como das *garantias processuais fundamentais* (particularmente, o direito à assistência jurídica e à tradução/interpretação, quando necessário, e à assistência dos pais aos menores), destacando que a legislação deverá facilitar a mediação em matéria penal – cujos *standards*, por sua vez, devem ser reconhecidos. Recomenda, ainda, especificamente quanto às relações entre justiça penal e mediação, a *exclusividade das autoridades judiciais na tomada de decisão para o envio de um caso* ao processo de mediação penal e a *subordinação dos serviços de mediação a um órgão competente*: as autoridades judiciais deverão ser informadas sobre o estado do processo de mediação, cuja coordenação deve ser harmoniosa, por um período de tempo razoável.

Nessa perspectiva, deve ser preservada a autonomia necessária e suficiente ao desenvolvimento do processo por *normas de competência, de seleção e preparação de mediadores*, com a previsão de requisitos mínimos de qualificação, formação e desenvolvimento de suas funções, o que compreende: a seleção de mediadores entre os diversos setores da sociedade, com uma compreensão geral das culturas e das comunidades locais; pessoas dotadas de habilidades relacionais necessárias à função de mediação; curso de formação anterior e durante o desenvolvimento do processo, priorizando a habilidade específica para lidar com vítimas e ofensores e o desenvolvimento da competência de mediação em matéria de resolução de conflitos.

Dentre os *requisitos essenciais* ao desempenho da *função de mediador*, são destacados pela Recomendação nº R(99)19: conhecimento do caso a ser mediado, através de informação documentada fornecida pelas autoridades judiciárias competentes; imparcialidade no exercício da mediação, primando pela observância à dignidade das partes do processo, em suas necessidades e vontades, e pelo respeito mútuo; sensibilidade suficiente à percepção da vulnerabilidade das partes e à manutenção de um ambiente equilibrado e propício à mediação, de forma eficiente, mas respeitando simultaneamente o ritmo dos participantes.

A recomendação contempla a possibilidade de *retorno do caso às autoridades do sistema judiciário na hipótese de ausência de acordo* entre as partes (seja por falta de aceitação ou por não cumprimento de eventual acordo), enfatizando a necessidade de celeridade no processo a ser adotado a seguir (cf. item IV, n.18).

A manutenção da interação entre as autoridades judiciárias e os serviços de mediação, através de consultas regulares, com vistas ao desenvolvimento de uma compreensão mútua, e a promoção de pesquisas em matéria de mediação penal e da avaliação dos programas pelos Estados-membros são recomendações expressas para a expansão e o desenvolvimento desta prática (cf. item VI, ns. 33 e 34).

A Decisão-Quadro nº 2001/220/JAI, do Conselho da União Européia, de 15 de março de 2001, que dispõe sobre o estatuto da vítima no processo penal, estabeleceu diretrizes à implementação da mediação nos processos penais e a necessidade de que os Estados-membros garantam a efetivação dos acordos entre vítima e autor da infração (art. 10), bem como que sejam postas em vigor disposições legislativas, regulamentares e administrativas para dar cumprimento a

esta implementação antes de 26 de março de 2006 (art. 17).¹⁰³ Segundo Pallamolla, as diretrizes estabelecidas no artigo 10 da Decisão-Quadro para a mediação penal, indicam-na “não como alternativa ao processo penal, mas como complemento”.¹⁰⁴

Em Portugal, a Lei n° 21, de 12 de junho de 2007¹⁰⁵, criou o regime de mediação em processo penal, regulamentando o artigo 10 da Decisão-Quadro n° 2001/220/JAI, do Conselho da Europa, de 15 de março de 2001.

Prevê a aplicação da mediação em processo penal nos Julgados de Paz¹⁰⁶ nas circunscrições designadas pelo Ministério da Justiça, com monitoramento e avaliação constantes das práticas por um período experimental de 2 (dois) anos, após o qual a extensão a outros locais do país dependerá de Portaria do Ministro da Justiça.

Quanto às infrações, a mediação é aplicável a crimes de pequena e média gravidade e é vedada aos seguintes crimes: com pena privativa de liberdade cominada superior a 5 (cinco) anos; contra a liberdade e a autodeterminação sexual; de peculato, corrupção ou tráfico de influência; em que a vítima seja menor de 16 (dezesesseis) anos; em que seja aplicado o processo sumário ou sumaríssimo.

O *processo de mediação penal*, nos termos da lei portuguesa, deve ser cuidadosamente desenvolvido, sob acompanhamento indireto do Ministério Público. A seleção do caso para encaminhamento ao processo de mediação pode decorrer de iniciativa do Ministério Público ou de solicitação dos envolvidos (vítima e autor), independentemente dos requisitos do artigo mencionado (art. 3°). Encaminhado o caso à mediação, são notificados autor e vítima e estabelecido o primeiro contato com o mediador, o qual deverá: informar a ambos sobre seus direitos e deveres, as regras, a natureza e a finalidade da mediação; verificar se

¹⁰³ “Art. 10. *Mediação penal no quadro do processo penal. 1. Cada Estado-membro procurará promover a mediação nas causas penais para as infrações que julgue apropriadas a esta forma de medida. 2. Cada Estado-membro velará para que todo acordo entre a vítima e o autor da infração através da mediação nas causas penais possa ser considerado*”. In: CARIO, R. *Victimologie. de l’effraction du lien instersubjectif à la restauration sociale. Les textes essentiels*. Paris: L’Harmattan, Coll. Traité de Sciences Criminelles, Vol. 2, 2002.

¹⁰⁴ PALLAMOLLA, R. da P. *Justiça Restaurativa: Aproximações ao Caso Espanhol e à Realidade Brasileira*. In: BITTENCOURT, C.R. (org.). *Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.648.

¹⁰⁵ Disponível em: <<http://www.gemme.eu/spip.php?article196>>. Acesso em: 10 mai 2008.

¹⁰⁶ Cf. Lei n° 78/2001, de 13 de julho, sobre a organização, competência e funcionamento dos Julgados de Paz em Portugal, publicada no DR, 1ª série A, n° 161, p.4267 e seguintes, de 13 de junho de 2001. Disponível em <http://dre.pt/>. Acesso em 18 de outubro de 2007.

ambos reúnem as condições de participação da mediação e obter seus consentimentos por escrito, em termo onde constem as regras da mediação.

Na hipótese de impossibilidade de desenvolvimento do processo de mediação, seja por ausência de consentimento do autor ou da vítima (obstando o início do processo ou por revogação do consentimento) ou por constatação de que qualquer das partes não reúne as condições para a participação, será o Ministério Público informado pelo mediador e terá prosseguimento o processo penal (art. 3º, n.6 e art. 4º, n.2). O mesmo ocorre se iniciado o processo de mediação e dele não resultar acordo.

Firmado o termo, tem início o processo de mediação penal propriamente dito (art. 3º, n.5), isento de custas, conduzido pelo mediador através de sessões, por um período máximo de 3 (três) meses (contados da remessa do caso à mediação), prorrogável por até 2 (dois) meses, por solicitação do mediador ao Ministério Público, caso verifique forte probabilidade de alcance de acordo. Nas sessões, o comparecimento pessoal é obrigatório, sendo facultada a participação de advogado ou de advogado estagiário, conforme a vontade dos participantes.

O *conteúdo do acordo* encontra limites legais expressos. Embora vigore o princípio da liberdade de acordo entre os participantes, a Lei nº 21/2007 ressalva expressamente a impossibilidade de inclusão de sanções privativas de liberdade ou de deveres que ofendam a dignidade do autor ou que excedam a 6 (seis) meses de cumprimento.

Findo o processo de mediação, o resultado é comunicado ao Ministério Público, o qual homologará o acordo desde que não contenha qualquer das vedações legais. Na hipótese contrária, será o processo reenviado pelo Ministério Público ao mediador, pelo prazo de 30 (trinta) dias, para que os participantes o regularizem, afastando eventual medida privativa de liberdade, que ofenda a dignidade do autor ou exceda a seis meses de cumprimento.

Quanto aos *efeitos do processo de mediação*, é causa suspensiva do processo penal regular e da prescrição, segundo disposição legal expressa (art. 7º). Quanto ao acordo homologado pelo Ministério Público, prevê a lei portuguesa que acarretará a desistência da queixa e a não oposição por parte do autor. Contudo, o não cumprimento do acordo no prazo estabelecido possibilita a renovação da queixa no prazo de um mês, cabendo ao Ministério Público verificar o efetivo descumprimento – com o auxílio dos serviços de reinserção social, órgãos da

polícia ou outros administrativos – e, uma vez comprovado, reabrir o inquérito (art. 5º, ns. 4 e 5, art. 6º, n.3).

Destaque especial é reservado à *função e seleção do mediador*.² Nos termos da Lei nº 21/2007, é pessoa designada pelo Ministério Público dentre aqueles que integram a lista de mediadores penais disponível na página oficial do Ministério da Justiça, os quais devem preencher os seguintes *requisitos* para integrarem a lista: pleno gozo dos direitos civis e políticos; idoneidade; idade superior a 25 (vinte e cinco) anos; domínio da língua portuguesa; licenciatura ou experiência profissional adequada; ausência de condenação definitiva por crime doloso (art. 3º, n.1, arts. 11 e 12). Exerce função remunerada, segundo tabela fixada, com verbas orçamentárias do organismo do Ministério da Justiça responsável pela promoção dos meios de resolução alternativa de litígios (art. 13). Deve observar os deveres de *imparcialidade, independência, confidencialidade e diligência*, tanto assim que a lei impõe ao mediador a recusa ou interrupção do processo, devidamente motivada, na hipótese de evidenciar razões legais, éticas ou deontológicas que maculem sua imparcialidade ou independência. Neste caso, deverá declarar os motivos ao Ministério Público para que possa ser efetivada a substituição, prevendo a lei, como motivo bastante à substituição, a inserção comunitária ou ambiente cultural dos participantes que indiquem a melhor adequação de outro mediador para a condução do processo (ar. 10, ns. 1 e 2, art. 3º, n.4).

Na Argentina, Parker destaca a implementação, em 1998, de um Projeto Alternativo de Resolução de Conflitos (em parceria da Universidade de Buenos Aires com o Ministério da Justiça), apresentando três métodos: I. *Mediação penal* – iniciativa de vítima ou réu; baixo nível de conflito; maior igualdade entre as partes; figura do mediador; predisposição ao diálogo; abertura a acordo; II. *Conciliação* – maior autoridade do mediador para a exposição dos aspectos do conflito e sugestão de solução; cabível em desigualdades sociais aparentes, baixa predisposição ao diálogo; ou mais de um envolvido de cada lado; III. *ECM (encontro de conciliação com moderador)* – reunião de conciliação mediada – intermediário entre sistemas alternativos e formais (três conselheiros), quando vítima e infrator não concordam com os fatos do caso.¹⁰⁷

¹⁰⁷ PARKER, L.Lynette. *Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma?*

No âmbito normativo argentino, a Lei nº 4.989/2001, em Chaco, disciplinou a mediação penal como método de resolução de conflitos, mas na prática não se desenvolveu, em razão de resistências variadas. Em 2005, em Rio Negro, a Lei nº 3.987 instituiu a mediação penal e, em Buenos Aires, a Lei nº 13.433/2006 instituiu a *Resolução Alternativa de Conflitos Penais*, disciplinando a aplicação da mediação em matéria penal, como produto de sete anos de estudos e “trabalhos concretos em oficinas do Ministério Público”, porém na prática encontra resistência de setores da magistratura, segundo Nordenstahl.¹⁰⁸

Na Colômbia, destaca-se, após a introdução legal da mediação penal em 1990, a inclusão da *justiça restaurativa* no artigo 250 da *Constituição/1991*, através da *Emenda Constitucional de 2002*, e nos artigos 518 e seguintes do *Código de Processo Penal*¹⁰⁹.

4.4.2

Conferências Restaurativas.¹¹⁰

As conferências restaurativas apresentam objetivos semelhantes aos da mediação, mas em escala mais abrangente, integrando maior número de participantes em torno da vítima, do infrator e de um facilitador, incluindo familiares, amigos e instituições da comunidade (judiciárias, sociais e políticas), por seus representantes, dentre outros interessados na solução do conflito.

Em geral, desenvolvem-se em três etapas sucessivas, acompanhadas pelo facilitador quanto ao controle da legalidade e das condições estáveis e seguras ao debate:

¹⁰⁸NORDENSTAHL, V.C.E. *Mediación em un caso de homicidio culposo*. Disponível em: <<http://www.justiciarestaurativa.org/news/uej%20christian.pdf>>. Acesso em: 18 mai 2008. O autor coordenou durante quase dez anos o Centro de Assistência às Vítimas e o Centro de Mediação Penal do Ministério Público do Departamento Judicial de San Martín, Província de Buenos Aires, além de ter participado da redação da Lei de Mediação Penal Argentina (Lei nº 11.433, sancionada em 21/12/2005 e promulgada em 09/01/2006).

¹⁰⁹“§1º-Para zelar pela proteção das vítimas, membros do júri, testemunhas e outros participantes em um julgamento criminal, a lei fixará as condições nas quais as vítimas poderão intervir no julgamento criminal e os mecanismos de *justiça restaurativa*”.

¹¹⁰ Também conhecidas como *Conférences du groupe familial*, *Family group conferences*, *Young offender act* (Austrália), *Restorative conference* (EUA), *Forum de justice communautaire* (Canadá), *Young offender team* (Reino Unido). Cf. CARIO, R. *Justice Restaurative. Principes et Promesses*.

1ª) preparação da conferência pelo facilitador¹¹¹, que compreende o estudo dos fatos, o encontro com os envolvidos – para apreender suas manifestações sobre a situação de conflito e esclarecer os objetivos da conferência;

2ª) início propriamente dito da conferência, com a manifestação inicial do infrator e da vítima sobre as experiências e sentimentos vivenciados na situação de conflito, seguida da manifestação dos demais integrantes da conferência;

3ª) retirada do infrator e de seus familiares para local reservado, de onde deverão retornar com uma proposta de reparação à vítima e seus familiares/demais atingidos pelo conflito, reiniciando-se o debate até a obtenção de uma solução conjunta.

Em comparação com a mediação entre vítima e infrator, o facilitador de uma conferência restaurativa tem um papel um pouco mais ativo no sentido de um espectro mais amplo de funções na organização dos debates e de uma proposta mais dirigida à busca coordenada de solução.¹¹²

Inspiradas nas práticas dos povos aborígenes da Nova Zelândia (os Maori), quanto às infrações praticadas pelos menores – em razão da força dos laços familiares –, foram reintroduzidas na década de 80 e integradas à legislação penal da Nova Zelândia em 1989, no âmbito da justiça juvenil.

O movimento da justiça restaurativa na Nova Zelândia, tido como um dos pioneiros, foi impulsionado pela comunidade Maori em razão da insatisfação com o modo de tratamento dos conflitos envolvendo seus jovens, que recebiam sanções antes de serem devolvidos às famílias e às vezes eram recolhidos a instituições punitivas, sem consideração da possibilidade de influências ressocializadoras (reabilitação e reintegração) das famílias Maori (*whanau*) e dos grupos tribais (*hapu*).

Entendiam os Maori pela imprescindibilidade do apoio familiar para o desenvolvimento da singularidade do sujeito, em sua auto-estima¹¹³, de modo que, a partir das práticas dos *whanau*, em 1986 elaborou-se o Relatório Puau-te-Atutu (*Puau-te-Atutu*) – resultante de um longo processo de consultoria –, que desencadeou o movimento de elaboração legislativa envolvendo tais práticas,

¹¹¹ Também denominado mediador ou animador. CARIO, R. *Justice Restorative. Principes et Promesses*.

¹¹² FROESTAD, J e SHEARING, C. *Prática da Justiça – O Modelo Zwelthemba de Resolução de Conflitos*.

¹¹³ No mesmo sentido orienta-se a teoria psicológica desenvolvida por Winnicott.

primeiramente voltadas para a resolução de conflitos entre jovens. A primeira lei a contemplar a necessidade de encaminhamento dos jovens a encontros restaurativos com suas famílias (*family group conferences*) foi a *Lei das Crianças, Jovens e suas Famílias*, de 1989 (*Children, Young Persons, and Their Families Act 1989*).

Quanto à justiça restaurativa envolvendo adultos, desenvolveu-se a partir destas primeiras práticas com jovens e também na modalidade de grupos familiares (*family group conferences*), através de experiências esparsas, iniciadas na década de 90 – com voluntários da comunidade funcionando como facilitadores. Tais práticas foram pouco a pouco se consolidando. A partir da criação de um grupo comunitário de justiça restaurativa em 1995¹¹⁴ -- incentivado por juízes e advogados favoráveis à tentativa de implantação e integrado por diversos atores da comunidade (advogados, profissionais da saúde, educação, religiosos etc.) – , elaborou-se, em 2000, um Manual Prático de Justiça Restaurativa da Nova Zelândia (*New Zealand Restorative Justice Practice Manual*)¹¹⁵ e em 2001, o governo neozelandês, através do Ministério da Justiça, implantou programas-piloto em quatro¹¹⁶ varas distintas do país, na mesma diretriz das experiências restaurativas com adultos até aquele momento desenvolvidas. Waitakere, Auckland City, Hamilton, e Dunedin foram os locais escolhidos pelo Ministério da Justiça da Nova Zelândia para o desenvolvimento dos programas-piloto.

Em sua implantação, a justiça restaurativa no âmbito dos adultos diferiu do movimento pioneiro relativo aos jovens, especialmente quanto ao papel da vítima. Enquanto na justiça restaurativa de adultos a presença da vítima era primordial, nos grupos familiares envolvendo jovens infratores havia a obrigatoriedade de participação destes independentemente da presença da vítima. A reunião restaurativa tem sido experimentada em casos de crimes graves na Nova Zelândia, como roubo qualificado e outros com penas máximas de sete anos.¹¹⁷

¹¹⁴ O primeiro grupo comunitário restaurativo envolvendo adultos na Nova Zelândia foi o *Te Oritenga*. Cf. MARSHALL, C; BOYACK, J.; BOWEN, H. *Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática. Uma abordagem Baseada em Valores*.

¹¹⁵ Este Manual, elaborado pelo grupo *Restorative Justice Trust*, continha os dados fundamentais relativos às conferências restaurativas entre adultos e, com o patrocínio da iniciativa privada, foi experimentado por seis meses através de um projeto-piloto em uma das Varas de Auckland.

¹¹⁶ Waitakere, Auckland City, Hamilton, e Dunedin foram os locais escolhidos pelo Ministério da Justiça da Nova Zelândia para o desenvolvimento dos programas-piloto.

¹¹⁷ MORRIS, A. *Criticando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa*.

O curso dos projetos-piloto foi acompanhado por inovações legislativas, as quais dispuseram de modo expreso sobre a justiça restaurativa e o papel das instituições estatais como incentivadores e facilitadoras de seu desenvolvimento, destacando-se a *Lei das Sentenças (Sentencing Act 2002)*, a *Lei da Liberdade Condicional (Parole Act 2002)* e a *Lei dos Direitos das Vítimas (Victims' Rights Act 2002)*.

Estas três leis foram o marco do reconhecimento jurídico dos processos de justiça restaurativa no sistema formal de justiça criminal. Juntas, propiciam melhor reconhecimento e legitimidade aos processos de justiça restaurativa, incentivam, sempre que adequado, o uso dos processos de justiça restaurativa e permitem que os processos de justiça restaurativa sejam levados em consideração na sentença e na liberdade condicional dos ofensores, onde ocorreram estes processos¹¹⁸.

Com base nas práticas inaugurais da justiça restaurativa, pode-se reafirmar a inexistência de um modelo específico, havendo diferentes formas de aplicação e em diferentes fases do sistema de justiça penal, sendo, porém, a conferência restaurativa antes da sentença a forma mais usual na Nova Zelândia.

Na Austrália e no Canadá, as reuniões restaurativas têm suas origens igualmente associadas às práticas de solução de conflitos indígenas.¹¹⁹ Na Austrália, o modelo *Wagga Wagga*, em New South Wales, abrangia casos de pequena gravidade e eram conduzidos pela polícia na forma de “advertência restaurativa”, tendo sido criticado pela extensão de poderes da polícia sobre os jovens e abolido em 1995. Contudo, em 1993 conferências restaurativas conduzidas pela polícia foram introduzidas na capital da Austrália e recepcionadas pelos EUA e pelo Reino Unido, na forma de “advertência restaurativa”.¹²⁰

Atualmente, as conferências restaurativas têm lugar na Austrália, EUA, Canadá, Reino Unido, Bélgica, dentre outros países, e envolvem não só familiares, mas todos os que têm interesse na regulação do conflito, objetivando propiciar um ambiente favorecedor de condições que contribuam para a modificação do comportamento dos sujeitos envolvidos no conflito, no sentido do

¹¹⁸ Disponível em: <<http://www.justice.govt.nz/restorative-justice/parta.html>>. Acesso em: 18 out. 2007.

¹¹⁹ FROESTAD, J e SHEARING, C. Prática da Justiça – O Modelo Zwelthemba de Resolução de Conflitos. .

¹²⁰ Ibid.

restabelecimento da harmonia social através da reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, sem se descurar do contexto específico do próprio infrator.

4.4.3

Círculos Restaurativos.

Dentre os círculos restaurativos, encontramos diferentes práticas: Círculos de Cura (*Healing Circles* ou *Cercles de Guérison*) e Círculos de Sentença ou de Determinação de Pena (*Sentencing Circles* ou *Cercles de Sentence*)¹²¹.

Os círculos têm origem nas práticas canadenses de povos nativos, que os utilizavam em relação a crimes praticados em suas comunidades. Consistem na disposição dos participantes em círculo e utilização de um instrumento denominado “peça de fala” (“*talking piece*” ou “*batôn de parole*”), que passa de mão em mão entre os integrantes, como indicativo da pessoa que fala por vez (aquela que segura o instrumento), até o encontro de uma solução para o caso. Pode ser um objeto simbólico ou um microfone.

Esta modalidade permite maior número de participantes, incluindo autor, vítima, pessoas da relação de ambos, representantes da comunidade e integrantes do sistema de justiça penal, além de advogados e de um facilitador, denominado “guardião do círculo”. Como as modalidades anteriormente examinadas, pode ser adotado em qualquer fase do sistema de justiça penal e inclui dinâmicas diversas, que variam desde a constituição dos círculos de cura para auxiliar autor e vítima na busca da reintegração e reorganização pessoal de cada qual, até os círculos de sentença ou de determinação de pena.¹²²

Certos círculos de cura funcionam independentemente dos círculos de sentença ou de determinação de pena, assim como outras práticas não comportam círculos de sentença. Deste modo, duas etapas são observadas, embora não necessariamente obrigatórias ou sucessivas, conforme o desenvolvimento em cada país:

1. Círculo de cura – cada envolvido (autor e vítima) se reúne separadamente em um círculo de cura para o debate sobre o fato e suas

¹²¹ Os círculos de determinação de pena também são denominados *Círculos de consulta*. CARIO, R. *Justice Restorative. Principes et promesses*.

¹²² PARKER, L.L. *Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma?*, p.250.

consequências, em busca do encontro da solução adequada à restauração e primordialmente da cura das seqüelas para os envolvidos, através da predominância dos valores de respeito, escuta, participação e honestidade. É considerado um processo de não “judicialização” ou de “desjudicialização”, que resulta em um “contrato”, assinado por todos os integrantes do círculo.¹²³

2. Círculo de sentença ou de determinação de pena – são expostos os fatos pelo autor, vítima e comunidade (com ou sem participação direta de um juiz), com suas características, propostas de solução em um plano global (material, psicológico, emocional, social) e o acordo negociado coletivamente é ali executado como sentença ou encaminhado à autoridade judiciária encarregada da determinação da pena, como uma recomendação¹²⁴, conforme o contexto de aplicação. Inscrevem-se em uma prática fundamentada nos “princípios do consentimento, da equidade e da legalidade entre todos os participantes, inclusive o juiz”, mas funcionam como um processo de “judicialização”.¹²⁵

Os círculos de cura integraram-se na justiça penal do Canadá na década de 80, a partir das experiências de uma comunidade aborígene de *Hollow Water*, localizada em Manitoba, e denominada *Community Holistic Circle Healing (CHCH)*. Os círculos de sentença foram introduzidos em 1978 e atualmente são amplamente utilizados em comunidades do Canadá, como em Manitoba, Colômbia Britânica, Quebec, Saskatchewan.¹²⁶ São utilizados quase que exclusivamente em crimes graves, como roubos e violências sexuais.¹²⁷

Os círculos de determinação de pena desenvolvidos no Canadá, segundo Jaccoud, são um exemplo de prática adaptada ao sistema de justiça penal que não modifica os fundamentos do direito penal.¹²⁸ A presença da vítima nestes círculos não é indispensável, na medida em que a sua recusa em participar “não interrompe de modo algum o processo”.¹²⁹ No entanto, observa a mesma autora que os círculos de sentença favorecem o engajamento entre o juiz e as comunidades, a justiça participativa, mas ao mesmo tempo não transferem os poderes à

¹²³ JACCOUD, M. Les cercles de sentence au Canada. In: *Les Cahiers de la Justice. Revue d'Études de l'ENM*. Paris: Dalloz, 2006-1.

¹²⁴ CARIO, R. *Justice Restaurative. Principes et promesses*.

¹²⁵ JACCOUD, M., op.cit., p.89.

¹²⁶ CARIO, R. *Justice Restaurative. Principes et promesses*.

¹²⁷ FROESTAD, J; SHEARING, C. *Prática da Justiça – O Modelo Zwelthemba de Resolução de Conflitos*.

¹²⁸ JACCOUD, M., op.cit., p.85.

¹²⁹ Ibid., p.88.

comunidade, revelando a “tensão entre a vontade de reforçar os poderes das comunidades e a manutenção da imposição de um sistema de justiça ocidental”. Consistem em processos de “judicialização”, de prática discricionária, que podem tanto resultar em medidas restaurativas (alternativas ao encarceramento) como em medidas punitivas, mas não caracterizam propriamente uma via alternativa, diversa do sistema judiciário principal. Daí o entendimento de Jaccoud no sentido de que não deveriam ser incluídos propriamente como “modelo de justiça restaurativa”, mas sim de “processo arbitral através do qual a consulta e a participação das pessoas afetadas pela infração *pode* ter os *efeitos* reparadores”. Ainda assim, o processo de consulta e participação favorece a democratização da justiça e mais respeito às comunidades.¹³⁰

4.4.4

Outras Formas de Justiça Restaurativa.

Sob a perspectiva *maximalista* da justiça restaurativa, é reconhecida a dimensão restaurativa de algumas medidas aplicadas extrajudicial ou judicialmente, antes ou durante o processo e mesmo após a sentença, incluindo desde obrigações propostas pelo Ministério Público e aceitas pelo autor da infração, antes do processo, até “medidas de individualização” aplicadas pelo juiz da execução ao condenado e que alcancem as vítimas, ainda que indiretamente. São as chamadas medidas com dimensão restaurativa ou sanções restaurativas. Neste sentido, convergem as idéias de Walgrave e Cario.¹³¹

As sanções restaurativas tomam por base a concepção de crime não só como violação da norma posta, mas como afetação tridimensional (autor, vítima e comunidade) a ser considerada ao longo do processo e no momento da aplicação da pena.

Os debates em torno das sanções restaurativas compreendem o universo à disposição do Poder Judiciário no momento da decisão da relação jurídico-

¹³⁰ JACCOUD, M. *Les cercles de sentence au Canadá*, p.91.

¹³¹ Robert Cario, apesar de incluir a participação de todos os afetados pelo conflito como elemento essencial à definição global de justiça restaurativa (vide item 4.2.1 supra), prevê expressamente as “sanções restaurativas” dentre “outras modalidades de justiça restaurativa”. CARIO, R. *Justice Restaurative. Principes et promesses*, pp.108-114.

processual penal. Dentre as soluções possíveis, Cario¹³² aponta a faculdade do juiz de “dispensa da pena”, em hipóteses de reparação do dano e de cessação do problema gerado pelo crime, como um movimento de sentido restaurativo, reforçador do restabelecimento do equilíbrio das relações sociais e redutor de novas estigmatizações e problematizações, quando desnecessária uma resposta externa porque, por exemplo, as próprias partes envolvidas já ultrapassaram as conseqüências do crime. Por outro lado, indica outras medidas impostas isolada ou cumulativamente com penas privativas de liberdade que estão inseridas no movimento da justiça restaurativa, tais como:

- a) trabalho de interesse geral ou serviço comunitário – tem potencialidade restaurativa, especialmente quando depende da aceitação do autor, e se direciona à “recomposição do tecido social”, seja pela assunção da responsabilidade pelo autor ao exercer função não remunerada junto a instituições da comunidade, seja pela abertura da comunidade para a reintegração progressiva do autor;
- b) multa – pode ter dimensão restaurativa se for revertida, por exemplo, total ou parcialmente para o Fundo de Auxílio às Vítimas;
- c) *sursis* com período de prova, compreendendo a reparação do dano à vítima, total ou parcialmente, na medida da capacidade do condenado;
- d) consideração da reparação do dano como elemento de redução de penas e de concessão de benefícios como progressão de regime, livramento condicional etc.

Segundo Cario, a riqueza dos dispositivos penais à disposição dos Magistrados é indiscutível, mas a aplicação de tais medidas restaurativas não tem tido a devida relevância e utilização, prevalecendo o caráter repressivo na imposição de sanções.¹³³

A título de exemplo, nas *Maisons de Justice et du Droit de Lyon*¹³⁴, além da mediação penal, operam-se outras medidas alternativas às persecuções penais, como anteriormente mencionado, as quais, na *perspectiva maximalista*, integram a nova proposta de justiça restaurativa, objetivando o restabelecimento da harmonia

¹³² Ibid., pp.108-114.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Informações obtidas no *Site officiel de la Ville de Lyon*. Disponível em: <http://www.lyon.fr/vdl/sections/fr/secureite/maison_de_justice_et/lactivite_judiciair/?aIndex=0>. Acesso em: 20 jan 2008.

social e a reintegração do infrator: lembrança à lei (*rappel à la loi*); arquivamento sob condição (*classement sous condition*); conciliação penal. O *rappel à la loi* consiste na lembrança ao autor da infração do cometimento de uma ilegalidade, objetivando a sua tomada de consciência dos riscos na hipótese de reincidência e é aplicável aos processos em que não há vítima individualizada, como porte ilegal de arma de fogo, por exemplo. A composição penal consiste na formulação pelo Procurador, ao autor de uma infração, de assunção de uma ou mais obrigações, como multa ou interdição de condução de veículo automotor, a perda em favor do Estado do produto da infração ou de um instrumento utilizado para o crime. Destina-se a certos crimes e a pessoas que praticaram um ou mais crimes e a execução da(s) medida(s) aceita(s) pelo autor depende da homologação pelo Judiciário. O *classement sous condition* é ao mesmo tempo um lembrete à lei e uma proposta de reparação que propicia o arquivamento da notícia-crime sob a condição de satisfação da medida, como a formação ou orientação na área de saúde, social ou profissional (no caso de usuário de drogas, o encaminhamento a tratamento especializado), a regularização da situação de ilegalidade, a reparação do prejuízo (como a indenização à vítima de furto, a devolução do bem subtraído) etc.¹³⁵

Os acordos resultantes de um processo restaurativo ou para a aplicação de uma medida de caráter restaurativo têm conteúdo variado, mas nem sempre incluem a participação voluntária, para os adeptos de uma perspectiva *maximalista*¹³⁶, embora esta seja tentada objetivando a plenitude de um processo restaurativo e o alcance das finalidades restaurativas propostas. Na Nova Zelândia, por exemplo, a participação de um adolescente infrator no círculo restaurativo é uma determinação cogente, independente da participação da vítima, que não está obrigada a participar – exemplo, por si só, que revela a complexidade de experiências de justiça restaurativa no cenário mundial.

A proposta primeira é de viabilizar o encontro consensual para a solução conjunta dos envolvidos quanto ao conflito que provocou conseqüências diversas para a vítima, autor e comunidade, em busca da restauração e da harmonia social. Contudo, nem sempre haverá possibilidade de desenvolvimento do processo

¹³⁵ Site officiel de la Ville de Lyon.

¹³⁶ Para os defensores da tendência *minimalista*, lembramos que não estaria caracterizada uma proposta de justiça restaurativa neste caso.

restaurativo em sua plenitude – enquanto processo participativo voluntário com finalidade restaurativa –, seja pelo desinteresse da vítima, pelo desconhecimento do sujeito diretamente atingido, pela impossibilidade ou ausência de vontade participativa de qualquer das partes. Ainda assim, devem ser buscadas as medidas com dimensão restaurativa, e não simplesmente recorrer-se a medidas punitivas que em nada contribuem para o restabelecimento dos vínculos sociais e reintegração social do indivíduo.

4.5

Processo de Recepção da Justiça Restaurativa no Brasil.

A análise do processo de recepção da justiça restaurativa no Brasil pressupõe algumas considerações preliminares sobre a justiça restaurativa e o contexto receptor mais ou menos favorecedor, conforme o sistema de direito predominante. A partir da comparação entre “os modelos restaurativos originários, de raiz anglo-saxônica, e os modelos desenvolvidos em países continentais-europeus”, Muñoz e García observam que “o traço diferenciador mais importante reside no grau de interação e articulação entre o modelo alternativo e o sistema de justiça penal”.¹³⁷

As primeiras práticas de justiça restaurativa, como vimos, são originárias dos países que adotam o sistema da *common law*, sistema este favorecedor do desenvolvimento de medidas de resolução de conflitos flexíveis, informais e fundadas na participação das comunidades locais. Com predominância do paradigma da autonomia e participação da sociedade civil, os países de *common law* concebem a criminalidade como uma problemática comunitária, cuja resolução deve ser buscada em seu interior¹³⁸, com prevalência das soluções consensuais e negociadas. Ademais, predomina considerável poder discricionário quanto às decisões no âmbito do sistema de justiça penal. Este é o caso, por exemplo, dos EUA e Canadá (pioneiros na mediação penal) ou da Nova Zelândia (pioneira nas conferências restaurativas com os povos Maori).

¹³⁷ MUÑOZ, J.-P. O.; GARCÍA, J. H.. *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal*. Disponível em: <<http://www.solomediacion.com/FitxersWeb/43330/DOCUMENTOALTERNATIVAS.pdf>>. Acesso em: 06 mai 2008.

¹³⁸ Ibid.

Nestes países, a justiça restaurativa vem sendo desenvolvida de modo amplo, através de processos restaurativos (participação voluntária), nas três modalidades de práticas já mencionadas, que ultrapassam as estruturas do sistema de justiça criminal, com ampla participação das comunidades, alcançando a vida social em geral, no âmbito social, escolar etc. Por tais razões, a justiça restaurativa “nasce e se desenvolve” em países da *common law* no seio da sociedade civil, “em condições de uma quase absoluta independência do sistema institucionalizado da justiça”.¹³⁹ Mediação, conferências restaurativas e círculos de sentença encontram-se em crescente percurso, com plena participação da vítima, autor e comunidade, funcionando como mediadores/facilitadores membros da comunidade, com mínima atuação do Estado. Este é o caso, por exemplo, dos EUA e Canadá (pioneiros na mediação penal) ou da Nova Zelândia (pioneira nas conferências restaurativas com os povos Maori).

Já em países de origem de direito romano-germânico, a tendência¹⁴⁰ é de atrelamento das práticas restaurativas ao sistema de justiça penal institucionalizado, caracterizadora de um modelo de implementação sócio-judiciário.¹⁴¹ Ao contrário do sistema da *common law*, o processo penal ocupa a posição primeira de mecanismo de solução de conflitos sociais graves e o Estado atua como “mediador providencial”, com desenvolvimento de mecanismos de aproximação entre o processo judicial e o processo restaurativo, como “catalizador de mecanismos de controle social”.¹⁴²

Daí porque, observam Muñoz e García, as práticas de justiça restaurativa em países que adotam o sistema romano-germânico, como a França, Alemanha ou Itália, gozam de certa autonomia funcional, mas seu desenvolvimento está subordinado a intenso controle e a eficácia dos acordos restaurativos se condiciona aos mecanismos institucionalizados de articulação com o sistema de justiça penal formal.¹⁴³

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Trata-se de uma tendência não absoluta, que comporta exceções, especialmente considerando-se que na contemporaneidade evidencia-se, em geral, predominância (e não exclusividade) de características de um ou outro sistema em cada país.

¹⁴¹ MUÑOZ, J.-P. O.; GARCÍA, J. H., op.cit.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

No Brasil, a adoção de práticas restaurativas é um *processo em curso*, cujas fontes são internacionais:

a) informais – experiências variadas de práticas restaurativas desenvolvidas na segunda metade do século XX em diferentes países, primariamente nos países anglo-saxônicos;

b) formais – instrumentos internacionais, destacando-se as legislações esparsas sobre reparação e proteção à vítima, nos diferentes países do Ocidente, a partir da década de 60, e, dentre as iniciativas da ONU, a partir da década de 80, mencionadas no item 2.1. deste estudo, especialmente: a *Declaração dos princípios fundamentais de justiça relativos às vítimas da criminalidade e às vítimas de abuso de poder* (Resolução nº 40-34, adotada pela Assembléia Geral da ONU, em 1985); as *Regras Mínimas das Nações Unidas para aplicação de medidas não privativas de liberdade* (Regras de Tóquio, Resolução nº 45/110, da Assembléia Geral da ONU, de 1990); os *Princípios básicos para a utilização de programas restaurativos em matérias criminais* (Resolução nº 2000/14, do ECOSOC da ONU); os *Princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal* (Resolução nº 2002/12, do ECOSOC da ONU).

Na década de 90, em que o movimento de justiça restaurativa eclodiu no cenário mundial, o sistema de justiça penal brasileiro oscilava entre movimentos de lei e ordem e minimalismo penal. A implementação de leis de severidade máxima – como a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 9.034/95) – coexistiu com a introdução de procedimentos de natureza consensual ou negociada e o desenvolvimento de medidas alternativas à pena privativa de liberdade, na esteira das Regras de Tóquio. Neste sentido, foram introduzidos os Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95), cuja criação foi prevista pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (artigo 98, I), e foi ampliado o rol e o campo de aplicação de penas restritivas de direitos, com a alteração do Código Penal introduzida pela Lei nº 9.714/98.

No âmbito da Lei nº 9.099/95, restrita às infrações de menor potencial ofensivo – com pena máxima cominada de um ano – , que sofreu reflexos ampliativos de suas disposições para aplicar-se a crimes com pena máxima cominada não superior a dois anos, pela Lei nº 10.259/01 (Lei dos Juizados

Especiais Federais), destacam-se: a) a liberdade dos acordos em sede de conciliação; b) a possibilidade, dentre outras, de prestação pecuniária em favor da vítima ou de entidade comunitária e a prestação de serviços comunitários como conteúdo de transação penal; c) a reparação do dano como condição da suspensão condicional do processo (para crimes com pena mínima cominada não superior a um ano, observados os demais requisitos legais), com a concordância do réu e de seu defensor.

Quanto às alternativas à pena de prisão introduzidas no Código Penal pela Lei nº 9.714/98, destacam-se (por contemplarem a vítima e/ou a comunidade) a prestação pecuniária em favor da vítima (ou seus dependentes), de entidade pública ou privada com destinação social e a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, para crimes dolosos com pena máxima cominada não superior a quatro anos, desde que não praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, ou para crimes culposos.

Tais instrumentos legais podem ser considerados avanços no sentido de reintrodução da vítima no sistema de justiça penal (nas óticas substantiva e procedimental) e da perspectiva reparadora.¹⁴⁴ Mais além, podem sinalizar para a abertura de caminhos a propostas de justiça restaurativa.

Considerando que no Brasil vigem os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal (subsidiariedade do princípio da oportunidade e disponibilidade), as novas disposições da Lei nº 9.099/95 consubstanciaram uma mitigação do princípio da obrigatoriedade e consolidaram a possibilidade, em sentido formal, de desenvolvimento de novas vias no sentido de uma justiça relacional, consensual ou negociada, a despeito das críticas lançadas em razão da forma de estrutura e desenvolvimento do Juizados.¹⁴⁵

Os terrenos mais propícios a iniciativas de justiça restaurativa no Brasil, diante do sistema de direito predominante, encontram-se nos Juizados da Infância e Juventude e nos Juizados Especiais Criminais.

¹⁴⁴ Já que a reforma de 1984 do Código Penal de 1940 apenas havia introduzido, no que nos interessa para este estudo, a prestação de serviços comunitários como pena substitutiva.

¹⁴⁵ Lançam-se críticas no sentido de que as novas proposições visaram exclusivamente à redução da população carcerária e ao “desafogamento” do Poder Judiciário (sob a ótica de demandas de acesso à justiça), pela incapacidade do Estado de gerir de modo satisfatório o fenômeno da criminalidade, e foram desacompanhadas de um quadro de capacitação pessoal prévia, com formação adequada para a justiça consensual.

Nos Juizados da Infância e Juventude, em razão das medidas sócio-educativas adotadas e da maior flexibilidade à atuação do Ministério Público e do Juiz, pela previsão legal do instituto da remissão (artigos 126 e 181, §1º, da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), e considerando a previsão de uma maior comunicação entre sociedade civil – incluindo a família e redes de assistência social e psicológica – e Estado, à luz dos princípios protetivos norteadores da natureza sócio-educativa da ação estatal. À remissão podem ser cumuladas medidas que apresentam uma dimensão restaurativa, como, por exemplo: encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; obrigação de reparar o dano; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; advertência; prestação de serviços à comunidade.

Nos Juizados Especiais Criminais, o terreno se mostra propício à recepção da justiça restaurativa em razão da abertura legislativa favorecedora de um procedimento mais flexível e de uma justiça consensual, ainda que bastante vinculada à estrutura do Poder Judiciário.

Segundo Sica,

“as infrações penais de menor potencial ofensivo, definidas pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01 como aquelas em que a pena máxima não ultrapasse 2 (dois) anos, oferecem um campo para o desenvolvimento inicial do novo modelo, mesmo porque, mal ou bem, já existe pré-disposição cultural para aceitar a solução consensual nesses delitos. Contudo, a previsão legal existente serviria apenas como porta de entrada para a mediação (...)”¹⁴⁶

Ao lado das infrações penais com pena máxima cominada não superior a dois anos (infrações de menor potencial ofensivo), outro espaço normativo favorecedor ao desenvolvimento de práticas restaurativas introduzido pela Lei nº 9.099/95 refere-se ao artigo 89, que previu a suspensão condicional do processo e, segundo Sica, “permite a solução consensual em crimes cuja pena mínima é de 1 (um) ano (...) e prevê a reparação do dano (art. 89, §1º, I) como condição do acordo, cujo cumprimento resulta na extinção da punibilidade”.¹⁴⁷

¹⁴⁶ SICA, L., op.cit., pp.226-7.

¹⁴⁷ Ibid., p.229.

No entanto, quanto aos demais institutos previstos na Lei dos Juizados Especiais Criminais, Sica é bastante crítico. Entende que “a transação penal e a conciliação previstas na Lei 9.099/95 não podem ser incluídas nos conceitos de justiça restaurativa e mediação, embora tenham natureza jurídica semelhante”. Segundo o autor, “ambas foram concebidas apenas para obter um resultado célere e instrumentalizadas mais como formas mitigadas de punição do que de ampliação dos espaços de consenso e de participação do jurisdicionado na administração da justiça.” A transação penal é criticada pelo autor porque, dentre outros motivos: a) “não há qualquer discussão acerca da reparação do dano e a vítima não tem direito a se manifestar durante a ‘transação’, que, em suma, é instituto que revela a total ausência de um ideal reparador (...)”; b) “a ‘proposta’ é imposta ao autor, coagido pela iminência do processo criminal”; c) “gera uma forma disfarçada de reincidência”, pois o benefício da transação não poderá ser utilizado pelo autor no período de cinco anos seguintes.¹⁴⁸

Entendemos, porém, quanto à conciliação, que nada há na legislação que aponte para a ausência de uma forma de justiça consensual viável à compreensão no âmbito da justiça restaurativa, não afastada simplesmente pela celeridade que se pretende imprimir ao processo de solução de conflito em matéria penal, através deste mecanismo de natureza pré-processual. É medida que incorpora necessariamente a vítima no processo e pode ser operacionalizada com a participação de um conciliador¹⁴⁹, além do fato de não ter restrição quanto ao seu conteúdo, pela falta de taxatividade legal. Neste sentido, pudemos observar experiências no Juizado Especial Criminal da Comarca de Nilópolis, em infração penal de menor potencial ofensivo decorrente de problemas entre vizinhos, em que o conteúdo da conciliação consistiu no estabelecimento de obrigação de não fazer, como a do autor não estacionar em frente à garagem da vítima – o que resultou de diálogo entre as partes que encontraram conjuntamente a melhor solução para o caso. Embora soluções desta espécie não sejam as mais usuais no âmbito das práticas implementadas, inexistente qualquer óbice legal e são as que mais se ajustam a um ideal de restauração das relações afetadas pelo crime.

¹⁴⁸ Ibid., p.228.

¹⁴⁹ A lei prevê a realização da conciliação por juiz ou conciliador, o que significa que não reduz o instituto à atuação do juiz e, na prática, a opção dos Juizados Especiais Criminais tem sido a utilização de conciliadores integrantes da comunidade, e não juízes, que apenas homologam os acordos.

Quanto às críticas lançadas à transação penal, entendemos que as duas primeiras não subsistem se observarmos que, dentre as várias possibilidades de medidas a serem aplicadas em sede de transação, encontram-se a prestação pecuniária em favor da vítima ou de seus dependentes e a prestação de serviços comunitários, o que aponta, no primeiro caso, necessariamente para a aferição do dano e a participação, em alguma medida, da vítima no processo. Por outro lado, os serviços comunitários apontam para uma perspectiva de reparação e de reintegração social, com a participação da comunidade que recebe o prestador¹⁵⁰. Numa perspectiva maximalista, estaríamos diante de possibilidades de desenvolvimento de uma justiça restaurativa.

Ademais, a transação penal é instituto de natureza pré-processual e, sob este aspecto, seria mais adequada a uma perspectiva restaurativa do que a própria suspensão do processo, que somente se torna viável após a instauração da relação jurídico-processual, com o recebimento da denúncia, e compreende outras condições além da reparação. Ainda de modo comparativo, se a transação penal gera o ônus ao autor de não praticar novo crime no prazo de cinco anos subsequentes (porque não teria direito a nova transação penal), por outro, a suspensão do processo gera o ônus ao réu (porque recebida a denúncia) de não praticar novo crime no prazo de dois a quatro anos subsequentes (conforme o período da suspensão acordado), porque não só não terá direito ao benefício em relação ao crime posterior como também será revogado o benefício acordado (ainda que tenha sido reparado o dano, mas pendentes as demais condições do processo). Lembramos que tanto a transação penal quanto a suspensão condicional do processo constituem direitos subjetivos do autor/réu e são institutos propostos pelo Ministério Público, de modo que se tornam frágeis as críticas acima, nos termos formulados.

A crítica referente à impossibilidade de atribuição de natureza restaurativa ao instituto em razão da “coação pela iminência do processo criminal”, pela “proposta” de transação penal, igualmente não subsiste, sob pena de alcançar, pelos mesmos fundamentos, a suspensão condicional do processo e até mesmo a

¹⁵⁰ Entendemos que eventuais desvirtuamentos da prática não têm a aptidão de afastar os aspectos positivos enquanto proposta inovadora, se operacionalizados de forma adequada.

mediação penal¹⁵¹, já que a maioria dos países que a implementam prevêem a devolução do caso para a persecução criminal regular na hipótese de ausência ou descumprimento do acordo e nada garante que, em certas hipóteses, a opção pela participação no processo restaurativo não seja motivada simplesmente pelo interesse de desviar-se do processo criminal.

Na legislação em geral, evidenciam-se ainda outros espaços normativos favorecedores de implementação da justiça restaurativa. Sica menciona o perdão judicial (art. 120 do Código Penal, nas hipóteses de homicídio culposo e lesão corporal culposa – artigos 121, § 5º e 129, §8º -- e de delação premiada), como “desvio lógico do magistério punitivo”, e dispositivos de crimes contra a ordem econômica (Lei nº 8.137/90 c/c Lei nº 8.884/94) – como solução consensual, mas não mediação penal –, e contra o meio ambiente (Lei nº 9.605/98), sinalizando para a possibilidade de mediação, neste último caso, entre “ofensor, Ministério Público, órgãos ambientais e entidades não-governamentais (comunidade) interessadas e habilitadas”, em busca da solução mais adequada para as consequências do dano ambiental.¹⁵²

Numa perspectiva maximalista, outros dispositivos do Código Penal que contemplam uma dimensão restaurativa e relacional, seriam considerados como integrantes do movimento de justiça restaurativa, como, por exemplo: a reparação do dano como causa de extinção da punibilidade ou de isenção de pena no crime de peculato culposo (art. 312, §3º, CP); as sanções de serviços comunitários e prestação pecuniária em favor da vítima; a reparação do dano (pagamento de contribuições em crimes previdenciários) como causa de extinção da punibilidade antes do início da ação fiscal, ou causa de isenção de pena ou aplicação somente de multa, quando depois do início da ação fiscal e antes da denúncia (artigos 168-A, §§2º e 3º, I, CP); perdão aceito e renúncia à queixa como causas de extinção da punibilidade (art. 107, V, CP).

Nesse processo histórico de abertura a vias e medidas alternativas na realidade brasileira, a justiça restaurativa teve seu marco mais expressivo – voltado para a inserção de processos participativos para a solução de conflitos em matéria penal – com a implantação de três projetos-piloto, em 2004, por iniciativa

¹⁵¹ Em sentido contrário: PRADO, G. Justiça Penal Consensual. In: WUNDERLICH, A. et al. *Diálogos sobre a Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹⁵² SICA, L., *opcit.*, p.230.

do Ministério da Justiça em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD: a) em Brasília, no Juizado Especial do Núcleo Bandeirantes; b) em Porto Alegre/RS, na 3ª Vara da Infância e Juventude, com competência para a aplicação de medidas sócio-educativas (área infracional); c) em São Paulo, na 3ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Caetano do Sul.

Os projetos são coordenados por membros do Poder Judiciário, com a colaboração da sociedade civil, com a predominância do desenvolvimento de círculos restaurativos/encontros restaurativos para a solução de conflitos em matéria penal/infracional. No âmbito dos Juizados da Infância e Juventude, se desenvolvem através de parceria entre a Secretaria de Educação e o Poder Judiciário, com a predominância da prática de círculos restaurativos/encontros restaurativos para a solução de conflitos em matéria penal/infracional. Em São Caetano do Sul, os projetos tiveram início em três escolas públicas e ampliaram-se para as demais. Contam com a participação de psicólogos, assistentes sociais, alunos, familiares, e outras pessoas afetadas, conforme o caso.

Tais projetos começaram a ser desenvolvidos em outras regiões, como Heliópolis/SP e Guarulhos/SP (parceria entre Justiça e Educação), Recife e Campinas.¹⁵³ Em Recife, em abril de 2006, por iniciativa conjunta da Secretaria de Direitos Humanos do Estado de Pernambuco, I Juizado Especial Criminal do Recife, Ministério Público Estadual, Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco, implementou-se um projeto-piloto de justiça restaurativa. Contudo, segundo o coordenador do projeto, a “ausência de legislação que efetivamente introduza essas práticas no âmbito do processo penal tem acarretado insegurança e instabilidade à experiência em apreço que, em função de mudança de governo, encontra-se suspensa”.¹⁵⁴

Apesar da suspensão do projeto, Vasconcelos tece considerações positivas acerca da receptividade das práticas restaurativas desenvolvidas:

É impressionante como as pessoas, em sua imensa maioria de baixa renda – pois o sistema dos juizados especiais criminais parece ser destinado a esse estamento social – são carentes de escuta e reconhecimento. A simples abordagem

¹⁵³ Informações disponibilizadas aos participantes do I Curso de Extensão Universitária sobre Justiça Restaurativa, da Escola Paulista da Magistratura, através de *power point*, coordenado pelos juizes Dr. Egberto de Almeida Penido e Dr. Eduardo Rezende Melo.

¹⁵⁴ VASCONCELOS, C. E. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p.136.

restaurativa em ambiente propício e adequadamente mediado faz despertar toda uma condição de diálogo e compartilhamento de emoções e afeições com poderoso efeito restaurativo. Noventa por cento dos conflitos têm sido transformados restaurativamente em menos de uma hora de sessão.

A complexidade está, basicamente, no nível de aptidão do mediador para lidar com as diferenças.¹⁵⁵

A partir da iniciativa dos projetos-piloto financiados pelo PNUD, em parceria com o Ministério da Justiça no Brasil, o movimento de experimentação de práticas restaurativas, de divulgação, debates e pesquisas sobre o tema, embora ainda de modo reduzido diante da dimensão do país, segue expansivamente. Em 2005, foi realizado o *I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa*, na cidade de Araçatuba, em São Paulo (que resultou na Carta de Araçatuba sobre justiça restaurativa); em 2005, foi elaborada a Declaração de Costa Rica sobre Justiça Restaurativa para a América Latina¹⁵⁶; em 2006, a partir do *II Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa*, elaborou-se a Carta do Recife sobre Justiça Restaurativa¹⁵⁷; em 2007, realizou-se o *III Simpósio sobre Justiça Restaurativa*, no Centro de Convenções de Pernambuco.

Na Escola Paulista da Magistratura, desenvolveu-se o I Curso de Extensão Universitária sobre Justiça Restaurativa, de 31 de maio a 30 de junho de 2008, sob a coordenação de dois dos juízes responsáveis pela implementação de projetos-piloto no Brasil, Dr. Egberto de Almeida Penido e Dr. Eduardo Rezende Melo.

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, através da Portaria nº 45/2007, de 17 de dezembro de 2007, instalou o Fórum Permanente sobre Práticas Restaurativas e Mediação Penal, constituído, em seu núcleo básico, por cinco Juízes, uma Promotora de Justiça, duas Advogadas e uma Médica. Em 2007 e 2008, iniciou debates sobre o tema, a partir da realização de palestras com autoridades que vem desenvolvendo programas ou experiências de justiça restaurativa no sistema judiciário nacional e internacional, dentre outros, com o Dr. Adolfo Ceretti (“Justiça Restaurativa e Medidas sócio-educativas”/2007 –

¹⁵⁵ Ibid., p. 135.

¹⁵⁶ Resultante do Seminário “Construindo a Justiça Restaurativa na América Latina”, desenvolvido pelo Instituto Latinoamericano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinqüente/Comunidade Carcerária, em Santo Domingo de Herdia, Costa Rica, de 21 a 24 de 2005. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br>>. Acesso em: 10 out. 2007.

¹⁵⁷ Elaborada por integrantes e aprovada pelos participantes do II SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, realizado na Cidade do Recife, Estado de Pernambuco - Brasil, nos dias 10, 11 e 12 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/documentos/simpósio270406/CARTADORECIFE.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2007.

Itália), o Dr. Eduardo Rezende Melo (“Construindo Alternativas”/2008 - Brasil), a Dra. Louise Otis (“Mediação e Justiça”/2008 – Juíza da Corte Suprema da Província de Quebec).

A Presidência e a Corregedoria do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) instituiu o Programa de Justiça Restaurativa, coordenado por um Juiz, conjuntamente com a Presidência e a Corregedoria do TJDFT, através da Portaria nº 052, de 09 de outubro de 2006.

Em 2005, foi encaminhada a Sugestão nº 99/2005¹⁵⁸, pelo Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília (através de seu presidente, Dr. Renato Sócrates Gomes Pinto), que resultou no Projeto de Lei nº 7006/2006, sobre justiça restaurativa. Em suas motivações, afirmou a compatibilidade da justiça restaurativa com o contexto cultural e o sistema jurídico brasileiro, considerando a abertura para introdução do paradigma restaurativo a partir do espaço de consenso introduzido nos crimes de menor potencial ofensivo, na suspensão condicional do processo, transação penal e, no caso de atos infracionais, na remissão. Argumentou que aplicação absoluta do princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal somente tem lugar em crimes graves, à luz das disposições dos Juizados Especiais Criminais, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da previsão de penas alternativas.

O Projeto de Lei nº 7006/2006¹⁵⁹ que estava arquivado e, no corrente ano, foi desarquivado, “regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais”. Define “procedimento de justiça restaurativa”, desenvolvido em Núcleos de Justiça Restaurativa, integrados por psicólogos, assistentes sociais e facilitadores (preferencialmente destas duas áreas), através de encontros entre autor/vítima e outros afetados, quando necessário, para a resolução de problemas causados pelo crime ou contravenção. Prevê, em linhas gerais: o encaminhamento ao Núcleo Restaurativo pelo Juiz, com a concordância do Ministério Público, de “peças de informação, termo circunstanciado, inquérito policial ou autos de ação penal”; a possibilidade de sugestão da autoridade policial

¹⁵⁸ Disponível em www.camara.gov.br/sileg/integras/387261.pdf. Acesso em 30 de março de 2008.

¹⁵⁹ Reservamos a análise crítica do projeto para uma outra oportunidade, considerando o objetivo a que nos propomos de propiciar uma visão geral do quadro receptor à justiça restaurativa no Brasil, a partir das iniciativas que se apresentam no sentido da inserção de práticas restaurativas no contexto brasileiro.

de encaminhamento do caso ao Núcleo Restaurativo; a adequação dos acordos a programas restaurativos, como “reparação, restituição e prestação de serviços”, para a reintegração de vítima e autor do fato; a devolução do caso ao processo judicial, em seu curso original, “na forma da lei processual”, na hipótese de inviabilidade de acordo, seja por desistência das partes ou suspensão pelo facilitador do processo restaurativo, quando impossibilitado o seu prosseguimento; a homologação judicial, observado o atendimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; o sobrestamento da iniciativa da ação penal pelo Ministério Público, enquanto em curso procedimento restaurativo; e suspensão do curso do processo em caso de possibilidade de envio ao Núcleo Restaurativo.

Para incorporar tais diretrizes no direito positivo, altera os artigos 11 e 12 do Código Penal (CP), 10 e 14 do Código de Processo Penal (CPP), introduz os artigos 93-A e 556 a 562 (novo Capítulo – VIII – “Do Processo Restaurativo”) no CPP, altera o artigos 62, acrescenta o artigo 69 e um parágrafo no artigo 76, da Lei nº 9.099/95, que é acrescida da “simplicidade” como critério orientador do processo e ampliada quanto à finalidade, que passa a ser buscar, “sempre que possível, a conciliação, a transação e o uso de práticas restaurativas”.

Em 2007, foi fundado o Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa, com sede em Brasília – associação sem fins lucrativos –, que tem como objetivos, em linhas gerais, a divulgação, o estudo e pesquisas sobre justiça restaurativa, incluindo, elaboração de projetos e avaliações, dentre outros objetivos favorecedores da expansão dos programas restaurativos e de sua avaliação contínua.

Por todas as iniciativas aqui mencionadas, dentre outras tantas que vêm sendo desenvolvidas no cenário brasileiro, podemos ao menos concluir que a justiça restaurativa vem sendo objeto de reflexões e experiências como um novo caminho de solução de conflitos em matéria penal, complementar ou alternativo ao sistema de justiça penal tradicional, cujos rumos dependem da avaliação cuidadosa dos projetos-piloto e de suas articulações com o processo judicial.

4.6

Críticas à proposta de Justiça Restaurativa.

A proposta de justiça restaurativa sofre críticas e resistências de ordens variadas, desde o plano de formulações teóricas até o questionamento das possibilidades de sua efetividade enquanto inovação paradigmática. Para Morris, muitas das críticas decorrem de incompreensões e falsa premissas por interpretações distorcidas ou aplicação equivocada de seus princípios. Dentre as críticas mais freqüentes, compreendendo as analisadas a partir de pesquisas realizadas pela autora¹⁶⁰, destacamos:

a) inconsistência de princípios e valores, na medida em que se fundamenta em sentimentos humanísticos, com a pretensão de restabelecimento dos laços sociais e da paz social, sem viabilidade de comprovação de sua efetividade nas situações concretas. Não procede tal crítica, se considerarmos que a justiça restaurativa, apesar da diversidade de formulações teóricas, se orienta para a justiça consensual, relacional e participativa, que se funda na idéia de homem capaz de respeito e solidariedade, mas que se revelam através do exercício do direito ao processo participativo ou deliberativo, onde eventuais desvios em termos de equilíbrio entre as partes ou ausência de reconhecimento dos sujeitos, pela negação de fala ou escuta, são passíveis de observação.

b) grande risco de desproporcionalidade entre crimes e soluções, que pode conduzir à “falta de barreiras a punições excessivas”¹⁶¹ (à vingança privada), ou a soluções que gerem desigualdades entre os cidadãos de uma mesma comunidade, por respostas diferenciadas a um mesmo crime. Ainda que possível, tais riscos se evidenciam também no modelo punitivo quanto às desigualdades e desproporcionalidades entre crime e pena e entre decisões de diferentes casos sobre fato similar. A reintrodução da vítima no processo e sua maior visibilidade não conduzem necessariamente a um modelo de vingança privada, mormente considerando que, no âmbito do direito românico-germânico, o Estado funciona como “mediador providencial”, normalmente através de mediadores/facilitadores sob a sua supervisão. Por outro lado, a observância aos princípios e valores

¹⁶⁰Tomamos por base as idéias de Alisson Morris desenvolvidas sobre o tema. MORRIS, A. *Criticando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa.*

¹⁶¹ Ibid.

orientadores do processo restaurativo é o caminho para a restauração que, sob o critério da legalidade e da legitimidade, viabiliza respostas adequadas à situação específica.

c) risco de aumento das redes de controle social pela predominância de práticas restaurativas em relação a crimes de menor potencial ofensivo. Embora possível, não é necessariamente uma consequência, destacando-se, como mencionado ao longo deste estudo, que existem práticas restaurativas adotadas em hipóteses de crimes graves, na Austrália e na Nova Zelândia.

d) risco de violação de direitos, por não assegurar aos participantes de um processo restaurativo os direitos subjetivos do autor, formalmente resguardados pelo processo judicial tradicional. Tal assertiva, porém, não condiz com as práticas, experiências e atos normativos de diversos países e instrumentos internacionais, os quais afirmam como orientações inafastáveis a garantia do direito à informação, ao respeito, à participação equilibrada entre as partes, à assistência jurídica, sempre que desejarem, à imparcialidade do mediador/facilitador, à voluntariedade dos acordos, à liberdade de expressão e direito de escuta, à confidencialidade, à vedação de *bis in idem*, à não coerção para participação ou no curso do processo, o que se reafirma pela possibilidade de desistência ou interrupção do processo a qualquer tempo.

e) banalização do fenômeno da violência e da criminalidade, pela aplicação de medidas suaves ao autor. Ao contrário, não se trata de banalização, mas de enfrentamento das consequências do conflito pelos próprios afetados que encontrarão a solução mais adequada ao contexto específico. Ademais, a justiça restaurativa não afasta o direito de punir do Estado, embora reduza a sua abrangência a situações em que não seja possível o desenvolvimento de um processo restaurativo.

f) enfraquecimento do Estado e da legalidade. Não é esta a perspectiva da justiça restaurativa. Ainda que se reduza o âmbito de intervenção estatal, a viabilidade de adoção de programas de justiça restaurativa é chancelada por atos normativos que abrem espaço para um caminho alternativo ou complementar ao sistema de justiça tradicional. Nesse passo, ao contrário, a justiça restaurativa pode contribuir para a reafirmação da legalidade, em seus pontos de contato com o sistema de justiça penal, ao menos como garantia de reconhecimento dos acordos, por exemplo, de mediação, para assegurar a tutela efetiva de seu

conteúdo.¹⁶² Desse modo, “(...) sempre que a prática de um crime significa a lesão insuportável de um valor de extrema relevância para determinada comunidade, cabe – e deve continuar a caber – ao Estado a adoção das medidas necessárias à defesa de tal valor. A defesa do interesse público de não adoção de determinadas condutas deverá continuar a pertencer ao Estado, em nome da sobrevivência da própria comunidade”.¹⁶³ No mesmo sentido, Morris¹⁶⁴ observa que a justiça restaurativa não afasta o princípio da proteção suficiente (segurança) e da proporcionalidade, como mencionamos no item 4.4.

g) justiça restaurativa e sistema de justiça penal são inconciliáveis. Em sentido inverso, Santos observa que “claramente não excludentes, mais do que conciliáveis são sistemas que podem e devem caminhar lado a lado e sistemas que podem potencializar mutuamente os respectivos sucessos”.¹⁶⁵ Nessa linha, a ONU e o Conselho da Europa, através dos instrumentos que incentivam a expansão, integração e trocas de experiências entre os Estados-membros, afirmam a complementaridade entre os sistemas e necessidade de interconexão entre as autoridades do sistema de justiça criminal e administradores de programas de justiça restaurativa, rumo à ampliação da utilização de tais programas e exploração dos caminhos para a incorporação das práticas restaurativas na atuação da justiça criminal. No mesmo sentido, defensores de programas de justiça restaurativa manifestam-se no sentido da construção de um sistema de justiça penal multiportas, no sentido de que “as instâncias judiciárias, em complementaridade à prestação jurisdicional, implementem um sistema de múltiplas portas, apto a oferecer meios de resolução de conflitos voltados à construção do consenso – dentre eles, a mediação”.¹⁶⁶

i) grande possibilidade de que a opção por um processo restaurativo se dê por coerção indireta, pela ameaça de persecução criminal, no âmbito da justiça penal tradicional, em caso de não aceitação de participação na via alternativa. A

¹⁶²MUÑOZ, J.-P. O.; GARCÍA, J. H., op.cit.

¹⁶³SANTOS, C. A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 16, nº 1, Coimbra: Coimbra Ed., jan.-março 2006, p.89.

¹⁶⁴MORRIS, A. *Criticando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa.*

¹⁶⁵SANTOS, C., op.cit., p.91.

¹⁶⁶ Neste sentido, recentemente manifestaram-se Nancy Andrighi (Ministra do STJ) e Glauca Falsarella Foley (Juíza coordenadora do Programa Justiça Comunitária do TJDF) em artigo publicado na Folha de São Paulo, de 24 de junho de 2008, sob o título *Sistema Multiportas: Justiça e Consenso.*

aceitação de um processo restaurativo pode realmente ocorrer pela motivação do autor de desvio do sistema penal tradicional. Contudo, este fato não nos preocupa, na medida em que o que importa é a participação para a gestão das conseqüências do crime e que a motivação inicial para esta participação é de caráter absolutamente subjetivo e inalcançável objetivamente. Por outro lado, a maioria das práticas apontam para o retorno ao estado da persecução penal anterior, caso não viabilizado o acordo restaurativo, restando suspensa a iniciativa do processo criminal ou eventual processo já instaurado, até a homologação do acordo restaurativo ou seu cumprimento (conforme o sistema adotado), como forma de assegurar o efetivo cumprimento do acordo e, deste modo, evitar a “banalização da violência e da criminalidade”. Como observa Braithwaite, “muitos poucos agentes criminais que participam em procedimentos de justiça restaurativa permaneceriam na sala sem uma certa margem de coerção. (...) sem o espectro da alternativa que é o tribunal criminal, eles simplesmente não participariam num processo que põe o seu comportamento sob escrutínio público. Nada de coerção, nada de justiça restaurativa (na maior parte dos casos)”.¹⁶⁷ Muñoz e García falam em “mínima coerção”, como um dos princípios da resposta reparadora, ao lado da “cooperação” e do “restabelecimento das relações humanas”.¹⁶⁸

j) risco de desvio da justiça restaurativa no sistema de justiça penal pelo paradigma punitivo, se incorporada como nova técnica ao invés de como “nova forma de conceber o crime e a justiça”.¹⁶⁹ Antes de uma crítica, é uma questão em aberto que põe em confronto a filosofia reconstrutiva e a operacionalização de práticas restaurativas – filosofia e prática –, onde os modos de interação entre as práticas restaurativas e o sistema de justiça penal institucionalizado serão determinantes da preservação ou deformação do paradigma restaurativo.

¹⁶⁷ Citado por Cláudia Santos. In: *A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal*. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 16, nº 1, Coimbra: Coimbra Ed., jan.-março 2006, pp.90-91.

¹⁶⁸ MUÑOZ, J.-P. O.; GARCÍA, J. H., op.cit.

¹⁶⁹ STRIMELLE, Véronique. *La Justice Réparatrice: une innovation du penal?* Disponível em: <<http://champpenal.revues.org/document912.html>>. Acesso em: 15 out 2007.