PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Simone Matos Rios Pinto

JUSTIÇA RESTAURATIVA NA ÓTICA DA TEORIA DO DISCURSO

Belo Horizonte

2016

Simone Matos Rios Pinto

JUSTIÇA RESTAURATIVA NA ÓTICA DA TEORIA DO DISCURSO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: D.r M.e Prof. Leonardo Isaac Yarochewsky.
Área de Concentração: Direito Público.

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Pinto, Simone Matos Rios
P659j Justiça restaurativa na ótica da teoria do discurso / Simone Matos Rios Pinto. Belo Horizonte, 2016.
338 f.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochewsky
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Justiça restaurativa. 2. Administração de conflitos. 3. Reparação (Direito). 4. Responsabilidade (Direito). 5. Apoio social. 6. Diálogos. I. Yarochewsky, Leonardo Isaac. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.9

Simone Matos Rios Pinto

JUSTIÇA RESTAURATIVA NA ÓTICA DA TEORIA DO DISCURSO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

D.r M.e Prof. Leonardo Isaac Yarochewsky (Orientador) – PUC-Minas

D.r M.e Prof. José Luiz Quadros de Magalhães (Banca Examinadora) – PUC-Minas

D.r M.e Prof. Guilherme Coelho Colen (Banca Examinadora) – PUC-Minas

D.r M.e Prof. André Ribeiro Giamberardino (Banca Examinadora) – UFSC

D.r M.e Prof. Henrique Viana Pereira (Suplente) – PUC-Minas

Belo Horizonte, 5 de abril de 2016.

Ao meu filho Frederico, fonte de inspiração e coragem para prosseguir nesta empreitada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos do grupo de restauradores, composto de pessoas engajadas neste projeto de restauração da Justiça Penal em todos os cantos deste país. Compartilho com eles a alegria deste momento de tornar pública a pesquisa realizada.

À Mônica Mumme, os primeiros ensinamentos e incentivo à pesquisa.

À desembargadora Márcia Maria Milanez, a oportunidade de ingressar na vivência prática, dentro do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, além de oportunizar a pesquisa em outros estados do Brasil.

À pesquisadora Maristela Carrara, que me possibilitou o intercâmbio de informações no Canadá.

Ao professor Leonardo Isaac Yarochewsky, que, pacientemente, conduziu a orientação deste trabalho e, sobretudo, as lições sobre o Direito Penal, que influenciaram e influenciarão a vida acadêmica.

Aos meus alunos e amigos, que, por meio das nossas proveitosas discussões, de algum modo, contribuíram para o trabalho.

À minha família a compreensão pelas minhas ausências.

"Uma pessoa negra presa a um poste pelo pescoço é inadmissível. Algo que era comum na época da escravidão torna-se impensável em um Estado de Direito – a menos que seja um ladrão, um criminoso. Não se deve fazer isso com uma pessoa, mas a condição de criminoso suspende a condição de pessoa: ela é uma coisa. Na significativa linguagem policial, um elemento. Mas ele não seria em si uma pessoa, não podendo relativizar essa condição por um ou outro discurso?, reclamam nossos pruridos democráticos. As coisas, infelizmente, não são tão simples." (MAURO IASI.)

RESUMO

O trabalho apresentado propõe compreender o crime como um conflito e reconhece laços comuns que unem todos os envolvidos, membros de uma comunidade, na qual todas as pessoas estão interligadas por uma rede de relacionamentos. Aquilo que está acontecendo aos outros afetará a todos mais cedo ou mais tarde. Adotar esta visão de mundo significa uma mudança enorme de perspectiva, reconhecendo que não há saída, evitando o conflito ou ignorando os problemas sociais. A grande transformação de foco que almeja justificar é mudança da lógica retributiva e punitiva para a restaurativa. Neste processo, a vítima é incluída no discurso com oportunidade de argumentar sobre a situação vivida ou mesmo sobre a injustiça experimentada. A caminhada é desafiadora. Pretende-se começar saindo do lugar de respostas prontas às indagações para perguntas que serão respondidas com as pessoas envolvidas nos conflitos. As formas de resolver o conflito pelo Judiciário brasileiro não respondem às questões que estão colocadas quando relações são rompidas e ofensas provocadas, nem aos anseios e aos princípios que norteiam a comunidade. Muitas vezes essas formas acabam por retroalimentar o ciclo de violência. O estudo buscou, ao lado do processo clássico, focar outros instrumentos destinados a fazer frente às necessidades contemporâneas e tornar visíveis as violências que se perpetuam pela omissão ou pela aceitação de condições humilhantes como sendo próprias da sociedade ou, pior ainda, intrínsecas à natureza humana. O monopólio estatal do direito de punir não pode significar força bruta; deve haver respeito aos princípios de liberdade, justiça, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, pluralismo, diversidade cultural, diálogo e entendimento em todos os níveis da sociedade. Os resultados demonstram que é possível transitar do poder sobre o outro para o poder com o outro e resgatar o significado de conviver quando se trabalha a resolução do conflito na perspectiva da Justiça Restaurativa, incluindo todos os afetados a participarem como sujeitos de direito, que podem e devem expressar suas opiniões nos temas que lhes afetam e, portanto, se responsabilizarem por acordos que restaurem as relações rompidas.

Palavras-chaves: Justiça Restaurativa. Conflito. Diálogo. Responsabilização. Apoio.

ABSTRACT

The presented work proposes understanding crime as a conflict and recognizes common ties that unite all those involved, members of a community in which all people are interconnected by a network of relationships. What is happening to others will affect us sooner or later. Adopting this view of the world means a huge change in perspective, recognizing that there is no way of avoiding conflict or ignoring social problems. The biggest shift in focus that it aims to substantiate is change from retributive and punitive logic to restorative. In this process, the victim is included in communications with the opportunity to discuss the situation experienced or even the experienced injustice. It is a challenging path. It is meant to begin by leaving the place of prompt responses to inquiries for questions that will be answered jointly by those involved in the conflict. The manner by which conflicts are resolved by the Brazilian judiciary system do not answer the questions raised when relationships are broken and offenses committed, nor do they reflect the hopes and principles that guide communities. Often times, these forms of conflict resolution end up perpetuating a cycle of violence. The study looked, together with the classic process, to focus on other instruments that put first contemporary needs and make visible the violence that perpetuates by omission or by the acceptance of humiliating conditions as norms of society or, even worse, intrinsic to human nature. The state monopoly of the right to punish cannot mean brute force, there must be respect to the principles of freedom, justice, democracy, tolerance, solidarity, cooperation, pluralism, cultural diversity, dialogue and understanding at all levels of society. The results demonstrate that it is possible to transition from power over each other to power with each other, and rescue the meaning of living together when working to resolve conflict from the perspective of restorative justice, including all those affected to participate as subjects of law, who can and should express their views on issues that affect them and therefore become responsible for agreements that restore broken relationships.

Keywords: Restorative Justice. Conflict. Dialogue. Accountability. Support.

LISTA DE SIGLAS

AMPERJ – Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.
CJP – *Collaborative Justice Project* (Canadá).
CNJ – Conselho Nacional de Justiça.
COMAG – Conselho da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul.
COSA – *Circles of Support and Accountability* (Canadá).
CPRJIJ – Central de Práticas Restaurativas do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Poá
CREA – Centro Alternativo de Resolución de Conflictos (Chile).
DARE – *Drug Abuse Resistance Education* (Estados Unidos da América).
DGAE – Direção-Geral da Administração Extrajudicial.
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.
EUA – Estados Unidos da América.
FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional.
INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.
LDBEN – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.
NUPECOM – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil.
ONGs – organizações não governamentais.
ONU – Organização das Nações Unidas.
PIA – plano individual de atendimento.
PROERD – Programa Educacional de Resistência as Drogas e a Violência.
REAL – Resistir, Explicar, Abster-se e Livrar-se.
SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.
STF – Supremo Tribunal Federal.
StGB – *Strafgesetzbuch* (Código Penal) (Alemanha).
STJ – Superior Tribunal de Justiça.
StPO – *Strafprozessordnung* (Código de Processo Penal) (Alemanha).
TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal.
TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 21

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA. 29
2.1 Formas de aplicação da justiça consensuada. 35
2.1.1 *Justiça reparadora* 35
2.1.2 *Justiça negociada* 36
2.1.3 *Justiça Restaurativa* 37
2.2 Modelos de práticas restaurativas. 38
2.2.1 *Mediação entre vítima e ofensor* 38
2.2.2 *Conferências familiares* 45
2.2.3 *Processos circulares* 46
2.3 Conceito. 55
2.3.1 *Práticas restaurativas nos tribunais* 57
2.4 Princípios da Justiça Restaurativa. 61
2.4.1 *Princípio democrático* 65
2.4.2 *Princípio da humanidade* 65
2.4.3 *Princípio da pessoalidade ou da intranscendência ou ainda da individualização da pena* 66
2.4.4 *Princípio da dignidade da pessoa humana* 69
2.4.5 *Princípios específicos das práticas restaurativas* 71
2.4.6 *Princípios elencadas na Carta de Araçatuba* 73
2.4.7 *Outros princípios identificados* 74
2.5 Aplicação da Justiça Restaurativa no direito comparado. 75
2.5.1 *Em Portugal* 77
2.5.2 *Na Espanha* 79
2.5.3 *Na Alemanha.* 81
2.5.4 *Na Bélgica* 81
2.5.5 *Na França* 82
2.5.6 *No Canadá* 83
2.5.7 *Nos Estados Unidos da América* 84
2.5.8 *Na Nova Zelândia* 85
2.5.9 *Na Austrália* 87
2.5.10 *Alguns modelos asiáticos* 88
2.5.11 *Na África* 88
2.5.12 *Na Colômbia* 89
2.5.13 *Na Argentina e Chile* 89
2.6 Aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil 90
2.6.1 *No Maranhão* 90
2.6.2 *Em Brasília* 92
2.6.3 *Práticas restaurativas no Judiciário e nas escolas de São Paulo* 93
2.6.4 *Práticas restaurativas no Rio Grande do Sul* 96
2.6.5 *Em Minas Gerais* 100
2.7 Projeto de Lei n.º 7.006/2006. 108

3 A LINGUAGEM COMO FORMA DE ESCLARECIMENTOS DOS FATOS: A VERDADE REAL. 111
3.1 A crise da racionalidade criminal. 111
3.2 Justiça Restaurativa como forma de ampliação das possibilidades de conhecimento

da verdade por meio de práticas discursivas..... 116
3.3 Teoria da ação comunicativa e a Justiça Restaurativa.....121
3.4 Justiça Restaurativa e a teoria da ação significativa.....125

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS AVESSAS 143

5 PRÁTICAS RESTAURATIVAS ENTRE ADOLESCENTES 155
5.1 Modelos de legislação destinadas aos menores no Brasil 156
5.2 Medidas protetivas elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente 158
5.3 ECA – Estatuto protetivo ou repressor?. 166
5.4 Estudo de caso. 168
5.5 Ato infracional: o sentido da história depende do ponto a partir do qual se começa a contá-la.....175
5.6 Práticas restaurativas nas Varas de Infância e da Juventude..... 180
5.7 Execução de medidas socioeducativas. 181

6 REDES DE APOIO 187
6.1 Responsabilização pelo ato praticado. 188
6.2 Rede de apoio ou de garantias: conquistas e desafios. 191
6.3 Comunidade X sociedade.....193
6.4 Legitimidade da rede de apoio em práticas restaurativas judicializadas: participação da esfera privada na aplicação do Direito Penal. 194

7 PRÁTICAS RESTAURATIVAS E SEUS EFEITOS NA REINCIDÊNCIA 201

8 A VÍTIMA OU O OFENDIDO. 211
8.1 O processo penal. 212
8.2 A inclusão da vítima no processo como forma de assegurar seu direito fundamental de participação..... 215
8.3 A vitimologia. 223
8.4 Alguns avanços na tentativa de se evitar a sobrevitimização. 229
8.5 Modalidades de ação penal no direito brasileiro e suas implicações na inclusão da vítima. 232
8.6 O perdão para além da esfera privada. 237
8.7 Relação conflituosa dos excessos na reação da vítima. 243
8.8 Reparação do dano. 245
8.9 Os sistemas de reparação. 252
8.10 Modelo de reparação do dano como terceira via.....259
8.11 Retorno à vingança privada?. 262

9 RESPOSTAS A INDAGAÇÕES CONTRÁRIAS. 265

10 CONCLUSÃO. 287

REFERÊNCIAS. 295

ANEXO A – Estágios do processo circular a partir das referências de Kay Pranis.....316
ANEXO B – Projeto de Justiça Colaborativa em Ottawa, Canadá..... 318

1 INTRODUÇÃO

O interesse acadêmico na pesquisa acerca da crescente violência e as formas com que o Estado, a comunidade e a sociedade lidam com essa realidade é tema constante nos debates jurídicos. A sociedade, como um todo, encontra-se amedrontada, sobretudo por numerosas divulgações de atos de violência em todos os dias nos jornais. Vive-se num mundo globalmente interligado, no qual fenômenos sociais e ambientais são todos interdependentes. Precisa-se de novo paradigma – nova perspectiva para a realidade, uma mudança de percepção e valores. Para se alcançar um convívio social menos violento pode depender de os cidadãos serem ou não capazes de realizar mudanças, mudanças estas que começam por cada pessoa.

É interessante notar que em muitos crimes com que a sociedade se depara nas ruas, dentro das suas casas, nos bares, no mundo da vida, os infratores se encontram sob a influência de substâncias psicotrópicas. Para grande número de pessoas a realidade pouco encorajadora leva a problemas que são agravados pelo uso excessivo de drogas, incluindo o álcool, buscados como fuga, levando seus usuários a atos violentos e, consequentemente, tipificados como infrações penais. Tais infrações penais são classificadas em duas espécies: crimes e contravenções penais. Ainda vige no Brasil a Lei das Contravenções Penais, sendo uma espécie de infração penal, apelidada pela doutrina de crime anão.

Com frequência, cenas de violência elevam a audiência da mídia, em canais que divulgam todos os dias atos violentos. Degustam-se, diariamente, violência e notícias ruins. E é com esta realidade que o discurso ideológico do poder novamente se instala e usa a fragilidade do homem atormentado para acatar discursos como o de agravar o sistema penal, construir mais presídios, aumentar os tipos penais, agravar as penas e ainda diminuir a maioridade penal.

O Direito Penal há de ser mínimo e nunca usado como *poder simbólico*, responsável por conter a violência. Violência e crime não são sinônimos. As pessoas são vítimas e ao mesmo tempo praticam atos de violência a cada dia. Entre os atos violentos, alguns, ou melhor, muitos são tidos como infrações penais, ao passo que existem infrações penais que não expressam nenhum ato de violência e são considerados ilícitos, como no exemplo da contravenção penal da vadiagem, ilícito típico dos *sem teto, sem trabalho, sem posse* e outros.

Muitas vezes, no cotidiano do trânsito, experimentam-se vários atos violentos que desrespeitam as regras impostas, mas nem todos são classificados como infrações penais, haja vista que o Código de Trânsito Brasileiro define certas condutas como infrações

administrativas e outras como infrações penais. Não em raras vezes se sofre a violência da intolerância, como no exemplo de o motorista ter que parar para uma pessoa atravessar a rua e os motoristas que estão atrás buzinarem insistentemente, ou ainda, ouvir aquela expressão intolerante: “só podia ser mulher!”. Também se cometem atitudes violentas quando se atravessa o sinal vermelho, por distração ou mesmo na ânsia de não se atrasar para algum evento, num cotidiano acelerado, em que o trânsito se torna o grande vilão a ser desafiado cotidianamente, em cidades cada vez mais lotadas de veículos. Dirige-se na velocidade acima da permitida, atende-se o celular ao volante, criam-se a todo tempo riscos de acidentes. Como pedestres, a situação não é diferente: atravessa-se em lugar não permitido, dando ensejo a acontecerem acidentes ou simplesmente se tornam vítimas de vários motoristas que não respeitam à passagem de pedestres. Esta é uma ilustração de que a violência faz parte da rotina de cada cidadão e todos são responsáveis por ela. Vive-se num momento acelerado e a intolerância é presente. Podem-se citar outras situações de violência que não estão criminalizadas, como ir ao pronto-socorro com necessidade de atendimento e só ser atendido oito horas depois, sentindo dores, ou mesmo marcar um médico, por meio de algum convênio e receber a informação de que só teria vaga para o ano seguinte e que, no caso de ser a consulta particular, o atendimento poderá ser abreviado. Também, no meio jurídico, no mesmo sentido, a tramitação de um processo durar por longos anos, enquanto as partes aguardam angustiadamente a decisão. Atitudes violentas desencadeiam a ansiedade experimentada por muitos a cada dia e as consequências podem gerar atos violentos como respostas. Quando não se é atendido dentro de uma perspectiva, a resposta pode ser em gritos, insultos e, muitas vezes, recebem essas respostas aqueles que não foram os responsáveis pelos atos que causaram tamanha ansiedade e embasaram a resposta violenta. Essa resposta pode ser enquadrada em crimes contra a honra, como injúria e difamação, e assim se perpetua o ciclo de violência.

Neste contexto, volta-se para casa e não é raro o sentimento de angústia ser descontado nos familiares. Os estresses físico e psicológico passaram a fazer parte da vida cotidiana de várias pessoas. Isto exemplifica que se passa por experiências violentas e não necessariamente todos são enquadrados como infratores ou vítimas de infrações penais.

A primeira grande reflexão é entender que atos de violência são ruins tanto para quem os faz como para quem os recebe. Desta forma, o discurso deve ser de que a violência é uma experiência negativa e deve ser combatida por todos. Como seria bom se a convivência em sociedade fosse educada e pacífica, em que pessoas não jogassem lixo na rua, em que os motoristas carros respeitassem os pedestres e vice-versa, em que as pessoas dialogassem, em

que os pedidos de desculpas existissem e em que as famílias tivessem uma base de conforto e segurança para todos. E, ainda, que o capitalismo não fosse tão enraizado na sociedade com objetos de desejos a renovar-se sempre pelo consumismo presente, caracterizada por um sistema econômico obcecado com o crescimento e expansão, e que a preocupação com o *ser* tomasse lugar prioritário em detrimento do *ter*.

Para se viver este ideal não se necessita do Direito Penal.

O discurso de combate à violência deve estar presente em todos os segmentos da sociedade, que deve fomentar atitudes não violentas. O problema da violência é sistêmico, o que significa estar interligado e ser interdependente de outros problemas sociais. Não se pode discutir no âmbito de uma metodologia penal fragmentada com discursos dentro do aumento de punições. Um avanço contra a violência institucionalizada só poderá ser implementado se se pensar em transformações profundas nas instituições sociais, nos valores e nas ideias.

Este é o debate que a mídia sensacionalista deve questionar dentro dos lares brasileiros, o quanto os cidadãos são responsáveis pela violência com as suas próprias atitudes e o quanto se pode mudar a rotina do dia ao se desejar um bom-dia ao próximo, com uma gentileza ou um gesto de tolerância. Que as pessoas façam o seu *mea-culpa*, que empreguem a lição de que mudam o mundo quando mudarem a si mesmas.

Diante dessas inquietações, a pesquisa, primeiramente, em dissertação de mestrado da autora desta tese, ateve-se a identificar em que medida os cidadãos são responsáveis, ou seja, o seu grau de coculpabilidade nas infrações penais. Constata-se a seletividade do Direito Penal quando percorre os locais em que se julga e em que se prende. A seletividade começa com o excesso de leis penais que enfraquece todo o sistema, e ocasiona uma evolução anacrônica, só servindo para a formação de mais infratores.

Aumenta-se o Estado de Polícia e, consequentemente, o acervo judicial. São julgadas milhares de pessoas alcançadas pela ocorrência policial. Os presídios esgotam-se. A análise crítica conduz os cidadãos à constatação de que quanto mais cresce o Estado de Polícia menos efetivo está o Estado Social. Entrevistando-se presidiários com perguntas ligadas ao grau de escolaridade, contexto familiar, trabalho legalizado e ainda indagando se possuíam residência própria e acesso ao Judiciário em outra condição que não de réu, constatou-se que a grande maioria dos encarcerados não tinha sequer o segundo grau completo, que o núcleo familiar era composto de mais de cinco pessoas e que, em relação aos membros da família maiores, nem todos possuíam trabalho fixo, incluindo o condenado, a grande maioria morava de aluguel e que conhecia o Judiciário somente na perspectiva de infrator pelo crime praticado.

Este discurso não interessa aos donos do poder, aos membros do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. O discurso ideológico de que o Estado está cumprindo seu papel vige com toda a força, e a criminalidade aumenta e aumentará enquanto não se procurar combater na base seus problemas.

Não se pretendeu naquela dissertação atribuir à pobreza a causa da criminalidade e da violência porque se estaria seguindo o mesmo caminho do discurso nazifascista em defesa de suas nações contra classes tidas como criminosas, justamente por incomodar seus plenos poderes.

A classe pobre torna-se vítima da não atuação do Estado Social e, portanto, fica mais vulnerável ao Estado Policial. Numa democracia, o povo, compreendido como todos os cidadãos, tem seus direitos e deveres, e para se cobrarem deveres é necessário que se tenham garantidos os direitos. O crime muitas vezes é consequência dessa não garantia de direitos, portanto é um problema social e, não simplesmente, penal. O Princípio da Coculpabilidade torna-se importante instrumento na identificação da inadimplência do Estado no cumprimento da sua função social, além de reconhecer, no plano concreto de aplicação do Direito, os direitos fundamentais de todo cidadão. E, a partir da análise de cada caso, pretende-se que sejam essas circunstâncias da vida real realçadas, não interpretando o fato isoladamente. O direito, como dito por Ihering (1968), deve equilibrar a balança e a espada, se se pretender sua aplicação com justiça.

As sentenças judiciais, como ato político, podem tornar-se meras imitações de casos, repetindo palavras da lei ou em decisões comprometidas com a aplicação do Direito Constitucional-Penal que se espera dos operadores da lei, neste século XXI.

Diante dessas constatações, passar para o estudo da Justiça Restaurativa foi inevitável. A partir do contexto de trocar as lentes, a pesquisa expandiu-se.

A participação da autora desta tese no curso preparatório para atuar como facilitadora ou guardiã, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em casos concretos, possibilitou-lhe a experiência de ir além dos conceitos para ingressar no experimento de participar efetivamente de círculos restaurativos e confirmar a possibilidade de transformação que as práticas restaurativas oferecem.

A tese ora apresentada estrutura-se em grandes perguntas: o crime é um ato pontual ou consequência de uma história? Consegue-se desligar o agente de seu ato e acreditar e fomentar o processo de transformação do ser humano, ou seja, ressocializá-lo? Uma pessoa que comete um ato falho tido como infração penal deve ser considerada como não digna de

direitos fundamentais? Qual a atenção dada à vítima como integrante do conflito gerado pela prática de infração penal?

Toda proposta de mudança tem um ponto de partida e começa-se esta tese com a constatação de que essas perguntas são pilares de sustentação e fundamentação em que o Direito Penal, na atualidade, deve embasar-se.

Existe a tendência em estereotipar os atos falhos cometidos, ligando o ato à pessoa de maneira indissociável e ainda um sistema que trata homens como animais encurralados ou engaiolados em celas, trazendo efeitos inversos para os fins almejados pela pena. Os seres humanos evoluíram como seres sociais e não podem conservar-se física e mentalmente bem se não permanecerem em contato com outros seres humanos que preservam valores sociais e humanitários.

O desenvolvimento de atitude positiva é crucial para o futuro das relações. Uma vez gerados sentimentos de esperança e expectativa, o organismo traduz esses sentimentos em processos de transformação, apoiados pela rede coerente com a realidade de cada um.

A Justiça Restaurativa pretende focar-se no futuro melhor para aqueles envolvidos no conflito. Infrator e vítima necessitam de apoio para a readaptação social.

As investigações objetivam um estudo deste novo paradigma estruturado em dez capítulos, que compreendem temas filosóficos, doutrinários, práticas vivenciadas no Brasil e ainda em diálogo como outras fronteiras. Começa-se, neste primeiro capítulo, a introduzir o tema.

No segundo capítulo, faz-se a compreensão do significado da expressão *Justiça Restaurativa*, das formas de práticas que podem ser utilizadas e ainda da contextualização histórica no Brasil e em outros países.

No terceiro capítulo, busca-se a compreensão de que a verdade encontrada pelos operadores jurídicos, no Processo Penal, é uma verdade fomentada por estratégias de combate que se distanciam da verdade real. Alicerçada na teoria do agir comunicativo proposto por Habermas e na filosofia de Wittgenstein, propõe-se a aplicação do modelo dialógico para a construção de uma decisão com a participação dos envolvidos no conflito. Ainda no marco da filosofia da linguagem, identifica-se a aproximação da teoria da ação significativa desenvolvida por Vives Antón (1996) e Busato (2010) com a Justiça Restaurativa no sentido de que de toda ação penal deve ser interpretada de maneira não *a priori*, como rotineiramente é realizada pelos operadores do Direito. É melhor que se compreendam a ação ou omissão para depois tipificá-las. Nesta linha, avança-se no sentido de que a teoria do delito não pode

mais pretender, nos moldes finalistas de interpretação, a identificar intenções da mente daquele que atua, desconsiderando o contexto social.

O quarto capítulo traz constatações de que todo o avanço na conquista de direitos fundamentais, paradoxalmente, produziu uma legislação penal correspondente, desencadeando uma inflação legislativa punitiva. Estabelece-se a reflexão de que o Estado se muda de liberal para o social, evolui para o Estado Democrático de Direito, e a aplicação do Direito Penal permanece sempre presente no papel de controle social dos menos favorecidos.

No quinto capítulo, aborda-se o significado da prática de atos infracionais sob o paradigma da proteção integral garantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pontua a reflexão de que o Estatuto é mais repressivo que protetivo. Aborda-se também o emprego das práticas restaurativas entre adolescentes como ações concretas e positivas em face daqueles que nascem em meio desiguais e sofrem diretamente e precocemente a erosão de direitos cultuados como fundamentais na sociedade brasileira.

O sexto capítulo apresenta a rede de apoio como exemplo de interação dos interesses público e privado num trabalho conjunto de inclusão e ressocialização tanto do infrator como da vítima. Busca esta parte da pesquisa argumentos que legitimam a rede de apoio em práticas restaurativas com a participação da comunidade e sociedade na aplicação do Direito Penal.

No sétimo capítulo, faz-se a ligação da Justiça Restaurativa como meio para minimização da reincidência em face da realidade caótica dos presídios brasileiros e ainda apresenta dados concretos, publicados no Canadá, que constatam que aqueles que passaram por projetos restaurativos têm menor índice de reincidência.

O oitavo capítulo dedica-se ao estudo da vítima e de toda a repercussão que a infração lhe causa, suas expectativas diante do Processo Penal e ainda fomenta a sua participação, diante de uma compreensão constitucionalmente adequada. Discorre sobre as possibilidades da reparação do dano no Direito Penal, podendo até mesmo a desconstruir a finalidade da pena privativa de liberdade ou mesmo restritiva de direitos, a partir da análise de cada caso em concreto.

O nono capítulo traz considerações finais e respostas às indagações sobre a Justiça Restaurativa que não podem ser definidas como contrárias, mas, sim, fomentadoras de discussão que só fazem engrandecer o tema neste projeto de caminhada para a humanização do Direito Penal.

As conclusões são apresentadas no décimo capítulo e, em seguida, é anexado o projeto publicado no Canadá em que foram comparados dois grupos de infratores e vítimas, sendo que um grupo passou pelo procedimento restaurativo; e o outro, pelo sistema tradicional de

justiça penal e, após a coleta de dados, estes foram publicados. Os resultados demonstram que houve minimização da reincidência, mesmo em caso de crimes mais graves, o que comprova que não é tanto a gravidade do delito, mas é o procedimento que se estabelece em torno dele que produz a melhor resposta penal ao delito. Anexa-se também a esta tese, não um modelo, mas, uma exemplificação do procedimento de círculos restaurativos no intuito de clarear as dúvidas dos mais céticos que por vezes não acreditam na Justiça Restaurativa por desconhecer seus princípios e procedimentos.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA

Muitas são as abordagens do conceito de Justiça. Dentro de fundamentações filosóficas e sociológicas, procura-se alcançar um estado ideal de interação social. Justiça é um conceito abstrato e aberto que requer considerar as diferenças existentes entre os grupos sociais. No dizer de Sandel (2012, p. 232): "Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas, ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas. [...] se uma sociedade justa requer um raciocínio conjunto sobre a vida boa, resta perguntar que tipo de discurso nos conduziria nesta direção?".

Partindo dessa indagação, passa-se a refletir o que seria Justiça no olhar voltado ao Direito Penal. Seria a aplicação de uma pena àquele que cometeu uma infração penal, com base na mera legalidade? Apesar de significar para alguns sinônimos de justiça, a aplicação do Direito Penal com base na punição, acredita-se, não pode ser pensada tão simplificadamente. A Justiça deve estabelecer interação social entre pessoas, possibilitando oportunidades. Justiça é um processo que devolve o equilíbrio à balança que pode acontecer com compromissos assumidos socialmente por ações comunicativas.

Acrescenta Ferrajoli (2006, p. 349) que esse postulado de aplicação da mera legalidade, ao enunciar condições de existência ou de vigência de qualquer norma jurídica, é um princípio geral de Direito Público, ao passo que para o Direito Penal faz-se necessário a norma passar por um critério de validade, na medida em que incide na liberdade pessoal do cidadão. Para se dizer que uma pena foi aplicada de maneira justa, deve-se buscar a necessidade devidamente fundamentada no limite substancial que Ferrajoli (2006) denomina de "estrita legalidade". Segundo o autor, esta é a garantia estrutural que diferencia o Direito Penal no Estado de Direito do Direito Penal dos Estados simplesmente "legais", no qual são válidas todas as leis vigentes. Essa é a diferença entre o garantismo e o autoritarismo penal e entre o Direito Penal máximo e mínimo.

Nesta linha de raciocínio, não seria a Justiça Penal apenas um ritual formal de aplicação de pena. Critérios de validade pautados em direitos fundamentais devem ser considerados. Agrega-se ao conceito de Justiça Penal o pensamento de Habermas (2012b) sobre a validade do Direito a partir da participação dialógica de todos os envolvidos, bem como a aplicação da pena de maneira a respeitar princípios garantistas de necessidade e adequação.

Para se alcançar tal desiderato, a proposta é a implementação da Justiça Restaurativa. A formulação da expressão advém da expressão *Restaurative Justice*, construída a partir da

ideia de reparação criativa *(creative restitution)*, primeiramente denominada por Eglash, em 1977. O autor identifica três tipos possíveis de justiça criminal, a saber: a justiça retributiva, baseada na punição; a justiça distributiva, baseada no tratamento terapêutico dos ofensores; e a justiça restaurativa, baseada na reparação (VAN NESS; STRONG, 2010, p. 22). Posteriormente, o termo *restaurativa* passou a ser definido como conjunto de práticas que visam a minimizar danos, renovar, revigorar, ou mesmo dar novo esplendor às relações deterioradas causadas pelo conflito.

Apesar de a expressão ser relativamente nova, a origem de práticas restaurativas remonta-se ao resgate de tradições milenárias. Identifica-se em muito com tradições indígenas em que, para resolução de conflitos, as pessoas se sentam em círculos e debatem o problema com o propósito de evitar a vingança e perpetuação da violência. Em países como o Canadá e Nova Zelândia, observa-se que o sistema de aplicação da Justiça Restaurativa em muito coincide com as práticas indígenas, sobretudo, com a tradição dos povos maori, na Nova Zelândia.

Advém também de tradições africanas, que entendem o conflito como uma relação natural entre as pessoas que cultuam a solidariedade em grupo, a compaixão, a orientação humanística e coletiva. Entre eles, chama a atenção o termo *Ubuntu*, que afirma o vínculo orgânico da humanidade realizado dentro e por meio de outras pessoas. A Justiça Restaurativa apropria-se desta mensagem na compreensão de que "[...] um dano causado em alguém de nossa comunidade será um dano causado em nós mesmos" (LARA, 2013, p. 20). Como exemplo dessa cultura, destaca-se o artigo 4.º, da Constituição de Moçambique, ao prever o pluralismo jurídico no sentido de que "[...] o Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariarem os valores e os princípios fundamentais da Constituição.".

A Justiça comunitária fez-se presente, em Ruanda, no ano de 1994, pelos atos de genocídio praticados. A sociedade ruandesa, em busca da reconstrução social e da reconciliação criou os tribunais Gacaca, presididos por anciãos eleitos *(inyangamugayo)* pela comunidade local, que tiveram como objetivo solucionar litígios, numa perspectiva conciliatória baseada na triologia: *verdade*, *justiça* e *reconciliação*. Nesses tribunais, a acusação era confrontada com vítimas sobreviventes ou familiares, em que a confissão, o arrependimento e o pedido de desculpa tiveram um papel importante no estabelecimento da sanção.

No Brasil, ainda há tribos indígenas que não se desligaram de seus métodos de solução de conflitos. Recentemente, em 23 de abril de 2015, foi realizado o primeiro Júri Popular

Indígena, na Comunidade Maturuca, terra indígena Raposa Serra do Sol, julgando dois índios acusados de tentativa de homicídio contra uma vítima também indígena. Ressalta-se que, no Estatuto do Índio (Lei n.º 6.001/1973), em seu artigo 57, há a ressalva de que será tolerada a aplicação de julgamentos pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias de sanções penais, desde que não se revistam de caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte. O artigo foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que assegura que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições[1]. Portanto, a aplicação de legislação penal pode não ser aplicada no Brasil em comunidades indígenas. As lideranças indígenas concordaram em ter a experiência e o aprendizado sobre o Sistema Penal Brasileiro, neste caso concreto, e o resultado não foi satisfatório. Conforme Marques (2015), em notícia publicada em 22 de maio de 2015, os indígenas assustaram-se com a maneira exaltada com que a acusação e a defesa conduziram o júri. De acordo com a Coordenação Regional do Conselho Indígena, os macuxis consideraram os debates desrespeitosos e brutais. Afirmaram que essas atitudes contrariam a prática indígena e que as autoridades deveriam dar exemplos de boa fala e boas atitudes. Uma semana depois, decidiram pedir a anulação do júri e aplicar a pena segundo seus costumes. A sentença no júri foi de absolvição para um acusado e desclassificação para lesão corporal leve para o outro, com pena de três meses de detenção, em regime aberto. A decisão indígena foi a expulsão da aldeia por dois anos, a prática de trabalho comunitário em outra aldeia, e o impedimento de participar dos eventos da comunidade macuxi para ambos. Após esse período, esses membros da comunidade seriam novamente aceitos. Os indígenas recorreram ao Ministério Público Federal com o pedido de que o laudo antropológico, que constava no processo, não fosse utilizado para fins de pesquisa, tendo em vista que trazia em seu corpo descrições que desconheciam a cultura da região, como a origem do termo *canaimé*, que significa entidade maligna e temida pelos habitantes das aldeias, e que, segundo eles, o texto sugeria que todos seriam *canaimé*. Esta foi uma experiência que não deu certo justamente porque, na cultura indígena, não há espaços para discursos estratégicos, mas, sim, para consensos.

Em outro exemplo, em que foi praticado um homicídio consumado em área indígena Serra da Lua, sendo autor e vítima pertencentes à comunidade dos manoás, os membros do Conselho deliberaram sobre a punição do ofensor, após a oitiva do acusado, de seus pais e outras pessoas da comunidade. Concluíram por várias sanções, entre as quais a construção de

[1] Artigo 231 da Constituição federal.

uma casa para a esposa da vítima, a proibição de ausentar-se da comunidade manoá, sem permissão. Reunindo-se novamente as lideranças manoá, waiwai e anauá, as penalidades foram revistas. Decidiram que o índio infrator deveria sair da comunidade manoá e cumprir a pena na região waiwai, por cinco anos. Nesse período, deveria cumprir o regimento deste povo, respeitar a convivência, o costume, a tradição e moradia, devendo participar do trabalho comunitário e ainda "ter terra para trabalhar". Deveria também aprender a língua waiwai e não desautorizar o *tuxaua* (cacique), cometendo coisas às escondidas, sem conhecimento.

Nos relatos escritos de experiências presenciadas e documentadas por Lévi-Strauss (1996), dentro das tribos brasileiras, sobre resolução de conflitos, concluiu-se que há hostilidades entre os grupos ou mesmo divergências interindividuais, mas há também a possibilidade de reconciliação com o nascimento do ambiente capaz de gerar a pacificação.

O reconhecimento da cultura indígena não enfraquece o Poder Estatal; ao contrário, conserva viva as raízes nacionais, como realçado pelo então ministro Carlos Ayres Brito, do Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Popular 3.388, que decidiu a demarcação da terra Raposa Serra do Sol:

> Como num aparelho auto-reverse, pois também eles, os índios, tem o direito de nos catequizar um pouco [...] equivale a dizer: assim como os não-índios conservam a sua identidade pessoal e étnica no convívio com os índios, os índios também conservam a sua identidade étnica e pessoal no convívio com os não-índios, pois a aculturação não é um necessário processo de substituição de mundividências (a originária a ser absorvida pela adquirida) mas a possibilidade de experimento de mais de uma delas. É um somatório e não uma permuta, menos ainda uma subtração. (BRASIL, 2008.)

Quebrar o círculo de violência e buscar a pacificação social, com responsabilização do ofensor, é um valor tanto das comunidades indígenas brasileiras como de outras tribos. A aplicação do Direito Penal afasta-se dessa premissa quando restringe a liberdade do sujeito, colocando-o em locais em que se multiplicam violências e abusos, não cumprindo a função de ressocialização, somando-se a isso ainda o estereótipo de sujeito ruim, sem amparo social. O ciclo perpetua-se e, desta maneira, não se consegue a paz. A Justiça Restaurativa é uma proposta de diálogo, dentro do Direito Penal, em que valores e ações são rediscutidas em face da legitimidade do direito de punir do Estado Brasileiro e a forma como estão sendo aplicadas as penas privativas de liberdade e restritivas de direitos.

A proposta é a mudança de foco do método retributivo e punitivo, que se baseia na busca de uma pena equivalente à intimidação do grupo social, num processo decisório concentrado no juiz, promotor e advogados, sem a participação efetiva dos envolvidos, para

outro método compartilhado em que se busca a responsabilização do ofensor e a reparação do dano causado.

Nos dizeres de Sica:

> Não é um modelo substituto ao atual: os modelos devem coexistir e complementar-se, pois não há condições de prescindir do modelo punitivo como instrumento repressor em determinadas situações. Contudo, passa por uma quebra no paradigma punitivo arraigado em postulados que bloqueiam a construção de um novo modelo. (SICA, 2007, p. 34.)

A Justiça Restaurativa não prescinde do Estado, é uma alternativa ao modelo vigente, fomentando a democracia dentro das instituições da Justiça. Habermas observa que:

> Condutas sociais que autorizam a ação da força privando a liberdade, pode manifestar-se através de um prejuízo que priva os oprimidos e submetidos daquilo que os capacita a exercer sua autonomia privada e pública. A justiça não deveria referir-se somente a distribuição, mas também às condições institucionais necessárias ao desenvolvimento do exercício das capacidades individuais da comunicação e da cooperação coletiva. No quadro de tal concepção da justiça, a injustiça refere-se, em primeiro lugar a duas formas invalidas de imposição: opressão e dominação. (HABERMAS, 2012a, p. 157.)

A Justiça Restaurativa não deslegitima ou mesmo elimina o sistema tradicional compreendido como aquele que busca a punição, agrega que todo ser humano tem potencialidades de transformação se houver um apoio no meio social e também o respeito à dignidade humana, durante o cumprimento da pena. Há a perspectiva de reprovação, mas, também, de diálogo e de atenção às diferenças e necessidades dos envolvidos. Como dito por Lévinas (2004, p. 26): "Justiça é um Direito à palavra". De espectadores os envolvidos passam a atores ativos num espaço democrático.

As formas de implementação são difundidas em vários países e, no Brasil, não se pode conceituar mais como uma maneira alternativa de aplicação do Direito, considerando que a expressão já está incluída dentro das diretrizes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[2], na Resolução 125/2010, artigo 7.º, § 3.º e na Lei n.º 12.594/2012, art. 35, III[3], do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). O envolvimento no estudo do tema transcende as academias e torna-se necessário a todos os operadores do Direito, membros da comunidade e sociedade, ou seja, a todo cidadão.

---

[2] Os tribunais deverão criar, no prazo de sessenta dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos... Os núcleos poderão centralizar e estimular programas de medição penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução 2002/2012 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU) e a participação do titular da ação penal em todos os atos.

[3] "Art. 35, III – prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas".

A expansão da Justiça Restaurativa perpassa por obstáculos que aos poucos vão desfazendo-se, como dito nos encontros que debatem o tema, são barcos quebra-gelos que vão rompendo as estruturas frias e condensadas somente na proposta de punição. Os desafios enfrentados no Brasil começam pela elaboração de referências claras do que seja prática restaurativa e seus diversos modos de aplicação, pela criação de marcos legais e ainda pela formação, em larga escala, mantendo-se a qualidade, das práticas a serem implementadas.

Não se consegue de todo elaborar um rol taxativo do que sejam práticas restaurativas. Apresentam-se, nesta tese, as mais utilizadas, contudo pode-se compreender que toda ação que minimize a violência e abra terreno a outros atos pacíficos voltados à reconciliação caminha no sentido restaurativo. Acredita-se que cada ação criadora empreendida no espírito do amor gera novas possibilidades para o campo invisível do futuro. Busca-se o primeiro passo na reflexão de Gandhi (2007) de começar a mudança por si mesmo para que o mundo se torne menos violento: "[...] que nós nos tornemos a mudança que buscamos no mundo!". Como também realçado nos encontros que discutem o tema que "[...] aquilo que não realizarmos hoje, em termos de possibilidade de paz, será um fardo insuportável para as gerações futuras.". Quanto mais se sentir, pensar e agir no espírito da não violência, tanto melhores serão os resultados.

Nas pesquisas empíricas realizadas, percebe-se que a dificuldade de compreender práticas restaurativas ocorre quando o indivíduo ainda se situa na atitude da compreensão da Justiça baseada na mera legalidade e na punição. Não se avança em práticas restaurativas se se estiver na visão de mundo sob essa ótica. Somente abrindo os horizontes, pode-se conseguir entender que qualquer ação pacificadora, dentro do cotidiano, faz a diferença. Em meio ao sensacionalismo mediático que pretende "vender crimes e conseguir audiência" fomentando discursos políticos voltados à atuação do Direito Penal para resolução de problemas sociais, prima-se para o diálogo consciente de sua aplicação. Todos os atores que interagem no contexto penal, seja o policial militar, o servidor da polícia civil, do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, agente penitenciário, entre outros, podem transformar suas ações em formas de práticas não violentas e contribuir para todo o processo de transformação de um mundo melhor. No lançamento da campanha Cidadania nos Presídios, pelo CNJ, em maio de 2015, o ministro Ricardo Lewandowski (2015) dissertou que "[...] não haverá paz social se não fizermos da dignidade e o respeito a todos, dentro e fora de presídios, uma forma de atuação valorizada institucionalmente", e acrescenta-se, culturalmente.

Práticas restaurativas envolvem todos os segmentos compartilhados em rede, como elos da mesma corrente. Para se evitarem confusões sobre os métodos de resolução de conflitos e, mesmo, para compreender as diferenças entre eles, tem-se que fazer a distinção dos modelos de aplicação do Direito que pretendem uma resposta diferenciada.

2.1 Formas de aplicação da justiça consensuada

Dentro da proposta de modelos de aplicação da Justiça consensuada, podem-se identificar três formas, com características próprias, que são: Justiça reparadora, negociada e restaurativa.

2.1.1 Justiça reparadora

A justiça reparadora visa, como o próprio nome indica, à reparação dos danos, ocorrendo, na grande maioria das vezes, por meio de conciliação, almejando um acordo para a vítima. Pretende a reparação sem, contudo, incluir, no debate, as necessidades de todos os envolvidos.

No Brasil, podem-se identificar diretrizes de aplicação, dentro dos juizados especiais criminais, no instituto da transação penal, com algumas ressalvas. Existem impedimentos para a aplicação, como denota o artigo 76, § 2.º, da Lei n.º 9.099/1995[4]. Portanto, não se trata de um modelo disponibilizado para todos os casos. Também não se pode de todo afirmar que a vítima participa dialogicamente de todo o conflito, haja vista que não intervém na proposta da transação penal, se a ação for pública incondicionada. E, ainda, na visão pragmática, percebe-se que, quando este instituto é ofertado e também o da suspensão condicional do processo, soa como quase como uma imposição em aceitá-lo. O autor do fato aceita a proposta para evitar o processo e os vários transtornos decorrentes dele. Apesar de as justificações doutrinárias entenderem que vige, nesse momento processual, o instituto do *dolo contendere*, derivado do direito italiano com o significado "não quero litigar", percebe-se o grau de insatisfação

[4] Artigo 76, § 2, da Lei n.º 9.099/1995: "Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:
I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva.
II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo.
III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, a ser necessária e suficiente a adoção da medida.".

daquele que aceita, por medo do processo e pela sua falta de abertura para externar sua verdade sobre os fatos.

Ressalvada a hipótese da ação penal privada, em que a vítima é titular, portanto, legitimada também a efetuar a proposta de transação penal, e em caso da ação pública condicionada à representação em que o acordo extingue a punibilidade do agente, a composição dos danos não tem esse alcance pela Lei n.º 9.099/1995, quando a ação for de natureza pública incondicionada, ou seja, para a grande maioria dos tipos penais, não se considera finda a questão penal.

Nos Juizados Especiais, outra crítica que se sustenta é que a reparação do dano é vista somente sob a ótica de cunho patrimonial, não alcançando a restauração das relações abaladas, além de que, na prática, se tem transformado numa técnica de esvaziar prateleiras com audiências designadas para cada quinze minutos e, quando não há a composição dos danos, a vítima é tratada como mera espectadora. A prática cotidiana denominada de *audiência de conciliação* ou de *proposta de suspensão condicional do processo* não abre o espaço para a responsabilização pelo ato, nem tampouco para o diálogo sobre todas as necessidades dos envolvidos.

Da maneira como estão sendo empregados esses institutos, no Brasil, apesar de despenalizadores, não há como identificá-los dentro da Justiça Restaurativa. Contudo, pode-se tornar restaurativo se houver uma verdadeira inclusão da vítima no discurso, juntamente do ofensor, na construção de um acordo, a exemplo do trâmite dos casos de competência do Juizado Especial, no Núcleo Bandeirantes, em Brasília, em que são realizados círculos restaurativos.

2.1.2 Justiça negociada

A possibilidade da Justiça negociada é baseada nos modelos da *common law*, por meio do instituto do *plea bargaining*, em que o réu aceita a acusação em troca de redução da pena ou outro benefício por parte do Estado. No Brasil, tem-se discutido este instituto, no sistema da delação premiada, permitido em várias leis[5], sobretudo na Lei n.º 12.850/2013, em seu artigo 4.º, § 6.º, que dispõe sobre a possibilidade de negociações e a formulação de um acordo de colaboração, nos casos de investigações de organizações criminosas. Para alguns doutrinadores, esta possibilidade enquadra-se dentro de uma quarta classificação de Justiça

[5] Lei n.º 8.072/1990 *(lei dos crimes hediondos)*; Lei n.º 9.807/1999 *(lei de proteção às vítimas e testemunhas)*; Lei n.º 9.613/1998 *(lei de lavagem de capitais)*; Lei n.º 11.340/2006 *(lei de tóxicos)*.

consensuada, denominada de colaborativa, em que o investigado colabora consensualmente com a Justiça, assumindo a culpa e delatando outras pessoas.

2.1.3 Justiça restaurativa

Já a metodologia da Justiça Restaurativa abrange a tentativa de solucionar o conflito com a vítima e com o agente causador do fato, com respeito à dignidade da pessoa humana e à participação ativa de todos os envolvidos. A responsabilização deve ser estabelecida em outro contexto que o da delação, na ótica do homem capaz de realizar mudanças de comportamento para o futuro.

Uma infração pode significar um grito de socorro do ofensor por afirmar a condição de pessoa. “Nada mais humano que o crime!”. Zehr (2008) discorre que as atitudes violentas de boa parte dos homens podem ser geradas pela hostilidade e abusos dos outros e alimentadas pela falta de confiança em si mesmo e baixa autoestima. A violência não é um fantasma ou doença que os aflige sem motivo; pelo contrário, sua violência é uma adaptação de vidas vazias e muitas vezes brutais. Paradoxalmente, pode significar um tipo deformado de fraqueza e vulnerabilidade. Quando a violência atinge vítimas inocentes, assinala não um triunfo de coragem, mas, a perda de controle. A culpa tem um grau altamente destrutivo, pode tornar-se raiva de si próprio ou, se negada, dos outros. A proposta restaurativa é olhar para os verdadeiros custos humanos dos atos que cometeram. Pode acontecer que os ofensores construam racionalizações para os atos cometidos, acreditando que o que fizeram não é tão grave e que muitos agem da mesma maneira ou pior. A verdadeira responsabilidade será alcançada quando houver a compreensão da dimensão do ato pela ótica da vítima.

Mesmo havendo a recusa da vítima em participar da Justiça Restaurativa, outras possibilidades de práticas podem acontecer com o propósito de responsabilização do ofensor e, mesmo, o apoio ao retorno do convívio social. A reparação do dano faz parte do processo de diálogo, estendendo-se para possibilidades além da reparação pecuniária. A linguagem que se estabelece é acessível a todos os participantes e o respeito deve ser preservado, não podendo o infrator ser humilhado ou ter sua condição diminuída no debate. O processo restaurativo não revoga o princípio da inafastabilidade da jurisdição, considerando a voluntariedade da participação, apenas o complementa, contudo, a depender do diálogo interposto, pode afastar a aplicação das penas. E ainda práticas restaurativas podem ser empregadas em conflitos não judicializados, nas escolas, na comunidade, em Juizados de

Conciliação e em centros pré-processuais de resolução de conflitos. Caso haja a resolução, não há necessidade de judicialização do conflito.

2.2 Modelos de práticas restaurativas

Quanto aos modelos de práticas efetivadas para que a solução do conflito seja finalizada, podem-se descrever os mais utilizados para o processo penal, que são: a mediação entre vítima e ofensor, conferências familiares e processos circulares. Entre estes, o círculo restaurativo tem sido empregado no Direito Penal brasileiro com melhores resultados, considerando que inclui a rede de apoio aos envolvidos, tema que será desenvolvido em capítulo próprio.

2.2.1 Mediação entre vítima e ofensor

O conflito como regra é visto de maneira negativa, como guerra, briga, disputa, agressão, tristeza, violência, raiva, perda e processo. Quanto às reações fisiológicas, emocionais e comportamentais de cada um reagir ao conflito, constatam-se taquicardia, elevação do tom de voz, irritação, raiva, hostilidade e descuido verbal. As práticas cultuadas entre os envolvidos são de atribuir a culpa, polarizar a relação, caricaturar comportamentos e, mesmo, reprimi-los.

A possibilidade de perceber o conflito sobre outra ótica, de forma positiva, como fenômeno natural da relação dos seres vivos é um dos focos da mediação. A reviravolta está em transformar a visão do conflito para a busca do entendimento, da aproximação, da compreensão, da paz e da solução compartilhada, num processo baseado, não no perde/ganha, mas, sim, no ganha/ganha. Para tanto, os valores que enaltecem essas práticas devem ser de consciência verbal, equilíbrio, serenidade, compreensão e amabilidade. Para que se chegue a este nível de discurso é importante que o mediador tenha um treinamento para despolarizar a relação. É importante também oportunizar às partes participar das soluções, tornando-os proativos, podendo gerir suas emoções, e ainda tentar compreender comportamentos diferenciados.

O paradigma do Poder Judiciário como órgão responsável a resolver os conflitos na relação adversarial tem sido minimizada para estimular a solução consensuada e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de conflito. A dinâmica da punição retira o poder que as pessoas têm de transformar

o conflito e aprender com ele. Por meio da comunicação eficiente, estimulada por terceiros, busca-se um procedimento equânime que auxilie os envolvidos a produzirem resultados satisfatórios.

Sica adverte que os homens estão colonizados ao binômio punição/impunidade e este é um dos entraves à compreensão da mediação penal:

> É inegável que a adoção da mediação na atualidade passa pela quebra do paradigma de Justiça Penal vigente, o que pode ser justificado por diversos e sólidos motivos. A despeito de quaisquer considerações teóricas, no entanto, essa pretensão enfrentará como principal barreira o hábito de punir: punir, esperar pela punição, reclamar da impunidade, tornou-se hábito da sociedade contemporânea, cujas expectativas de Justiça e Direito foram colonizadas por uma dualidade; punição como solução/impunidade como problema, que, por extremamente simplista e superficial, acaba por oferecer uma saída ilusória para todas as angústias e aflições do cidadão contemporâneo. (SICA, 2007, p. 168.)

Processos desconstrutivos podem gerar *espirais do conflito,* em que, com o crescimento das reações, as causas originárias progressivamente se tornam secundárias a partir do momento em que os envolvidos se mostram mais preocupados em responder à ação que imediatamente antecedeu à sua reação, como no exemplo dado pela história que narra o cotidiano do trânsito em grandes cidades: num dia de congestionamento, determinado motorista sente-se ofendido ao ser ultrapassado indevidamente por outro motorista. Sua resposta inicial consiste em pressionar intensamente a buzina de seu veículo. Outro motorista responde também com a buzina e com algum gesto descortês. O primeiro motorista continua a buzinar e responde ao gesto com outro ainda mais agressivo. O segundo, por sua vez, baixa a janela e insulta o primeiro. Este, gritando, responde que ele devia parar o carro e "agir como homem". O segundo, por sua vez, joga uma garrafa de água no outro veículo. Ao pararem os carros, diante do semáforo, o motorista cujo veículo fora atingido pela garrafa de água sai do carro e chuta a carroceria do outro automóvel. Percebe-se o agravamento sucessivo das condutas e, caso houvesse um policial por perto, esse ato poderia ensejar um procedimento de Juizado Especial Criminal. Em audiência, possivelmente o autor do fato indicaria que ele fora a vítima e de certa forma estaria falando a verdade, uma vez que, dentro dessas reações, ambos eram ao mesmo tempo vítimas e ofensores. Diante desse contexto, a melhor forma de resolução dos conflitos seria a mediação como procedimento construtivo de resolução, com compreensão recíproca da controvérsia.

A mediação apresenta distinções em relação à conciliação sendo que a maior delas é que, na conciliação, o conciliador pode apresentar uma apreciação do mérito ou uma recomendação de uma solução tida por ele como justa, ao passo que, na mediação, tais

recomendações não seriam cabíveis. O mediador deve respeitar que o poder de decidir está nas pessoas. Também não há restrição de tempo para a realização da mediação, naturalmente há um planejamento, mas pode estender-se a depender da fluidez dos encontros. A mediação possui um escopo muito mais amplo do que simplesmente questões juridicamente tuteladas; busca-se a pacificação social. Ela parte da premissa de que não basta resolver a lide processual se os verdadeiros interesses não forem identificados e resolvidos. Além do problema imediato, há outros fatores que pautam o conflito, tais como o relacionamento anterior das partes, suas necessidades e seus interesses. Considera aspectos emocionais durante o processo, e ao mediador caberá conduzir um diálogo produtivo, superando as barreiras da comunicação violenta.

Como ressalta Spengler:

> A mediação desmancha a lide, decompõe-se nos seus conteúdos conflituosos, avizinhando os conflitantes que, portanto, perdem as suas identidades construídas antagonicamente. A mediação pretende ajudar as partes a desdramatizar seus conflitos, para que se transforme em algo bom à sua vitalidade interior. (SPENGLER, 2010, p. 320.)

Sica (2007, p. 164) observa que, dentro do Direito, no Direito Penal, foi criado um mundo alheio ao seu redor, separado dos outros direitos. Por isso se tornou mais *penal* e menos *direito*. Também, por isso, substitui qualquer forma de mediação do conflito pela imposição da pena. Criou-se para a sociedade, um nó a desatar: como legitimar, ou melhor, relegitimar a mediação como resposta penal. Como recuperar aquela noção de construção de Justiça e produção do Direito por meio do diálogo? A inflexibilidade da intervenção punitiva não só aprofundou o déficit comunicativo entre o sistema de Justiça e os cidadãos, como é o ponto crítico da crise dos sistemas de regulação social. A sociedade pós-moderna clama pela ampliação dos espaços democráticos. A mediação pode estabelecer novas atitudes na direção do comportamento criminal como forma de conter a expansão da vertente somente punitiva do processo adversarial, que separa as pessoas para buscar a inclusão social de todos os envolvidos.

A provocação de mudança nos comportamentos dos envolvidos pode acontecer pelo uso de algumas ferramentas do método autocompositivo utilizadas pelo mediador. As técnicas relacionadas abaixo foram repensadas no curso preparatório para mediação, realizado no CNJ e posteriormente reproduzido no *Manual de mediação penal* (AZEVEDO, 2013), para vários segmentos jurídicos:

a) *Recontextualização* – utilizada para que as partes percebam o contexto fático por outra perspectiva, buscando soluções positivas, como no exemplo de uma mediação realizada no contexto familiar. O diálogo da mãe com a filha era: "Minha filha, você ainda é uma criança, tem só catorze anos de idade. Em hipótese alguma vou permitir que você permaneça na festa até as três horas da manhã. Eu já havia estabelecido que o horário-limite é até uma hora da manhã; nossa cidade ficou perigosa depois da meia-noite. Eu já estou lhe dando uma colher de chá de uma hora!". Na recontextualização do foco do problema, o mediador resumiu-o da seguinte forma: "Maria, você está indicando então que se preocupa com o bem-estar da sua filha e que, como mãe zelosa, tem o interesse de que sua filha se divirta e gostaria de garantir que ela esteja em segurança ao sair à noite". A partir daí buscaram traçar metas para a convivência.

b) *Audição de propostas implícitas* – as partes muitas vezes se encontram em estado de ânimos exaltados e têm dificuldade de comunicar-se de maneira eficiente. Dentro dessa comunicação ineficiente, as propostas podem surgir sem que as elas percebam, como no exemplo: Joana reclama dos barulhos vindos do apartamento do seu vizinho acima. Ela se sente incomodada, sobretudo, à noite, entre as 23 horas e meia-noite, pela música e também pelo barulho da máquina de lavar roupas. A vizinha Rosane responde: "Ela é sensível demais a barulho, ninguém jamais havia reclamado. Eu chego em casa do trabalho e relaxo ouvindo a TV e meu filho, jovem, ouve música, enquanto está estudando. Nós somos pessoas decentes. Ela é uma problemática, sempre reclamando. Ela nunca sequer me disse uma palavra – já foi desde logo batendo no teto e, depois de poucos dias, recebo um comunicado para participar de uma audiência no Juizado de Conciliação". A proposta implícita é de que Rosane propõe que essas questões sejam resolvidas diretamente entre os próprios vizinhos de forma respeitosa e educada.

c) *Sessões privadas ou individuais* – utilizada para identificar questões que são almejadas com o encontro e permitem que a expressão forte de sentimentos se extravase, sem aumentar o conflito. Pode-se realizar um afago que constitui uma resposta positiva do mediador a um comportamento e ainda oportunidade em que o mediador percebe os riscos à ocorrência de atos de violência no encontro posterior. Como no exemplo de um acidente de trânsito em que a

vítima lesionada externou: “se eu o encontrar, acabo com ele!”. Percebe-se que, neste caso, a vítima não está apta ao encontro com o ofensor.

d) *Inversão de papéis* – consiste na técnica de estimular a empatia das partes por intermédio da orientação para que cada um perceba o contexto também sob a ótica da outra parte, como exemplo de um caso no contexto de dissolução de união estável por estar o casal cometendo atos violentos e ameaçadores. Reunindo o casal, em mediação, esta técnica pode ser utilizada para que um companheiro mude de lugar e perceba como se sentiria no papel do outro. Ilustra-se o caso com o exemplo da mulher que tinha tanto medo das ameaças que dormia com uma faca debaixo do travesseiro e do companheiro que também não dormia com medo da reação desesperada provocada por ciúmes da companheira. Neste caso, a técnica torna-se ainda mais eficiente quando se realiza a inversão de papéis com os filhos que conviviam com estas ações e reações com grande frequência.

e) *Geração de opções* – o papel do mediador não é de apresentar soluções, mas, sim, estimular as partes a gerarem opções. Perguntas podem ser elaboradas para ajudar a compreensão conjunta. Como nos exemplos: o que você pode fazer para ajudar a resolver a questão? Que outras coisas você poderia tentar? Para você, o que faria para que esta ideia lhe parecesse mais razoável?

f) *Normalização* – como regra, as partes, principalmente a vítima, sentem-se constrangidas pelo fato de estar em juízo ou mesmo em qualquer espaço que dialogue com o fato acontecido. Mostra-se fundamental que o mediador esclareça o conflito, como característica natural do convívio social no qual a participação de todos é de sua importância na construção do acordo. A par da normalidade, deve-se realçar que todos se preocupam com o restabelecimento do convívio social, sem a continuidade da violência. É recomendável que o mediador tenha um discurso voltado a estimular os envolvidos a perceberem o conflito como oportunidade de melhoria na relação conflituosa do mundo da vida, como no caso de furto. Apesar de acontecerem a cada minuto, nos mais variados cantos deste país, não se considera uma atitude aceita normalmente, a ação é repelida, mas busca-se uma proposta de ação para o futuro dos envolvidos. Ilustra-se o caso com o exemplo de furto praticado por empregada doméstica, no âmbito do contexto de trabalho, acontecido numa cidade de pequeno porte. Desconfiada do sumiço de valores, a dona da casa colocou certa

quantia numa gaveta e retirou-se da casa por um tempo, ficando nela somente a doméstica. Ao voltar, deparou-se com a falta da quantia. Sem saber o que fazer e imbuída de todos os sentimentos negativos, pensou em acionar a polícia e logo desistiu por temer a repercussão para a doméstica que não conseguiria mais arrumar nenhum trabalho e ainda temia que sua versão não fosse provada como determina os tribunais. Diante da delicadeza do caso, por envolver convivência diária, foi marcada uma mediação para a solução do conflito, no Juizado de Conciliação[6]. Reuniram-se e os relatos foram expostos. A responsabilidade pelo ato foi assumida e ainda se estabeleceu a devolução de todo o dinheiro. As qualidades da doméstica foram pontuadas e, após muita conversa, ela explicou as necessidades financeiras pela qual passava. Não significa que se entende normal, mas, humano. A partir daí, a empregadora comprometeu-se a ajudá-la e não a dispensou do trabalho.

Furtos praticados dentro das residências por pessoas que estiveram a permanência autorizada são considerados formas qualificadas de furto, pelo abuso de confiança. Em muitas vezes, suspeita-se de alguém e esta pessoa, quando perguntada, nega a autoria, e a resposta é afastar este sujeito ou mesmo dispensá-lo dos trabalhos, caso sejam prestados. A negativa da autoria por aquele que praticou o ato dificulta o processo de recomeçar o relacionamento. Portanto, o medo faz com que os sujeitos não assumam seus atos. Diante do contexto, a proposta poderá ser a de reconhecimento e perdão. Com a contrapartida do perdão, assumir a responsabilidade torna-se mais fácil. A fraqueza de ter praticado o furto somado à fraqueza do medo das penalidades, dificulta a responsabilização.

g) *Organização de questões e interesses* – é importante que o mediador estabeleça clareza em relação ao conflito, como no exemplo da fala do locador ao inquilino: “Se algum vizinho reclamar do barulho de novo, eu vou te expulsar do apartamento!”. O interesse subtraído foi de que o locador quer ter um bom relacionamento com os vizinhos e com o próprio locatário. O despejo do inquilino não é o interesse real, nem mesmo a ameaça. O interesse é a convivência pacífica.

[6] Juizado de Conciliação compõe a estrutura do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no âmbito pré-processual, em funcionamento dentro da comunidade, como espaço que oportuniza a mediação e conciliação de conflitos.

h) *Enfoque prospectivo* – a mediação e mesmo toda a rede principiológica da Justiça Restaurativa busca soluções voltadas para o futuro das relações. A pergunta que se faz ao ofensor é: caso se repitam, no futuro, idênticas circunstâncias, que procedimento poderia ser tomado para que essa situação não volte a repetir-se?

i) *Validação de sentimentos* – consiste em identificar os sentimentos que a parte desenvolveu em decorrência da relação conflituosa e abordá-los como consequência natural dos interesses legítimos que a parte possui, como no caso da doméstica, citado acima, em que ela pediu que se mantivesse em segredo a prática porque tinha vergonha dos pais.

j) *Exploração de opções* – significa vislumbrar as diversas possibilidades que emanam das propostas e, só então, compará-las e combiná-las. Para cada ideia devem ser discutidos pontos fracos e pontos fortes, suas implicações e consequências. Além de explorar as opções, é importante reconhecer os possíveis resultados que podem advir de cada um dos envolvidos para melhor atender aos seus interesses. Quando não há possibilidade de acordo, cabe ao mediador demonstrar as experiências positivas que foram tiradas do processo, ainda que não tenha construído um plano de ação. O mediador agradece aos envolvidos, deixando claro que o acordo não é o único resultado possível e satisfatório dentro da mediação.

O papel dos operadores do direito (órgão acusador, defensor e juiz), no âmbito da mediação, é de aproximar as partes por meio do fortalecimento de vínculos sociais e comunitários. A mediação, quando chega a um acordo, sujeita à homologação judicial, se realizada dentro do processo judicializado. Feita a mediação fora deste contexto, como no exemplo do Juizado de Conciliação, no âmbito pré-processual, o acordo dispensa a homologação. A abrangência da matéria nesses Juizados de Conciliação, como no projeto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em parceria com as comunidades e escolas, não se alcançam questões penais, por não ter o poder coercitivo estatal de impor punições. Contudo, questões postas como citadas acima, advindas em meio a vários conflitos como em briga de vizinhos, que desencadeiam vários tipos penais, ou em lesões corporais e ameaça no contexto conjugal de divórcio ou dissolução de união estável, furtos praticados por pessoas próximas, entre inúmeras outras possibilidades de conflitos em que se misturam questões cíveis com criminais, percebe-se que há uma possibilidade de proposta de pacificação de todo o conflito e

caso este seja pacificado, cumpriu a mediação a missão. E se, porventura, persistirem os atos violentos ou em caso do acordo não cumprido, não restará outra opção que não o encaminhamento ao método tradicional.

Colocar os envolvidos um diante do outro produz efeitos positivos de todos reavaliarem as condutas alheias e também de reavaliar a si mesmos. Na medida em que se percebe o Poder Judiciário como um *hospital de relações humanas*, a mediação pode estender-se a outros programas que necessitam de apoio de uma rede, como no caso de graves violências domésticas, drogadição, violência sexual, entre outros. Nesses casos, é aconselhável buscar outra forma de resolução de conflitos por meio de círculos restaurativos que tenham a participação de um grupo de apoio.

2.2.2 Conferências familiares

Nesta prática, busca-se o envolvimento da família, de amigos, de policiais, além de operadores do direito e do facilitador. É feita a narrativa dos fatos e oitiva dos envolvidos e, após, familiares e acompanhantes poderão manifestar-se. Em seguida, o ofensor reúne-se com seus acompanhantes a fim de se responsabilizar e estabelecer uma solução para o conflito. A proposta é apresentada para a vítima e seus familiares, objetivando um acordo de forma consensual. Normalmente, os acordos envolvem pedido de desculpas, restituição do dano à vítima e serviços à comunidade.

Este modelo tem melhores resultados em casos de atos infracionais em que as famílias dos envolvidos constroem conjuntamente a solução pacífica dos conflitos. Como no exemplo do caso de lesão corporal, ameaça de morte e furto, que envolveu jovens que participaram de uma festa de passagem de ano organizada por vários adolescentes. De acordo com o relato, dois jovens começaram a fumar maconha no local e o anfitrião pediu-lhes que não utilizassem drogas. Como não foi atendido, começou uma briga, quando alguns rapazes sofreram lesões corporais. Durante a confusão, sumiram objetos de um dos ofensores. No dia seguinte, um irmão de um dos rapazes que sofrera lesão corporal ameaçou os outros de morte. Nesse contexto, o juiz identificou que a prática proposta deveria ser a conferência entre famílias por pertencerem os jovens a uma mesma comunidade. Aconteceram seis encontros. Todos tiveram oportunidade de relatar como perceberam o conflito e como se sentiram com o ocorrido. Os pais relataram os transtornos por que passaram com o conflito e o pai daquele que fora agredido relatou que pensou em “fazer justiça com as próprias mãos”, diante da raiva que sentira ao ver seu filho com lesões corporais graves. Ao final, todos os membros das famílias

das vítimas e ofensores reuniram-se. Lembrou-se que todos tinham responsabilidade pelo ocorrido. Os rapazes agressores pediram desculpas às vítimas e ficou decidido como forma de reparar os danos que todos ajudariam a uma instituição de crianças carentes da comunidade e ainda foi esclarecido que o furto não fora praticado pelos rapazes que praticaram as ofensas, mas que foram responsáveis pelo ato, uma vez que provocaram a briga e outras pessoas se aproveitaram dela para levar os objetos. Relatos dos pais, após o cumprimento do acordo, mostram que os filhos amadureceram com o desfecho, além do ganho entre famílias que haviam rompido relacionamentos com o conflito e voltaram a se falar e a conviver, restaurando as relações sociais.

2.2.3 Processos circulares

Círculos restaurativos são encontros que envolvem a participação das partes (vítima e infrator), da comunidade, dos familiares, de amigos ou outras pessoas indicadas, compondo a rede de apoio, com um facilitador, que auxiliará a comunicação dos envolvidos a fim de que alcancem a melhor solução para o conflito. Traduz-se no encontro que tem por objetivo restaurar o equilíbrio das relações. O terceiro que conduz o círculo pode ser denominado de *facilitador* ou *guardião do grupo*. Emprega-se, nesta tese, o termo *facilitador*. O círculo constitui-se no momento de externar sentimentos que foram desencadeados pelo ato falho. Pode ser que, no início, os participantes se sintam inibidos de falar. O facilitador pode começar a indagar: como você se sentiu? Como sente agora? É um ouvir coletivo com entendimentos diferentes. Toda a base teórica sobre círculos restaurativos foi retirada das experiências e relatos da estadunidense Pranis, que, desde 1994, dissemina a prática e a define como sendo:

> O processo circular é um processo de diálogo que trabalha intencionalmente na criação de um espaço seguro para discutir problemas muito difíceis ou dolorosos, a fim de melhorar os relacionamentos e resolver diferenças. Fazer uso de um processo circular não é apenas colocar as cadeiras em círculos. Uma preparação cuidadosa é essencial para que se tenha uma boa prática quando se utilizar este processo. (PRANIS, 2010a, p. 37.)

Para o desenvolvimento dos círculos, três etapas devem ser observadas: pré-círculo, círculo e pós-círculo (ANEXO A).

O pré-círculo consiste basicamente no convite à participação para o círculo feito pelo facilitador aos principais interessados (vítima e infrator). Em caso de aceitação, o facilitador

explicará a dinâmica do encontro, podendo as partes indicar pessoas que as apoiarão durante a participação no círculo.

O círculo é o efetivo encontro entre vítima, ofensor e comunidade. No início, devem-se estabelecer os fundamentos e as regras, por meio do momento designado de *cerimônia de abertura*, em que são dadas boas-vindas, com a apresentação do objeto de fala[7], dos valores e da condução do processo. É um momento de acolhimento por parte do facilitador quando deve ser esclarecido que o espaço do círculo é um espaço seguro para se falar dos sentimentos e necessidades, um espaço sem julgamento, em que cada um e todos juntos buscarão, de forma horizontal, as respostas para aquilo que afeta seus participantes. É o que se pode denominar de *primeira rodada*.

O segundo momento é de o contar histórias com o objetivo de enaltecer os valores de cada participante na tentativa de demonstrar o que a pessoa traz de melhor. O crime é o pior de alguém e não é feito sozinho. Busca-se criar empatia, compartilhar esforços humanos. É o que se pode denominar de *segunda rodada* do objeto de fala, que tem como objetivo estabelecer a conexão entre os participantes. Pode o facilitador fazer uso de várias técnicas. Exemplifica-se com algumas sugestões: fechar os olhos e respirar fundo e depois narrar como está sentindo-se. Ou estender aos participantes falar de alguma pessoa que inspira sua vida, com a utilização de fitas. Com esta técnica, cada participante recebe um pedaço de fita e, a partir da fala de cada um, a fita é amarrada para formar um círculo único. Ou contar a história de seu nome, também com fitas. E ainda perguntar o que toca o coração, o que dá esperança, o que seria demonstrar respeito, o que os sustenta em tempos difíceis. Este momento é importante para que as pessoas tenham consciência de que o círculo começou e experimenta as regras. É comum os sentimentos aflorarem-se e a presença de choros e nervosismo. O grande mérito do círculo restaurativo é tirar a vítima e ofensor do lugar engessado para transformar-se num lugar de histórias de vida, com a compreensão de que várias situações ruins aconteceram e posteriormente se transformaram em não tão amargas. Estabelece-se a conexão com o outro que está em sua volta.

A *terceira rodada* de fala traz indagações que permeiam o trauma provocado pelo ato falho. São sugeridos diálogos mais aprofundados, como narrar um momento em que o sujeito se descontrolou, momento que estava fora da zona de conforto, uma experiência de ter

[7] Objeto de fala é um objeto qualquer que é escolhido para ser passado entre os participantes, conduzindo as oportunidades de fala. Só quem estiver com objeto pode falar. Simultaneamente o objeto passa pelos participantes. Caso haja a ansiedade de interromper o falante, o facilitador interrompe a sessão, lembrando a todos que essa regra foi apresentada no início do círculo e deve ser cumprida. Uma folha em branco e caneta são distribuídas no início do círculo para que a pessoa que não estiver falando anote as ponderações que queira fazer.

causado dano a alguém, uma experiência de libertar-se da raiva ou do ressentimento, uma experiência de não pertencimento, uma situação em que o participante tenha tido a experiência de injustiça ou de justiça, e como se sentiu no momento do conflito.

As demais rodadas pontuarão o ato, e as questões vão surgindo até chegar o momento de oferecer propostas concretas de como exercitar as formas de se resolver o conflito. Os envolvidos terão a oportunidade de expressar-se e chegar a um acordo em que o agressor assumirá responsabilidade, oferecendo uma proposta de reparação à vítima. A tomada de decisão deve ser consensual. Num círculo, o consenso significa que todos podem viver com aquela decisão e apoiá-la. Pode ser que a decisão não seja o ideal para todos, mas ela precisa ser aceitável para todos. A eficácia do processo consensual depende de uma sólida visão partilhada, equidade de vozes e relacionamentos de confiança entre os participantes. O objeto de fala oferece voz igual para todos de modo a construírem relacionamentos ao longo de todo o processo. Chegar a um consenso no círculo não é tão difícil como a maioria das pessoas imagina, mas as decisões obtidas de forma participativa têm uma vantagem significativa sobre as decisões impostas por um terceiro. Elas são muito mais eficazes porque todos estão empenhados e unidos na intenção de fazê-la funcionar. A responsabilização feita diretamente pela pessoa e perante os outros difere da responsabilidade imposta pelo Estado. O círculo propõe a responsabilidade dos participantes por condições sociais que contribuam para a responsabilização do ofensor, bem como em promover condições de atender às necessidades da vítima e do ofensor.

No *pós-círculo*, um novo encontro entre os participantes é marcado. Nesta fase, torna-se necessário que o facilitador verifique se o infrator assumiu sua responsabilidade, cumprindo o acordo e se a vítima se sentiu restaurada com a proposta oferecida. Mesmo que não haja um encontro físico, a constatação pode dar-se por meio de telefone, como acontece em Brasília, no Núcleo Bandeirantes. Ainda pode haver, no pós-círculo, a celebração do cumprimento do acordo, como também examinar as causas de qualquer descumprimento de obrigações, identificando os próximos passos, adaptando os acordos, conforme a necessidade, com base em novas informações e acontecimentos.

Os círculos caracterizam-se pela ausência de quinas, inclusão de todos os envolvidos, conexão, ação e reação, igualdade e fluidez. A rede de garantias participa do grupo como apoiadores que buscam “jogar a luz no lugar certo”, ou seja, contribuir para a solução pontual do caso concreto, para além do procedimento tradicional. Fomenta os suportes aos envolvidos na situação de conflito, sendo classificada de rede primária a presença de pessoas diretas como familiares, colegas e amigos; e rede secundária, a participação dos membros da

comunidade e de organizações/instituições sociais. O princípio da humanidade faz-se presente no sentido de que a participação indica o resgate da essência: “valer a pena relacionar-se com o outro”.

A característica central dos círculos é de primeiro ter que construir os relacionamentos, antes da discussão do fulcro da questão. Os círculos intencionalmente retardam o diálogo sobre temas contenciosos, até que o grupo tenha avançado um pouco na construção de relacionamentos. Antes da discussão das questões difíceis que motivaram o círculo, faz-se uma rodada de perguntas e respostas em que os participantes contam algo sobre si mesmos e posteriormente se estabelece a construção dos valores e orientações do círculo. Essas rodadas têm também a finalidade de apresentar os participantes uns aos outros de uma forma inesperada e, assim, delicadamente desfazer preconceitos recíprocos. A criação conjunta de orientações oferece ao grupo a oportunidade de vivenciar a busca de terreno comum, apesar das diferenças. Cumpre destacar que nem todas as pessoas participam até o final. Este processo pode não ser suportado por algum participante, que pede a autorização para abandonar o círculo.

O nome do procedimento denota que a disposição física é importante nos processos circulares. Os participantes sentam-se em círculo, de frente uns para os outros, sem mesas ou outros móveis entre eles. Um grupo de pessoas em círculo, sem obstáculos, terá uma dinâmica diferente do que um grupo de pessoas em filas de cadeiras, ou mesmo um grupo em volta de uma mesa redonda. A geometria do círculo estimula a presença plena, enfatiza a igualdade e realça a interconexão entre os membros e ainda estimula a responsabilização, pois cada participante pode olhar diretamente para todos os outros. Não há onde se esconder num círculo.

A liderança é compartilhada. Vários dos elementos estruturais e características do círculo deslocam a responsabilidade do facilitador para o conjunto dos participantes. A criação coletiva de valores e orientações para o círculo envolve todo o grupo na definição de expectativas de conduta para todos. Quando isso acontece, é mais provável que os participantes assumam responsabilidade por garantir que tais expectativas se realizem, e é menos provável que fiquem na dependência do facilitador como sancionador. O movimento do objeto de fala, que vai passando de pessoa para pessoa na ordem em que estão sentadas, ou não, regula o diálogo e reduz muito o papel e o poder do facilitador. Num círculo, o facilitador pode falar sem o bastão de fala, mas só o faz se houver um problema sério no processo que demanda atenção imediata. A qualidade do processo é responsabilidade de todos os participantes e, não apenas, do facilitador. Pelo fato de ele se sentar como um igual dentro do

círculo, e geralmente só falar quando recebe o objeto de fala, tende-se a depender menos dele as soluções ou controle.

Não é conveniente que o círculo se afaste muito da data do fato, porque a vítima pode estabelecer a fase de desconectar-se do processo, o que dificulta a aceitação em participar de práticas restaurativas. Já para o infrator as práticas são produtivas em qualquer fase, considerando que dão oportunidade de não anulação do sujeito, reconhecendo-o como ser humano pertencente a uma comunidade que pode acolhê-lo. Podem ser realizados vários círculos restaurativos, com família, com a vítima, com a comunidade, com o propósito de reconhecer o infrator como agente da sua própria história, não, como inimigo. A comunidade participa em rede numa perspectiva de encontrar possibilidades de reconstruir vínculos com o entorno. O envolvimento desses terceiros, ligados àqueles diretamente envolvidos no conflito, bem como de serviços públicos sociais é fundamental para que o equilíbrio de forças possa estabelecer-se.

Percebe-se que o processo de comunicação que ocorre no encontro restaurativo desvela, por meio da emoção do confronto de perspectivas, os interesses e necessidades ocultas, bem como as bases em que se enraízam os problemas vividos. É nessa lógica espiral de aprofundamento que se mostra potente o esforço de ressignificação dos conflitos, por meio da conexão e do engajamento de terceiros.

No alicerce da estrutura dos círculos estão os valores que nutrem bons relacionamentos com os outros e os ensinamentos-chaves comuns. Para criar os valores fundamentais do círculo, os participantes identificam aqueles considerados importantes para um processo saudável e que traga bons resultados para todos: honestidade, respeito, abertura, cuidado, coragem, paciência e humildade. As palavras exatas variam de grupo para grupo, mas os valores gerados pelos círculos em uma imensa variedade de contextos são essencialmente consistentes. As pessoas apresentam-se com o que traduz o melhor de si mesmas. Desta forma, os valores não são presumidos nem tampouco impostos pelo facilitador.

As raízes indígenas do processo circular contribuem com conhecimentos-chaves para os fundamentos do círculo. Esses conhecimentos estão ligados à imagem do círculo como metáfora para o modo como funciona o Universo. Para muitos povos indígenas o círculo, como símbolo, traduz uma visão de mundo, uma forma de compreender o seu funcionamento. Eles são partes integrantes dessa visão e do próprio espaço do círculo na ótica de que tudo está interligado.

Embora tudo esteja interligado, há partes distintas, e é importante que essas partes estejam em equilíbrio. Cada parte do universo contribui com o todo e é igualmente valiosa. O pressuposto dessa interligação tem implicações profundas para os relacionamentos humanos. Significa que não é possível expulsar, excluir ou livrar-se de ninguém ou de nada.

A grande diferença do círculo restaurativo para a mediação vítima–ofensor está na rede de apoio. A busca de envolvimento da comunidade tem o poder de resignificar os encontros. São pessoas engajadas que podem apoiar as necessidades de cada um. É concretização da reflexão de Arendt (2005, p. 223) de que ninguém veio ao mundo só para observar. Toda ação provoca uma transformação. O mundo é uma construção propriamente humana, a permitir que os homens estejam continuamente relacionados entre si. Uma crise obriga as pessoas a voltarem-se às questões e exige-lhes respostas novas ou velhas, mas, de qualquer modo, julgamentos diretos. Uma crise só se torna um desastre quando se responde a ela com juízos pré-formados, isto é, com preconceitos. O pensamento engessado do preconceito não apenas aguça a crise como priva as pessoas da experiência da realidade e da oportunidade por ela proporcionada à reflexão.

A lógica do "porque você fez isso, será castigado!" deve ser substituída pela lógica do "o que você pode fazer para restaurar isso?". O sentido do termo *restaurar* como sinônimo de *recomeçar* estende-se à satisfação das necessidades emocionais, estabelecendo a conexão entre a Justiça Restaurativa e o amor. Como realçado por Van Ness e Strong, *apud* Lara:

> Este alinhamento de justiça e amor é algo vai além da concepção secular de justiça. O efeito do perdão visa produzir a transformação interior para proporcionar uma nova visão total do homem em comunidade e descobrir as possibilidades de convivência. A justiça restaurativa pode fazer o que a lei como tal nunca poderá: ela pode curar a ferida fundamental do qual toda a humanidade sofre e que transforma a melhor justiça humana constantemente em injustiça, a ferida do pecado. A justiça distributiva não pode nos levar além da norma da reparação, a justiça comutativa pode fornecer apenas a devida compensação e a justiça retributiva não tem meios de reparar o dano, salvo pela punição e expiação. A Justiça Restaurativa, como é revelada na Bíblia, por si só tem o poder positivo para vencer o pecado. (VAN NESS; STRONG *apud* LARA, 2013, p. 23.)

Apesar de o círculo restaurativo ser a principal prática de processo circular, pode-se utilizar a metodologia de processos circulares em outras possibilidades com a utilização de círculos para propósitos diversos. Registram-se outros tipos de círculo como o de celebração, de construção do senso comunitário, de restabelecimento, de apoio, de reintegração e de tomada de decisão grupal.

a) *Círculos de celebração ou reconhecimento:* reúnem um grupo de pessoas para prestar reconhecimento a um indivíduo ou a um grupo e compartilhar alegria e

senso de realização. Em geral não é necessário gerar valores e orientações específicas para um círculo de celebração, salvo pela concordância em usar o objeto de fala, respeitando-o. A preparação para um círculo de celebração envolve basicamente logística e convites. Podem ser utilizados para prêmios, despedidas, e muitos outros eventos marcantes.

b) *Círculos de construção do espírito comunitário:* têm o propósito de criar laços e construir relacionamentos entre pessoas que têm um interesse em comum. Os círculos de construção do espírito comunitário dão apoio às ações coletivas eficazes e à responsabilidade mútua. Podem ser utilizados como etapa preliminar em preparação a um círculo de tomada de decisão em que se buscará consenso.

c) *Círculos de restabelecimento:* têm o propósito de partilhar a dor da pessoa ou pessoas que passaram por traumas ou perdas. Deles poderá emergir um plano para apoiar, mesmo fora do círculo restaurativo, a pessoa que sofre um trauma. Trazem, em sua metodologia, o conceito africano de que "uma pessoa ser pessoa por meio das outras pessoas". Partem do envolvimento da humanidade vinculada. Nas observações de Rolim:

> Se pudermos definir a nossa humanidade dessa forma, tendo como pressuposto nossa relação com os demais, então o dano causado a quem quer que seja produzirá um dano a nós mesmos. Muito além da punição do agressor, então – pela qual se produz um novo dano – importa reparar o mal causado e restabelecer o relacionamento entre as pessoas, compreendendo-se que foram de alguma forma, feridas pelo ato indesejável. (ROLIM, 2004b, p. 7.)

d) *Círculos de apoio:* reúnem pessoas significativas para dar apoio a alguém que está passando por uma dificuldade em especial ou uma grande mudança de vida. Os círculos de apoio, em geral, são constituídos de encontros regulares ao longo de determinado período de tempo. Eles podem, por consenso, desenvolver acordos ou planos, mas muitas vezes não são círculos de tomada de decisão. Buscam fomentar a alegria, o afeto, a gentileza rumo à libertação da mágoa e dos julgamentos e, consequentemente, da dominação do trauma. Egberto Penido ressalta que:

> A nossa capacidade de implementar, registrar, ajustar, aprimorar e se responsabilizar por dinâmicas restaurativas implementadas em sintonia com a potência deste momento histórico depende das escolhas que fazemos e faremos neste momento. Devemos então – sem perder nossa condição de juristas – ser como poetas, percebendo o tempo que se avizinha (tendo os olhos para perceber o novo) e traduzindo-se em arte – no caso, em arte de encontro. Fazendo as escolhas certas, no

> momento certo e da forma certa. Nesta harmonia, teremos algo próximo daquilo que chamamos Justiça como valor; pois a Justiça, como dito pelo poeticamente pela atriz Leona Cavalli: é a beleza em movimento. (PENIDO, 2012, p. 1.)

e) *Círculos de reintegração:* reúnem um indivíduo com um grupo ou com a comunidade da qual o indivíduo foi retirado a fim de reconstruir ligações e integrar o indivíduo de volta ao grupo. Frequentemente estes círculos desenvolvem acordos consensuais. São muito usados para jovens e adultos que voltam para suas comunidades, advindos de prisões ou instituições correcionais na reintegração social. Para a efetivação do programa do CNJ intitulado *Cidadania nos Presídios*, torna-se fundamental esta prática, em que se verificam situações possíveis de indulto ou de progressão de regime e ainda possibilita o diálogo não só do juiz e do jurisdicionado, mas, sobretudo, busca o grupo social e familiar para que possam amparar e conduzir o sentenciado, criando ações de reequilíbrio social.

f) *Círculos de tomada de decisão:* modalidade em que um grupo se reúne para uma tomada de decisão consensual. Neste caso, a preparação é parte importante do processo, e poderá exigir a realização de círculos de formação de espírito comunitário, antes que se reúna o grupo para a tomada de decisão. Grupos de trabalho, conselhos diretores, conselhos consultivos e famílias vêm usando estes círculos de tomada de decisão para tomar resultados importantes no escopo de suas comunidades.

Em muitas práticas restaurativas, por vezes, os objetivos misturam-se. É importante notar que essas finalidades se sobrepõem. A maioria dos círculos são, em parte, círculos de construção de espírito comunitário, que produzem o efeito de restabelecimento para alguns participantes com o apoio. A tipologia apenas marca o propósito primário de cada círculo. Portanto, o processo circular pode abarcar vários tipos de círculo, à medida que o processo avança por suas várias etapas.

Práticas restaurativas respondem à indagação de Luiz Eduardo Soares sobre o processo de transformação positiva do sujeito:

> A transformação positiva de uma pessoa é muito mais inspiradora e capaz de influenciar do que a punição severa de um criminoso seria capaz de atemorizar e afastar do crime quem pretendesse cometê-lo. O método atual, além de não ser eficaz no convencimento de quem está disposto a delinquir, produz efeitos negativos no condenado, porque humilhações e sofrimento dificilmente conduzem ao arrependimento e ao enobrecimento de espírito. Para mudar, a pessoa tem de

> valorizar a si mesma, o que só acontece se ela se sentir valorizada pelos outros. Apenas descobrindo em si mesmo valores positivos uma pessoa reúne forcas suficientes para buscar algum processo de transformação pessoal e revisão crítica, porém construtiva, de seu passado, de sua trajetória como sujeito, cidadão, pai, filho, amigo, esposo. Por isso a privação da liberdade não é adequada quando se busca "ressocialização". Prender alguém não contribui para se tornar melhor. (SOARES, 2011, p. 100.)

A presença de advogados nas práticas restaurativas é permitida, desde que respeite as regras de atuação. É comum o advogado, logo no início, apresentar a proposta de acordo. Neste caso, o facilitador instrui que ainda não será o momento. O tempo gasto na criação de um senso de espaço partilhado e interconexão grupal aumenta o nível de segurança emocional, que por sua vez permite que verdades mais profundas se aflorem. Esse tempo também promove consciência da humanidade partilhada por todos os participantes. O advogado acostumado à defesa técnica depara-se com um processo demorado de escuta, em que a oratória se baseia no contar histórias que cerceiam os fatos e elas são contadas em caráter sigiloso. Os operadores do Direito (advogados, defensores públicos, juízes e promotores) desde os bancos das universidades são educados ao litígio, aprendendo a fazer peças jurídicas e a defendê-las, sem que haja preocupação com a pacificação da sociedade. Esta perspectiva vem mudando com a exigência do Ministério da Educação, dentro dos cursos de direito, da obrigatoriedade para técnicas de conciliação, mediação e arbitragem, como formas que primam para um processo pacificador. O advogado não perde espaço nesse processo, pois ele intervém, desde a aceitação das partes, pelo programa até na avaliação de sua validade, sob o ponto de vista jurídico, questionando-a, se for o caso. E ainda se pode perceber um ganho para a advocacia a participação dialógica de advogados e defensores públicos na concretização dos comandos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e do Código de Ética em exercer sua função social, defender a paz, a solução pacífica dos conflitos e ainda estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios[8].

Ainda com o novo Código de Processo Civil, a solução consensual dos conflitos se faz regra com métodos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, podendo ser adotadas em todos os procedimentos, só não acontecendo se as partes manifestarem expressamente o desinteresse. Havendo o interesse de uma das partes, a conciliação ou a mediação deve ser tentada com a finalidade de uma solução da lide de forma consensuada, na ótica da pacificação. Essa alteração processual civil reflete no processo penal, possibilitando que se

[8] Conforme artigo 2.º, parágrafo único, VI, do Código de Ética da OAB, em consonância com os comandos constitucionais dos artigos 3.º, I, e 4.º, VI e VII.

busque a mesma principiologia e oportunize às partes envolvidas práticas restaurativas como forma de resolução do conflito penal.

2.3 Conceito

Na delimitação de um conceito, pode-se definir Justiça Restaurativa como sendo a interpretação do Direito Penal baseada no respeito a direitos fundamentais de todos os envolvidos no conflito, numa relação comunicacional, buscando, por meio do consenso, oportunidades de recomeço pelas práticas restaurativas, dentro de determinado grupo social. Propõe o trocar as lentes de paradigmas postos de análises feitas sob a ótica de um dos envolvidos ou de um terceiro, para uma compreensão conjunta do significado da ação diante do contexto social de todos os envolvidos.

O crime é entendido como um conflito que causa dano às pessoas e às relações; este dano é definido concretamente num espaço em que as necessidades e direitos das vítimas são levados à discussão; e a dimensão interpessoal tanto da vítima como do ofensor torna-se relevante. A responsabilização compreende o oposto de: *pague e não receba punição*. A responsabilização direciona o envolvido ao futuro das relações rompidas, em que o ofensor sai da posição de sujeito passivo e tem seu papel reconhecido em construir a história com a comunidade, esta como suporte contínuo de reintegração. As instituições, no modelo tradicional, decidem e retiram a autonomia da solução de conflitos de cada ator do conflito penal.

Muito mais que definir o conceito e mesmo criticá-lo, torna-se necessário vivenciar as práticas e seus efeitos. Não é possível avaliar as ações consubstanciadas em novo paradigma, com base na visão do paradigma[9] punitivo. Sendo o Direito uma ciência social aplicada, não se pode (des)construir o conceito de Justiça Restaurativa sem a experiência pragmática do contato com o mundo da vida dos infratores e das vítimas.

Nos treinamentos para conduzir práticas restaurativas (facilitadores, guardiães ou mediadores), a maior dificuldade encontrada é o respeito pelo poder de decisão dos envolvidos. As pessoas estão enraizadas na ótica da reificação, na perspectiva de transformar conceitos em realidades a partir do ponto de vista do terceiro em relação ao conflito. A primeira grande

[9] "O termo *paradigma*, concebido por Thomas Kuhn, pode ser entendido como consenso científico enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo. São interpretações reconhecidas universalmente que fornecem problemas e soluções para uma comunidade científica.". (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 52.)

lição de aprendizagem proposta é acreditar que a solução não é concebida pela mente do intérprete, mas, sim, pelas partes envolvidas. Como destacado por Saliba:

> Dentro das bases da pós-modernidade, a intersubjetividade e a integração social, a consensualidade, numa razão comunicacional, também servem de base para o estabelecimento desse novo modelo de justiça. A resposta ou censura deixa de ser imposta verticalmente numa relação de poder e passa a ser discutida horizontalmente, com igualização dos envolvidos e empoderamento das partes. (SALIBA, 2009, p. 147.)

Na interpretação de Pedro Scuro Neto, fazer justiça do ponto de vista restaurativo significa adotar práticas que contenham uma visão mais ampla da compreensão do crime:

> Dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo. (SCURO NETO, 2000, p. 21.)

Sendo a Justiça Restaurativa uma resposta diferenciada às questões, melhor seria usar-se a expressão *Restauração da Justiça Penal*. A sentença, com a resposta culpado/inocente, realmente não pacifica os litigantes, pois sempre deixa uma ou as duas partes descontentes, nem que seja parcialmente, prova disso é a quantidade de recursos que chegam aos tribunais todos os dias. É necessário alterar a *cultura da sentença* para a *cultura da pacificação*. Já foi criado no imaginário popular, sobretudo, nas notícias diárias sobre crime, que a punição deve significar castigo pelo que se fez. A própria expressão penitenciária liga-se à ideia de penitência, em que se pretende um sacrifício pessoal para pagar um pecado cometido. Na estrutura restaurativa, a responsabilização é definida como desempenhar ações para reparar o dano e compensar a vítima. As indagações de Zehr (2008) ajudam os interessados a detalharem os elementos da responsabilização que são: reconhecer o dano causado; compreender como os outros foram atingidos pelo ato; agir para reparar os danos (físicos e emocionais), agir para mudar hábitos e estilos de vida que contribuem para a prática de um crime. Contudo, todo esse processo de aceitação da responsabilidade pessoal só pode surtir o efeito de transformação se os indivíduos tiverem como direcionar suas ações. A responsabilidade individual deve caminhar com a responsabilidade social. Observa-se que, em

certos casos, o pedido de desculpas pode ser mais pacificador do que qualquer outra penalização imposta.

Vários são os enunciados que dão diretrizes a práticas restaurativas, sendo que, na Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, de 13 de agosto de 2002, firmam-se o conceito e a diferença entre as terminologias de programa restaurativo, processo restaurativo e resultado restaurativo, como sendo:

> **Programa Restaurativo** – se entende qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos. **Processo Restaurativo** – significa que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, 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. **Resultado Restaurativo** – significa um acordo alcançado devido a um 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.

2.3.1 Práticas restaurativas nos tribunais

No entorno, o caos de presídios superlotados está formado, grande reprodutor de violência. O desafio que se propõe é quebrar o gelo, revisitar decisões, saber ouvir e mudar as atitudes. A grande indagação que se deve fazer é: o que a gente quer nas relações humanas? Torna-se urgente buscar novo horizonte além daquilo que está posto e se experimenta.

Os professores de processo penal costumam ensiná-lo de maneira a representar uma pirâmide, de forma polarizada, em que cada eixo não se conecta. A proposta é incluir, dentro dessa estrutura, o ensinamento da possibilidade do pensar outras práticas.

FIGURA 1 – Proposta de inserção das práticas restaurativas nos tribunais



Fonte: Elaborada pela autora.

Entende-se que o processo deve ser visto sob o ângulo de que, ao lado de partes adversariais, existem pessoas que coexistem na mesma sociedade e que o crime merece um olhar de aparar arestas, olhar de pacificação. Dentro do círculo, estão a vítima, o ofensor, o juiz, o Ministério Público e a comunidade representada pelas redes de apoio. Para se obter a resposta correta para o caso, há necessidade de se dar oportunidade de participação a todos os interessados para fundamentarem seus argumentos.

Pergunta-se se é possível que práticas restaurativas aconteçam dentro dos tribunais, ou seriam adequadas somente em escolas ou em outros espaços. O discurso avança na busca pela sua legitimidade, dentro dos Tribunais, em todo contexto de aplicação do Direito Penal. Defende-se algo melhor do que está posto. Não há ações concretas de sensibilização dentro do sistema tradicional. É imprescindível abrir os espaços de disseminação, dentro das instituições, ressignificando a função social dos profissionais.

No lugar do confronto, o diálogo. Esta proposta atende à sugestão da Resolução 2002/2012, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que faz a recomendação da implementação da Justiça Restaurativa em todos os países e disciplina que, quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema criminal para a prestação jurisdicional sem delonga.

Neste contexto, percebe-se que a orientação da ONU é no sentido de que implementação da proposta de participação em práticas seja feita antes de iniciado o procedimento convencional. Seria uma oportunidade de o agressor e a vítima aceitarem a participação e, caso não haja aceitação, o caso passaria ao trâmite convencional.

Sendo as práticas empregadas antes de iniciado o procedimento, o acordo cumprido e a relação estando pacificada pode ensejar o arquivamento do caso. Se, contudo, ainda for necessária a aplicação de alguma sanção penal, pode o acordo integrar a transação penal ou a suspensão condicional do processo. Na aplicação da pena, pode ser utilizado em todas as fases da dosimetria da pena.

Na primeira fase, nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a participação voluntária impacta na personalidade e conduta social a favor do agente. E na concorrência com as outras circunstâncias desfavoráveis, a pena permanecerá no mínimo legal.

Na segunda fase, pode ser empregada a atenuante por ter o agente reparado o dano, antes do julgamento da causa, ou ainda, como atenuante prevista no artigo 66 do Código Penal. No mesmo sentido, deve-se permanecer a pena mínima, se concorrer com outras circunstâncias agravantes. E ainda, na terceira fase, como causa de diminuição da pena, o

arrependimento posterior, instituto elencado no artigo 16 do Código Penal, pode fundamentar a pena abaixo do mínimo estipulado, nos casos em que não houver violência ou grave ameaça à pessoa. Se a prática restaurativa acontecer até o recebimento da denúncia ou queixa, pode a pena definitiva ficar aquém do mínimo legal. A pena privativa de liberdade deverá ser realmente a *ultima ratio.*

Ainda se pode considerar o procedimento restaurativo como fundamento para redução da pena em crimes mais graves, a exemplo do roubo nos casos em que houver a reparação às vítimas e uma proposta de ação para o futuro do ofensor. Não se trata de revogação de ordem normativa, mas, sim, de aplicação de resposta penal que compreenda a individualização da pena em obediência ao princípio da proporcionalidade.

Sica (2007) sustenta a reconstrução dogmática do artigo 59 do Código Penal com o entendimento de que se deve extinguir a punibilidade do agente quando houver acordo para evitar *bis in idem*. O acordo realizado entre pessoas envolvidas pode ser diverso do estabelecido em lei por ser construído a partir das expectativas dos indivíduos, não havendo necessidade da pena quando a solução atender às finalidades da reprovação, prevenção e restauração.

Na linha de entendimento de Habermas (2012b), no Estado Democrático de Direito, o cidadão deve ser compreendido como autor e destinatário das normas, assim, a participação dos afetados é base de legitimidade da reconstrução comunicativa do direito, aliando a autonomia pública à autonomia privada. O grande desafio da implementação dessa ação comunicativa está em possibilitar, no espaço público, a autonomia privada dos cidadãos, principalmente, quando este espaço é o da seara penal.

O cenário penal está montado para o cumprimento de rituais de poder perpetrados acriticamente, tornando-se reprodutor de violência. Quando o infrator recebe a pena privativa de liberdade, em regime fechado, o discurso é de que ele ficará por pouco tempo e, quando esse tipo de pena não é atribuída, o mesmo discurso acontece, com do sentimento de injustiça. Então, o que garante o sentimento de justiça? Não se sabe por que não se ouvem os envolvidos. O rito processual afasta-os. Em debates sobre o emprego da teoria comunicativa no espaço público, como proposto por Habermas, há dificuldade de compreensão de que a ação comunicativa pode ser empregada nos Tribunais e ainda em processos criminais. A alegação é que *a teoria do discurso não se adapta ao solo nacional*. Contudo, diante do agigantamento do Estado penal como garantidor de uma pena que ao mesmo tempo tem a finalidade de retribuição e prevenção do crime e diante da ineficácia da segunda finalidade e da ressocialização, a abertura do espaço é fundamental, dentro do paradigma do Estado

Democrático de Direito, primando-se pela participação popular não só no âmbito legislativo, mas, também, dentro da aplicação das normas e, sobretudo, no Direito Penal responsável por retirar o bem maior de todos os cidadãos: liberdade. Construir mais presídios nunca será o suficiente em virtude de a ótica punitiva expedir diariamente milhares de mandados de prisão.

Penido (2008a) discorre que o Brasil vive um momento social, político e cultural único, tendo a chance histórica de desenvolver práticas restaurativas, inseridas ou não no seu sistema de Justiça, capaz de estabelecer a ação comunicativa com eficiência, em decorrência de sua potência criativa, fruto da sua diversidade racial, geográfica, social e religiosa. Soma-se a este feixe de circunstâncias o contexto institucional atual, consubstanciado no seu sistema democrático e na liberdade de expressão, em permanente processo de aprimoramento, portanto adapta-se, em solo nacional, à teoria da ação comunicativa desenvolvida na proposta de Habermas.

Günther (2012, p. 108) contribui para a pesquisa quando dispõe que as obrigações definidas surgem após a consideração das circunstâncias relevantes, como resultado do discurso de aplicação das normas. E é na possibilidade real do sujeito que se impõem as obrigações e a responsabilização. O autor define a responsabilidade como sendo a vinculação de uma dada ação ou omissão a um sujeito determinado, realizada por outrem ou perante outrem, em que está a estrutura formal da responsabilidade. Outra dimensão da responsabilidade seria a *função social,* considerando-se que a imputação é sempre dada pela sociedade ou mesmo quando é realizada pelo indivíduo, dá-se invariavelmente perante o grupo social. Diante desta dupla dimensão, a responsabilidade, de modo pendular, oscila entre indivíduo e sociedade, recaindo ora sobre o sujeito, ora sobre elementos externos a ele, sejam as circunstâncias, o acaso, outras pessoas ou a sociedade. Diante dessa variação, o autor sugere a responsabilidade pela responsabilidade, com o objetivo de chegar a uma decisão coletiva sobre a responsabilidade alcançada de maneira deliberativa, como produto de um processo comunicativo.

Neste ponto, faz-se a inserção da coculpabilidade com a Justiça Restaurativa em busca de um processo de comunicação não fragmentado somente no estudo do Direito Penal, como técnica de subsunção do fato à norma, num processo de isolamento, no livre convencimento motivado. E inegável que o crime produz efeitos em toda a sociedade, não somente à vítima primária. Não pretende a coculpabilidade retirar a responsabilidade do sujeito pelo ato, mas, sim, compartilhar responsabilidades. A responsabilização é condição *sine qua non* da realização do próprio processo restaurativo. A responsabilização individual é necessária para

reparação do dano, como um pêndulo, porém, pode depender de outras responsabilizações atinentes ao Estado, à sociedade civil e à comunidade.

2.4 Princípios da Justiça Restaurativa

Na Constituição brasileira e nos tratados internacionais estão insertos os princípios de direitos fundamentais, que foram desenvolvendo-se com a história da humanidade e conquistando o reconhecimento como força normativa.

Bonavides (2004, p. 255–286) leciona que os princípios, uma vez constitucionalizados, tornam-se "a chave de todo o sistema normativo", significando o critério primeiro de inspiração das leis; eis que fundamentam o sistema jurídico. Ensina o autor que a teoria dos princípios é na atualidade o "coração das Constituições", tendo várias funções importantes. São elas: fundamentadora, porque apresenta critérios de apuração do conteúdo constitucional; interpretativa; supletiva e integrativa (em caso de insuficiência das leis e costumes); e diretiva.

Sobre o histórico da conquista da normatividade dos princípios, Bonavides (2004) correlaciona três concepções distintas do direito, com três momentos de sua evolução:

a) *Jusnaturalismo:* a mais antiga e tradicional teoria, segundo a qual os princípios são inteiramente abstratos, sendo que sua normatividade é basicamente nula ou duvidosa. O ideal da justiça reflete-se na essência dos princípios gerais do Direito, fazendo deles um conjunto de verdades decorrentes da lei divina ou da lei humana. Neste caso, os princípios são normas estabelecidas pela *reta razão*, com caráter meramente informador, já que despidos de força normativa (BONAVIDES, 2004, p. 259–262).

b) *Positivismo jurídico:* segunda fase da teorização, em que os princípios começam a fazer parte dos códigos, como simples *válvulas de segurança*, sem qualquer preeminência em relação às leis, porque são derivados das próprias leis (princípios gerais do Direito). Depois, entram na ordem constitucional como "meras pautas programáticas supralegais", carentes de normatividade (BONAVIDES, 2004, p. 262–264).

c) *Pós-positivismo:* correspondente ao período que vai das últimas décadas do século XX até o momento presente. É a fase em que as Constituições dão especial atenção à hegemonia axiológica dos princípios, conferindo-lhes o caráter de início/base do edifício normativo. Os princípios são tratados como

> direito, passando a ter força normativa plena, tal como as regras, sendo que os princípios se diferenciam das regras porque comportam uma "série indefinida de aplicações". Os princípios têm dimensão concretizadora e aplicação direta e imediata (BONAVIDES, 2004, p. 264–266).

Bonavides sintetiza a atual fase da teoria dos princípios com os seguintes ensinamentos:

> A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição da ordem jusprivativa (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. (BONAVIDES, 2004, p. 294.)

Dworkin (2002), pós-positivista, constrói em suas obras a *teoria do direito como integridade*, em que reafirma a diferenciação entre regras e princípios, conferindo especial importância aos princípios e à sua função no desenvolvimento da democracia e na justificação do poder coercitivo estatal. Na seara do Direito Penal, esse poder é levado a extremos e dotado de manipulação política, exigindo do intérprete observar, acima de tudo, os princípios constitucionais, principalmente quando está em questão a perda ou a manutenção da liberdade de um homem.

A coerência do princípio exige que "[...] os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos sejam coerentes, no sentido de expressarem uma visão única e abrangente de justiça." (DWORKIN, 2002, p. 163). Assim, para uma decisão coerente, o juiz deve buscar o direito como um todo. O entendimento do autor é de que existe uma única decisão correta, a melhor possível para um caso judicial específico, construída e obtida, argumentativamente, a partir dos princípios jurídicos de uma comunidade democrática.

Dworkin (2002) postula o entendimento de que os princípios, assim como as regras, têm natureza jurídica, porque são reclamados para a solução de casos, principalmente, quando

se está diante de casos difíceis, *hard cases*[10], a fim de justificar a coerção do indivíduo pelo Estado, são, pois, argumentos jurídicos que devem sempre embasar as sentenças.

A sentença penal de condenação, sobretudo a pena privativa de liberdade deve ser fundamentada não só em regras, mas, principalmente em princípios, porque cada uma delas constitui um caso difícil. O Direito Penal lida com verdades, muitas vezes difíceis de demonstrar, além de que cada decisão muda a história de um ser humano.

Os princípios diferem qualitativamente das regras em alguns aspectos, quais sejam: validade, exceções, lacunas e antinomias e forma de aplicação.

Quanto à validade, na perspectiva de Dworkin (2002), as regras são válidas se criadas de acordo com a regra de reconhecimento. Os princípios, ao contrário, não retiram a sua validade uns dos outros, não se podendo falar em cadeia de validade entre si, os quais devem ser avaliados segundo seu peso ou importância, dimensão que não existe em relação às regras.

Quanto às exceções, as regras possuem-nas e preveem-nas expressamente. Caso exista uma exceção, a regra não se aplica; ao contrário dos princípios, que não comportam exceções.

Quanto às lacunas e antinomias, as regras são lacunosas e às vezes se contradizem. Os princípios não são lacunosos e oferecem respostas para todos os casos. Em caso de contradição entre as regras, uma delas não pode ser válida, podendo o conflito ser solucionado por critérios hierárquico, cronológico e da especialidade.

Quanto à forma de aplicação, as regras aplicam-se à maneira do tudo-ou-nada: "[...] dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é valida, e neste caso a resposta que ela fornece dever ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão." (DWORKIN, 2002, p. 39).

Os princípios que, em tese, são aplicáveis a um caso concreto pontuam para uma determinada decisão. Coaduna-se com a tese de que não precisam ser concebidos como contraditórios, no plano da justificação, mas devem ser vistos como concorrentes, no plano de sua aplicação. Assim, o princípio da legalidade, expresso na máxima *nullum crime, nulla poena sine lege*, deve ser corolário do princípio da intervenção mínima consagrado na Declaração Francesa de Direitos Humanos e do Cidadão de 1789, no seu artigo 8.º, que determina que "[...] a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias", ratificado no modelo garantista de Ferrajoli (2006) de *nulla lex (poeenalis) sine necessitate*.

[10] "O resultado da análise dos casos é a conclusão de que, quando os juízes divergem sobre as questões jurídicas, estão divergindo sobre a teoria/fundamentos do Direito: a divergência é teórica, relativa aos fundamentos do direito, isso porque o direito é uma atividade interpretativa de questões de princípio." (DWORKIN, 2008, p. 143–144.)

Muito esclarecedora é a interpretação de Waldman (2002) a respeito da *analogia da corda*, de Wittgenstein, recuperada por Dworkin (2008). O autor apresenta um resumo da diferenciação entre as regras e os princípios. A unidade do direito seria conferida pelos princípios, e as regras seriam os fios da corda, que sozinhos não se sustentam. Mais do que um conjunto de regras e princípios, o direito é uma construção interpretativa. De acordo com Waldman,

> A diferença se percebe melhor quando se nota que o direito não é um conjunto de regras e princípios, mas uma construção interpretativa. Esta idéia é explicável através da "analogia da corda" de Wittgenstein, que Dworkin usa: o direito tem a continuidade de uma corda constituída por inúmeros fios dos quais nenhum corre ao longo de todo o seu cumprimento nem abraça toda a sua largura. Não há como falar em um direito igual por todo o tempo, as interpretações mudam mesmo que o texto de uma lei, por exemplo, se mantenha. O que dá a unidade, o que faz com a corda seja sempre a mesma, são os princípios, embora quais sejam exatamente estes princípios seja também uma questão de interpretação. As regras são como os fios, sozinhas, elas não se sustentam, ou, pelo menos não servem para dar unidade à corda. (WALDMAN, 2002, p. 131.)

Alguns princípios constitucionais, apesar de não estarem expressos na Constituição, podem ser deduzidos indiretamente de outras normas. Por serem resultantes da interpretação de vários dispositivos, representam a manifestação da Constituição, funcionando como denominador comum, como o princípio da proporcionalidade. A identificação de um princípio implícito é possível em virtude da unidade do ordenamento jurídico e da ligação lógico-sistemática de seus preceitos, que permitem ao intérprete, descobri-los no ordenamento. No Direito Penal, é importante essa visão, uma vez que está em vigor um conjunto de regras de meados do século passado, que devem ser interpretadas com a Constituição de 1988 e com outros princípios garantistas de um Direito Penal. Como observa Freitas (2001, p. 32): "[...] todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional." E, acrescenta Baracho (2002) que "[...] o juiz constitucional não é apenas o instrumento que faz aplicar a Constituição, mas também participa das funções de uma democracia contínua". (BARACHO, 2002, p. 32).

Ao contrário das regras, os princípios possuem eficácia interpretativa ampla em decorrência da multiplicidade de situações. A sua eficácia negativa impede que atos que os contrariem sejam praticados. A aplicação do Direito Penal, quando feita de maneira a não respeitar princípios garantistas, transforma-se em estratégia de poder. Poder este que tem a intenção de distorcer a realidade com discursos que tem a ideologia de buscar um culpado responsável pela violência em sociedade para ocultar a própria omissão do Estado em garantir direitos sociais.

Elencam-se, a seguir, os princípios que devem ser realçados, dentro da proposta restaurativa: princípio democrático, princípio da humanidade, princípio da pessoalidade ou da intranscendência ou ainda da individuação da pena, princípio da dignidade humana, além de princípios aplicados nas práticas restaurativas.

2.4.1 Princípio democrático

Na hermenêutica de análise do princípio democrático, desenvolvido por Habermas (2012a), entende-se que no momento em que a comunidade passa a implementar princípios constitucionais torna-se necessário interpretá-los numa ação conjunta e comunicativa de todos os cidadãos dessa comunidade. A legitimidade do direito positivo deve conseguir, por meio de um processo racional, apoiar-se no princípio segundo o qual ela se dê com o assentimento de todos os possíveis envolvidos nos fatos reais do mundo da vida. À luz deste princípio, os sujeitos examinam quais são os direitos que eles deveriam conceder uns aos outros como sujeitos de direito, garantido o uso público das liberdades comunicativas, concretizado o princípio democrático no Direito Penal.

A Justiça Restaurativa pode converter-se num momento de integração social, assumindo uma atitude reflexiva capaz de movimentar discursos públicos institucionalizados juridicamente e capaz de incluir o povo como destinatário e sujeito ativo do processo de interpretação da norma.

Por meio das práticas restaurativas, almeja-se encontrar um caminho menos árduo e degradante de aplicação do Direito Penal, visando, sobretudo, a dar à aplicação do Direito Penal um discurso real, construído a partir de cada caso concreto, com possibilidade de diálogo no lugar da imposição pela força de uma pena.

2.4.2 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade surgiu com os ideais do iluminismo, notadamente na obra de Beccaria (2001), de crítica ao sistema irracional de punição que infligiam ao condenando profundo sofrimento com práticas de torturas de todas as maneiras. A exemplo do *empalhamento,* técnica em que os corpos eram atravessados por enormes estacas; ou o *berço ou cadeira de Judas,* em que os condenados eram obrigados a sentar em pirâmides de madeira até a morte; ou o *caixão de tortura,* como uma cela móvel pendurada, em que os condenados ficavam, em praça pública, até a morte; ou a *roda,* feita para matar de forma lenta, em que os

membros do corpo eram presos e as pessoas viam os braços e pernas sendo atingidos pelos torturadores com grandes martelos de metal e depois eram pendurados na roda para que os animais se alimentassem das vítimas vivas; e ainda as *serras de cortar os seios*, utilizada para crimes de bruxaria, adultério, em que os torturadores amarravam as pessoas de cabeça para baixo a fim de deixar todo o sangue fluir, depois pegavam uma serra e atravessavam as vítimas, começando pelo meio das pernas.

Percebe-se que as atrocidades da punição não se mantiveram longe do Direito Penal punitivo. No século XX, as guerras mundiais, sobretudo, a segunda mostraram que o sistema irracional continuava a viger. Na ditadura brasileira, período não tão distante, podem-se citar métodos como: a *cadeira do dragão*, espécie de cadeira revestida de zinco e ligada em terminais elétricos, em que os presos eram colocados nus; o *pau de arara*, herança da escravidão no Brasil, em que a pessoa ficava amarrada e pendurada numa barra de ferro em posição que causa dores atrozes no corpo, recebendo choques, pancadas e queimadura com cigarros; e ainda espancamentos e afogamentos.

O princípio da humanidade está inserido expressamente na Constituição brasileira, sobretudo no comando do artigo 5.º, III, que dispõe que "[...] ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes", em consonância com a Declaração dos Direitos Humanos (1948) e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969). Em todo o mundo dissemina-se o princípio da humanidade e, apesar de ser barreira a respostas violentas, em tempos mais recentes, em resposta aos atentados de 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos da América (EUA) torturaram mulçumanos e expuseram as cenas em rede, para que todos se intimidassem com o poder da resposta deste país se novos atos viessem a acontecer. Ainda podem estar sendo praticados vários atos de tortura como resposta aos crimes praticados, haja vista que a prisão de Guantánamo não está desativada.

Se se quiser verificar como o Brasil, como nação que muito escreve sobre direitos humanos, torna efetivo este princípio, fica o convite a visitar uma penitenciária e verificar que, no contexto das aplicações de pena privativa de liberdade, há muito que avançar.

2.4.3 Princípio da pessoalidade ou da intranscendência ou ainda da individualização da pena

O princípio da pessoalidade ou da intranscendência ou ainda da individualização da pena é originário também na perspectiva iluminista de que as penas corporais, pecuniárias ou

infamantes não poderiam atingir os familiares do condenado ou um grupo social. Pode-se exemplificar com a sentença de Tiradentes, que estendeu a seus filhos e netos a declaração de infames.

O texto constitucional assegura que a pena não pode atingir outra pessoa que não a do sentenciado, como se observa no artigo 5.º, inciso XLV, da Constituição federal e, no mesmo artigo, inciso XLVI, é assegurada a individualização da pena.

No primeiro comando, observa-se, pela vivência prática, que a pena aplicada ao sentenciado sempre produz efeitos para além dele. A pena privativa de liberdade, quando retira do meio social o sujeito, pode impactar o contexto familiar e, mesmo, o social. O auxílio reclusão aos familiares é devido somente para os que estavam trabalhando e contribuindo com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Para os não contribuintes pode significar um valor a menos para os dependentes. É triste a narrativa de um caso em que a menina de doze anos estava grávida do tio, e tanto a mãe como a avó da criança foram coniventes com o ato, porque o tio era o provedor da família. Em suas declarações, ambas pediram que não fosse o homem levado à prisão porque elas passariam muitas dificuldades de sobrevivência diante da realidade familiar. Ainda há o aspecto constrangedor que passam os familiares quando visitam o condenado, considerando que a maioria dos presídios não tem detectores de metais, submetendo os que visitam os detentos a passar por atitudes constrangedoras e até mesmo indignas, principalmente, para as mulheres.

Quanto à pena de multa, no ordenamento brasileiro, esta possui duas naturezas jurídicas, podendo ser aplicada sob dois enfoques. A primeira modalidade de aplicação é a multa estipulada em cada tipo penal, fixada em dias/multa, em valor a ser fixado pelo juiz. Esta, quando não paga será considerada dívida de valor, enquadrando-se na legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública. Por não mais poder ser substituída por privação de liberdade, perdeu seu caráter penal, portanto trata-se de maneira de arrecadação aos cofres públicos. Ressalte-se, ainda, que a legislação penal, no que tange à aplicação da pena de multa, não é capaz de tratar de forma igual os condenados. Isso, porque o legislador, ao introduzir limites mínimos e máximos no cálculo dos valores da pena de multa, acaba por favorecer os condenados de classe média e alta e prejudicar os condenados de classe baixa, que é, na maioria das vezes, a camada que mais responde pelos atos, no Direito Penal. Nesse sentido, Fragoso (1993, p. 314) preleciona: “O principal argumento contra a pena de multa é o de que ela atinge diferentemente os pobres e os ricos”.

Diante da aplicação da pena de privação da liberdade e multa, sendo o condenado hipossuficiente, não haverá a sua quitação, se outro membro familiar não o fizer, haja vista

que não há, no Brasil, trabalho para todos os sentenciados. A pena pode passar da pessoa do condenado e ainda provocar mais miséria em determinadas famílias. Já o contrário ocorre com os condenados posicionados em melhores condições financeiras, que, embora a pena de multa seja aplicada em seus valores máximos permitidos pela norma penal, na maioria das vezes, esse é insignificante, pois irão suportar tranquilamente o pagamento dessa pena.

A segunda modalidade de multa é a natureza jurídica de substitutiva da privativa de liberdade, aplicada como restritiva de direitos. Nesta modalidade, se não adimplida, converte-se em privativa de liberdade. Novamente a constatação de que o Direito Penal, ao admitir esse comando fere o princípio da igualdade, discriminando aquele que não tem condições de arcar com a multa, no sentido de que, sendo miserável, deve ir ao cárcere. A igualdade pretendida pelo *caput* do artigo 5.º da Constituição federal autoriza a quem quer que seja a concluir que essa conversão se torna inconstitucional, na medida em que trata os pobres de maneira mais punitiva. Uma argumentação dialógica deve abrir-se para ouvir o condenado sobre a im(possibilidade) de cumprir a obrigação.

Em se tratando de prestação pecuniária destinada à vítima, durante as práticas restaurativas, deve-se fomentar o diálogo sobre a reparação material do dano. Diante da impossibilidade da reparação material pelo ofensor, pode a proposta de reparação estender-se a outras possibilidades, contando com o apoio de um grupo. A diferença que se estabelece entre o processo tradicional e aqueles que proporcionam o diálogo, por práticas restaurativas, é a abertura para o consenso. Podem-se estabelecer variadas formas e prazos para a reparação, ao contrário do que opera no sistema tradicional, em que são aplicadas multas e prestações pecuniárias sem conhecer a realidade e possibilidade de adimplemento por parte do ofensor.

Quanto à individualização da pena, o comando do artigo 59 do Código Penal contempla o necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Defende-se que se torna necessário agregar ao comando uma terceira finalidade a da restauração. Vários são os estudos que detectam a ineficiência do sistema convencional em atender à segunda finalidade porque o sistema penal não possibilita a prevenção, somente se atribui à retribuição com a punição. São decisões tomadas numa técnica formal de adequar o fato a um tipo penal e aplicar a pena, sem realmente conhecer a necessidade e a proporcionalidade desta. Em muitos casos, a pena privativa de liberdade não é a melhor resposta, ela transcenderá em estragos ainda maiores. A prevenção torna-se promessa não cumprida na resposta simplificada de condenação ou absolvição. A restauração caminha com a prevenção, quando se restaura, previne. Condenações desapropriadas beiram mais à injustiça do que à própria Justiça. Na linha da intervenção mínima, a restauração como finalidade compreende a utilização do

cárcere para um reduzido número de delitos, além de identificar as necessidades dos envolvidos, ignoradas até então pelo sistema penal.

2.4.4 Princípio da dignidade da pessoa humana

Pode-se entender que o princípio da dignidade da pessoa humana está implícito no princípio da humanidade. Procurou-se destacar, em separado, para assegurar a este um comando de respeito ao cumprimento das penas e a dignidade da pessoa humana a todo e qualquer processo de solução de conflito.

Não há pessoa sem dignidade. Pode-se até interpretar que se trata de um princípio supraconstitucional, fundamento de todo do Direito. Vincula não só a ordem jurídica como toda a sociedade, como dissertado por Sarlet:

> Não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados) [...] Para além desta vinculação (na dimensão positiva) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a ideia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade vincula também no âmbito das relações entre os particulares. (SARLET, 2001, p. 109.)

Não pode o sistema penal entender que este princípio não é inerente àquele que comete uma infração. Desde a abordagem policial, os envolvidos devem ter sua dignidade respeitada. Inclui-se no conceito de dignidade o direito à palavra, como é dado o direito ao silêncio. Palavra que não se resume em contar os fatos, estendendo-se a contar a história e a narrar o contexto vivenciado pelo conflito. Não se pode permitir que o sistema penal continue a tratar o sujeito como um *elemento*. Não existe ser humano que não seja pessoa, como relatado por Nery:

> Dignidade é um valor intrínseco à condição humana. Reside no fato de que o ser humano é um ser único, insubstituível, dotado de intimidade, inteligência, vontade, liberdade, capacidade de amar e de interagir com os demais. Portanto, algo digno é algo que deve ser sempre respeitado e bem tratado, porque é valioso por si mesmo, e não por sua utilidade para isto ou aquilo. (NERY, 2011, p. 87.)

Agrega-se também ao conceito de dignidade da pessoa humana, a liberdade. Nem todos os membros de uma sociedade podem usufruir a liberdade de escolher entre uma ação lícita e outra ilícita. Observa ainda Tranjan (1994, p. 259): “E nem sempre os códigos escritos compreendem que a vida é muito mais multifacetada que os artigos, as alíneas, os parágrafos.”. É conhecendo a vida nas favelas, nos morros, nos bairros pobres que se detecta que a tão proclamada liberdade, resultante da luta dos ideais da Revolução Francesa, não se concretiza em face de carências sociais não consolidadas pelo Estado Social. É o caso do Brasil, que tem grande parte de sua população residente numa sociedade ilegal, que *sobrevive* do crime como resultado de um processo que começa na infância e se prolonga até a fase adulta. Sair desse mundo clandestino e sobreviver honestamente é um passo que poucos conseguem dar durante a vida. O Direito Penal pune facilmente essa parcela da sociedade. Aliás, essa parcela tem no Sistema Penal seu maior inimigo, travando uma guerra constante entre mocinhos e bandidos, sendo difícil, na maioria das vezes, identificar quem são os últimos.

Há muito que se avançar. A confiança no sistema penal como garantidor de princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, confronta-se com a realidade do dia a dia. Para que serve todo o discurso dogmático de que todos têm direito à vida digna, se este não consegue inserir-se nas práticas diárias do sistema penal? O Direito Penal deve ser ao mesmo tempo sancionador e protetor, e isso deve ser revelado.

“Não é o discurso que ajuíza a prática, mas a prática que ajuíza o discurso” (FREIRE, 2011a, p. 148). É preciso efetivar o discurso. Não basta, por exemplo, conceituar o princípio da insignificância em face de furtos famélicos. Um homem com fome não tem escolha, portanto não é livre. Desta forma, há a possibilidade de revelar a consciência de que o acusado, em determinados casos, não era livre para escolher entre o certo e o errado. E há situações em que é quase humanamente impossível viver na legalidade constituída. Zaffaroni e Pierangeli (1997) esclarecem que:

> Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 525.)

É o momento de refletir a situação social vigente. Vários crimes são praticados em consequências das desigualdades socioeconômicas. Essas desigualdades geram uma desestrutura na sociedade, desencadeando conflitos internos na instituição familiar, dando

ensejo à violência doméstica, maus-tratos a menores, crimes contra o patrimônio, delitos de tóxicos e até homicídios.

Essa realidade obriga a sociedade, em geral, a refletir e admitir que tal situação é o resultado de uma grave falta de atenção de ordem política, econômica, social e cultural. Todos são responsáveis pelo destino da humanidade, porque estão inseridos nesta realidade. Reduzir as desigualdades é um comando que se coaduna com o Estado Democrático e Social de Direito, pleiteando a aplicação do Direito Penal de mãos dadas com o respeito à dignidade da pessoa humana de cada ser.

A grande mudança de paradigma em relação ao homem ser visto não como meio, mas, sim, como um fim em si mesmo, sobretudo a partir de Kant (2003), é uma conquista para a humanidade. O homem não pode ser tratado como objeto. O valor da pessoa humana deve ser realçado, especialmente dentro do sistema penal, que compreende uma parte do Estado.

Alerta Zaffaroni (1996, p. 70) que: "O destino de um saber cujos dados da realidade são desvirtuados empiricamente não é nada promissor. Negar dados da realidade e aceitar o Direito Penal a serviço de um poder que só é útil ao prestígio do próprio poder é inaceitável."

Cada solução concreta dependerá do sistema específico que se pretenda implementar, com realidades e diferenças singulares. O respeito à dignidade da pessoa do agente e da vítima é o horizonte a ser alcançado. O objetivo deve ser aproximar o direito das pessoas, respeitando-as e, não, destruindo-as.

A Justiça Restaurativa baseia-se ainda em vários princípios específicos que são elencados na Resolução 2002/2012, das Nações Unidas, por meio de seu Conselho Econômico e Social servido de norte para os Estados em sua implementação.

2.4.5 Princípios específicos das práticas restaurativas

São princípios específicos das práticas restaurativas:

a) *Voluntariedade da participação* – garante o consentimento livre e voluntário dos envolvidos, mediante a assinatura de um termo em que se assente a participação nas práticas.
b) *Retratabilidade da participação* – garante que o consentimento dado à participação pode ser revogado a qualquer momento, durante o processo.
c) *Maleabilidade* – é um princípio em que garante que as práticas podem ser usadas em qualquer estágio do sistema penal.

d) *Consensualidade* – assegura aos envolvidos a concordância com o rito e com a decisão buscada em conjunto. Na medida em que aceitam entrar numa práxis de entendimento, também aceitam a condição da consideração simétrica ou uniforme dos interesses de todo. Essa práxis só pode ser bem-sucedida se todos e cada um estiverem dispostos a convencer os outros e deixar-se convencer por outros.

e) *Proporcionalidade dos acordos* – garante que toda decisão deve conter obrigações razoáveis e proporcionais. O acordo não significa em reconhecimento da culpa. Garante também que reconhecer o fato e eventualmente assumir a responsabilidade por suas consequências não equivale a assumir a culpa jurídico-penal.

f) *Confidencialidade* – garante que a participação do ofensor não deverá ser utilizada como prova da admissão de culpa em processo judicial ulterior e, ainda que tudo que for relatado, não poderá ser utilizado como meio de prova ou divulgado, sem o consentimento dos participantes.

g) *Respeito e equalização das diferenças* – garante a igualdade substancial dos participantes sendo que os desequilíbrios, disparidades e diferenças devem ser considerados ao conduzir um caso no processo restaurativo. É o que a ação comunicativa denomina de situação ideal de fala, garantidas em face das condições que devem ser preenchidas como igualdade de chances no emprego dos atos de fala comunicativos por todos os possíveis participantes do discurso para atingir um consenso. Durante as práticas, não se admite o desrespeito no uso da palavra, sendo que aquele que conduz as práticas pode interrompê-la, se não houver obediência aos valores que são combinados no seu início.

h) *Subsidiariedade* – compreendida como garantia de que, quando não for possível o processo restaurativo ou em hipóteses de não se concluir um acordo, com um plano de ação, o caso pode ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional.

i) *Transversalidade* – no sentido de que, mesmo não atingindo um plano de ação, pode haver o estímulo ao apoio e à reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

j) *Imparcialidade* – garante que o terceiro que conduz a prática deve ser imparcial e respeitar a decisão tomada pelas partes.

Esses comandos são flexíveis a adaptam-se ao Direito de cada Estado. No caso do Brasil, há um sistema engessado em prazos a ser cumpridos, tanto pelo Ministério Público, nas ações penais públicas, quanto pela vítima, nas ações penais privadas. A vítima tem o prazo decadencial de seis meses para impetrar a queixa-crime ou mesmo a representação, nos casos em que se exigir. As autoridades policiais também têm um prazo regrado para concluir as investigações. Quando se defende que a articulação deverá ser em rede, pretende-se também afirmar que deverá haver sintonia entre as instituições. A participação em círculos restaurativos não pode influenciar negativamente na perda desses prazos iniciais do processo. Portanto, o encaminhamento do caso às práticas deve acontecer no sistema pré-processual, próximo ao ato consumado, sem que prejudique os prazos de ingresso da vítima no sistema convencional, se não houver um acordo ou ainda o tempo de verificar o cumprimento do plano de ação estabelecido.

2.4.6 Princípios elencados na Carta de Araçatuba

O primeiro encontro em que, no Brasil, se discutiram princípios e valores da Justiça Restaurativa aconteceu em Araçatuba, em abril de 2005, quando se estabeleceram princípios norteadores das práticas restaurativas, que muito se basearam na Resolução da ONU, com algumas particularidades:

a) plena informação sobre as práticas restaurativas anteriormente à participação e aos procedimentos em que se envolveram os participantes;
b) autonomia e voluntariedade para participação das práticas restaurativas, em todas as suas fases;
c) respeito mútuo entre os participantes do encontro:
d) corresponsabilidade ativa dos participantes;
e) atenção à pessoa que sofreu o dano e atendimento de suas necessidades, com consideração às possibilidades da pessoa que o causou;
f) envolvimento da comunidade pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação:
g) atenção às diferenças socioeconômicas e culturais entre os participantes;
h) atenção às peculiaridades socioculturais locais e ao pluralismo cultural;
i) garantia do direito à dignidade dos participantes;
j) promoção de relações equânimes e, não, hierárquicas:
k) garantia participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito;

l) facilitação por pessoa devidamente capacitada em procedimentos restaurativos;
m) observância do princípio da legalidade quanto ao direito material;
n) direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo;
o) integração com a rede de assistência social em todos os níveis da federação;
p) interação com o sistema de Justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com base comunitária;
q) promoção da transformação de padrões culturais e a inserção social das pessoas envolvidas; e
r) monitoramento e avaliação contínua das práticas nas perspectivas do interesse dos usuários internos e externos.

2.4.7 Outros princípios identificados

Nas doutrinas que debatem o tema, encontram-se outros princípios que não se distanciam dos acima enumerados, apenas os complementam como os elencados por Shearing e Froestad (2005, p. 51):

a) Focalizar a atenção nas opções para a paz futura.
b) Estender os canais para a indicação de casos para além do sistema de justiça criminal.
c) Estabelecer regras, procedimentos e mecanismos de exame que são necessários para assegurar que a prática local respeite os valores centrais da Justiça Restaurativa.

Ainda na doutrina de Carvalho (2005, p. 218), podem-se destacar:

a) Empoderamento do ofensor por meio do desenvolvimento de sua capacidade de assumir responsabilidade sobre seus atos e de fazer suas escolhas.
b) Reequilíbrio das necessidades dos envolvidos.
c) Resultados integrativos, restaurando a harmonia entre os indivíduos.

E, por último, na obra de Saliba (2009, p. 153) complementa-se a lista com os seguintes princípios:

a) Princípio do processo comunicacional.
b) Princípio da resolução alternativa e efetiva dos conflitos.

c) Princípio do consenso.
d) Princípio do respeito absoluto aos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

Estas são as direções e valores que a política criminal deve orientar-se para que se efetive o viés restaurativo. Dentro do sistema penal, devem-se incluir: participação, respeito, conexão entre as pessoas, responsabilidade, empoderamento, democracia, tolerância, solidariedade, cooperação, pluralismo e esperança, por meio de um processo dialogado, em que as pessoas não perdem a face e não ficam aprisionadas na classificação de *ruins* por um momento de suas vidas.

Pode-se elencar também o princípio da cidadania ativa, primando-se pela participação da sociedade a integrar planos de ação construídos a cada prática restaurativa, num agir ativo e comunicativo.

Na esteira do conceito de agir comunicativo, na proposta de Habermas (1989, p. 165), compreendem-se os atos de entendimento mútuo que vinculam os planos de ação dos diferentes participantes e reúnem as ações dirigidas para objetivos numa conexão interativa. Os processos de entendimento mútuo visam a um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações. A formação de convicções pode ser analisada segundo um modelo de tomada de posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validez.

Ainda no entendimento de Habermas (2002, p. 272), de acordo com a concepção republicana, o *status* dos cidadãos não é determinado segundo o modelo de liberdade negativa que eles podem reivindicar como pessoas em particular. Os direitos de cidadania, direitos de participação e comunicação são, em primeira linha, direitos positivos. Eles garantem a participação, na práxis, por meio do exercício de seus argumentos como cidadãos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais.

Outro princípio a ser elencado é o da comunicação não violenta ou de urbanidade. Prima este princípio por mudar o rótulo maniqueísta de pessoas boas e más, em que as últimas devem ser punidas. Esta comunicação fere a capacidade de pensar na vulnerabilidade de todos os seres humanos diante de uma sociedade de massa. A comunicação que se busca estabelecer é a de que as pessoas mudam, não, para evitar punições, mas, por perceber que a mudança as beneficiará, dentro de um nível de comunicação inclusiva.

A forma mais elevada de inteligência humana, segundo Rosenberg, é observar sem avaliar. Segundo o autor:

> Para a maioria de nós, é difícil fazer observações que sejam isentas de julgamento, crítica ou outras formas de análise sobre as pessoas e de seu comportamento. As pessoas estão acostumadas a analisar e culpar umas às outras, em vez de expressarem com clareza aquilo que precisam [...] A partir do momento em que as pessoas começam a conversar sobre o que precisam, em vez de falarem do que está errado com as outras, a possibilidade de encontrar maneiras de atender às necessidades de todos aumenta enormemente. (ROSENBERG, 2006, p. 85–86.)

A comunicação que se propõe, nas práticas restaurativas, é por meio da linguagem positiva de forma clara e com propostas de ações concretas. O diálogo entre vítima e ofensor (res)significa os acontecimentos passados, minimiza sentimentos ruis como a raiva, a mágoa e a culpa para o enfoque no porvir. Esta recompreensão só se torna possível por meio da linguagem, que permite a comunicação e o relato das experiências vividas, no momento do conflito ou até mesmo anteriormente, e que possibilitará que as partes possam repensar o comportamento, mesmo que não possa ser construído um acordo. Nas lições de Cruz (2006, p. 84): "[...] a linguagem exige sempre a visão do outro, traduz uma possibilidade de aprendizado, de refinamento, de evolução e aprimoramento humano".

2.5 Aplicação da Justiça Restaurativa no direito comparado

Além da Resolução 2002/2012 da Organização das Nações Unidas, diversas resoluções[11] do Conselho da Europa incentivam os Estados-Membros a incorporarem a mediação e a reparação do dano no sistema penal, bem como a reconhecerem a necessidade de um maior protagonismo dos cidadãos nos procedimentos judiciais e na resolução dos conflitos penais. (NERY, 2011, p. 160). Na América Latina, em 2005, editou-se a Declaração da Costa Rica, que recomenda procedimentos restaurativos aos países em detrimento de altos índices de enclausuramento e abandono da vítima. Na África, Oceania, América do Norte e ainda em alguns países da Ásia se podem elencar projetos que buscam práticas restaurativas, mudando a perspectiva da resolução jurídico-penal para a ótica da restauração.

[11] Recomendações n.os 83, 85, 87 e 99 do Conselho da Europa.

2.5.1 Em Portugal

A Constituição portuguesa prevê a participação da vítima na realização da Justiça Penal expressamente[12], em seu artigo 32, inciso 7.º. A partir desse comando constitucional, a legislação infraconstitucional possibilita maior abertura para sua inclusão. A atuação da vítima, no processo penal, pode se dar de duas maneiras: como ofendida ou como lesada. Como ofendida, a vítima é titular direta dos bens jurídicos ofendidos, podendo ingressar no processo como assistente da acusação e ainda solicitando a reparação do dano. Pode a vítima atuar mais limitadamente, na condição de lesada, intervindo no processo somente para apresentar o pedido de reparação dos danos considerado o sistema da adesão adotado em Portugal, conforme regem o artigo 71[13] e artigos seguintes do Código de Processo Penal.

Em 2001, ingressou no sistema português a Direção-Geral da Administração Extrajudicial (DGAE), em cujas finalidades está a de fomentar o funcionamento de meios extrajudiciais de solução de conflitos com a criação dos *Julgados de Paz*[14], que tem por objetivo permitir a participação dos interessados e estimular a composição dos litígios.

Os Julgados de Paz são competentes para apreciar pedidos de indenização cível quando não tenha sido feito no processo penal ou após o julgamento. A abrangência da competência inclui pedidos de indenização em casos de furto simples[15], lesão corporal leve, difamação, injúria, dano e alteração de marcos, com um teto de valor máximo do pedido que não exceder quinze mil euros. A composição dos danos obsta a possibilidade de instaurar o

---

[12] Artigo 32, 7.º – O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei.

[13] TÍTULO V Das partes civis: artigo 71.º Princípio de adesão – O pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei. Artigo 72.º Pedido em separado 1 – O pedido de indemnização civil pode ser deduzido em separado, perante o tribunal civil, quando: a) O processo penal não tiver conduzido à acusação dentro de oito meses a contar da notícia do crime, ou estiver sem andamento durante esse lapso de tempo. b) O processo penal tiver sido arquivado ou suspenso provisoriamente, ou o procedimento se tiver extinguido antes do julgamento. c) O procedimento depender de queixa ou de acusação particular. d) Não houver ainda danos ao tempo da acusação, estes não forem conhecidos ou não forem conhecidos em toda a sua extensão. e) A sentença penal não se tiver pronunciado sobre o pedido de indemnização civil, nos termos do artigo 82.º, n.º 3. f) For deduzido contra o arguido e outras pessoas com responsabilidade meramente civil, ou somente contra estas haja sido provocada, nessa acção, a intervenção principal do arguido. g) O valor do pedido permitir a intervenção civil do tribunal colectivo, devendo o processo penal correr perante tribunal singular. h) O processo penal correr sob a forma sumária ou sumaríssima. i) O lesado não tiver sido informado da possibilidade de deduzir o pedido civil no processo penal ou notificado para o fazer, nos termos dos artigos 75.º, n.º 1, e 77.º, n.º 2. 2 – No caso de o procedimento depender de queixa ou de acusação particular, a prévia dedução do pedido perante o tribunal civil pelas pessoas com direito de queixa ou de acusação vale como renúncia a este direito.

[14] Lei n.º 78/2001, de 13 de julho de 2001, regulamenta a organização e funcionamento dos Julgados de Paz.

[15] Diferentemente do sistema brasileiro, o furto simples, em Portugal, depende de queixa, como denota o artigo 203, do Código Penal.

procedimento criminal, como se denota no artigo 9.º, números 2 e 3 da Lei n.º 78/2001[16], que instituiu os Julgados de Paz, sendo que a técnica utilizada é a mediação penal.

Essa prática é oficialmente adotada como método de resolução de conflitos com o advento da Lei n.º 21, no ano de 2007. Os envolvidos poderão utilizar a mediação extrajudicialmente, durante o período de investigações, cuja finalidade é de restauração da paz social com a aproximação das pessoas. O procedimento é voluntário, confidencial, flexível e gratuito. A competência para a prática abrange os crimes de ação penal privada e condicionados à representação quando se tratar de crimes contra pessoas e contra o patrimônio, desde que a pena não ultrapasse cinco anos. Este prazo deve-se à reforma do Código de Processo Penal, que alterou de três para cinco anos o limite máximo superior para a aplicação da prisão preventiva. Os resultados são flexíveis, podendo incluir o pedido de desculpas, reconstrução ou reparação do bem danificado, prestação pecuniária, não sendo possível a privação da liberdade e deveres que se prolonguem por mais de seis meses.

Robalo (2012) discorre que a Lei n.º 21/2007 deixa questões a serem discutidas quanto ao seu alcance: crimes contra as pessoas e contra o patrimônio. No primeiro caso, pode-se interpretar que contra pessoas seria toda ação que ofendesse bens jurídicos pessoais, como integridade física, crimes contra a liberdade pessoal, a ameaça ou a coação entre familiares e ainda crimes contra a reserva da vida privada, de que se destacam violação de domicílio e de correspondência. A legislação não possibilita a aplicação aos crimes contra a vida e a liberdade sexual. No segundo caso, a delimitação da mediação em crimes contra o patrimônio não define de qual patrimônio se trata. A melhor interpretação do alcance seria a de considerar o patrimônio particular como o público. Ficaram excluídos expressamente pela lei os tipos penais que envolvam infrações ligadas a bem jurídico no contexto familiar, o peculato, a corrupção e tráfico de influência. A autora elenca críticas sobre a limitação do alcance dos casos encaminhados à mediação, sobretudo do afastamento de crimes de natureza pública incondicionada, em que os agentes poderão igualmente se beneficiar das vantagens da Justiça Restaurativa, especialmente da prevenção especial positiva.

O Código de Processo Penal permite, em seu artigo 280, a possibilidade de arquivamento no caso de dispensa de pena, que se dá quando o crime for punível com pena de prisão não superior a seis meses ou punição somente de multa. Em consonância com o artigo 74 do Código Penal, pode o juiz suspender o processo quando se verificar que a reparação do

[16] Artigo 3.º da Lei 78/2001. A apreciação de um pedido de indemnização cível, nos termos do número anterior, preclude a possibilidade de instaurar o respectivo procedimento criminal.

dano está em discussão. Percebe-se maior abertura para a participação da vítima e também para a conclusão do conflito que almeje a restauração.

Prevê também a legislação penal portuguesa, no artigo 130[17], que o Estado poderá assegurar a indenização material à vítima sempre que o ofensor não puder satisfazer-lhe, como uma espécie de *seguro social* e, não, como uma transferência de obrigação.

A mediação é prática também adotada em casos de menores que cometem uma infração, conforme a Lei n.º 166/1999, denominada de Lei Tutelar Educativa. O procedimento insere a elaboração de um plano de ação em que, se o menor se comprometer a cumprir, será apresentado ao Ministério Público, que poderá decidir pela suspensão do processo. Esclarece Robalo (2012, p. 253) que não se trata de uma verdadeira mediação, pela ausência da vítima, mas, sim, de recursos a entidades da mediação para a realização das finalidades do processo. Todavia, a vítima poderá ser incluída no plano de ação com a apresentação de desculpas do ofensor, ressarcimento do dano ou prestação de serviços a favor dela. Observa-se que, primeiramente, a mediação visa à tutela dos interesses do menor e secundariamente da vítima.

2.5.2 Na Espanha

A Espanha desenvolve vários projetos que despertam o interesse em aprofundar as práticas restaurativas.

Segundo Nery (2011), o Projeto Valenciano foi um dos pioneiros em práticas restaurativas, tendo sido criado em 1985, em que se desenvolveu a mediação penal em casos de infratores não reincidentes que reconheceram a autoria dos fatos. As práticas foram realizadas fora do Tribunal, em sua maioria envolviam casos de violência doméstica, com a ressalva de que, se o acordo não fosse cumprido, seria informado ao Tribunal, sem indicar as circunstâncias do fracasso para o trâmite tradicional.

Em Madrid, firmou-se um acordo entre a Associação de Mediação e Pacificação de Conflitos com o Poder Judiciário, desde 2005, com o objetivo de efetivar o projeto de

[17] Art. 130 do Código Penal de Portugal: "Indemnização do lesado – 1 – Legislação especial fixa as condições em que o Estado poderá assegurar a indemnização devida em consequência da prática de actos criminalmente tipificados, sempre que não puder ser satisfeita pelo agente. 2 – Nos casos não cobertos pela legislação a que se refere o número anterior, o tribunal pode atribuir ao lesado, a requerimento deste e até ao limite do dano causado, os objectos declarados perdidos ou o produto da sua venda, ou o preço ou o valor correspondentes a vantagens provenientes do crime, pagos ao Estado ou transferidos a seu favor por força dos artigos 109.º e 110.º. 3 – Fora dos casos previstos na legislação referida no n.º 1, se o dano provocado pelo crime for de tal modo grave que o lesado fique privado de meios de subsistência, e se for de prever que o agente o não reparará, o tribunal atribui ao mesmo lesado, a requerimento seu, no todo ou em parte e até ao limite do dano, o montante da multa. 4 – O Estado fica sub-rogado no direito do lesado à indemnização até ao montante que tiver satisfeito.".

mediação para pacificação dos conflitos. Nery (2011) relata que, nesse projeto, a mediação perpassa por cinco fases. A primeira denominada de *fase de contato*, em que o mediador entre em contato com a vítima, com o ofensor e seus respectivos advogados para propor a mediação. A segunda fase constitui-se em entrevista individual, denominada de *fase do acolhimento*, em que o mediador apresenta o conceito da mediação com suas finalidades e em seguida procede a escuta ativa individualmente dos envolvidos. Após esse encontro, cada participante preenche um questionário para mapeamento de dados ao possível encontro. Esses dados são catalogados, e as conclusões mais importantes retiradas dessas entrevistas quanto às vítimas foram de que não confiavam na Justiça; as maiores de quarenta anos eram mais sensíveis e mostravam mais empatia pelo projeto e as menores de 23 anos queriam mais vingança. As vítimas entre 24 e quarenta anos eram mais medrosas, temiam o encontro com os ofensores. Quanto aos ofensores, foi destacado que também não acreditavam na Justiça e que 90% dos acusados eram de classe social baixa, sem apoio familiar, dependentes químicos, ciganos e imigrantes. Reconheciam a prática dos fatos e sentiam vergonha da vítima. A terceira fase é denominada de *encontro dialogado*, em que as partes conversam sobre o fato, expressando suas sensações e sentimentos. As técnicas mais utilizadas pelo mediador são as de separar as pessoas do conflito, centrar-se nos interesses e, não, nas posições, criação de opções em benefício mútuo e a avaliação das opções do acordo. A quarta fase é a do *acordo*. A reparação é vital, mesmo que não seja econômica, pode ter um sentido simbólico em que os acusados demonstram seu verdadeiro arrependimento. A quinta fase compreende acompanhar o *cumprimento do acordo*.

Outro programa de mediação e reparação, na jurisdição penal, foi desenvolvido na Catalunha. Registraram-se estatísticas de 1998 a 2002. Foram atendidos 452 casos, dos quais 116 não foram iniciados por ser considerados inviáveis. Dos 336 iniciados, 66,2% foram reparados, conforme o Boletim Invesbreu (CATALUNYA, 2003).

O Código Penal espanhol, nos artigos 21 e 81, regula a reparação do dano; no primeiro caso, como atenuante geral genérica da responsabilidade penal, e no segundo artigo, como uma das condições para a suspensão da pena, salvo a impossibilidade de fazê-la. E ainda, em seu artigo 88, há a previsão de substituição da pena de prisão por restritivas de direitos desde que não ela exceda um ano e excepcionalmente até dois anos, se houver o esforço em reparação do dano causado.

Segundo as observações de Nery (2011, p. 162–163), o Código Penal espanhol elenca diferentes tipos penais que dependem de representação da vítima. Nesses casos, a mediação pode facilitar a obtenção de um acordo no qual a vítima se considere plenamente reparada e,

como consequência, retira a representação. Nos casos de ações públicas, ainda que o princípio da oportunidade não esteja previsto, em algumas situações o Tribunal, em aplicação ao princípio da intervenção mínima, arquivou o procedimento mediante a reparação acordada voluntariamente com plena satisfação do prejudicado.

2.5.3 Na Alemanha

Conforme Santana (2010, p. 29), na lei penal juvenil alemã, a compensação entre autor e vítima ou a reparação constituem consequências autônomas que o Tribunal pode impor, na sentença. Há a possibilidade de que o processo seja sobrestado, em fase anterior ao pronunciamento da sentença em que o princípio da oportunidade se encontra presente. Há também a possibilidade de sobrestamento do processo, no caso de adultos, nos crimes de menor gravidade, com o objetivo de tirar a carga da administração da justiça para que esta se ocupe das infrações de maior gravidade.

Informa Santana (2010, p. 42) que a questão da reparação aparece, no Direito Penal alemão, em diversos pontos, do inquérito até a execução da pena. A mediação é uma das circunstâncias favoráveis, conforme artigo 46, II, do *Strafgesetzbuch* (StGB) (Código Penal), na fundamentação da fixação da pena-base. Entre os requisitos para a suspensão condicional da pena, o StGB, no seu artigo 56, elenca o esforço do condenado para reparar os danos. De acordo com Santana (2010, p. 43), observa-se que o sistema alemão permite, no *Strafprozessordnung* (StPO) (Código de Processo Penal), no artigo 153.º, a supressão do interesse público no prosseguimento da investigação criminal tendo, entre as condições, a reparação no processo. Observam-se também meios em atender às pretensões ressarcidoras da vítima, possibilitando o ingresso, no processo penal, de pedido da pretensão ressarcidora contra o autor do delito, por meio do sistema de adesão (parágrafos 403 a 406 do StPO). Outra possibilidade é a indenização por meios estatais, mediante um *seguro social* para aqueles que tenham sofrido graves danos para sua saúde ou capacidade laboral por uma conduta violenta e que não possa, por outra via, obter compensação.

2.5.4 Na Bélgica

Pode-se destacar a prática dos *Family Group Conferences* ou conferências familiares empregadas quando agentes menores praticam infração, com o propósito de assumir suas responsabilidades de forma efetiva e construtiva. A mediação penal é prática utilizada para

solução de conflitos, conforme o Forum European for Victim-offenser Mediation and Restorative Justice (2002).

Para Robalo (2012, p. 186–188), o art. 216 do Código de Instrução Criminal belga *(Code d'Instruction Criminelle)* prevê, em certa medida, a mediação penal institucionalizada em que é feito um contato individualmente com os envolvidos, procurando que se reúnam diretamente. No caso de acordo entre eles, o Ministério Público organiza uma audiência de mediação. Caso não haja acordo, o procedimento será anulado, regressando para o procedimento normal. Realizado o acordo, na mediação, o processo termina quando o agente cumpre as medidas acordadas e o processo é arquivado. A crítica que a autora estabelece é de que o modelo belga não correspondia a um modelo ideal de mediação quando permitia ao Ministério Público conduzir a negociação entre o autor da infração e a vítima. Em 22 de junho de 2005, entraram em vigor as disposições relativas à mediação, passando a integrar mais claramente, no Código de Instrução Criminal, no art. 553, § 2.º, que dispõe sobre a possibilidade, no processo judicial, da mediação.

Conforme Robalo (2012), o § 3.º, do mesmo artigo, inclui a referência de um terceiro imparcial para conduzir as práticas e traz a definição de mediação como sendo um processo que permite às pessoas em conflito participarem ativamente, se assim o consentirem livremente, e com plena confidencialidade, na resolução das finalidades resultantes de uma infração, com a ajuda de um terceiro neutro.

Relata Robalo (2012, p. 264) que participam das conferências familiares, além da vítima e ofensor, os familiares de ambos. A diferença que se estabelece desta prática, com as empregadas na Nova Zelândia, é a obrigatoriedade da presença de um agente policial; a finalidade dessa presença é reforçar que se está perante uma infração penal, sendo sua participação uma intervenção inicial no sentido de ler os atos que vêm imputados ao agente, devendo este pronunciar-se sobre eles, dizendo se os aceita ou não. O acordo alçando será levado ao juiz que poderá ratificá-lo. Aceito pelo juiz, será dado um prazo para cumprimento e após pode não ser aplicada qualquer medida. O juiz poderá reencaminhar o caso para uma segunda conferência ou decidir sobre quais procedimentos tomar se não concordar com o acordo ou se este não for cumprido.

2.5.5 Na França

O Código de Processo Penal francês, como ensina Robalo (2012), foi alterado em 1993, com a inclusão, em seu artigo 41, inciso I, de métodos restaurativos de solução de

conflitos, disciplinando que o procurador da República pode, previamente à sua decisão, conduzir as partes a um acordo, desde que a medida seja susceptível a assegurar a reparação do dano causado à vítima, e o fim do conflito ou em contribuir para a reinserção social do autor dos fatos.

De acordo com Robalo (2012, p. 189–192), o mediador tem sido pessoa aposentada da polícia ou da alguma associação de apoio a vítimas, o que minimiza a imparcialidade. Quanto à abrangência, são as infrações de menor gravidade que são encaminhados à mediação penal. Caso haja descumprimento do acordo, poderá a vítima usar os instrumentos do Código de Processo Civil para execução do pagamento pactuado. E, em relação ao procedimento criminal, este fica suspenso durante a prática da mediação e em caso de não conclusão de um acordo, o processo penal seguirá.

Os programas de mediação, na França, começaram mesmo antes da institucionalização, com projetos de bairros e em casos de conflitos que envolvessem familiares e vizinhos. Característica que se observa em vários países é a de se realizarem práticas restaurativas em projetos, antes mesmo de elas se tornarem oficialmente institucionalizadas. Robalo (2012, p. 191) relata que um projeto desenvolvido com menores infratores, na década de 1980, surtiu efeitos positivos, com redução da delinquência juvenil comprovada em 30%, num bairro problemático de Estrasburgo.

2.5.6 No Canadá

A referência do Canadá em práticas restaurativas em muito se deve ao seu aspecto cultural diversificado, principalmente com o respeito à cultura das raízes indígenas. A Constituição do Canadá reconhece a pluralidade de etnias e a existência de aborígenes: os índios (primeiras nações), os inuit e os métis (etnia mista, descendentes de europeus e indígenas). No ordenamento jurídico penal, no artigo 717[18], há a possibilidade de medidas alternativas autorizadas em paralelo ao sistema tradicional de Justiça. Não existem *standards* ou diretrizes que determinem que casos devam estar sujeitos a essas medidas ou quem pode ou deve participar.

Robalo (2012, p. 151) relata que, entre os povos inuit, não existem tribunais fixos, mas, sim, itinerantes, que não funcionam num espaço físico predestinado ao exercício da sua

[18] *"Alternative Measures – 717. (1) Alternative measures may be used to deal with a person alleged to have committed an offence only if it is not inconsistent with the protection of society and the following conditions are met."*

função, mas, num *hall* ou em qualquer edifício que será disponibilizado para essa finalidade. Esses povos têm a particularidade de não se sentir confortáveis em ser julgados pelos membros da própria comunidade. Os estabelecimentos prisionais também são inexistentes nessas comunidades e, caso algum inuit seja condenado à pena de prisão, será completamente desenraizado da sua comunidade e deslocado para outra região, ressaltando-se que a comunidade inuit não considera a pena de prisão uma resposta adequada.

Diante das particulares da muitas comunidades aborígenes, práticas diferentes de soluções de conflitos são praticadas no Canadá. Ainda discorre Robalo (2012) que vários tipos de círculos são desenvolvidos, como os círculos de suporte, constituindo forma de apoio à reintegração de condenados por crimes sexuais; círculos de sentença em que, com a autorização do ofensor e voluntariedade da participação, a comunidade é chamada para pronunciar-se sobre a conduta do ofensor, seguindo-se de um ritual que inclui oportunidade de falas ao ofensor e à vítima e dos membros que queiram pronunciar-se. As opiniões são consideradas pelo juiz que pode acatá-las ou não. Diante dessa participação ampliativa, o juiz, diante do contexto, acaba muitas vezes por seguir o entendimento da comunidade, tendo em vista a reinserção do ofensor.

No capítulo que versa sobre os efeitos de práticas restaurativas na minimização da reincidência, foi tomado como referência um projeto desenvolvido no Canadá, com mapeamento de índices comparados com o sistema tradicional de justiça e os resultados mostram-se favoráveis.

2.5.7 Nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, na contramão do movimento de limpar a cidade, como no exemplo de Nova Iorque, desenvolvem-se projetos voltados a práticas restaurativas, principalmente no que tange aos interesses das vítimas. Programas de mediação entre vítima e infrator e com processos circulares são implementados em vários Estados, sendo que essas práticas foram estimuladas, no Brasil, por Pranis, pesquisadora que atuou no Projeto de Justiça Restaurativa, em Minnesota de 1994 a 2003. O presídio de Alcatraz, em São Francisco, conhecido por ter abrigado presos com segurança máxima, hoje desativado, traz em sua entrada o seguinte jargão: “Justiça Restaurativa no lugar de Alcatraz”. A constatação de que o cumprimento da pena, dentro dos moldes de isolamento, não produz efeitos positivos pode ser verificada pelo depoimento de cada prisioneiro, num sistema de gravação feita pelos ex-detentos do presídio, que pode ser ouvido, na visitação. O lugar que se destacou pela

severidade do cumprimento da pena privativa de liberdade no passado contrasta-se com a realidade atual, em que imensa galeria expõe ações restaurativas e depoimentos de pessoas que participaram de encontros restaurativos, concluindo-se que esta é a opção, no lugar da punição da maneira como foi imposta em Alcatraz. Esta ilha é ponto de visitação turística com enorme incentivo à aplicação da Justiça Restaurativa, na constatação da falácia de um sistema prisional e desumano.

2.5.8 Na Nova Zelândia

A Nova Zelândia constitui exemplo de práticas restaurativas integradas no sistema oficial de justiça penal. O procedimento de colocar frente a frente vítima e ofensor com seus familiares, como tradicionalmente é feito no seio das tribos maori é integrada à justiça estadual, sobretudo a partir da década de 1980, como observado por Van Ness (2010, p. 4), "[...] tendo havido no passado um virar de costas, que entretanto se transformou num apertar de mãos". Entre os maori, a responsabilidade do agente é vista como responsabilidade coletiva, assentada nos espíritos de grupo e de pertença, próprios dessas comunidades.

Na linha de inclusão da vítima, o *Victim of Offenses Act*, de 1987, reconhece a vítima como parte do conflito penal, conferindo-lhe importantes direitos. Em seguida, o *sentencing act* (conferências restaurativas) vieram integrar o processo tradicional, em 2002. Para Robalo (2012, p. 158–159) o procedimento começa a partir da voluntariedade da participação, em que o agente reconhece a responsabilidade. Após a prática restaurativa, um relatório é entregue ao Tribunal, que poderá ser alterado pelo juiz. Não acrescida nenhuma outra condenação, com o cumprimento do acordo, será absolvido. Havendo condenação, é possível que o Tribunal incorpore o plano oferecido pela prática restaurativa, como obrigatoriedade de participação num programa específico.

Maxwell (2005, p. 286), dissertando sobre os resultados das práticas na Nova Zelândia, expõe o estudo desenvolvido, em 1999, quando foram feitas comparações de reincidência para cem participantes de grupos diferentes, sendo que um grupo participou de programas restaurativos, e outro grupo, com a mesma quantidade de participantes, foi processado pelos Tribunais em casos que não tinham sido indicados para um procedimento restaurativo. A reincidência foi avaliada por um período de doze meses seguintes. A prática de nova infração foi reduzida entre os componentes do primeiro grupo. E a principal infração dos participantes reincidentes foi, em média, menos séria comparada, com o grupo do sistema tradicional.

Contudo, relata Maxwell (2005, p. 286) que, em dois outros programas de Justiça Restaurativa administrados pela comunidade em Rotorua e Wanganui, em 2004, não se repetiram esses resultados de redução de reincidência. Não obstante, em Rotorua, foi registrada satisfação com os planos de ação, em 83% das vítimas participantes. E em 95% delas houve a constatação de que estavam satisfeitas com o desfecho do caso. Nove entre dez infratores completaram todos os elementos de seus planos. As taxas de conclusão e as porcentagens de satisfação das vítimas foram mais baixas no programa Wanganui. Os problemas fundamentais detectados foram a falha no monitoramento do acordo e o fato de não se manterem as vítimas informadas sobre o progresso no plano.

Também em relação a infratores menores, em 1989, a Nova Zelândia aprovou o Estatuto das Crianças, Jovens e Suas Famílias, considerando que a responsabilidade primária pelas decisões sobre o que seria feito, no caso concreto, fosse estendida às famílias, que receberiam apoio em seu papel de prestações de serviços e outras formas apropriadas de assistência. O processo essencial para a tomada de decisões adotado foi o da reunião de grupo familiar, que visava a incluir todos os envolvidos e os representantes dos órgãos estatais.

Maxwell (2005, p. 282) discorre que, nessa prática, a polícia tem papel fundamental de encaminhar o caso para o procedimento restaurativo, com quatro opções disponíveis em face de um jovem infrator: é possível usar uma advertência informal, uma advertência escrita; organizar um plano de encaminhamento alternativo, fazendo uma indicação direta para uma reunião de grupo familiar; ou então apresentar a acusação no Tribunal de Jovens, que fará uma indicação para uma prática restaurativa. Embora, em geral, a gravidade e o histórico da infração sejam os fatores principais que determinam a prática policial, o conhecimento do infrator e o histórico familiar também são fatores importantes.

As evidências demonstram resultados positivos, sendo possível a conciliação entre o sistema penal tradicional e boas práticas restaurativas, pautadas em valores restaurativos e conduzidas por facilitadores competentes e imparciais com habilidades identificadas por Marshall (2005, p. 269–276), como sendo: esforçar-se para ser inclusivo e colaborativo; fomentar um ambiente de confidencialidade; reconhecer convenções culturais; demonstrar respeito autêntico por todas as partes: enfocar necessidades; validar a experiência da vítima; esclarecer e confirmar as obrigações do infrator; visar a resultados transformativos; e observar as limitações de processos restaurativos. O processo não será restaurativo se for explorado pelos participantes para atingir vantagens pessoais desleais, chegar a resultados manifestamente injustos ou inapropriados, ignorar as considerações de segurança pública ou

tentar subverter os interesses da sociedade de tratar a infração penal de uma maneira aberta, leal e justa.

2.5.9 Na Austrália

Iniciaram-se, na década de 1990, experiências das práticas em adultos e jovens, com forte influência da teoria *Reintegrative Shaming* (regulação responsiva), proposta por John Braithwaite[19] e da legislação neozelandesa. Nas palavras do autor:

> A ideia básica da regulação responsiva é que os governos devem ser sensíveis à conduta daqueles que procuram regular para decidir se uma resposta mais ou menos intervencionista é necessária. O formalismo regulatório é o contraste importante à regulação responsiva. O formalista define previamente quais os problemas exigem respostas e redige normas para impor as respostas. O formalismo pode dizer, por exemplo, que o assalto à mão armada é um mal muito sério. Por isso, deve sempre ser tratado levando-o para o tribunal, e se a culpa for comprovada, o infrator deve ir ao presídio. A relação responsiva nos obriga a questionar tal presunção, se o infrator está respondendo de outra maneira a sua transgressão, mudando de vida, abandonando o hábito das drogas, ajudando as vítimas, prestando serviços comunitários para compensar o dano que ele fez, o regulador responsivo, para o assalto à mão armada, vai dizer não para a opção da prisão. (BRAITHWAITE, 2002, p. 29.)

Também com o respeito às culturas aborígenes, destacam-se tribunais compostos somente por membros da comunidade, inclusive os magistrados *(Nunga Court)*, numa forte relação com a teoria da *reintegrative shaming*, no sentido de que o agente possa envergonhar-se perante as pessoas próximas, principalmente entre os mais velhos. Robalo (2012, p. 165) identifica que esses tribunais permitem que as comunidades aborígenes tenham mais confiança no processo. Quanto ao funcionamento, há um processo penal em curso, quando, antes da prolação da sentença, será proposta ao juiz a realização de uma conferência aborígene. O objetivo é aproximar o Direito das pessoas, retirando as vestes da autoridade distante. Após a realização da conferência, ocorrerá o julgamento, no âmbito do processo penal, que se encontrava suspenso. O resultado da prática restaurativa não necessariamente será levada, por escrito, ao juiz, sendo que os anciãos que participaram das práticas podem aconselhar o juiz, realizando a interação entre dois mundos distintos.

---

[19] John Braithwaite é importante expoente da divulgação da Justiça Restaurativa no mundo, principalmente a partir das obras *Crime, shame and reintegration* (crime, vergonha e reintegração) e *Restorativa justice and responsive regulation* (Justiça Restaurativa e regulação responsiva).

2.5.10 Alguns modelos asiáticos

No Japão, de acordo com Robalo (2012, p. 171), observa-se que a reconciliação é muito prezada e será considerada quando do julgamento em que pode ser aplicada uma pena mais branda ou suspender a execução da pena.

Em Singapura, ensina Robalo (2012, p. 173), já se observa uma manifestação da Justiça Restaurativa, *compounded offences* (composição de infrações), com autorização do Tribunal para práticas em crimes menos graves. Havendo acordo, o processo extingue-se. O acordo consiste normalmente na obrigação de uma indenização à vítima e a apresentação do pedido de desculpas. Existem práticas como a mediação e os grupos de conferência de família para casos em que os agentes são menores. Ainda existem os Community Mediation Centers (centros de mediação comunitária), criados em 1997, em funcionamento em diversas partes da cidade. Discussões entre irmãos ou perturbação da tranquilidade entre vizinhos são as mais encaminhadas à mediação. Em 2001, foi introduzida formalmente a possibilidade de o juiz convocar uma *Family Group Conference* (grupos de conferência familiares) com a revisão da legislação relativa ao procedimento de menores infratores. Os objetivos desses grupos consistem em combater a reincidência e permitir a reintegração do agente no seu meio, sem se esquecer da possibilidade de as vítimas expressarem-se.

2.5.11 Na África

A África conserva a tradição da cultura comunitária como direito costumeiro arraigado nos povoados mais remotos. As práticas desenvolvem-se com o objetivo de reconhecimento do erro e reparação. A vítima, o agente e a comunidade encontram-se nas práticas e expõem seus argumentos. Observa Robalo (2012, p. 182) que as práticas de Justiça Restaurativa foram implementadas oficialmente em 2008, intituladas de *Child Justice Bill* para menores infratores e, em relação a adultos, existem projetos com implantação de mediação. Constata-se presente o princípio da oportunidade, podendo deduzir que cada magistrado, bem como o Ministério Público, dará o valor processual, na medida em que entenda o acordo como satisfatório.

Certo é que, na África, existem laços fortes de perdão e reconciliação a exemplo do processo de reconstrução após o período do *apartheid*, sobretudo pelas lições de Nelson Mandela e do caso de Ruanda, já mencionado anteriormente, em que contra atos de genocídio, os *Gacaca Courts* resolveram as questões penais, procurando colocar frente a frente o agente e a vítima ou os seus familiares, dando voz a todos os envolvidos.

2.5.12 Na Colômbia

A Colômbia inseriu oficialmente um capítulo (artigos 518 a 527) em seu Código de Processo Penal, intitulado de *Justiça Restaurativa*. A definição do resultado restaurativo compreende um acordo encaminhado a atender às necessidades e responsabilidades individuais e coletivas das partes e que logre êxito na reintegração da vítima e do infrator na comunidade e ainda que busque a cooperação, a restituição e o serviço comunitário. É importante destacar que a participação do ofensor nas práticas não pode ser utilizada para efeitos de reincidência e ainda o descumprimento do acordo não poderá ser utilizado como fundamento para uma condenação ou para o agravamento da pena. Poderá a prática restaurativa ser solicitada pela vítima ou pelo ofensor perante o juiz do processo e, em caso de concordância, será designado um mediador. No caso de agentes menores ou vítimas incapazes, devem seus representantes participar também das práticas restaurativas. Feito o acordo e, caso não seja cumprida a reparação pecuniária, poderá ser executado em ação civil. O acordo será levado ao juiz para que o valore e determine os efeitos na ação penal, que poderão ser considerados no momento da individualização da pena.

No artigo 523 do Código Processual Penal colombiano, define-se a mediação como prática a ser adotada oficialmente nos processos penais, podendo decidir nesse procedimento a reparação do dano e a prestação de serviços à comunidade em crimes que não excedam cinco anos.

2.5.13 Na Argentina e Chile

O Ministério da Justiça da Argentina fomenta medidas conciliatórias e estimula parcerias, a exemplo do projeto desenvolvido, na Universidade de Buenos Aires, em que se desenvolve a mediação com o sistema de justiça penal. Segundo Parker (2005, p. 247), a experiência levou o governo argentino a apoiar a criação de centros de justiça de comunidade em todo o país, com competência para atender a conflitos entre vizinhos, violência familiar, entre outros.

O Chile também desenvolve projetos de solução de conflitos no âmbito de práticas pacíficas com a sociedade, como o Centro Alternativo para Resolução de Conflitos (Crea). Nas pesquisas desenvolvidas por Parker (2005. p. 252), registra-se que a meta desse programa é equipar a sociedade chilena para solucionar conflitos sem, contudo, desviar para a vingança privada.

2.6 Aplicação da Justiça Restaurativa no Brasil

Em várias legislações especiais, como na Lei n.º 9.099/1995, nos artigos 74 e 89, I (Juizados Especiais); na Lei n.º 9.503/1997, no art. 297 (Código de Trânsito); na Lei n.º 9.605/1998, art. 12 (Crimes Ambientais); na Lei n.º 8.069/1990, art. 116 (Estatuto da Criança do Adolescente); no Código Penal (artigos 16 e 65, inciso I, alínea b; e artigo 91, inciso I); e ainda no Código de Processual Penal (art. 387, inciso IV), o Brasil contempla a reparação do dano à vítima. No que tange a práticas restaurativas que permitam à vítima participar da discussão e resolução do conflito e ainda buscar a responsabilização do ofendido, estabelecendo um plano de ação para o futuro, destacam-se, no momento, ações desenvolvidas no Maranhão, em Brasília, em São Paulo, no Rio Grande do Sul e em Minas Gerais. Ainda que outros projetos estejam formando-se e atuando com essas práticas, em decorrência do fomento nacional determinado pela Resolução 125[20] do CNJ e a multiplicação das ideias, na rede educacional brasileira, na mesma diretriz da solução conjunta dos conflitos, este ponto da tese ficará sempre aberto a crescer com outros exemplos.

2.6.1 No Maranhão

Em São José do Ribamar, município localizado na região metropolitana de São Luiz, realizou-se uma das pesquisas *in loco*, no núcleo de práticas restaurativas juvenil. O espaço destinado às práticas localiza-se dentro da comunidade, numa casa cedida pelo Município, em que são encaminhados adolescentes em grupo de risco, não só pela prática de atos infracionais, mas, com diversos tipos de conflito, inclusive escolar, dentro de um projeto denominado de Projeto RestaurAÇÃO, que se iniciou em 2009. É importante destacar o empenho da juíza Tereza Cristina de Carvalho Pereira Mendes em fomentar práticas restaurativas na região. Percebe-se que a iniciativa tomada pela juíza de Direito contribuiu muito para a referência dos trabalhos nessa localidade e o fomento de parcerias entre o Judiciário e o Executivo. A estrutura funcional é composta por uma equipe compreendida por um assistente social, um psicólogo, um profissional do Direito e mais três pessoas.

[20] Dispõe que os Tribunais deverão criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Em seu artigo 7.º, § 3.º, há a orientação expressa de que os núcleos poderão estimular programas de medição penal em qualquer fase do processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução 2.002/2012, do Conselho Econômico da Organização das Nações Unidas, e a participação do titular da ação penal em todos os atos.

A capacitação para as práticas restaurativas foi ministrada por meio da Fundação Terre des Hommes, entidade francesa que luta internacionalmente pelos direitos das crianças e adolescentes. Vários funcionários do Município, bem como das escolas, do Tribunal de Justiça, do Ministério Público e da Defensoria Pública se capacitaram. As práticas desenvolvidas são as realizações de círculos restaurativos, de paz e de tomada de decisão a depender da necessidade de cada caso concreto.

Nos processos judiciais da Vara da Infância e da Juventude, os adolescentes, quando recebem a medida de advertência, podem ser encaminhados ao núcleo para o círculo restaurativo. Constitui-se num local de apoio às práticas com a participação da comunidade local, participação esta imprescindível para o desenvolvimento do projeto.

No Judiciário, a equipe da Vara da Infância e da Juventude, composta de dois psicólogos, um assistente social e ainda de dois funcionários, limita-se a atender aos casos em que o juiz da Infância faz o encaminhamento. A Casa da Justiça não tem um espaço próprio para a realização de práticas e isto não impossibilita que estas aconteçam. As práticas restaurativas são feitas em outros locais por essa equipe ou encaminhadas ao projeto RestaurAÇÃO.

Percebe-se um esforço conjunto na mesma direção de fazer valerem, de fato, os princípios gerais estabelecidos na Constituição federal e no Estatuto da Criança e Adolescente, abrindo o espaço público para a discussão de problemas que permeiam os jovens da região.

Quanto aos índices de reincidência, estudos feitos estão sendo catalogados para que se possa ter uma porcentagem de infratores que não mais voltaram a praticar atos infracionais. Até 2012, o projeto RestaurAÇÃO realizou atendimentos a 291 jovens com sessenta práticas restaurativas efetivamente concluídas oriundas de demandas do Judiciário e da própria comunidade. Os atos infracionais atendidos, em sua maioria, foram o de tráfico de drogas, seguido de roubo e ameaça.

Uma das dificuldades mapeadas em São José do Ribamar foi identificada como a não aceitação da vítima em participar, principalmente pelo distanciamento entre a data do fato e o convite à participação. A vítima, em muitos casos, está tentando cicatrizar o trauma do fato e não quer encontrar-se novamente com o infrator. Percebeu-se que, quanto mais distância o convite, menos há aceitação. Outra dificuldade encontrada foi não haver uma rede concreta de garantias a ser oferecida. A equipe não possui um local de qualificação profissional para encaminhar o adolescente para a inclusão no mercado de trabalho, tornando-se ainda necessária a atuação do Estado em fomentar políticas públicas de cursos profissionalizantes

na região. Ainda em relação à aceitação do infrator, o grande problema está na falsa ideia de que participar do círculo seria uma dupla punição. Portanto, quando o jovem aceita voluntariamente participar ativamente das práticas restaurativas, na maioria das vezes, é concedida a remissão como resposta do Estado de não punição para aquele que aceita a inclusão nas práticas restaurativas. As conclusões são de que a forma como os conflitos são resolvidos, sob a ótica restaurativa, visando não apenas à punição, mas, também, levar ao debate os motivos que levaram o jovem infrator a cometer o delito, no contexto em que ele vive, determinando quais as causas e de que forma ele poderá reparar o dano, é a melhor resposta.

Nos municípios de São Luís, Açailândia e Imperatriz, práticas restaurativas entre adolescentes estão sendo disseminadas com metas de implementação a exemplo do projeto desenvolvido em São José do Ribamar. Novo mapeamento dos dados está sendo construído para novas publicações, inclusive faz-se necessário o mapeamento de um grupo atendido no projeto com outro não encaminhado, mas, com características semelhantes, para se fazer a comparação nos resultados obtidos.

2.6.2 Em Brasília

Em outro contexto, Brasília desenvolve a Justiça Restaurativa nos Juizados Especiais, com a possibilidade de expansão para crimes de maior potencial ofensivo. A Portaria Conjunta n.º 15/2004, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) instituiu uma comissão para o estudo do tema. O projeto começou a desenvolver-se em 2005, e estruturou-se no Núcleo Bandeirantes.

Merece destaque a atuação do juiz Asiel Henrique de Souza, grande expoente de práticas restaurativas no Brasil, e dos membros do Ministério Público, que, em muitos casos, aderem aos resultados dos acordos feitos, nesse âmbito judicial, dando a credibilidade necessária e fortalecendo o programa. Um diferencial deste projeto está em incluir todos os conflitos que permeiam o caso, inclusive os afetos à seara cível, em uma estrutura física que se encontra dentro do Tribunal. É importante destacar que cada espaço físico visitado apresenta diferentes características, revelando que, no Brasil, existem vários Brasis. No Maranhão, as práticas acontecem, dentro da comunidade, em instalações simples, mas, condizentes com a realidade local e, em contrapartida, em Brasília, há uma secretaria em que se arquivam os acordos, e em que os processos são recebidos e ficam no aguardo das práticas, e também em que a equipe permanece quando não há práticas acontecendo. Conta, ainda, com

uma segunda sala, também bem equipada e reservada para que as práticas aconteçam, traduzindo outra realidade de organização e planejamento.

Nas práticas realizadas, a metodologia é a da mediação e de círculos restaurativos, adequando-se a cada caso. Realizado o acordo, este é homologado pelo juiz, e o plano de ação é acompanhado, após seis meses, podendo gerar a extinção da punibilidade.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 2012, incluiu o programa de Justiça Restaurativa no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupecom), sendo denominado de Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania do Programa Justiça Restaurativa. Neste projeto, práticas restaurativas podem ser efetivadas também a jovens infratores. Na publicação desses resultados pelo TJDF, em 2014, foram realizados 226 encontros privados, sendo que 57 casos chegaram até as práticas com os envolvidos.

2.6.3 Práticas restaurativas no Judiciário e nas escolas de São Paulo

Iniciou-se em 2005, na Vara da Infância e da Juventude do município de São Caetano do Sul, o projeto de implementação de práticas restaurativas em parceria com as escolas públicas da cidade e com a comunidade, ampliando-se posteriormente para São Paulo e Guarulhos.

O projeto de implementação de um programa de Justiça Restaurativa e práticas restaurativas nas escolas foi denominado de “Projeto Justiça, Educação, Comunidade: Parcerias para a Cidadania”. Tem como foco a transformação de escolas e comunidade, que vivenciam situações de violência, em espaços de diálogo e resolução pacífica de conflitos, por meio da colaboração entre o Sistema Judiciário e Educacional, do trabalho com a Rede de Apoio e da parceria com a comunidade. Um dos fundamentos do projeto é que a escola, tanto municipal quanto estadual, constitui-se em espaço público que vivencia conflitos diários com crianças e adolescentes como reflexos de situações familiares ou mesmo de comportamentos agressivos por partes dos alunos. O projeto enfoca os conflitos como uma questão comunitária e tem como finalidade trabalhar os valores na ótica da pacificação. Constata-se que várias ações desembocam na exclusão e marginalização se não forem trabalhados com diálogo. É para a escola que se busca o retorno do adolescente em conflito com a lei. Portanto, práticas restaurativas são de suma importância como procedimento de resolução de conflitos e situações de violência.

Um exemplo de ações compartilhadas pode ser elucidado pelo caso concreto de uma diretora escolar que recebe um aluno que cumpre medida socioeducativa; pode este aluno ser verdadeiramente acolhido tendo suas qualidades realçadas ou, pelo contrário, pode ser marginalizado, antes mesmo de a comunidade escolar o conhecer. A sinergia das ações no âmbito escolar comunitário e forense fomentam a responsabilidade ativa e cidadã de uma rede que pretenda a pacificação social. A escola não pode tornar-se passiva na posição que todo conflito deve ser encaminhado ao Judiciário. A vivência escolar pode dar-se de forma articulada no atendimento das necessidades das crianças e adolescentes. Toda a ação faz a diferença como em casos de reunião de pais com os filhos, marcada para turmas em que os alunos tinham a idade de doze a treze e anos. Diante da impossibilidade do comparecimento da mãe, um aluno apresentou-se sozinho, situação comum de ausência no cotidiano escolar. O que muda é a atitude da escolar em relação à ausência. Pode a escola dispensar a criança desacompanhada, sem nenhuma atitude de ouvir o aluno e compreender a ausência, deixando o aluno em situação constrangedora perante os colegas, ou como no segundo exemplo, o aluno poderá ser ouvido e participar da reunião com um funcionário da escolar, representando a mãe e, posteriormente, a mãe comparecer à escolar para inteirar-se do teor da reunião. São atitudes que fazem a diferença no contexto inclusão e exclusão. Em sentido inverso, em situação semelhante, vivenciada com a ausência de um dos pais, a dispensa do aluno desencadeou um Boletim de Ocorrência, por desacato. Quando o aluno foi dispensado, ele pronunciou a seguinte frase: “A minha mãe não tem tempo para estas conversas de gente à toa, sua vaca!”. Percebe-se diante da resposta do aluno uma situação de violência se que originou da própria escola quando exclui a oportunidade de diálogo e impede a participação. Será que este aluno responder por desacato é a melhor solução?

É importante destacar que fomentar os círculos restaurativos nas escolas, por si só, não resolvem os problemas; os valores da Justiça Restaurativa devem ser implementados no projeto pedagógico da escola, acompanhado de formação de gestores para uma escola restaurativa. Em várias ações pode-se perceber o conflito, sendo resolvido na própria escola, sem a judicialização, mas, de forma articulada com a família e a comunidade para evitar os Boletins de Ocorrência para todo e qualquer caso, que só faz aproximar os adolescentes do sistema judicial de forma a estigmatizar aqueles então considerados menores infratores. Como no caso de *bulling*, em que um garoto chamava uma colega de sala pelo estereótipo de *testuda* e, depois de vários dias, a garota resolve bater no garoto, deixando-lhe lesões corporais. Pelo fato de ter apanhado de menina, o garoto ficou sendo chamado de *mulherzinha*. Percebe-se que é um círculo de agressões que só tem fim se forem facilitados encontros entre os

ofendidos, pais e com demais membros da escola, que podem ser estabelecidos como *restauradores das escolas*. A proposta é aglutinação e articulação da comunidade, em rede, ressignificando o papel de atuação de todos que lidam diretamente com crianças e adolescentes.

No Judiciário da capital do Estado, as Varas da Infância e Juventude de São Paulo desenvolvem práticas restaurativas nos casos de atos infracionais de menor potencial ofensivo, praticados por adolescentes, com residência numa área de atuação específica ou por alunos de uma das escolas parceiras do projeto, se judicializada a infração, considerando a excepcionalidade da intervenção judicial e de medidas socioeducativas. Conforme Penido (2008b), também grande expoente de práticas restaurativas em São Paulo, o contexto do município de São Paulo, é de aproximadamente três mil escolas, com um milhão de alunos, 53 mil professores e oitenta mil funcionários. O Judiciário da capital é composto de quatro Varas da Infância e da Juventude da capital e duas Varas de Execuções de Medidas Socioeducativas. Diante desses números, institucionalmente, ações diversificadas são desenvolvidas com o objetivo da construção de políticas públicas efetivas e com boa qualidade, bem como permanentes canais de parcerias com a academia e ações internas de formação pessoal com os valores restaurativos e estímulos permanentes de diálogos interdisciplinares ancorados nos valores restaurativos de acordo com o contexto social e cultural de cada localidade.

O fluxo é realizado da seguinte forma: em fase anterior ou de apuração dos fatos (fase do *conhecimento* – antes da sentença), há a oitiva informal pelo Ministério Público. Posteriormente a equipe técnica de servidores do foro realiza um pré-círculo com o(s) adolescente(s) e convida a vítima e a comunidade a participarem. Caso haja aceitação, realiza-se o Círculo Restaurativo (preferencialmente fora do ambiente do Fórum) e, na última fase, a do pós-círculo, verifica-se o cumprimento das obrigações assumidas. Posteriormente, elabora-se um relatório, que é juntado aos autos. Na grande maioria das vezes é dada a remissão. Caso não haja aceitação ou ocorra o abandono do procedimento restaurativo, o fato não agrava a resposta ao ato infracional.

Dados estatísticos apresentados pelo juiz da Primeira Vara da Infância e da Juventude de São Paulo, Penido, em conclusão sobre as práticas acontecidas dentro de um período de dois anos e seis meses (2011 a meados de 2014), são de 176 círculos realizados, com 78% de acordos dos casos atendidos, sendo que 83% dos acordos foram cumpridos. Entre os atos infracionais praticados em que foram propostas as práticas restaurativas estão as infrações de

lesão corporal (58,5%), furto (12,5%), injúria (6,8%), dano (6,3%) e desacato (6,3%) e outros (9.6%).

2.6.4 Práticas restaurativas no Rio Grande do Sul

No Rio Grande do Sul, o projeto é intitulado "Justiça para o Século 21", direcionado a crianças e adolescentes. Em Porto Alegre, destaca-se o trabalho desempenhado pela 3.ª Vara da Infância e da Juventude, sob a coordenação primeiramente do juiz Brancher, pioneiro em práticas restaurativas desde 1999.

Vários depoimentos dos participantes foram colhidos e registrados, destacando-se alguns proferidos pelos adolescentes que são abaixo elucidados da maneira autêntica como foram proferidos:

> *Foi muito emocionante, sabe, o meu avô falando, eu me emocionei bastante foi a pessoa que mais falou... mas, quando vô falou, foi um choque; eu não esperava e a minha esposa também eu não esperava, foi quando eu percebi que ela gostava bastante de mim.*
>
> *Eu pensava que era tipo num tribunal, assim as pessoas perguntando para mim e eu respondendo e mais ninguém podendo falar e eu não podendo olhar para as pessoas.*
>
> *As coisas que eu prometi,* né?, *eu* tô *cumprindo,* né?, *que é ficar mais perto da minha família,* né?, *que é o que eu mais quero; voltei pro grupo da Igreja,* tá *tudo direitinho, ganhando bastante atenção que eu queria da minha mãe.*
>
> *[...] porque eu tinha tudo que eu queria, mas eu queria bastante era atenção. Às vezes eu roubava o carro e ficava só passando na frente da minha mãe. Pra minha mãe ver e ir lá me dar um puxão de orelha, sabe?, mas ela não fazia isso. Então eu fui lá e ela ouviu isso.*
>
> *É certo pra fazer, não adianta* tu *sair dali, entendeu?, e no momento do encontro* tu *falar uma coisa sair dali e fazer outra, então eu sai dali com a expectativa e fiz o que deveria, fiz o certo, eu via que ali eu* tava *na hora de mudar.*

Também merecem destaques alguns depoimentos das vítimas:

> *Poder conversar com o infrator, no início, quando aconteceu, tive muita raiva, aí depois passou para pena e foi bem interessante; eu não posso dizer se foi exatamente o que eu esperava, porque eu não tinha ideia de como seria.*
>
> *[...] agora a vejo como colega, após o círculo, a gente se dá bem.*
>
> *[...] e tudo acabou estando consciente...* tu *acaba voltando ao tempo..., mas, voltando ao tempo pra tua vida poder prosseguir.*
>
> *A Justiça restaurativa quer oferecer uma chance* dele *entender que o que ele fez é errado. Uma chance para ele ouvir a pessoa a qual ele submeteu a uma situação que é muito constrangedora de medo, enfim, de perigo e tudo mais. Que ele possa*

> *entender os danos que ele causou não só financeiro* e *sim são psicológicos, são emocionais, assim por diante.*

E ainda foram registrados depoimentos de professores e técnicos do programa de atendimento socioeducativo:

> *[...] elas se xingam, elas se chamam disso e daquilo e não se dão conta que isso ofende a outra pessoa e que a pessoa não gosta e que gera um sentimento de diminuição; isso passa por comum de se chamar de* nega macaca *ou de* vadia *e se tratam assim... acho que não tem noção e nem a ideia que isso vá* te *prejudicar tanto ou* te *magoar, gerando um sentimento profundo... eu acho que isso é uma consciência se* tu *deixar que a outra pessoa* te *diz, eu me senti assim, a pessoa se dá conta que ela realmente fez para a outra.* (Professora da escola.)

> *[...] no nosso trabalho, a gente observa tudo isso, porque, às vezes, as famílias e os adolescentes nunca tiveram a oportunidade, nunca conseguiram dizer o que estão percebendo, o que o outro* tá *sentindo e naquele momento, o encontro consegue pensar nisto.* (Técnico administrativo.)

Essas falas traduzem o movimento de transformação do diálogo em detrimento de atitudes negativas diante das infrações penais que dominam o meio social em que se vive. Como dito por Konsen (2007, p. 87): "[...] ouvir o outro e acolher é quase toda a solução, porque somos carentes de alguém que nos ouça. Ouvir verdadeiramente é raro, sem julgar previamente, compreendendo a fragilidade humana, que é sempre a minha também.".

Em março de 2005, o projeto intitulado "Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileira em Porto Alegre" tornou-se referência no impulsionamento das pesquisas acerca das práticas. Resultados divulgados no triênio de 2005 a 2008 são de 380 procedimentos restaurativos, com a participação de 2583 pessoas, realizados no Juizado da Infância e da Juventude (RIO GRANDE DO SUL, 2012). As práticas acontecem durante o trâmite do procedimento, antes do recebimento da representação e durante o cumprimento da medida socioeducativa.

Em janeiro de 2010, a Central de Práticas Restaurativas integra oficialmente o Juizado da Infância e Juventude na Comarca de Porto Alegre, por meio da Resolução n.º 822/2010, do Conselho da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul (Comag). Um levantamento de dados foi publicado pelo Central de Práticas Restaurativas do Juizado Regional da Infância e da Juventude de PoA (CPRJIJ, 2013), com os seguintes resultados: no ano de 2009 foram realizados 120 procedimentos restaurativos; em 2010 realizaram-se 496 procedimentos; em 2011 aconteceram 475 procedimentos; e em 2012 realizaram-se 369 práticas restaurativas. Dados coletados são de atos relacionados principalmente a lesões corporais, roubo e tráfico de drogas, com uma média de satisfação de 73,10% dos participantes. 9.339 pessoas foram

capacitadas do período de 2005 a 2012, sendo que muitos deles se tornaram multiplicadores para demais estados do país.

Nas observações do juiz Brancher sobre os efeitos positivos das práticas restaurativas indicam que, principalmente, elas propiciam o empoderamento dos indivíduos e oportuniza nova prática democrática:

> Além dos aspectos conceituais que mudam atitudes e perspectivas na abordagem do problema, outro aspecto muda fundamentalmente na prática, e, digamos, a configuração geométrica das relações de poder. Ao invés de reportarem a um terceiro, hierarquicamente superior e que se supõe capaz de decidir o conflito por elas, as pessoas envolvidas – réus, vítimas e sua comunidades – assumem pessoalmente a responsabilidade de produzir uma solução de consenso, que respeite igualmente as necessidades de cada uma delas. Com isso, ocorre um processo de empoderamento dos indivíduos e da comunidade a eles relacionadas, além de um valioso exercício de inteligência emocional que reverte em aprendizagem de uma nova prática democrática, a democracia deliberativa, bem representada pela organização de um círculo no qual todos comparecem em condições de absoluta igualdade ao invés de submissos a alguma forma de assimetria hierárquica. (BRANCHER, 2012, p. 4.)

Merece destaque também o relato do caso exposto por Brancher, a partir de um caso concreto, da 3.ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre, o qual denominou de "Volta para Casa":

> Pelo vidro espelhado da sala de audiências do Juizado da Infância e da Juventude, a jovem vítima reconhece os menores acusados e acrescenta "ah, sim, esse da direita pegava ônibus comigo para ir à escola". Semelhante ao que diria a seguir a sua mãe, também vítima do assalto à mão armada na residência da família: "Somos vizinhos a vida toda. A mãe daquele ali pegava o ônibus uma parada depois de mim. Nós já nos encontramos ali no corredor. Quando ele era bebê eu levava ele no colo quando o ônibus lotava e a mãe dele tinha que viajar em pé. Levei muito ele no colo, Doutor...". Na medida em que a instrução avança os fragmentos das falas vão compondo um nítido mosaico na mente do Juiz. Era uma noite qualquer, no meio de semana, quando o loteamento da Cohab foi agitado por sirenes e a casa de classe média cercada por viaturas e policiais militares. Em firme investida, policiais especializados invadiram a moradia, libertaram as vítimas – mãe, viúva de 52 anos, a filha, uma jovem mãe solteira, de 21 anos, com um bebê de 8 meses – e renderam os três assaltantes. Nas proximidades, uma multidão de vizinhos apavorados se aglomerava. Entre eles, moradores a menos de 10 quadras ali, ninguém menos que os pais de um dos assaltantes menores [...] que entre surpresa e perplexidade tiveram de assistir o que nunca sonharam: a prisão de seu próprio filho. Os rapazes surpreenderam a todos, é verdade. Até aí, eram meninos normais da comunidade. Foi o que disseram não só os aflitos pais, avós e tios que lotavam o corredor do Fórum. Mas especialmente as testemunhas da defesa, entre eles o Presidente da Comunidade Católica, o dono do bar e armazém da esquina, e também o treinador do time juvenil da Associação de Moradores. Todos conhecidos de todos. Acusados e vítimas, seus familiares e comunidade conviviam desde que os acusados eram bebês. Aliás, até os próprios advogados eram moradores da mesma comunidade. Ora, um caso assim inspirava solução diversa. Seria a hora de testar as idéias da Justiça Restaurativa. Até porque, finda a internação – que segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente não pode ultrapassar a 3 anos – ambos os rapazes haveriam de retornar a suas famílias. Logo, teriam de voltar a pegar o mesmo ônibus, freqüentar a mesma praça, a mesma igreja das vítimas... A sentença impôs a

> medida privativa da liberdade. Antes de mais nada, a gravidade do fato impunha uma clara sinalização judicial do seu desvalor. Mas, iniciado o cumprimento da medida definitiva, uma proposta pedagógica inusitada se instaurava, e haveria de envolver não só os infratores, mas, sobretudo consultar a necessidade das vítimas. Uma equipe de mediadoras voluntárias foi mobilizada. As vítimas aceitaram participar das reuniões. Igualmente a proposta foi aceita pelos advogados dos adolescentes e seus pais. Após uma audiência na qual o juiz explicou o procedimento e seus objetivos, e formalizou sua instauração, iniciaram-se reuniões de mediação. Os primeiros encontros foram com os pais de ambos os jovens infratores, e as vítimas. Desabafos e desculpas foram sendo verbalizados. Na terceira reunião, os adolescentes participaram. Ouviram o relato da mágoa e do trauma das vítimas. Foram confrontados por perguntas irrespondíveis, feitas pelas vítimas e pelos próprios pais, sintetizadas numa: por quê? A princípio, as terceirizações habituais: "foi o maior, que era o dono da arma, atualmente no presídio, que nos botou pilha". Ou o reconhecimento apressado ou superficial: "é, né? Eu não precisava mesmo, meus pais me davam tudo... Foi uma burrada, não vou fazer mais." Sessão a sessão, a sinceridade vai sendo estimulada e a verdade exposta. A reflexão se intensifica e, passando-se a reunir cada adolescente e seus pais com as vítimas em sessões individualizadas. Antes de qualquer tratativa sobre o prosseguimento do processo, e sem nenhuma promessa de benefício, objetiva-se a compreensão recíproca e o pedido de desculpas. Um dos jovens, porém, tem dificuldades em se expressar. A quarta sessão se encerra sem resultado. Depois que a mediadora sugeriu que seu pedido de desculpas era superficial e interesseiro, e que não parecia sincero, suas palavras ficaram bloqueadas. Uma nova sessão, e o bloqueio à auto-responsabilização permanecia, enquanto a mediadora prosseguia, agora permitindo que os pais do infrator, cada qual à sua vez, se desculpassem formalmente com as vítimas. A solidariedade que se instalou entre as famílias foi comovedoramente sincera, marcada por intensa emoção. Até então assistindo aos soluços dos pais, que se culpavam pela falta de zelo e se lamentavam pelo ocorrido às vizinhas, o rapaz se ergue, se dirige à mediadora, dizendo: "Tá, então vou fazer, mas vou fazer do meu jeito, não do teu". A seguir, coloca-se à frente da jovem vítima, delicadamente pede-lhe o bebê e o toma no colo. Acaricia silenciosamente a criança. E então ajoelha-se, e, olhando o bebê, chora. E então ergue os olhos e dirige a palavra se desculpando com as vítimas. Seguiu-se um acordo, apresentado ao juiz por escrito e homologado em audiência, em que as vítimas se mostraram satisfeitas com o pedido de desculpas, sentiram-se aliviadas do receio dos assaltantes vizinhos, viram-nos como dois adolescentes normais que eram, apressados em se corrigir junto aos próprios pais depois de uma gravíssima aventura que, por sorte, terminou sem conseqüências mais sérias. E todos concordaram – presentes também as equipes técnicas do Juizado, da FEBEM *(sic)* e do Prefeitura, que executa as medidas de meio aberto – que ambos os rapazes fossem libertados, já passados até então 5 meses de recolhimento – para cumprirem as medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade. As vítimas dispensaram a reparação dos danos, que os jovens se propunham a fazer zelando pela segurança delas nos horários de chegada noturna. O acordo se cumpriu. Um ano após, em reavaliação, constatou-se o perfeito cumprimento dos combinados por parte dos jovens. As estavam famílias satisfeitas. Trouxeram seus filhos efetivamente de volta para casa: tinham-nos agora mais próximos do que estavam antes do crime. A mãe de um deles iniciou um movimento na comunidade, fazendo reuniões com outras mães para refletirem sobre o risco de serem surpreendidas pelo envolvimento de seus filhos com drogas de crimes. Com apenas cinco meses de uma prisão que se estenderia talvez por anos, sem produzir maiores danos psicológicos ou expor os jovens aos malefícios da cultura prisional da FEBEM *(sic)*, respeitado o direito das vítimas de desabafarem sua inquietação e fragilidade depois do crime, a Justiça Restaurativa confirmava-se como alternativa concreta nas práticas processuais do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre. (BRANCHER, 2012.)

A jurisprudência do Rio Grande do Sul incorporou o debate, manifestando-se em várias decisões acerca da Justiça Restaurativa como no *Habeas Corpus* n.º 70008308967/RS,

julgado pela Sexta Câmara, impetrado na fase de execução penal, contra ato do juiz da Vara das Execuções Penais de Porto Alegre, que indeferiu pedido de manutenção do paciente em clínica especializada de desintoxicação e tratamento de dependentes químicos. O acórdão concedeu a ordem com a fundamentação expressa, em que se fez a opção pela Justiça Restaurativa em detrimento do sistema convencional de execução de pena. Nos fundamentos está a afirmação do desembargador Marco Antônio Bandeira Scapini, relator do *habeas corpus* no sentido de que o histórico de drogadição e dependência química do paciente só se tornou mais grave durante o período em que esteve recolhido no albergue, considerando o regime aberto no qual o condenado cumpria a pena. O que denuncia um dos resultados mais comuns produzido pelo cárcere, notadamente diante das circunstâncias que formatam as instituições brasileiras. O Estado não oferece alternativa real de tratamento à dependência química, que se espalha como uma maldição, especialmente entre a população mais jovem e já marginalizada socialmente (RIO GRANDE DO SUL, 2004).

2.6.5 Em Minas Gerais

Em 2011, começou, em Minas Gerais, uma campanha de conscientização, dentro das instituições públicas, como escolas, Polícia Militar, presídios, centros socioeducativos e, principalmente, dentro do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), a partir das ações da desembargadora Márcia Milanez.

Foi pensada a lavratura de termos de cooperação entre o Executivo, o Judiciário, universidades, organizações não governamentais (ONGs), que pleitearam a formação de voluntários para atuarem como facilitadores. O primeiro treinamento de facilitadores foi ministrado, dentro do Tribunal de Justiça, pela psicóloga Mônica Maria Ribeiro Mumme. Deste participaram juízes, promotores, servidores do Tribunal de Justiça, representantes de escolas municipais, entre outros. A primeira lição que se aprende para atuar como facilitador é desenvolver a escuta ativa, compreendida como ouvir sem julgamentos, sem interrupções e aprimorar a técnica de inversão de papéis. Não se pode deixar de registrar relatos dos participantes dos treinamentos, no sentido de que obtiveram um enorme ganho pessoal, com reflexões que envolveram o autoconhecimento e o autocuidado, contribuindo para o crescimento pessoal e a maneira de lidar com o outro, principalmente, com aquele que pensa e age diferentemente dos rótulos pessoais.

Em 20 de julho de 2011, publicou-se a Portaria Conjunta n.º 211/2011, implementando oficialmente o projeto-piloto, no Juizado Especial e nas Varas da Infância e Juventude, em

Belo Horizonte. Em junho 11 de junho de 2012, foi firmado um Termo de Cooperação Técnica entre o Tribunal de Justiça, Ministério Público, Defensoria Pública, Prefeitura de Belo Horizonte e Governo Estadual.

Na evolução do movimento, foram selecionados casos indicados a participar de práticas restaurativas. A partir de então, esse grupo de facilitadores passou a reunir-se para a discussão dos casos atendidos, no processo denominado de supervisão. Nesses trabalhos são exploradas questões e visões sobre as práticas restaurativas, com a expansão da investigação dos seus efeitos e sua capacidade de estimular o diálogo entre os diferentes atores atingidos pelos conflitos, por meio da escuta ativa de suas histórias, catalisando seus sentimentos e necessidades.

Um dos grandes desafios que perpassa um facilitador, e aqui se externa experiência própria, é entender que a resposta correta advém das próprias pessoas. O compromisso do facilitador é com o grupo e, não, em trazer resposta pelo que aconteceu. Nesse processo de experimentação, percebe-se que nem sempre se consegue estabelecer um processo de confiança no primeiro encontro. A depender do caso, são necessários outros encontros para a construção de um relacionamento que possibilite chegar a um plano de ação. Nota-se que as pessoas têm, no início, dificuldade de olhar uns aos outros, sendo direcionado o olhar para o facilitador. A coragem de olhar o outro e a possibilidade de enxergar alguém, desligando-o do ato, não é um processo fácil.

Alguns casos trabalhados, no processo de supervisão, demonstram que o desfecho só poderia ser pacificado, dentro dos moldes de práticas restaurativas.

No Juizado Especial, pode-se citar o caso atendido por infrator que respondia por crime de uso de entorpecentes, o famoso e usual artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006. De competência do Juizado Especial, não se pode compreender o que o legislador atribuiu a essa infração como pena. Certo é que está elencada entre as penalizações a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programas de curso educativo. Percebe-se que, diante dessas possibilidades, pouco se acrescenta de oportunidades de mudança do contexto da drogadição, considerando a ineficácia da advertência e da prestação de serviços comunitários em minimizar a dependência química. No exemplo de uma tramitação deste tipo penal, nos moldes restaurativos, tem-se mais cuidado em lidar com a particularidade do ofensor. Para ilustrar em caso concreto de círculo restaurativo que envolva dependência química, a prática começou com a leitura do poema “Recomeçar”, de Carlos Drummond de Andrade, que diz em seu texto que: “[..] recomeçar é dar uma nova chance a si mesmo... é renovar as esperanças na

vida e o mais importante... acreditar em você de novo". O objeto de fala escolhido foi uma pequena bola (como instrumento que ilumina corações). Ao final foi proposto o encaminhamento ao programa de tratamento a dependentes químicos, e nesse encaminhamento parcerias estão sendo formadas de acolhimento em rede.

No Juizado Especial, no ano de 2012, foram encaminhados 66 casos para processos restaurativos, sendo que, em 36 casos, os participantes não aderiram ao encaminhamento proposto. Em 2013, foram realizadas 104 sessões, compreendidas entre entrevistas, pré-encontros, tentativas de pacificação e encontros posteriores (LARA, 2013).

Nas Varas da Infância, desenvolvem-se também práticas restaurativas. Agregando como exemplo do diferencial de atendimento, faz-se o relato de um caso que estava em execução da medida socioeducativa. Tratava-se do fato de tentativa de homicídio praticada de irmão contra irmão. Com uma facada, um atingiu o outro. Nesse contexto, o irmão, autor da facada, estava em meio fechado. Identificou-se que, ao término do cumprimento da medida socioeducativa, o autor voltaria ao convívio familiar, sendo fundamental a preparação do encontro. Em contato com a mãe, observou-se grande ansiedade quando do retorno deste filho. Contactando-se com o irmão, vítima e com outros familiares foi realizado um círculo restaurativo. Quando se participa do círculo como facilitador, em casos que envolvam continuação de convivência familiar, percebe-se que, não raras vezes, no contar das histórias, a vítima contribui para o desfecho do ato, que não acontece de repente. Há sinais, no comportamento de ambos, de que o relacionamento desgastado poderia dar ensejo a um ato falho, no momento de raiva. As primeiras rodadas de fala foram mais tensas, mas, com o não estabelecimento da culpa e o direcionamento para o futuro, foi estabelecido um plano de ação. Ambos tinham planos de estudar e trabalhar. Portanto, quem poderia ajudar a concretizar estes planos? Qual o compromisso de convívio a partir da volta para casa? E o mais difícil: o pedido de desculpas e o perdão. Neste momento, as emoções afloram-se e não há aquele participante que não se impacta com o desfecho. Não há como negar a força transformadora de um círculo restaurativo. Dos participantes, uma tia ofereceu sua residência para acolher o irmão que sairia do centro socioeducativo, e este se comprometeu a procurar um curso profissionalizante, e a mãe receberia o filho aos finais de semana para que ele recomeçasse a convivência familiar.

Em 20 de setembro de 2013, a Portaria Conjunta n.º 308 do TJMG designou dois juízes, os magistrados Flávia Birchal de Moura e Carlos Frederico Braga da Silva, para exercerem as funções de gestores do projeto Justiça Restaurativa no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com a fundamentação de que a cultura da paz era um dos valores institucionais

do Tribunal e que a Justiça Restaurativa era um dos projetos inovadores aprovados no Planejamento Estratégico desse Tribunal. Nesse prisma, o Tribunal investiu na criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em todo o estado, podendo as práticas restaurativas integrar os seus trabalhos.

No ano de 2013, os trabalhos de supervisão dos casos estendidos foram debatidos. A partir daí começou, dentro do Tribunal de Justiça, um evento aberto a todos os que participaram de projetos com práticas restaurativas, principalmente daqueles que fizeram o treinamento e trabalharam dentro do sistema socioeducativo. Agentes carcerários, psicólogos, pesquisadores, universitários e aplicadores do Direito debateram o tema como uma proposta de desendurecer o sistema que gera angústias e não cumpre o que pretende: a ressocialização. São investigações de novos caminhos em vários momentos de atuação. O grande desafio é compatibilizar ações com o sistema tradicional. Após várias discussões, percebe-se que a saída é pela vertente da criatividade, cada caso é singular e demanda atitudes criativas que possam proporcionar mudanças de comportamento nos jovens infratores. A percepção de que as pessoas respondem à proposta restaurativa que lhes é confiada foi um grande avanço.

Depoimentos de agentes penitenciários demonstraram que o adolescente reproduz os comportamentos. Se houver diálogo dentro da instituição e menos infrações administrativas, a resposta é mais positiva.

Como vários encontros tiveram como foco o menor infrator, as investigações partiram da constatação de que, no sistema penal, há a predominância de jovens que não têm uma base familiar e educacional consolidada. O perfil do adolescente do sistema penal apresenta contextos de vida precária. Não que os jovens de classe alta não fumem maconha e não pratiquem infrações penais, a realidade é que há um distanciamento policial dessas pessoas.

Partindo desta constatação, volta-se à velha história de que o abandono social propicia um contato maior com a violência e, consequentemente, com a prática de atos infracionais. Relações de dominação perpetuada pelo tráfico, submissão, discriminação e falta de reconhecimento social geram, no adolescente, o que Freire (2011b) identificou como autodesvalia, gerando violência. A adolescência é marcada por atos de violência institucionalizada e pela opressão social, que o jovem enfrenta em situações concretas de miséria, de exploração, provocando-lhe a alienação social e levando-o a sentir-se menos que o outro. É o que se está fazendo, na atualidade, etiquetando o jovem como o grande causador da violência. Quantas pessoas mudam a calçada para não se deparar com jovens suspeitos e quantas se coadunam com o discurso de redução da menoridade penal, como uma das soluções para a violência crescente. Numa sociedade em que o dinheiro é a medida de tudo,

jovens tomam atitudes impensadas na busca do *ter*. Percebe-se que os adolescentes vivem num contextos da vida precária, com desestruturação familiar, integridade ferida, baixa autoestima, ausência de autoconfiança e autonomia violada. Esta é a realidade dentro dos centros socioeducativos de Belo Horizonte e, acredita-se, de todo o Brasil. Em muitos casos não fica claro se era caso de representação penal ou de medidas protetivas ou pedidos de providências em face da negligência social que perpassa o adolescente pela falta de acesso provocada por tanta erosão de direitos fundamentais.

Em muitas vezes refere-se à Justiça Restaurativa como um sistema multiportas, o que enseja tratamento diferente para cada caso. Os adolescentes que tiveram a oportunidade de passar por processos restaurativos responderam de diferentes maneiras. Os responsáveis pela implementação de práticas restaurativas em adolescentes que já estavam em cumprimento de alguma medida socioeducativa puderam perceber e narrar as especificações da cada caso. Grande parte dos adolescentes nega o cometimento da infração, o que dificulta a implementação do processo, que deve trazer a responsabilidade pelo ato praticado. O processo restaurativo propõe sair da condição submissa e fazer uma escolha. Cada sujeito tem seu tempo para produzir uma resposta diferenciada. Não se consegue perceber em qual momento há a escolha de mudança, mas, em alguns casos, a mudança é perceptível na forma de tratamento e na atitude assumida a partir de encontros restaurativos.

Nos centros de cumprimento de medidas, em meio fechado, as práticas restaurativas permitem um esclarecimento do adolescente como sujeito de direitos e deveres, e a instituição propõe opções para a permanência ou não do adolescente, com a possível transferência para o meio aberto, em que o adolescente deve encontrar o sentimento de pertencimento, dentro dos espaços públicos das instituições, seja na família, na escola, em cursos profissionalizantes ou no trabalho.

Todos que trabalham com adolescentes em conflito com a lei devem perguntar-se qual a capacidade de as instituições de reposicionarem-se diante do sistema que retroalimenta a violência. Diante deste contexto, o que se pode fazer dentro dos centros socioeducativos e fora deles? Um grande avanço é tratar o adolescente de maneira a não torná-lo estereotipado pelo que fez. Não como o traficante, o ladrão, ou como um inimigo. Alguns casos expostos nos encontros de supervisão em práticas restaurativas no TJMG, demonstram que, independentemente do papel que se ocupa na sociedade, se podem adotar novas práticas, como nos exemplos aqui elencados por meio de pseudônimos, a fim de se respeitar o sigilo a que propõem os processos que envolvam adolescentes.

Caso 1: denominado de Caso João

Uma primeira observação deve ser feita sobre os antecedentes de um ato infracional: há sempre uma falta. No *Caso João*, a morte do irmão foi o marco da desorganização da sua vida. Viviam os dois com o pai. A morte do irmão desencadeou várias perturbações e atos violentos, como agressão à professora. Os conflitos com o pai também eram constantes. As causas da escolha que o jovem assumiu eram decorrentes desse trauma. Não se sabe precisar, pela singularidade do caso, o tempo para a compreensão e aceitação de João pela falta do irmão. Não se reproduz uma verdade que valha para todos os jovens. As instituições falham ao tratar a todos da mesma maneira. O comportamento de João, dentro do centro socioeducativo era pacífico, respeitava acordos, não vivia em grupos. À medida que a história é ouvida e a partir do momento em que haja um posicionamento institucional no sentido de buscar enaltecer os valores de cada sujeito, cria-se um espaço da ordem singular. A instituição autorrepara-se, cria condições para que o processo restaurativo se dê. Depois de tentativas de aproximação de João com a avó, ele aceitou morar com ela. Não se sabe em qual momento João decidiu que "este lugar não é para mim", mas o importante era que ele fosse reintegrado socialmente e que o reencontro com a avó fosse um elo fundamental para esta possibilidade. A percepção foi que, a partir do momento em que a instituição tratou João com sua história, se pôde perceber que o irmão fora vítima da violência do tráfico, a professora fora vítima de João e João também fora vítima de toda uma desestrutura familiar causada pela falta. Não se sabe se João voltará às Varas da Infância e Juventude, mas o que se percebe é que, dentro dos centros socioeducativos de Belo Horizonte, nasceu um trabalho de equipe no reconhecimento de que cada jovem tem sua história e é, a partir dela, que se pode ressignificar o sujeito em formação.

Caso 2: denominado de caso José

Sobre os antecedentes de José, sabe-se que não convivia com a família e seu envolvimento era com o tráfico de drogas. Percebe-se, neste caso, que o adolescente teve acesso a drogas e armas. A aparência física apresentava cabelos grandes, olhos avermelhados, tatuagens pelo corpo. Observa-se que ele pretendia preservar a imagem de criminoso. Não se faz aqui qualquer relação do estereótipo do sujeito ao crime, mas, sim, traça-se uma exposição do aspecto físico do adolescente para que possa ser compreendida sua transformação. Neste caso, não havia nenhuma demonstração de querer sair do estereótipo de traficante.

Quando José chegou, na medida em meio fechado, apresentava total indiferença e nenhuma responsabilização. O que pretendia era cumprir a medida de maneira breve. No

momento da escolha de cumprir a medida rápida, porém, era pressionado a cumprir regramentos como o de cuidar do próprio corpo, apresentar-se de maneira adequada e rever sua posição de traficante. Ressignificar seu papel dentro das instituições. Foi encaminhado a uma escola, em que a diretora, com preparo restaurativo, o recebeu e fez a seguinte observação: "Como você se parece com meu sobrinho!". Desta observação, José foi tratado como aquele que se parecia com o sobrinho da diretora e nunca como traficante. Foi extremamente importante a recepção dessa instituição na mudança de escolha desse jovem. O resultado foi acontecendo e José, aos poucos, foi transformando-se no ajudante da escola. No caso de tráfico, não se sabe quem era a vítima, o próprio adolescente inserido na violência do tráfico podia ser a vítima. Há uma diversidade de fatores que podem influenciar no processo de responsabilização. A instituição escola que recebe adolescentes em conflito com o não acolhimento como sujeito, mas, como o estereótipo do mal, não contribuiu em nada para a mudança. Práticas podem acontecer de forma simultânea, tanto na escola como dentro de outras instituições.

Caso 3 – denominado de caso Mateus

Mateus começou o envolvimento com atos infracionais após o falecimento da mãe. O trauma desencadeou atitudes agressivas. Com a falta da figura materna, o adolescente sentiu-se usurpado. Culpava a *Dilma*, que maltratava sua família, e o governo era o grande causador de todos os problemas. A ele só restava furtar, como faziam todos os corruptos, num discurso engajado contra o governo, que não o possibilitara escola, trabalho e família. Começou o trabalho de compreensão sua própria história dentro do centro socioeducativo. Na falta da mãe, procurou-se quem seria o familiar que pudesse acolher o adolescente. Foi proposto um encontro com a avó materna, como forma de aproximação, bem como foi pensado em inseri-lo num laboratório musical patrocinado pelo governo. O grande vilão (Estado) ofereceu um espaço para a construção da sua cidadania. Mateus precisava identificar-se como agente capaz para responsabilizar-se pelos seus atos, bem como encontrar espaços, dentro da cidade, para não precisar mais furtar. O adolescente conquistou um curso profissionalizante, tirou sua Carteira de Trabalho e começou a restauração com o governo com um discurso cidadão.

Neste caso, aconteceu algo que se tornou evidente a desproporcionalidade das medidas aplicadas. Depois de alguns encontros, Mateus foi para o meio aberto como forma de privilegiar a participação de processos restaurativos e a aproximação com a avó, nesse momento delicado e importante de restauração com o pouco de família que lhe restava e com a responsabilização acontecendo. Até que veio outra decisão judicial de outras infrações e

determinou que ele voltasse ao regime fechado. O Judiciário não identificou a particularidade do caso em sua totalidade. Neste exemplo, pode-se perceber um retrocesso de uma internação depois de um trabalho restaurativo em curso.

O Judiciário falha quando não escolhe as melhores ferramentas. Neste caso, a regressão ao regime fechado não foi a melhor resposta a Mateus. A restauração do adolescente com o sentimento de Justiça foi novamente abalado. Diante deste exemplo, deve-se questionar a total desproporcionalidade da decisão judicial, sem levar em consideração a história e o contexto de progresso restaurativo que já estava sendo desenvolvido em face deste adolescente.

Caso 4: denominado de caso Antônio

É precedente deste caso o tráfico de drogas (guardando drogas em casa). Antônio tinha dezesseis anos, era negro, com o discurso de não ter envolvimento com a criminalidade e inquietação de estar nesse espaço. Entendia que só estava ali por ser morador da favela. Os produtos ilegais encontrados na casa não eram dele, mas, sim, de sua genitora. Revoltado, apontava as falhas do processo e violações de direitos a que foi submetido. Todos os questionamentos podiam trazer pontos de construção de um processo de responsabilização. Muitos encontros, muitas inquietações fizeram-se, iniciou-se o diálogo, mas não se conseguiu a responsabilização. Cumpriu a medida e foi liberado. Após quinze dias, outra apreensão. Novamente manteve seu posicionamento de inocente e de que estava sendo ameaçado de morte. O trabalho de responsabilização não se deu. Seu discurso era de que a apreensão equivocada desencadeava outras apreensões. Propôs-se a cumprir a medida em meio aberto. O caso tomou outro tom quando novamente foi encontrado com droga. O descumprimento das condições da medida indicou uma reavaliação e novas articulações foram traçadas com o intuito de aproximação com seus valores. Buscou-se a rede de apoio com a ajuda de psicólogo, da família e de amigos. Seus valores foram apresentados como bom estudante, filho de pais trabalhadores, com um relacionamento afetivo com a namorada, com amigos e ainda com boa circulação na comunidade. E a partir desses valores, procurou-se estabelecer a responsabilização pelo ato.

A cada descumprimento da medida fez-se nova avaliação e buscou-se articulação com a família e com toda a rede para que o adolescente encontrasse o sentimento de pertencimento à comunidade e trilhasse por novos caminhos que não o do tráfico.

2.7 Projeto de Lei n.º 7.006/2006

Há em trâmite, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n.º 7.006/2006, que disciplina práticas restaurativas oficialmente no sistema penal e processual penal brasileiro, incluindo artigos e incisos com disposições acerca do procedimento restaurativo. Em fase de investigação criminal, acrescenta o projeto que a autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo. E, independente deste encaminhamento, poderá o juiz, com anuência do Ministério Público, encaminhar o inquérito policial aos núcleos de Justiça Restaurativa. Em todo o caso, o procedimento dependerá de consentimento das partes.

O projeto inclui o comando de que o Ministério Público poderá deixar de propor a ação penal enquanto estiver procedimento restaurativo em curso e, ainda, em caso de ação penal em trâmite, poderá ela ser suspensa quando recomendável o uso de práticas restaurativas. Acrescenta mais uma hipótese de interrupção da prescrição ao artigo 117, do Código Penal, quando houver a homologação do acordo restaurativo, até o seu efetivo cumprimento. Havendo o acordo, com um plano de ação, este será reduzido a termo, constando as responsabilidades assumidas e os programas restaurativos, tais como reparação, restituição e prestação de serviços comunitários, podendo ser tanto a vítima como o infrator encaminhados aos programas de reintegração. Pode o juiz deixar de homologar o acordo, se firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou o acordo que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos.

Prevê que as partes podem desistir do acordo restaurativo, até a homologação judicial. Em caso de descumprimento, o juiz julgará insubsistente o procedimento restaurativo e o processo retornará ao curso original, na forma tradicional da lei processual. Apesar de o projeto não fazer menção à desistência, caso ocorra, não poderá ser tomada em prejuízo do ofensor, como garante o princípio restaurativo da retratabilidade da participação.

Entre as possibilidades prima o projeto que o cumprimento do acordo restaurativo deverá servir de base para a decisão judicial final, constituindo mais uma das possibilidades da extinção da punibilidade, acrescendo mais um inciso ao artigo 107, do Código Penal.

Outra alteração proposta pelo projeto é a inclusão do princípio restaurador no Juizado Especial, integrando o conjunto já elencados como o da simplicidade, oralidade, informalidade, economia processual e celeridade. Prevê, ainda, o projeto que, sempre que possível, será utilizada, além da conciliação e da transação penal, o uso de práticas restaurativas.

O projeto não traça a abrangência limitada de tipos penais que possam ser encaminhados às práticas, apenas define que podem elas complementar, ou não, mas, de modo facultativo, o sistema de infração penal, incluindo crimes e contravenções, em que as práticas se adaptariam não só aos delitos de menor potencial ofensivo, podendo compreender crimes como furto, roubo, tráfico, entre outros. Contudo, quando a proposta do projeto delimita os requisitos pessoais para as práticas, inclui entre elas, personalidade do agente, antecedentes, circunstâncias e consequências da infração. Observa Pallamolla (2009, p. 186) que constituem barreiras praticamente intransponíveis aos reincidentes e aos que tenham cometido o delito com emprego de violência.

Percebe-se que toda delimitação engessa o sistema, perpetuando requisitos da lógica punitiva e, neste ponto, se coaduna com a observação da autora citada acima de que esses requisitos devem ser corrigidos, antes mesmo de ser implementados, com a alteração de que a equipe do núcleo restaurativo que deve fazer a avaliação dos casos adequados e, não, o sistema de justiça penal, de maneira *a priori*.

A proposta de implementação oficial da Justiça Restaurativa, no Brasil, deve ser recebida como adesão a um movimento globalizado de implementação de uma justiça comunicacional, participativa e reconstrutiva, baseada no diálogo. Contudo, merecem destaque as observações feitas por Castro (2006, p. 153) no sentido de que se deve tomar o cuidado para que elas não venham a responder por objetivos mais pragmáticos de simplificação e aceleração da justiça penal com a famosa técnica de aceleração da justiça penal, restringindo garantias.

Uma preocupação que se demonstra é o preciosismo das palavras *deverá* e *poderá* no ordenamento brasileiro. Observa-se que, se houver o encaminhamento para práticas restaurativas, logo depois de relatado o inquérito ou findo o termo de ocorrência circunstanciado, com a anuência do Ministério Público, este não deve iniciar a ação penal enquanto as práticas estiverem em curso, sob pena de haver dois procedimentos em andamento e provocar o *bis in idem*, caso o processo não seja suspenso. Portanto, melhor seria que o projeto se orientasse no sentido de o Ministério Público deixar de propor a ação penal, enquanto estiver em andamento o curso do procedimento restaurativo.

Com todo o exposto, o Brasil caminha a passos largos para a implementação da Justiça Restaurativa. São experiências ricas que vão impactando a todos que as conhecem. Espera-se que não seja questão de oportunidade para poucos, mas, sim, de possibilidade real a todo caso de conflito penal em que houver condições de responsabilização do ofensor, com a proposta de um futuro menos violento para os dois pilares do processo penal: ofensor e vítima.

3 A LINGUAGEM COMO FORMA DE ESCLARECIMENTO DOS FATOS: A VERDADE REAL

O método lógico utilizado para se buscar a verdade no processo penal e, consequentemente, chegar-se à fundamentação da aplicação da pena, deve ser repensado. As críticas perpassam pela constatação de que a racionalidade pretendida pela modernidade, a qual coloca a lei como expressão máxima da razão, equivocam-se quando não abrem as portas para o reconhecimento das pessoas que estão envolvidas no conflito: ofensor e ofendido.

3.1 A crise da racionalidade criminal

A modernidade desenvolve-se, sobretudo, a partir do século XVIII, com os pensadores que buscaram refletir a emancipação humana e o domínio científico da natureza. A ideia de progresso era reforçada com a promessa da libertação das irracionalidades, do mito, da religião, da superstição e a liberação do uso arbitrário do poder. Buscava-se um método racional de análise do pensamento em que todos os problemas seriam resolvidos por meio de uma linguagem universal, obtida de forma lógica, como forma de descrever o mundo, sem considerar as especificações de um caso concreto (HABERMAS, 2000).

A partir do Iluminismo, disseminou-se a crítica acerca da desumanidade das aplicações das penas, passando-se a buscar justificação para o direito de punir, não mais baseada no Direito Canônico voltado à aplicação de castigos ou à subordinação da vontade real. A fixação da pena, como resposta penal ao crime, passou a ser embasada na razão, contrapondo-se às fundamentações transcendentais. A racionalidade pretendida coloca a lei como expressão máxima da razão, momento de codificação de condutas tidas como ilícitas e das respectivas penas, em que o Direito Penal busca, de forma quase matemática, a sua fundamentação. O juiz, mero aplicador da lei, decide, por meio de um ato cognitivo, como expressão do pensamento intelectual de conhecedor e aplicador das leis, numa aplicação mecânica, em que a premissa maior é a lei e a premissa menor, o fato em si. A razão da punição é vista de forma gramatical lógica: se é A, deve ser B, ou seja, se se praticou a conduta A, deve ter a correspondência da pena B, por meio da estrutura piramidal estática, em que validade é sinônimo de eficácia. Nesse contexto, o papel do aplicador do direito culmina com a formação de uma racionalidade voltada a tratar os sujeitos dentro dos limites da igualdade formal, em que a verdade alcançada é a verdade formal, trazida pelo tecnicismo processual.

Contudo, observa Habermas (2000), que a modernidade traz a visão do outro como objeto a ser estudado, desencadeando a reificação, ou seja, a transformação do sujeito em coisa, como se fosse algo não humano, e que esse costume de reificar o outro leva a sociedade à constante desumanização.

Nessa linha de pensamento, constata-se que a modernidade não consegue de todo sustentar a humanização das penas pelo método lógico de aplicação do Direito e tampouco atinge a verdade real para fundamentar a aplicação da pena. A filosofia busca transformar seus estudos em hermenêutica e perpassa também por uma crise quando pretende uma fundamentação lógica da busca da verdade.

A filosofia da consciência, voltada para a ordenação de regras, pretendia encontrar uma sociedade perfeita, tentando fomentar teorias que respondessem a todas as indagações, influenciando sobremaneira o Direito Penal. Este era visto como ciência descritiva, de maneira objetiva e matemática, responsável pela classificação maniqueísta de bons e maus, quando a justificativa estava na razão fundamentada pela legislação. A aplicação do Direito Penal, nesse paradigma, é realizada dentro de uma estrutura fechada, com apego às formas e à autoridade dos tribunais.

A partir da percepção da própria lógica das ciências sociais, de que não se podia insistir numa filosofia do sujeito sozinho, em sua consciência engessada, num momento metódico de racionalização, desenvolve-se um movimento filosófico com premissas diferentes em relação à filosofia da consciência, denominado de filosofia da linguagem, agregando à racionalidade pretendida a comunicação com o mundo exterior, na busca da verdade, considerando a dialógica discursiva.

Um grande expoente da filosofia da linguagem foi Wittgenstein (1889–1951). Autor de duas obras: *Tractatus* e *Investigações filosóficas*. Esse filósofo é boa fonte de inspiração para reflexão, sobretudo porque reviu seus próprios conceitos e fez a releitura necessária. Não é objeto desta tese aprofundar-se na filosofia do autor, o que se pretende é aprender com suas lições que se podem trocar as lentes e criticar a tentativa de descrever a verdade de fatos a partir de uma lógica que não fomente o diálogo e a reiteração de penas aplicadas de maneira mecânica.

Pode-se definir a primeira obra do autor (2001) como primeiro momento da sua filosofia, em que se busca uma essência lógica para justificar e sustentar toda a sua filosofia, desenvolvendo a possibilidade de uma linguagem ideal, que possa mostrar a identidade entre a estrutura da linguagem e o mundo. Neste primeiro momento, Wittgenstein tem como objetivo tornar a filosofia uma ciência, com essência lógica, comparando a linguagem a um

cálculo matemático em que todas as proposições da linguagem teriam explicações *a priori*. A linguagem seria perfeitamente descritiva, com essência invariável e fronteiras definidas, em que a identidade permanece a mesma em todos os contextos linguísticos. O significado da palavra era dado pela verificação empírica do mundo, como o exemplo da palavra *cadeira*, que significa um objeto com quatro pés. E, posteriormente, depara-se com não respostas adequadas e a conclusão de que as estas são encontradas pragmaticamente, por meio do uso da linguagem, levando-se em conta significações que só são compreendidas no contexto cotidiano, como o exemplo das expressões: "Amanhã eu passo na sua casa!" e "Abra os olhos!". Ou mesmo a palavra *amor*, que tem significados diferentes, dependendo do contexto de seu uso.

Na segunda obra, *Investigações filosóficas* (1979), o autor critica a teoria objetiva da linguagem, em especial, o *Tractatus*. A linguagem não seria mera representação da realidade e, portanto, não mais apenas intermediária da relação sujeito e objeto, própria da filosofia da consciência. Constata que não existem verdades universais ou essências das coisas. Logo, o objetivo do *Tractatus* em definir uma linguagem ideal não passava de um mito filosófico inerente à metafísica. A linguagem demanda a expressão de *vivências anteriores,* e somente a partir delas se chega à verdade. O autor dá início a novo pensar filosófico acerca do tecnicismo criado, percebendo que a linguagem possui, não apenas sua dimensão descritiva e comunicativa, mas, também, performativa. As palavras, dependendo do contexto, expressam ordens, pedidos, ofensas, promessas, garantias, que implicam a realização de uma ação. O dizer significa fazer algo e, dependendo do contexto, a compreensão. O dizer "Olha os *homi!*" pode significar "Corra da polícia!" ou outro sentido de que só se saberá participando do contexto. A palavra *xadrez* pode significar presídio, formas quadriculadas ou mesmo um tipo de jogo. As palavras possuem significações diversas, e a compreensão depende da situação histórica em que a frase é usada. A linguagem passa a ser entendida como condição de possibilidade da comunicação e, por conseguinte, do próprio conhecimento humano.

As indagações entre o sujeito e o mundo ou entre o sujeito e seu ambiente físico e social passam a ser tematizadas. O discurso individualista da obtenção do conhecimento cede à compreensão de que cada pessoa seja membro de uma comunidade, que constrói conclusões com base na linguagem e com o mundo. Este deixa de ser uma atividade solitária para ser uma atividade compartilhada por meio da linguagem, no sentido de que só é possível conhecer, estando inserido numa comunidade de falantes.

A busca da resposta correta perpassa pela filosofia da linguagem, sobretudo pela reviravolta linguística pragmática, como desenvolvido por Cruz (2011). A abertura e as

possibilidades que a linguagem tem impedem uma análise *a priori* das intenções de que um conceito alcance. Um conceito ou uma fundamentação passa pela dimensão pragmática da linguagem, não podendo a linguagem cotidiana ser desprezada. Da mesma maneira que o mundo não é mais o meu mundo, a linguagem não é mais a minha linguagem, a linguagem é pública. Numa perspectiva mais ampla, o uso não é somente o uso das palavras no sentido denotativo, pode assumir outras formas de comunicação influenciada por gestos, costumes, que podem variar, dependendo dos contextos em que forem empregadas. A semântica só atinge sua finalidade chegando-se à pragmática. Como o ato de soltar pipas nos morros, o que significa e qual a verdade que está por traz desta ação: uma brincadeira de adolescentes ou um aviso de que a droga chegou? Os conceitos são entendidos a partir do mundo da vida, como se fosse um jogo, em que se aprende a jogar, jogando. O conceito de uma proposição passa a ser entendido como semelhança de família. Pode-se ver que há uma rede complexa de semelhanças que fazem diversas atividades serem jogos. Os jogos formam uma família com semelhanças de traços, temperamentos etc. Existe uma multiplicidade de jogos de linguagem, como relatar um acontecimento, representar teatro, sustentar uma tese nos tribunais. A relação interna entre justificação e verdade é unicamente a interação entre ações e discursos que permitem uma resposta. Resposta esta que se aproximará mais da verdade real quando os espaços forem abertos à compreensão pragmática do significado de atos.

Na racionalidade pretendida, percebe-se que esta não consegue reduzir a violência e tampouco a humanização das penas aplicadas, o que leva a novo questionamento acerca de outro caminho, como fez Wittgenstein (1979) ao reconhecer que a sua própria obra não pôde responder verdadeiramente a todas as indagações.

Chega-se a um ponto em que se constata que nem toda definição teórica consegue responder eficientemente aos diferentes casos de uso e costumes que a linguagem apresenta. E, da mesma maneira, nem toda teoria de fundamentação da pena consegue dar respostas eficientes aos diferentes conflitos penais. É por meio da escuta ativa dos atores envolvidos no conflito e da compreensão do mundo da vida em que cada sujeito está inserido que a melhor resposta virá.

Esta foi a grande lição que Wittgenstein (1979) instiga o leitor a pensar: o paradoxo da representação, ou o paradoxo da escada como um sintoma da falência da racionalidade moderna, como observou Condé (2004) que a filosofia, ao tentar dizer o que não se pode dizer, cai em contradição, bem como formula, no contexto da racionalidade moderna, um paradoxo.

> Quando fazemos filosofia compreendendo a linguagem em uma perspectiva representacionista, nos perdemos nos seus labirintos, elaboramos imagens do mundo e criamos muitas vezes ilusões que nos fazem desacreditar da própria possibilidade da linguagem. Por outro lado, ao adotarmos uma perspectiva pragmática encontramos, no uso das palavras e nos jogos de linguagem, o ponto a partir da qual podemos orientar nossa fala e nossas ações e, com isso, estruturamos nossa racionalidade. Enfim, elaboramos nosso modelo de racionalidade com o qual lidamos com os nossos problemas. (CONDÉ, 2004, p. 73.)

Neste contexto, passa-se a refletir que o Direito Penal ainda está enraizado dentro do paradigma da consciência, sendo aplicado por um juiz, formalista, conhecedor de leis, mas, que não participa do discurso do mundo da vida, mantendo-se distante das pessoas e desconsiderando as necessidades das partes. É fácil perceber que os juízes aplicam a pena de maneira lógica para cada infração cometida, a exemplo do crime de roubo, quando se tem a pena aplicada, quase sempre, igual a cinco anos e quatro meses de reclusão e multa. Precisa-se reconhecer a reviravolta linguística pragmática, dentro do Direito Penal. Não significa dizer que se tem de abandonar toda a estrutura lógica em que se sustenta a aplicação da pena, com seu método trifásico, formulado no artigo 68 do Código Penal[21]. O próprio Wittgenstein (1979) não descartou por completo os ensinamentos da sua primeira obra. A reviravolta consiste em compreender que as regras não obtêm todas as respostas. Um processo penal fechado, dentro de seu tecnicismo, não permite se alcançar a verdade real, podendo dar a resposta condenação a um inocente ou fundamentar injustamente uma pena, sem reconhecer as especificidades do caso concreto. Não se alcança a verdade real com as teses judiciais, como observa Ferrajoli (2006, p. 52), para quem "[...] a verdade certa, objetiva ou absoluta representa sempre a expressão de um ideal inalcançável.

Vive-se num grande paradoxo. O mesmo paradoxo vivenciado por Wittgenstein (1979), de não se alcançar toda a verdade real, nem a melhor resposta penal, fechados no tecnicismo do processo formal.

[21] Art. 68 do Código Penal: "A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. *Parágrafo único.* No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua." (Redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984).

3.2 Justiça Restaurativa como forma de ampliação das possibilidades de conhecimento de verdade por meio de práticas discursivas

Participando de práticas restaurativas, compreende-se que a visão de mundo difere de ator para ator. Como se dá na filosofia de Wittgenstein (1979), não se consegue identificar, *a priori*, o que representou o conflito para as pessoas envolvidas. No decorrer das práticas restaurativas, com o uso da linguagem coloquial entre os participantes, o esclarecimento é facilitado. Pessoas comunicam-se de forma usual, com expressões cotidianas de diferentes significados. Percebe-se, em muitos casos que a linguagem dos jovens difere da dos adultos, como o uso da expressão: "E aí, velho?", expressão que não representa ofensa às pessoas mais velhas, mas, sim, uma forma de saudação entre jovens. Em contrapartida, o discurso jurídico é rebuscado e com expressões que fogem do conhecimento dos protagonistas do conflito, distanciando-se da compreensão da linguagem.

Uma das bases de todo processo restaurativo é manter sempre o diálogo horizontal entre todos os envolvidos e entre eles e a comunidade, quando a prática assim a envolver. É de grande importância para a formação do consenso que a linguagem usada, como processo de comunicação, seja compreendida por todos. Neste ponto, a pesquisa sobre a filosofia de Wittgenstein (1979) fornece reflexões acerca da linguagem utilizada pelos operadores do Direito como forma de distanciar aqueles que têm o domínio da linguagem própria dos tribunais dos destinatários das normas penais, ou seja, da grande massa popular.

Como ressalta Condé (2004, p. 65): "[...] a perspectiva pragmática da linguagem, estabelece a significação a partir do uso, eliminando a dicotomia entre o mundo e uma representação do mundo". Nesta perspectiva, práticas restaurativas, a partir do diálogo entre os envolvidos, aproxima as pessoas e faz a (re)compreensão do passado por meio da linguagem, possibilitando uma proposta de restauração para cada caso.

Por isso, um processo restaurativo deve ser um sistema de multiportas, e não pretender uma única resposta para todos os casos. O que se entende como a resposta correta pode ser dada de outra maneira pelos participantes do grupo, com maior possibilidade de pacificação social. Como assinala Condé:

> O paradoxo da representação aponta para a necessidade de uma racionalidade assentada em uma perspectiva pragmática onde não apenas os problemas, mas as suas soluções encontram-se como um conhecimento que se dá, entre outras coisas, no atuar em uma forma de vida, a partir de um quadro de referência mais amplo para lidar com os problemas filosóficos contemporâneos que se constituem em horizontes muito mais vastos [...] esta percepção é a chave que permite abrir muitas portas. (CONDÉ, 2004, p. 70–71.)

A perspectiva tractatiana, que privilegiava a representação e procurava estabelecer um fundamento último do conhecimento, conduzia a paradoxos, aporias[22] e antinomias[23]. Da mesma maneira que se manter preso, num processo de fundamentação do Direito Penal pelo conhecimento de teorias do crime, teoria da pena e conhecimento dos tipos penais, é insuficiente para se atingir a pacificação social.

Aprende-se com Wittgenstein (1979) que não existem fundamentos últimos, nem uma forma lógica, sem se perpassar pelo mundo da vida. Aplicar a pena, pelo método trifásico, de forma lógica, nem sempre se chega a uma sentença, com justiça. Para que a sentença seja um ato de transformação social, algo mais deve ser agregado às formas: participação dialógica das partes, respeitando práticas e costumes dos envolvidos para que ela adquira sentido. Como relata Condé:

> [...] compartilhar semelhanças de família entre formas de vida significa compartilhar não apenas jogos de linguagem, mas semelhanças de família nos hábitos, costumes, visões de mundo, instituições etc. [...] Podem gerar significações e sentidos semelhantes que por sua vez permitem constituir referencias até mesmo para se pensar as práticas e costumes diferentes e daí compreender como as mesmas funcionam, na forma de vida em que foram geradas e adquirem sentido. (CONDÉ, 2004, p. 177–181.)

Condé (2004) afirma que não é possível encontrar uma forma de vida humana que não tenha nenhuma semelhança de família, em suas instituições e com a humanidade. Sempre se podem assimilar novos jogos e estabelecer adaptações necessárias para a *traduzibilidade* com outras formas de vida. Como no exemplo de um círculo restaurativo que envolvia um caso de um policial que foi baleado por um adolescente. Aceitando participar do círculo restaurativo, o policial, depois de ouvir o adolescente, expressou-se, dizendo que tinha um filho, da mesma idade daquele garoto que dera o tiro, e reconheceu que o contexto de vida deste era muito diferente do ambiente de seu filho, mas toda a linguagem usada pelo jovem fez a diferença entre estabelecer a semelhança deste com seu o filho e, a partir daí, estabeleceu-se uma conexão dialógica muito produtiva para ambos.

Chega um momento em que se tem que parar de repetir acriticamente conceitos e encontrar formas de responder aos anseios daqueles que aguardam uma resposta estatal aos crimes. Não há resultados satisfatórios com a maneira de o Estado aplicar o Direito Penal,

---

[22] Conforme Houaiss (2004, p. 258), a*poria* é a "[...] dificuldade ou dúvida racional decorrente de uma impossibilidade objetiva na obtenção de uma resposta ou conclusão para uma determinada indagação filosófica".

[23] De acordo com Houaiss (2004, p. 236), *antinomia* (ou paradoxo) é a "[...] contradição entre duas proposições filosóficas igualmente lógicas ou coerentes, mais que chegam a conclusões opostas, demonstrando os limites cognitivos ou as contradições inerentes ao intelecto humano".

mesmo porque o processo tradicional não transforma a vida das pessoas para algo melhor. Nem da vítima, mesmo quando tenha o interesse da vingança e da privação da liberdade do agente, não se satisfaz quando este é solto. Nem do infrator, que não tem um tratamento adequado pelo sistema penal, reincidindo na prática do crime. Algo mais precisa acontecer neste mundo contemporâneo, que vive a era do vazio, do individualismo para algo que conecte um indivíduo ao outro. O grande desafio é fazer-se comunicar com os outros, como um elo de uma corrente que circula o mundo da vida dos envolvidos, que pode ampará-los, acolhê-los e, não simplesmente, puni-los.

O conhecimento das leis, dos procedimentos e da linguagem utilizada nos tribunais não deixa de ter importância para os operadores do Direito. O que se pretende não é desprezar o conhecimento necessário para a rotina dos tribunais, mesmo porque, sendo o processo restaurativo um ato voluntário, nem todos os casos passarão por ele.

Depois de conhecer o trâmite procedimental dos processos penais com toda a possibilidade de recursos e uso do agir estratégico, em que conflitam duas teses opostas, percebe-se que, para as partes (ofensor e vítima), não há significação deste ritual. O processo distancia-se da realidade das pessoas. Por isso, em casos em que haja espaço de diálogo e em que o uso da linguagem seja acessível a todos, aproxima-se mais da verdade dos fatos.

A verdade, trazida por meio do uso da linguagem pelos participantes do conflito real, revelada nos processos restaurativos, não será usada como fundamento da punição, em virtude do princípio da confiabilidade e do sigilo que as práticas restaurativas devem ter. Aceita a responsabilização, e apresentado um acordo restaurativo, este deve ser usado em benefício do autor do fato e, a depender do caso, não resta fundamentada a aplicação da pena. O acordo não será usado para que o juiz fundamente uma pena, porque poderia tornar-se uma abreviação para a condenação.

Pensando sob a lógica punitiva, haveria então uma responsabilização advinda de uma confissão, que deveria, por consequência, ter a pena como resposta. O trocar das lentes implica em afastar a lógica de que a toda infração penal deve haver uma pena correspondente. Contudo, para os casos em que houvesse a necessidade de se aplicar a pena, o acordo restaurativo pode ter a natureza jurídica de circunstâncias favoráveis e relevantes à solução do conflito penal.

Caso fosse permitido ao juiz utilizar o acordo para prejudicar o infrator, a confiabilidade dos processos restaurativos estaria comprometida pelo medo de falar e de se expressar e, com isso, de reconhecer a autoria da ação. O que se percebe nos processos tradicionais é que, em grande parte dos interrogatórios, as pessoas negam a autoria, por medo

da resposta. Desde crianças, as pessoas são habituadas a esconder o que fazem de errado porque têm medo do castigo. O próprio significado do termo *interrogatório* remete as pessoas a um tempo inquisitório de perguntas feitas por uma autoridade com o intuito de impor castigo. Melhor seria atualizar esta expressão com outra linguagem e outro significado mais próximo de diálogo com o denunciado acerca de seu contexto de vida e do fato em si. Os primeiros momentos em que qualquer pessoa começa a falar em lugar público são tomados por sentimentos de ansiedade, e muito mais intensa é a ansiedade de uma pessoa que tem sua liberdade em jogo. No processo tradicional, pelo fato de o interrogatório não ser tratado como diálogo, este é realizado em tempo curto, com perguntas diretas como: "Confirma o depoimento dado no inquérito?". Não sendo abertas as portas para uma comunicação, não se estabelece o *rapport*[24], ou seja, a ponte para ligar os dois mundos: o do mundo da vida com a verdade dos fatos ao processo. Sem essa abertura de fala, o processo dificilmente alcançará a verdade real.

Apesar de todo esforço de separar a visão da pena como um castigo, ainda não se consegue mudar este paradigma e se faz esta associação.

Portanto, estabelecendo o *rapport*, com a possibilidade de escuta e uso da linguagem das pessoas envolvidas, consegue-se avançar na responsabilização de uma maneira mais eficiente que o ritual tradicional. No processo penal, o advogado aconselha o seu cliente a não esclarecer a verdade, ou a permanecer em silêncio ou ainda a não reconhecer a autoria, num jogo de ganhar ou perder, em que o que se pleiteia é a não responsabilização do cliente, com sua absolvição. A dúvida, dentro do processo tradicional, dá ensejo ao *in dubio pro reo*, que significa: na dúvida, decide-se a favor do réu, portanto, a defesa, apresenta teses que não demonstram a realidade dos fatos, e inculcam a dúvida no juiz.

Se o que se pretende no processo penal é a busca de verdade real, conseguem-se, dentro desse processo dialógico, esclarecimentos acerca dos fatos que irão demonstrar a verdade, e ademais, a vítima tem respostas às suas perguntas.

Ensina a doutrina que uma das diferenças do processo civil em relação ao processo penal é o tipo de verdade buscada. Enquanto no primeiro a verdade é a verdade formal, ou seja, aquela obtida pelas provas que as partes produzem, no segundo, por envolver liberdade de pessoas, a verdade buscada é a verdade material, podendo o magistrado, de ofício, solicitar

[24] "O *rapport* é o estabelecimento da aliança terapêutica ou aliança de trabalho e tem por objetivo abrir as portas para uma comunicação fluente e bem-sucedida. É técnica mais poderosa das relações humanas e o principal ingrediente de todas as comunicações e mudanças. É a capacidade de criar aspectos comuns entre duas ou mais pessoas, gerando uma atmosfera de respeito e confiança. É ver o mundo sob o ponto de vista do outro. É como se o outro olhasse para você e visse a si mesmo no que diz respeito a seus valores, expectativas e anseios." (AZEVEDO, 2013, p, 137.)

outras provas até que se esgotem todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos. Sobre o princípio da verdade real discorre Tourinho Filho:

> É certo, ademais, que, mesmo na justiça penal, a procura e o encontro da verdade real se fazem com as naturais reservas oriundas da limitação e falibilidade humanas, e, por isso, melhor seria falar de verdade processual ou verdade forense, até que por mais que o Juiz procure fazer a reconstrução histórica do fato, objeto do processo, muitas e muitas vezes, o material de que ele se vale (ah! As testemunhas...) poderá conduzi-lo a uma falsa verdade real. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 17.)

Colocando uma figura diante de várias pessoas, cada uma a descreverá de acordo com o ângulo em que esteja. As impressões produzem significações diferentes. Esse trabalho hercúleo de buscar a verdade, de fato passado, sem o esclarecimento por parte dos envolvidos, valendo-se de testemunhas, pode levar a vários erros. Ao passo que, dentro de processos restaurativos, ao ouvir as histórias, consegue-se algo que parece inviável no processo tradicional: o relato real dos fatos e os sentimentos que as pessoas vivenciaram, dentro do contexto da infração penal. É comum que o ofensor não tenha conhecimento do efeito negativo e das consequências que o ato gerou nas vítimas. O contato dialógico com a expressão das emoções impacta muito mais que os rituais formais do processo. Para ambos relatar o ocorrido, sob seus pontos de vista, é a oportunidade de *colocar para fora* sentimentos ruins, possibilitando a entrada de outras perspectivas para o futuro.

O processo tradicional não consegue, por mais amplo que seja, a possibilidade de meios de provas, apresentar verdade e certeza de fatos pretéritos. Já no processo restaurativo, a linguagem horizontalmente desenvolvida pelos envolvidos, com muito mais eficiência revela como os fatos se deram na realidade porque utiliza a linguagem como forma de esclarecimento. Obtendo a verdade real dos fatos, pode-se, com a rede de apoio da comunidade, abrir possibilidades de transformação da vida das pessoas envolvidas, para além do fato acontecido, com um propósito para o futuro.

As inquietações de Wittgenstein (1979) devem ser estendidas à tentativa de se obterem as respostas para o uso da linguagem no processo penal. No processo de representação, ou seja, ao se descrever a verdade de fatos e aplicar a pena correspondente não se consegue atender às necessidades das vítimas e tampouco se ressocializa o apenado. Da mesma maneira, o significado do crime só pode ser obtido a partir das pessoas envolvidas e do entendimento formado por essas pessoas. Enclausurados nos códigos, na tentativa de uma justificação que atenda a todos os casos de maneira igual, não se conseguirão obter as respostas que se aproximem de um ato de transformação social, como não se obterá todos os significados da linguagem nas gramáticas. Isto não quer dizer que se devam desprezar as

gramáticas e os códigos, ressalte-se, eles são importantes, mas deve-se curvar à constatação de que eles não detêm todas as respostas. As regras dos códigos podem levar os intérpretes à fundamentação que não respeite à dignidade da pessoa humana dos envolvidos.

Não existe fundamentação para aplicar a pena em muitos casos em que a vítima e o autor do fato encontraram uma solução possível, dentro do contexto em que vivem. Devem-se ter saídas jurídicas para algo que já está pacificado, ou seja, o sistema deve abrir as portas para outras significações.

Vive-se no momento em que o Positivismo, visto de maneira simplificada de aplicação de leis, sucumbe a fundamentações principiológicas, o que se pode denominar de pós-Positivismo. Princípios, como o da dignidade da pessoa humana, devem ser aplicados como mecanismo de tornar controlável o subjetivismo do julgador. Proporcionalidade, justa causa, adequação dos fins aos meios e intervenção mínima são outras possibilidades de justificação para os aplicadores do Direito Penal. Yarochewsky (2005, p. 107) reafirma que "[...] os princípios constitucionais penais, explícitos ou implícitos, constituem-se como verdadeiros limitadores da intervenção penal dos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, fixando limites instransponíveis para o Estado em matéria penal".

3 3 Teoria da ação comunicativa e a Justiça Restaurativa

A abertura das possibilidades de linguagem, dentro do mundo da vida, abre caminho para a teoria da ação comunicativa proposta por Habermas (1992), para quem a linguagem inclui um triplo uso: uso descritivo para descrever o estado das coisas, o uso axiomático para estabelecer regras de procedimentos e o uso crítico para justificar tais decisões.

O procedimentalismo crítico deliberativo de Habermas (2012a) embasado na interdisciplinaridade, busca a mudança do paradigma da consciência para o paradigma da linguagem, para que ocorra a emancipação do ser humano de todas as formas de coação pela concepção de nova forma de razão: a comunicativa. A racionalidade pretendida pela modernidade deve ser uma racionalidade procedimentalista, baseada no fomento da linguagem que gere entendimento, consenso, acordo, superação da unilateralidade cognitiva, para que a validade seja construída no diálogo.

Para Habermas (2012 a) o princípio do discurso tem o sentido de filtrar contribuições, argumentos e informações de tal modo que o resultado obtido por esse caminho tem a seu favor a aceitabilidade racional. A natureza dos questionamentos faz com que a regulamentação de modos de comportamento se abra, no médium do direito:

> O direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se*, através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado *a priori*, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade [...] O direito não regula contextos interacionais em geral, como é o caso da moral; mas serve como *médium* para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num ambiente social, sob determinadas condições históricas. E, com isso, imigram para o direito conteúdos concretos e pontos de vista teleológicos. (HABERMAS, 2012a, p. 172–191.)

Habermas (2012 a) propõe que para se alcançar o conhecimento válido, este deve ser constituído intersubjetivamente pela linguagem, impondo o consenso como critério de racionalidade, sendo necessário que os participantes tenham uma situação ideal de fala, permitindo condições de compreensibilidade, verdade, sinceridade e justeza.

A situação ideal de fala, de acordo com Cruz (2006, p. 88), pressupõe como condições de sua operacionalização alguns requisitos como: simetria de posições (igualdade de chances, no emprego dos atos de fala a participantes num pronunciamento), médium linguístico (compreensão do sentido das palavras), capacidade dos participantes de expressar ideias e a ausência de coação interna ou externa, na execução do discurso.

O mundo da vida é o espaço que possibilita a comunicação. Segundo Habermas (2004, p. 320), há um mundo individual formado por preferências pessoais, moral pessoal, verdade pessoal, atrelado a um plano cultural compreendido em instituições como a Igreja, a escola, a administração pública, as empresas e as tradições. O mundo da vida envolve o horizonte da consciência individual e da coletividade na qual esse indivíduo se insere. Este horizonte compreende a cultura, as tradições, sua percepção de pertencimento a um determinado grupo ou alguma instituição social, bem como a capacidade do indivíduo de agir e de comunicar-se. A situação ideal de fala é pressuposto da comunicação e, não apenas, um elemento transcendental de avaliação da legitimidade. Para Habermas (1989), existem várias formas de comunicação, classificadas como:

> a) O *agir comunicativo* (HABERMAS, 1989, p. 165*)* busca motivar o outro ao acordo, obtido pelo consenso. Para atingi-lo, há de se ter ausência de coação, exceto para o melhor argumento. O agir comunicativo está presente nos discursos humanistas, no espaço social de formação de opinião pública, na mudança estrutural da esfera pública – esfera do poder público como garantidora do discurso (situação ideal e fala), desenvolvendo a rede de comunicação de conteúdos e opiniões, nas ONGs, universidades e associações.
>
> *b)* O *agir racional teleológico* (CRUZ, 2011 p. 107 *apud* HABERMAS, 1989*)*, que conduz a outro objetivo que não o consenso ou acordo. Divide-se em: *agir*

> *instrumental*, orientado por regras técnicas que se apoiam no saber empírico, como acionar o interruptor para acender a luz; e o *agir estratégico*, orientado pela escolha racional de condutas num processo de adequação de meios a certos fins, como no exemplo da ação de um subordinado que elogia seu superior para obter promoção.

Percebe-se que os representantes das partes, no processo penal, não estão obrigados à busca cooperativa da verdade. O Ministério Público, em defesa da sociedade, elabora teses acusatórias dentro do tecnicismo processual da racionalidade lógica e não desenvolve diálogo com a vítima ou seus familiares, estando totalmente preso dentro do agir estratégico da instituição que tem a função de pedir punição aos supostos infratores. Nas ações penais privadas, o advogado do querelante age de modo idêntico. As partes introduzem estrategicamente argumentos capazes de conduzirem-nas a uma decisão que lhes seja favorável.

O Direito é concebido como consequência desse embate entre os estímulos sistêmicos proporcionados pelo agir racional teleológico e os estímulos de solidariedade proporcionados pelo agir comunicativo. De um lado, são os elementos jurídicos que abrem espaço para a institucionalização do agir instrumental, quando o Direito é facticidade, realizando os desígnios do legislador, cumprindo sob a ameaça de sanções a legislação, fundadas no monopólio estatal da força e, de outro, é validade, quando suas normas se fundam em argumentos racionais ou aceitáveis por seus destinatários, por meio do exercício constante do poder comunicativo, permitindo a opção pelo agir comunicativo (HABERMAS, 2012a, p. 166).

Mesmo assumindo a perspectiva de que o ordenamento jurídico emana das diretrizes dos discursos públicos e da vontade democrática dos cidadãos, institucionalizadas juridicamente, há sempre a possibilidade de que a normatividade seja injusta, abrindo-se assim para outras vias – caminhos que são encontrados quando se percebe o princípio monológico como insustentável, conforme observa Habermas:

> O juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos. Essa observação indica a saída mais próxima do dilema que consiste em ter que fazer jus, de um lado, à falibilidade de construções teóricas pretensiosas, sem deixar de prestar atenção, de outro lado, ao caráter profissional do processo de decisão judicial. (HABERMAS, 2012a, p. 278–279.)

A abertura de espaço para um diálogo voluntário entre vítima e ofensor possibilita a re(significação) dos acontecimentos passados e destes com a comunidade, na busca de um consenso, respeitando a dignidade da pessoa humana dos envolvidos e resgatando estímulos de solidariedade e constituindo forma de agir comunicativo, dentro do Direito Penal. No lugar de focar o passado, pelo estabelecimento da culpa e da punição, práticas restaurativas, buscam restaurar relações rompidas pela ocorrência do delito, por meio do diálogo e no enfoque do porvir.

O Direito Penal deve superar o agir estratégico e abrir o espaço para o entendimento dos destinatários das normas penais (autor e vítima). Mesmo tendo que cumprir uma pena, em casos de infrações graves, podem-se estabelecer os diálogos entre os participantes do conflito e destes com a comunidade, na busca de encontrar um caminho melhor quando o autor da infração obtiver a liberdade e para a vítima. Caso contrário, o processo continuará sendo instrumento de poder, como ressaltado por Foucault (1990), no sentido de impedir sempre que os excluídos possam saber ou mesmo falar.

Pergunta-se se, participando de práticas restaurativas, as partes também não se revestiriam de fazer uso do agir estratégico como forma de encobrimento da verdade real. Neste sentido, tanto o ofensor como a vítima, ou mesmo os membros da comunidade, poderiam mentir ou fazer promessas e depois não as cumprir. Não se pode afirmar com certeza que não aconteça, contudo a intencionalidade pode levar a um compromisso com a ação. A comunicação bem-sucedida consiste no reconhecimento das intenções de significação do locutor, que, quando estas são compartilhadas, se transformam em intencionalidade coletiva, por meio de formas compartilhadas de cooperação humana. Como ressaltado por Magalhães, citando Searle:

> Para haver comunicação, tem que haver significação. A análise independe de o locutor estar dizendo a verdade ou mentindo. A sinceridade aproxima as falas da verdade real, mas, mesmo mentindo o autor fica comprometido com a verdade daquilo que diz [...] A soma das intencionalidades individuais forma a intencionalidade coletiva. Sempre que temos pessoas cooperando, compartilhando pensamentos, temos intencionalidade coletiva. (SEARLE *apud* MAGALHÃES, 2011, p. 229–233.)

O ser humano cria, por meio da linguagem das práticas restaurativas, intenções positivas no sentido de um comportamento melhor, e assume responsabilidades extraídas do acordo. Fortalece, assim, um elo da corrente à qual todos estão ligados. Como ensinou Mandela, não se podes apagar a chama da bondade humana:

> Nunca perdi a esperança de que essa grande transformação viria a ocorrer. Não apenas por causa dos grandes heróis que já mencionei, pela coragem dos homens e mulheres comuns de meu país. [...] Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, ou por sua origem, ou sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se elas podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar, pois o amor chega mais naturalmente ao coração humano do que o seu oposto. A bondade humana é uma chama que pode ser oculta, jamais extinta. (MANDELA, 2012, p. 24.)

O que se propõe é uma hermenêutica concretista em que a formação do sentido se dê nas circunstâncias do caso concreto, por meio da abertura da linguagem para se chegar à verdade real. Direito é linguagem, e crime é, primeiramente, um conflito que pode ser resolvido dialogicamente em encontros entre sujeitos humanos, respeitando as especificidades e diferenças. Como realçado por Passos (2001, p. 63–64): "Dissociar o Direito da Linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem".

3.4 Justiça Restaurativa e a teoria da ação significativa

Ao incorporar os pilares da teoria da ação comunicativa proposta por Habermas (1992) e a filosofia da linguagem, sobretudo a partir das investigações filosóficas de Wittgenstein (1979), aos comandos da Justiça Restaurativa, enfatizando a participação de todos os envolvidos no conflito para uma compreensão do significado do ato (crime) de modo não *a priori* nem a partir da consciência isolada do operador jurídico, faz-se necessário traçar as linhas coincidentes da Justiça Restaurativa com a teoria da ação significativa.

Os estudos chegam a conclusões semelhantes de que a interpretação do Direito Penal não deve ser feita fora de uma prática social, desconsiderando o horizonte histórico, a tradição e a ordem social que permeia o conflito. A compreensão ou incompreensão do significado do ato considerado como crime deve ser feita a partir da tensão dialética e permanente dentro do mundo da vida dos envolvidos determinado pelos jogos de linguagem.

A teoria da ação comunicativa, baseada no paradigma de Wittgenstein (1979), de que não se pode perceber nada ontologicamente anterior à linguagem, ainda que se possam perceber os eventos do mundo, coloca, em primeiro plano, a interpretação e, não, a intenção do sujeito que pratica o ato. A interpretação do Direito Penal desloca-se da perspectiva do impenetrável aspecto subjetivo residente na mente do homem para uma dimensão social da atuação humana (BUSATO, 2010, p. 147).

As ações não podem ser identificadas a partir de uma verificação interna daquele que comete a conduta, mas, sim, pela ideia transmitida ao meio social externo. Da mesma maneira que a filosofia de Wittgenstein (1979) percebe que uma frase obtém o significado a partir do contexto em que ela é usada, conclui-se que a ação transmite um significado que deverá ser interpretado de acordo com o contexto em que é empregada e depende da comunicação existente entre o Direito Penal e a política criminal.

> Estas propostas se trasladam para o Direito Penal mais propriamente para a Teoria da Ação sob a convicção de que a categoria de ação deve ser identificada através de sua interpretação social, da comunicação da linguagem em definitivo do sentido que possui. Na verdade, as ações não são eventos, mas sim interpretações que podem ser dadas ao comportamento a partir de diferentes tipos de regras sociais. Desde logo, se percebe uma contraposição direta à ideia de explicar a ação a partir de fenômenos psicológicos e internos tais como a vontade. Já não se fala sobre o que quer aquele que atua, mas sobre que ideia transmite sua conduta. (BUSATO, 2010, p. 149.)

Não há dúvida de que a ação é dirigida a um fim, mas este fim não é o que determina a ação, pois o fim é conteúdo da consciência, e nem sempre coincide com a representação da ação. Como no exemplo citado por Menezes (2013) da representação da cena de um homem grande e forte, portando uma faca que vai em direção à sua filha de quinze anos, com estrutura física bem mais fraca. Durante a ação, ele não a lesiona, sendo impossível de ela resistir ao ataque, o significado a que se chega é considerar o que foi transmitido ao ambiente externo, não podendo compreender o fato pela mente do autor. Alinhando-se ao ordenamento jurídico, não se pode afirmar que foi tentativa de lesão ao bem jurídico vida, mas, sim, uma ameaça. Em outro exemplo, ao chamar um político de *caro*, diversas finalidades internas podem ocorrer, mas não podem ser verificadas. Vai depender do contexto em que a palavra foi empregada e do significado socialmente transmitido, que pode ser uma tipificação como ofensa à honra subjetiva ou uma conduta atípica. A ação deve ser compreendida pela comunicação transmitida. A relevância da ação e a identificação do bem jurídico ofendido são compreendidas pela abertura da comunicação entre os envolvidos e ainda pelo sentido que a ação transmite ao meio social. Se a ação não ofender relevantemente um bem jurídico, ela deve ser considerada atípica.

A partir destas reflexões, pode-se constatar que o Direito Penal não conseguirá identificar a vontade subjetiva das pessoas e muito menos poderá ser compreendido teoricamente, afastando-se do meio em que a interpretação da comunicação deve ser realizada.

Vives Antón (1996), expoente da teoria da ação significativa, defende que, antes de se tipificar uma conduta, torna-se necessário verificar a relevância que ela produz no

ordenamento jurídico, e a proposta da ação significativa é de que, no lugar de primeiramente classificar a ação como típica, se deve denominar como tipo de ação.

As reflexões estendem-se à visão do sujeito que pratica o crime a partir da sua singularidade e não se pautando na interpretação da figura indecifrável do *homem médio*. Cada pessoa tem sua história e, antes de avaliar a ação e as consequências penais, sua identidade deve ser contextualizada no meio em que vive, dentro da sua noção de mundo e na capacidade e liberdade de agir a partir do contexto social, colocando em evidência a dignidade da pessoa humana.

Quando a teoria da ação significativa propõe que, no lugar de se considerar uma ação típica, se considere um tipo de ação, questiona-se o marco interpretativo do finalismo.

Perpassando por uma retrospectiva não aprofundada sobre a teoria do delito, por não ser o objeto desta tese, mas, necessária para melhor compreensão da proposta da teoria significativa da ação, constata-se que durante o século XX foram desenvolvidos conceitos analíticos de delito a partir de grandes marcos interpretativos: o causal-naturalista, o neokantista, o finalismo e o funcionalismo, dividido entre o teleológico racional e o funcional sistêmico.

Para a teoria casualista, a conduta era considerada um movimento corpóreo de fazer ou não fazer algo. O crime era interpretado em duas partes, uma objetiva constituída de tipicidade e antijuridicidade e outra subjetiva, composta da culpabilidade, integrando o dolo e a culpa a culpabilidade. A tipicidade era interpretada a partir da subsunção do fato ao tipo penal. A antijuridicidade compreendida em duas vertentes de interpretação, sendo a primeira formal na verificação de uma conduta que contraria a lei, e a material, compreendida como ação que contraria o bem jurídico protegido. A culpabilidade era compreendida como liame psicológico entre o sujeito e a ação praticada. Haveria culpabilidade quando o comportamento psíquico do autor do delito fundamentava sua responsabilidade penal. Para que fosse imputada determinada responsabilidade, haveria de se fazer uma análise, verificando a ausência ou presença da vontade ou da previsibilidade, por parte do autor, na prática do delito. A culpabilidade era, portanto, constituída por dolo ou culpa, acrescentando-se como pressuposto da pena a imputabilidade, entendida como a capacidade de ser culpável. Esta teoria não respondia a situações de omissão, falhava a compreensão das causas de exclusão da culpabilidade que não afetam a relação psicológica do sujeito nem explicava o conceito de culpa que era normativo.

Segundo observa Yarochewsky:

> As deficiências dessa concepção se evidenciaram na chamada "culpa inconsciente". Nesta, não existe qualquer vínculo psicológico entre o agente e o fato gerador. Considere-se o exemplo: um motorista avança o semáforo, sem ver, atropela um pedestre que atravessa a rua. Neste caso, age com culpa inconsciente, já que não houve previsão do resultado. Portanto, não há nenhum vínculo psicológico entre o agente, que sequer previu o resultado, e o fato. (YAROCHEWSKY, 2000, p. 22.)

Para superar o formalismo legalista da visão clássica do delito compreendida dentro de um positivismo jurídico causador de falhas interpretativas, acresce-se à teoria do delito a constatação de que o Direito Penal existe para proteção de alguns valores e não pode ser interpretado de maneira abstrata. Esta concepção, denominada de neokantismo, compreende a ação, não, como mero movimento corporal para destacar seu sentido social. Nesta linha, prefere-se denominar a ação como comportamento humano. Como no exemplo do crime de extorsão mediante sequestro, além da vontade de sequestrar, deve haver a conduta de um fim especial de vantagem. Chega-se à conclusão de que alguns tipos penais exigem uma interpretação, não se podendo mais tipificar uma conduta pela simples descrição dos fatos, por meio de uma fotografia externa. À culpabilidade acresce-se um requisito fundamental: a inexigibilidade de conduta diversa, desenvolvida da observação de que existem situações em que há dolo e não há reprovabilidade. Nesta ótica, a ocorrência de circunstâncias anormais deve excluir a culpabilidade, não podendo exigir que o agente se comporte conforme o direito**.** Cabe ao juiz valorar situações de exigibilidade da sanção penal. Por exemplo, quem falsifica uma assinatura, coagido com a arma na cabeça, atua dolosamente em relação ao falso, mas não podia agir de modo diferente. Há vínculo psicológico entre o agente e a conduta, não há, porém, exigibilidade de conduta diversa, portanto não há culpabilidade.

O delito em seu conceito analítico é constituído por fato típico, antijurídico e culpável, mas, enfocado na perspectiva da teoria dos valores[25], sobretudo, desenvolvida por Mezger (1955)[26], em que a culpabilidade era vista como *reprovação*. Conforme Mezger (1955, p. 181): "[...] não atua culpavelmente a pessoa a quem não pode ser exigida uma conduta distinta

[25] "Os valores subjetivos residem na mente da pessoa que conhece (do intérprete, do juiz, do legislador, do penalista), derivam do entendimento." A expressão "valoração paralela na esfera do profano" tem origem na teoria dos valores de Mezger, e significa que a consciência da ilicitude do povo é diferente da do jurista. É ilícito o que é valorado na esfera do leigo, entendido como profano (MEZGER, 1955, p. 145).

[26] A partir de decisões de casos concretos constrói-se a doutrina da inexigibilidade de outra conduta, posteriormente elaborada teoria, pelos professores Freudenthal e Edmund Mezger. O caso mais famoso, em relação à culpa, é o do *Leinenfager*: o proprietário de um cavalo ressabiado e indolente ordenou ao cavalariço que selasse o animal e saísse à rua com a finalidade de realizar certo serviço. O cavalariço, prevendo a possibilidade de um acidente caso o animal se descontrolasse, quis opor-se à ordem, seu patrão, porém, ameaçou-o com a demissão caso não cumprisse a determinação. O cavalariço então obedeceu. Na rua, o animal rebelou-se, causando lesões a um pedestre. O Tribunal do Reich negou, contudo, a culpabilidade do cavalariço, porque, levando em consideração as circunstâncias do fato, não podia ser-lhe exigida conduta que o levaria à perda de seu emprego e de comida (MEZGER, 1955, p. 222–223).

da realizada.”. O conceito mezgeriano é também produto de uma aliança de componentes psicológicos e, desse modo, a culpabilidade passou a ser psicológica (dolo e culpa) e normativa (exigibilidade). São seus elementos: imputabilidade (possibilidade de responsabilizar o acusado pela prática de determinado crime), dolo, culpa e exigibilidade de conduta diversa. As críticas a essa teoria deram-se, por ainda, analisar dolo e culpa dentro da culpabilidade.

Welzel (1987), precursor do finalismo, propõe a reconstrução da teoria do delito, desenvolvendo a teoria finalista da ação, partindo de um ponto de vista filosófico diferente. A culpabilidade é um juízo de reprovação de caráter pessoal formulado ao autor do fato, quando este, apesar de poder motivar conforme a norma, opta por comportar-se de maneira distinta. Dolo e culpa são condutas humanas e, não, formas de culpabilidade, adquirindo a teoria do delito nova estrutura. De acordo com Welzel (1987):

> Os tipos dos delitos dolosos e culposos compreendem a ação final (dirigida) desde distintos pontos de vista: enquanto os tipos dos delitos dolosos (dolosos no sentido de dolo de tipo) compreendem a ação final na medida em que sua vontade de ação está dirigida a realização de resultados (objetivos) intoleráveis socialmente, os tipos de delito culposos se ocupam da classe de execução da ação final em relação as conseqüências intoleráveis socialmente, que o autor ou bem confia que não se produzirão ou bem sequer pensa em sua produção, e compreendem aquelas execuções de ação (processos de direção) que lesionaram o cuidado requerido (para evitar tais conseqüências) no âmbito de relação. (WELZEL, 1987, p. 156.)

Com o finalismo proposto por Welzel (1987), a culpabilidade passou a ser puramente normativa, deslocando-se dolo e culpa para a tipicidade. Para Welzel (1987), toda conduta é dolosa ou culposa, porque toda conduta é finalista. Culpa (*stricto sensu*) é modalidade de conduta, está inserida na tipicidade. Em qualquer de suas modalidades (negligência, imprudência e imperícia) deve ser analisada no âmbito da tipicidade penal, com o dolo.

Ilustrando, com o exemplo dado por Toledo (2004):

> Uma tentativa de homicídio, com ferimentos no corpo da vítima. Exteriormente, nada, absolutamente nada, distingue esta tentativa de homicídio de um crime de lesões corporais. O que faz este ferimento deixar de ser uma simples lesão para transformar-se em um fato muito mais grave, é tão somente a intenção de matar. Se retirarmos esta intencionalidade, não restará qualquer distinção entre lesão corporal e tentativa de homicídio. (TOLEDO, 2004, p. 226.)

Desse modo, com a teoria finalista, a antijuridicidade é entendida como a contrariedade do fato à norma, e a culpabilidade significa, em sua essência, juízo de reprovação ao agente do fato punível que podia agir de modo diverso, conforme o Direito. São requisitos da culpabilidade: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Welzel (1987) deixou o legado consenso de extrair o dolo e a culpa da culpabilidade e passá-los ao tipo, atento ao critério final da ação, que estabelece que o tipo não só contém a descrição da manifestação exterior da ação no mundo da realidade, senão também do processo interno do autor. Para o finalismo a existência do fato típico depende do elemento subjetivo do autor consistente na finalidade de realizar a ação. Não havendo dolo ou culpa, não haveria crime. O problema é afirmar a intenção do sujeito (dolo). O argumento de que, na fase de verificação da tipificação, vigora o princípio *in dubio pro societate;* havendo meros indícios da existência de dolo ou culpa, deveria o comportamento ser objeto de atuação do Direito Penal, o que não se coaduna com a proposta da ação significativa com a qual aqui se concorda. Antes de se tipificar uma conduta, há que se interpretar o comportamento humano no contexto social.

A teoria da ação significativa pretende um sistema penal aberto, dinâmico, em que homens sejam julgados não apenas pelo movimento físico (causalismo) ou pelo que pensam fazer (finalismo), mas, de acordo com os sentidos que expressam seu comportamento perante as normas sociais com suas alterações constantes. Vai além do finalismo, pois exige outros elementos para configuração de uma ação típica como componentes externos e internos.

Busato (2010, p. 82) aponta as críticas à teoria da ação finalista no sentido de que se a responsabilidade penal se baseia numa atividade final, quer dizer, numa conduta dirigida a uma realização típica; questiona-se como é possível justificar a punição da conduta cuja finalidade é lícita, como uma pessoa que provoca lesões em alguém por um acidente de automóvel em razão de conduzi-lo em excesso de velocidade, mas, cuja intenção era chegar à casa mais cedo para cuidar de um filho doente.

Contrariando o entendimento finalista, a teoria da ação significativa propõe que as ações não sejam meras expressões de fatores psicológicos ou normativos, mas, ações capazes de transmitir seu significado. Logo, a essência da ação não se situa no psicológico nem no normativo, mas na comunicação (BUSATO, 2010, p. 153).

Em outra vertente, duas outras propostas dogmáticas, denominadas de teorias funcionalistas, propõem a interpretação do Direito Penal de maneira a superar o finalismo, uma identificada como moderada, sustentada por Roxin (2002) e outra mais radical, representada por Jakobs (2003). Baseiam-se no significado simbólico do delito e da pena como tentativa de dar nova fundamentação à pena e proteger o sistema penal, ante a profunda

crise de legitimação que o afeta. O ponto comum entre elas consiste na pretensão de construir sistemas abertos, aptos a uma permanente orientação às exigências político-criminais[27].

Os ensinamentos de Roxin (1981) consistem em superar as barreiras existentes entre Direito Penal e Política Criminal, fazendo do sistema um instrumento válido para a solução satisfatória (político e criminalmente) dos problemas reais da sociedade. Todas as categorias de delito devem ser interpretadas de acordo com os princípios da política criminal com grande influência da sociologia. A função político-criminal está em impedir que os abusos sejam praticados na imposição da pena:

> A culpabilidade por si só entendida como possibilidade de atuar de modo distinto é insuficiente para justificar a imposição da pena. A ela deve acrescentar a consideração preventiva, tanto geral como especial de que a pena é necessária para reforçar o sentimento jurídico e a fé no direito da comunidade e para atuar sobre o autor do delito, evitando sua recaída ao mesmo. Quando nenhum destes efeitos preventivos sejam necessários, por mais que o autor haja atuado culpavelmente, não poderá impor-se uma pena. (ROXIN, 1981, p. 43.)

Portanto, para Roxin (1981), a culpabilidade constitui um limite da pena e, não, o seu fundamento; parte da premissa de que para aplicar a pena se permite verificar se o autor deve ser castigado; é dizer: podia o autor atuar de outro modo? E argumenta que há situações que se atua com culpabilidade, mas, considerando a necessidade preventiva da pena, não se faz responsável quem atuou nesta situação. Por isso, defende que a categoria chamada *culpabilidade* passe a denominar-se responsabilidade. De acordo com Roxin:

> O conceito de responsabilidade compreende o de culpabilidade, sendo mais amplo ao incluir pressupostos preventivos da necessidade da pena. O crime é um fato típico, antijurídico e responsável. Responsabilidade englobando culpabilidade e a necessidade concreta da pena. O decisivo não é poder atuar de outro modo, senão é fazer responsável o autor e sua atuação. (ROXIN, 1981, p. 63.)

A pretensão de Roxin (1981) em orientar o sistema de Direito Penal às valorações de Política Criminal merecem os mesmos questionamentos e as mesmas indagações sobre que tipo de política criminal é adotado. A Política Criminal no Brasil tem se orientado a proteger bens jurídicos cada vez mais universais como: meio ambiente, mercado de capitais, bens ligados à informática etc. São novas dimensões culturais na sociedade. Somam-se a eles os outros tantos bens jurídicos já protegidos. Como tornar a Política Criminal eficaz se não se respeita o caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal? Pode-se ir ao encontro a uma

[27] Política Criminal é definida por Zaffaroni (2007, p. 132) como: "Uma ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.".

política criminal que reconheça o verdadeiro e pequeno papel do Direito Penal na contenção da violência na sociedade ou pretender uma política criminal voltada ao Direito Penal Máximo.

De Roxin (1981) podem ser extraídos princípios minimalistas do Direito Penal, como o da insignificância, da exclusiva proteção de bens jurídicos relevantes e da intervenção mínima – princípios que remetem à tipicidade o juízo de valor, sobre o qual recai a interpretação se a ofensa ao bem jurídico deve merecer uma reprovação penal. Neste contexto interpretativo desenvolve a teoria da imputação objetiva, em que a conduta, no plano material, não deve ser interpretada na perspectiva da vontade, mas, sim, valorada de acordo com os critérios da criação de risco relevante e o resultado decorrente deste risco, como base para a irrelevância penal do fato.

Outra vertente é o conceito funcionalista ou sistêmico de delito de Jakobs (2003). Para esta teoria, o Direito Penal não se limita a proteger bens jurídicos, senão funções, isto é, a confiança institucional no sistema. Tem como ponto comum a mudança do centro de atenção do sistema social, subordinando o seu bom funcionamento a qualquer violação ética, política, individual ou coletiva. Cada parte está, em função da outra, numa estrutura harmônica, gerando estabilidade e ordem, na qual a mudança constitui uma anomalia, devendo a dissidência ser combatia para a preservação do sistema. O infrator é visto como inimigo.

Conforme Jakobs (2003):

> Quem, por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal, por isso, não pode ser tratado como cidadão, senão deve ser combatido como inimigo. Esta guerra é justificada com o legítimo direito dos cidadãos em ter direito à segurança. (JAKOBS, 2003, p. 55.)

Parece que Jakobs (2003) pretende ressuscitar o modelo amigo-inimigo de Schimitt (1992)[28], aparentemente superado. Para essa teoria, a distinção de amigo e inimigo cabia ao âmbito político. Qualquer contradição, quer seja moral, religiosa, econômica ou racial, transformava-se numa contradição política suficiente para agrupar, efetivamente, pessoas segundo a ótica do amigo ou do inimigo. O código amigo-inimigo proporcionava a unidade para *determinado caso* transformar-se em guerra, o que exigia dos amigos o sacrifício em prol da associação – *pro patria mori.*

No pensamento de Schmitt (1992), devia ser assegurada a integridade do espaço e instituída a homogeneidade do *agrupamento* para garantir, no Estado, a unidade política

[28] "A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre amigo e inimigo." (SCHMITT, 1992, p. 176).

indicada. Psicologicamente, deve-se acrescentar que tais medidas deviam manter em xeque os medos perante o rompimento de fronteiras e o colapso do todo. A intenção declarada era evitar o caos como rompimento na segurança concreta e a ordem na sociedade.

Esse modelo caiu em crise após se ter coadunado com os ideais do Nazismo, e por vezes ressurge como se observou na ação americana, em face dos atentados de 11 de setembro de 2001. Na busca de justificativa política para atacar o *inimigo*, os Estados Unidos da América declararam guerra e se apresentaram como *bonzinhos*, como nos filmes estadunidenses, fundamentando os ataques ao Iraque, em prol da luta contra o terror.

Essa guerra não tem por base o respeito ao homem estrangeiro e utiliza o Direito Penal do autor ao intitular como *terroristas* todos os iraquianos; muito menos obteve uma resposta institucional adequada, com uso de provas secretas e todo um arsenal condizente com uma guerra suja, em que faz vítimas pessoas inocentes.

Há quem diga que não existe nada de novo sob o sol, e o poder leva o homem sempre a optar pelo caminho mais fácil e mais rápido para obtenção de suas vinganças. O Direito Penal fez sangrar durante a história e, infelizmente, poderá fazê-lo no futuro.

O modelo alarmante reflete uma realidade praticada em Guantánamo, onde pessoas são presas e não gozam de garantias. Essa prática, não garantista, expande-se, apesar de todo o discurso de efetivação dos direitos humanos em nível global, desencadeando o grande paradoxo da atualidade.

Na mesma linha está Jakobs (2003), tratando o delinquente como inimigo, podendo perfeitamente transformar-se num Direito Penal do autor, sob a lógica do amigo-inimigo, remetendo a sociedade a tristes e nefastas experiências passadas.

Ferrajoli (2006), ao contrário, denuncia que o Direito Penal não deve conhecer inimigos, nem amigos, mas, sim, cidadãos. A doutrina de Jakobs (2003) não desvela a dinâmica do poder e aceita uma dimensão estática, não revelando a sua real dimensão social.

O delito é entendido como: fato típico, antijurídico e culpável, mas é, sobretudo, infração da norma imperativa. O Direito e, consequentemente, a pena existem para reforçar a norma, assim como a confiança no Direito, enaltecendo o caráter de prevenção geral positiva. A violação de uma norma (delito) é considerada socialmente disfuncional, não, porém, porque lese ou coloque em perigo determinados bens jurídicos, mas, porque questiona a confiança institucional no sistema.

A tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade são interpretadas de acordo com a finalidade da pena da prevenção geral positiva. Para comprovar, fundamentar e graduar a culpabilidade não interessa se o sujeito poderia ou deveria comportar-se de outra forma: a

exigência funcionalista de restabelecer a confiança no direito, mediante a contraposição simbólica de uma pena será critério decisivo.

O que se observa na doutrina de Jakobs (1996) é um máximo de abstração, legitimando o processo e a punição pela infração à norma, conforme o qual;

> Ser pessoa é ter que representar um papel. Tomado de forma isolada todo comportamento por ser interpretado de diversas maneiras. Por isso, é preciso fixar de modo objetivo o que significa um comportamento e se este comportamento significa infração à norma. Por tanto, há de desenvolver-se um padrão que não pode assumir peculiaridades subjetivas. O Direito Penal não se desenvolve na consciência individual, senão na comunicação. Seus autores são pessoas (tanto o autor, como a vítima, como um terceiro) e suas condições não são estipuladas por um sentimento individual, senão social. (JAKOBS, 1996, p. 50.)

O modelo da sociedade, no qual se baseia Jakobs (1996), é fundado no modelo da teoria do sistema (funcionalista) de Luhmam (2001)[29], na qual a sociedade é vista como sistema social que tem como base, não, os sujeitos, mas, a comunicação e o ambiente. A pessoa é vista como um conceito social; alguém não seria pessoa, a sociedade outorga-o pessoa e ele deve desempenhar um papel social.

Não é possível aproximar a doutrina de Jakobs (1996) com os anseios da Justiça Restaurativa nem à teoria da ação significativa, sobretudo, porque o autor renuncia às circunstâncias empíricas de verificação do grau de comprometimento do cidadão em respeitar a norma.

Desta maneira, a pessoa termina-se instrumentalizada para a estabilização de interesses sociais de parte da sociedade e desconhece-se o princípio universal da dignidade do ser humano, colocando o arbítrio do legislador e do juiz, como a única pauta válida para a interpretação. Se antes se media a responsabilidade penal pelo poder de atuar de outro modo, e se verificavam as possibilidades fáticas desse homem em sua situação, muito criticada pelo indemonstrável *homem médio*; agora se tem argumentado que se deve analisar o *poder geral de atuar de outro modo*, levando-se o juízo de reprovação a um grau ainda mais indeterminado.

Busato (2010, p. 158–160) observa que, com a virada funcionalista, se passou a questionar o efetivo cumprimento por parte do Sistema Penal das funções que ele mesmo se proponha a atender. O conceito significativo da ação vem acompanhado das mesmas características de mudança de perspectiva, mas, em nível mais amplo. Identifica-se um plano

[29] Para Luhmam o elemento dos sistemas sociais é a comunicação. A comunicação não é uma relação entre pessoas. Comunicação só se comunica com comunicação, gerando mais comunicação. No caso, o que interessa não é o que foi compreendido da comunicação, mas, o que foi realizado para dar continuidade à sociedade (LUHMAM, 2001, p. 121).

de análise não mais estático, mas, dinâmico. O conteúdo das categorias penais é determinado por seu sentido, ou seja, por seu significado com base em fatores externos de inter-relação. Ao mecanicismo funcionalista, que busca a submissão do indivíduo a uma regra geral de funcionalidade do sistema, contesta-se com a proposta que apresenta uma pessoa como capaz, como ser racional que participa da vida social e, não, como componente físico, objeto do estudo por leis universais. Nesta perspectiva, a ação é compreendida, não mais como base ontológica imutável, que recebe valorações, mas, sim, como uma expressão de sentido que, cotejada com regras sociais, adquire um sentido ou significado.

A proposta da teoria da ação significava desenvolvida na doutrina de Vives Antón (*apud* Busato, 2010, p. 160) é uma troca de método. Igualmente ao significado das palavras, o das ações não depende de objetos da mente – sobre os quais nada se pode saber – mas, de práticas sociais. O significado social – objetivado em regras práticas – é o que dá sentido às ações. A pretensão de substituição da certeza científica pelo significado social traduz evidentemente uma política criminal dirigida a um caráter humanista, reconhecendo o modelo teórico a partir do modo de desenvolvimento das relações humanas.

Ainda na descrição da evolução da teoria do delito, a doutrina penalista brasileira propõe uma interpretação constitucionalista do conceito analítico do delito, como se observa na doutrina de Gomes (2003). O primeiro requisito do crime, a tipicidade, é acrescida de outro conceito: a tipicidade material[30]. As situações fáticas dos delitos são analisadas dentro da tipicidade material, podendo ser consideradas atípicas condutas que não lesem concretamente o bem jurídico. A proposta é um controle material a partir de princípios constitucionais.

Propõe a Justiça Restaurativa, com base na teoria da ação comunicativa, que a relevância da ação e a identificação do bem jurídico ofendido sejam compreendidas pela abertura da comunicação entre os envolvidos e ainda pelo sentido que a ação transmita ao meio social. Se a ação não ofender relevantemente um bem jurídico, esta deve ser considerada atípica, resguardando as reparações para a vítima, na seara cível ou administrativa. Neste ponto, o marco interpretativo da teoria do delito, na visão constitucionalista, coincide com os pensamentos da teoria da imputação objetiva de Roxin (1981) e com a teoria da ação significativa.

Para os defensores da teoria da ação significativa, caso não seja compreendida nenhuma das finalidades da pena, no caso concreto, esta não deve ser aplicada. Busato (2010,

[30] Para se configurar a tipicidade material (GOMES, 2003, p. 105), na mesma linha de Roxin (1981), deve haver: conduta, resultado naturalístico, exigido para crimes materiais, nexo de causalidade, imputação objetiva da conduta (criação de um risco proibido relevante), produção de um resultado jurídico relevante, imputação objetiva do resultado (ao risco proibido criado ou incrementado).

p. 209) defende ainda que, se a ideia geral é a firmação da validade da norma perante o caso concreto, como fórmula jurídica de expressão do justo, não haveria sentido afirmar a existência de crime em que a aplicação da pena resulta na produção da injustiça. Obviamente, a pena só se justifica por sua necessidade e aplicação em *ultima ratio*, ou seja, para a realização concreta do controle social do intolerável. No mesmo sentido, Vives Antón (1996 *apud* BUSATO, 2010, p. 209) adverte: "[...] a pena não deve ser utópica se nenhuma finalidade puder ser atingida, não justifica a sua aplicação".

Causas supralegais de ordem social contextualizadas na política criminal podem ser empregadas como a inexigibilidade de conduta diversa para a culpabilidade, ações consideradas materialmente atípicas, reconhecimento do princípio da insignificância, acordos restaurativos, entre outros.

É admissível a ideia – afirma Busato (2010, p 151) – de que a ação, em termos penais, esteja conectada a valorações normativo-jurídicas, mas nem mesmo estas normas podem confundir-se com a ação. Segundo o autor, a expressão externa física da ação, bem como a vontade como expressão de intenção, não são mais que aspectos que pertencem ao conceito de ação, mas que, isoladamente, não podem representá-lo.

Partindo da interpretação da ação comunicativa de Habermas (1992, p. 141), um movimento corporal é elemento de uma ação, mas, não, uma ação. A ação comunicativa baseia-se num processo cooperativo de interpretação no qual os participantes se referem simultaneamente a algo no mundo da vida. Na ação comunicativa rege a regra de que um ouvinte que assente à pretensão de validade, que em concreto se tematiza, reconhece também as outras pretensões de validade que só se propõem no discurso. Habermas (2000) discorre sobre a importância do reconhecimento da linguagem no processo de interpretação e reconhece que, por meio de um movimento corporal, o agente muda algo no mundo, mas entende possível distinguir os movimentos com que um sujeito intervém no mundo (atua instrumentalmente) dos movimentos com que um sujeito encarna um significado (expressa-se comunicativamente). Como no exemplo de um levantar a mão por um guarda de trânsito ordenando que o fluxo se detenha. A ação só pode ter sentido se interpretada em conjunto com seu entorno.

Neste contexto, a ação significativa estabelece a dependência de interpretação quando se percebe que as ações nem sempre têm o poder de comunicar exatamente o que é a finalidade. Busato (2010, p. 151) constata que a incongruência objetivo-subjetiva expressa no delito tentado e no delito culposo, com ausência de correspondência entre a intenção e o objetivamente realizado, torna-se evidente que nem o estado de consciência nem as

valorações jurídicas se traduzem na própria ação ainda que estes efeitos tenham alguma importância.

Acrescenta a teoria da ação significativa ao conceito de delito que os fundamentos político-criminais do significado da ação, produto da comunicação, correspondem à linguagem escolhida. Havendo pretensão de que o Direito Penal corresponda a um modelo de Estado Social e Democrático de Direito, como é reconhecido unanimemente na doutrina, a linguagem pela qual o Estado deve comunicar-se com o indivíduo, selecionando fatos que considera típicos e antijurídicos, deve guardar correspondência com um sistema normativo pleno de garantias individuais (BUSATO, 2010, p. 160).

Conclui Busato (2010, p. 175) que a adoção de um conceito significativo da ação, ao mesmo tempo em que torna o sistema mais aberto, converte-o paradoxalmente em mais seguro, dada a imprescindibilidade da referência político-criminal que contém e que produz um resultado mais adequado desde o ponto de vista das garantias. A proposta pretende situar o ser humano como centro do Direito e, não, como mero objeto.

Busato (2010, p. 185–189) discorre ainda que a teoria da ação significativa na linha de Vives Antón propõe nova perspectiva de análise da teoria do delito a partir de pretensões de validade, que entende mais adequadas à perspectiva filosófica que adota. Os fundamentos são carregados pela filosofia da linguagem, especialmente as bases oferecidas por Wittgenstein (1979), de modo que a teoria do delito passa a ser organizada em termos da linguagem ordinária, por meio da própria prática social, em busca dos significados socialmente estáveis e ainda pela adoção, quanto ao método, da teoria do discurso de Habermas (2012a). O sentido da linguagem marca o contexto em que se desenvolve e, não, em vinculações prévias. É possível dizer que uma expressão é apropriada, mas, só para este domínio estritamente circunscrito, não, para a totalidade do que se pretende representar. Há de ser afastada qualquer base de verdade absoluta preconcebida de um discurso jurídico. Com isso, para o estabelecimento dos argumentos jurídicos, não são desprezíveis as circunstâncias do caso, nem tampouco sua situação histórica, social, cultural e política. São estes contextos humanos que identificam a ação como tal e que são capazes de determinar os caminhos de relevância para a composição de uma teoria do delito.

Vives Antón (1996) sustenta que a estruturação de qualquer teoria do delito que pretenda corresponder à aspiração democrática discursiva deve estruturar-se em dois pilares fundamentais, a saber: a ação e a norma, aos quais se deve acrescentar a liberdade de ação, elemento sem o qual não é possível dotar de sentido a própria existência do direito.

Conceber um conceito significativo da ação não é mais que expressar uma forma de percepção da ação no contexto das circunstâncias em que se produz. O que importa é a compreensão e, não, a explicação; mais que definir, deve-se interpretar seu significado.

A ideia da ação, de acordo com Busato (2010, p. 189–190), não se estrutura a partir da perspectiva subjetiva de uma impressão que se tem da realidade, nem mesmo de um ponto de vista objetivo do objeto observado, mas, como substrato da comunicação que provém da relação sujeito objeto, quer dizer, da mensagem que comunica a atuação do sujeito ao relacionar-se com as circunstâncias do meio. O componente valorativo de que se nutre a ação para ser reconhecida como dotada de significado deve ser prévio às considerações normativo-jurídicas e aqui o conceito se desvia do perfil normativo vinculado aos juízos de direito positivo, tais como as perspectivas de organização da teoria do delito simplesmente iniciadas pelo tipo penal como fator básico. Com isto há um afastamento de uma construção estritamente finalista, na medida em que não se baseia a ideia de ação meramente na intenção daquele que atua e também da ideia radicalmente funcionalista, entendida como a adoção de uma base exclusivamente normativo-jurídica.

A ação significativa não é produto das normas, mas é indubitável que se nutre de componentes com tais características. Na interpretação da expressão “vou te matar!”, não são as palavras que determinam o sentido de uma ameaça, mas a existência de uma ação ameaçadora; essas palavras podem significar uma brincadeira. Esta determinação só pode interpretada pela consulta das práticas sociais e especificando a prática que o sujeito seguiu. Portanto, constatada a brincadeira, não há ofensa à norma jurídica, ao passo que, sendo uma expressão usada com tom ameaçador, a interpretação da tipicidade pode dar-se.

Considerando que uma proposta moderna de conceitos dogmáticos deve estar orientada às suas consequências, quer dizer, nutrida de uma política criminal adequada a um Estado Social e Democrático de Direito, parece claro que o referencial que adota de sentido o conceito da ação deve corresponder ao contexto social em que se determina.

Ensina Busato (2010, p. 196) que o que efetivamente importa saber a respeito da norma é em que ela baseia sua pretensão de validade. O estabelecimento de um processo de comunicação não deve ser entre a norma e o cidadão porque a norma não atua como interlocutor, mas, sim, entre o cidadão e os demais membros da sociedade, valendo-se da norma como instrumental linguístico-comunicativo.

Para transmitir e refletir os distintos valores que conduzem ao valor justiça, as normas penais aspiram a estar válidas e legítimas, aspiração esta que requer uma justificação procedimental. A pretensão de validade deve ser resolvida mediante a elaboração dogmática,

ou seja, a norma será válida quando obedecer a uma série de afirmações parciais desta em face da ação apreciada, compondo perguntas a respeito da relevância, da ilicitude, da reprovabilidade e da necessidade de pena. A norma será válida em face da ação analisada quando responder afirmativamente a todas essas subpretensões. Assim, a norma termina funcionando como veículo do processo de comunicação que se estabelece entre a sociedade e o cidadão sob a forma de exigências mútuas baseadas em valores compartilhados.

> O fundamento racional da norma não reside na presunção de nenhum ato de autoridade, mas sim em uma decisão reflexiva do sujeito. Ou seja, a validade social de uma regra, sua aceitação varia de acordo com a fé que a comunidade jurídica deposita em sua legitimidade. Isto revela por um lado, um fenômeno ético último na própria norma, daí sua associação com a pretensão de justiça. (BUSATO, 2010, p. 202.)

O que a teoria da ação significativa agrega ao conceito de delito primeiramente é a interpretação da conduta. Os fundamentos são no sentido de verificar se quem pratica uma ação sabia que ela era considerada proibida, tinha possibilidade de agir de outra maneira e ainda cabe ao intérprete analisar a efetiva necessidade da pena, ratificando o pensamento de que toda pena desnecessária é injusta.

A grande falha do finalismo é tentar definir conceitos e interpretar ações pela mente daquele que atua: *animus necandi*, *animus jocandi*, *animus furandi*, entre outros, são afirmados nas milhares de denúncias interpostas pelo Ministério Público, com a narrativa do fato dito delituoso. Um conceito de ação não se estrutura a partir da perspectiva subjetiva de uma impressão que se tem da realidade, nem mesmo de um ponto de vista do objeto observado, mas tem como substrato a comunicação que provém do sujeito-objeto, ou seja, da mensagem que comunica a atuação do sujeito ao relacionar-se com as circunstâncias do meio.

O que pode significar a ação no contexto do Direito Penal e suas consequências não podem ser interpretadas simplesmente pelo resultado que causou, nem tampouco seu significado pode ser interpretado sem que as pessoas envolvidas tenham oportunidade de dialogar sobre as consequências dessa ação no mundo jurídico. O significado no mundo da vida não depende das intenções do sujeito (na mente, como na filosofia da consciência), mas, sim, do seu significado, identificados no contexto. Não há direito sem discurso. Quando se retira o processo interpretativo a partir da singularidade de caso concreto, na busca de conceitos pré-definidos, tem-se um Direito Penal formalista, classificatório, estático, mostrando-se insuficiente, permitindo a assunção de qualquer ideologia e não correspondendo aos princípios garantistas que devem permear todo o Direito Penal.

A evolução da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem permite repercutir no Direito Penal no sentido de entender a ação, não como aquilo que as pessoas fazem, mas, o significado do que fazem. Não basta descrevê-las, torna-se necessário compreendê-las para interpretá-las. Quando alguém diz: "cuidado com o leão!", qual é o significado? Diante das várias possibilidades, só saberemos se participarmos do discurso. E ainda no exemplo citado por Busato de um tapa no rosto, pode significar injúria, lesão corporal, um ato de reflexo, até mesmo pode não ser considerado um tapa. Assim, as ações são configuradas de acordo com seu significado social, pelo contexto em que se produzem. Não existe um conceito *a priori*, universal e ontológico da ação. Não há modelo matemático nem forma lógica que permita definir a ação humana válida universalmente.

Ainda outro ponto a ser destacado nas reflexões acerca da necessidade de uma fundamentação que não se baseie em interpretações fechadas de subsunção do fato à norma de modo distante dos envolvidos é o risco de uma dogmática do Direito Penal que pretenda ser neutra. A neutralidade, que não se confunde com imparcialidade, pode estar carregada de ideologias, propiciando, por meio do Direito Penal, um legado de injustiças. Despachos de computador pelos quais o juiz recebe denúncias em nome do *in dubio pro societate* sem a fundamentação contextualizada e ainda a decisão ao final do processo na interpretação de subsunção do fato à norma e consequentemente merecedor da pena *x* feita pela *calculadora de aplicação de penas* são complacentes somente com a finalidade da retribuição da pena, representando um retrocesso de interpretação do Direito Penal.

Sobre o pretexto de não se discutir a atuação penal dentro de certa sociedade, perpetua-se a finalidade de retribuição da pena simplesmente, como técnica de repetição de decisões. A ausência de discurso na pretensa neutralidade penal torna o mesmo instrumento de eliminação social, como aconteceu no passado em regimes totalitários, a exemplo do Nazismo, e como na atualidade brasileira se pretende com o discurso de eliminação de jovens desajustados socialmente por falhas nos compromissos estatais assumidos e não cumpridos pelo Estado e pela sociedade, que mais uma vez utilizam o Direito Penal para resolver conflitos sociais numa base ideológica do poder dominante.

Outros autores discorrem sobre os perigos de métodos interpretativos do Direito Penal na tentativa de classificar a vontade e a ação do sujeito de maneira a não considerar as peculiaridades do caso concreto, com uma tipificação feita de maneira automática, podendo também este método se estender a sentenças condenatórias, como discorre Jescheck:

> Não se pode desconhecer, entretanto, o perigo de uma dogmática do Direito Penal excessivamente dada a fórmulas abstratas. Isto consiste em que o juiz confie no

> automatismo dos conceitos técnicos e dessa maneira deixe de atender às peculiaridades do caso concreto. Sempre deve ser determinante a solução da questão de fato, enquanto que as exigências da sistemática devem situar-se em segundo lugar. (JESCHECK, 1993, p. 176.)

Hassemer (1994) apresenta várias críticas ao Direito Penal atual, como a ampliação do número de condutas tipificadas e a vagueza dos termos acrescidos da busca de efeitos simbólicos, o uso frequente de tipificação de condutas de perigo abstrato, o afastamento das garantias constitucionais em busca de eficiência pode levar a um Direito Penal sem limites.

> Ainda que esteja totalmente excluído que a teoria finalista da ação tenha estimulado o nazismo ou aumentado o coro das escolas anti-liberais da era nazista, resta incontroverso que a concepção pessoal da ação e antijuridicidade como núcleo do pensamento penal finalista encontrava um correspondente, ainda que distorcido, no direito penal da vontade, elaborado pelo pensamento penal nazista. (HASSEMER, 1994, p. 44.)

A teoria da ação significativa propõe um questionamento acerca da interpretação no mesmo processo dialético que propõe a Justiça Restaurativa, e ambas denunciam que qualquer justificativa feita a partir dos olhos de um julgador, distante do mundo da vida em que foi praticada a ação, leva a falhas de interpretação, que pode ser equivocada e consequentemente injusta.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS AVESSAS

As doutrinas constitucionalistas que debatem a evolução dos direitos fundamentais e enfatizam as gerações ou dimensões de direitos como um processo evolutivo das relações humanas não descortinam os bastidores que elas refletiram e refletem no Direito Penal.

Sem dúvida, os ideais franceses que desencadearam a revolução, no século XVIII, tiveram entre suas justificativas a de frear o poder punitivo irrestrito dos reis e da Igreja. A influência de Beccaria (2001), na obra *Dos delitos e das penas*, denuncia as desproporcionalidades das punições e a sua crueldade a ser aplicadas com semelhante severidade, como no exemplo de crimes de feitiçaria, heresia e blasfêmia. Os ideais do Iluminismo foram de suma importância para a reflexão do Direito Penal, sobretudo, sobre a desumanidade das penas, mas a Revolução Francesa foi um movimento burguês, que pretendeu assegurar direitos aos ricos e um engano para os pobres. A pretensa separação entre Estado e sociedade não se deu no contexto penal; o Estado desempenhou um papel de polícia investigativa e punitiva no combate aos atos tipificados como crimes. Os esquartejamentos em praça pública como punição exemplar, no sentido de intimidação daqueles que não cumprissem as regras, enaltecendo o Poder, foi substituído pelo sofrimento interno das prisões até a morte daquele que não o suportasse.

A partir do primeiro marco da Revolução Francesa de liberdade, pretendia-se que o Estado se afastasse – *"Laissez faire, laissez aller, laissez passer*" –, para que a burguesia assumisse o Poder. E tão logo se viu que a liberdade só existiu para uma classe privilegiada, e que entre os pobres de *marré deci* a miséria se perpetuou em graus até maiores, desencadearam-se lutas sociais no século XIX e início do século XX, época em que se pediu socorro a um Estado provedor de base fortemente socialista. Nos dizeres de Sampaio (2004, p. 38): "[...] as liberdades burguesas não libertaram o homem proletário, de seus grilhões individuais e sociais, ao contrário, enraizava-os ainda mais no calabouço da servidão.".

O Estado Liberal, com ênfase aos direitos civis e liberdades individuais, trouxe um paradoxo: ao se admitir a liberdade de todos, não se assegurou a todos a sobrevivência na sociedade e em circunstâncias de crise; a solução encontrada foi excluir da prática social aqueles que não compartilhavam laços sociais comuns já impostos pelos comandos do capital, segregando o vírus da exclusão social em forma de intolerância. Cidadão para o Estado Liberal seria aquele que podia participar do jogo político como eleitor e representante político. Tanto é que a Constituição de 1824 estabeleceu a definição legal de cidadão

vinculado à renda pessoal. Eram excluídos de votar os que não tivessem renda líquida anual a um *quantum* determinado, como se denotam os artigos 92 a 94[31].

A questão da definição de sujeitos de direitos de base liberal leva a abordagem do problema da tolerância na sociedade ao longo da história sob um ângulo que tem em consideração quais os indivíduos – e as razões pelas quais – são excluídos da sociedade. Até que ponto a sociedade ainda mantém o mentalismo da intolerância aos desfavorecidos economicamente.

Alguns avanços para o Direito Penal são inaugurados com a Constituição de 1824, como o princípio da irretroatividade das leis, intranscendência da pena, igualdade formal perante a lei, a previsão de cadeias limpas e bem arejadas, o que fez refletir-se no Código Penal do Império de 1830.

O Código Penal de 1830 excluiu a pena de morte para crimes políticos e ainda previu a reparação do dano à vítima estabelecida pelo próprio juiz criminal. São conquistas equacionadas ao Estado liberal, mas permitia-se a pena de galés e a pena de morte, mantendo sanções diferenciadas a escravos que tentassem fugir e àqueles que os ajudassem a insurgirem-se. Dos artigos 68 ao 307 são tipificadas 239 condutas típicas, a começar por crimes contra a integridade do Império. Percebe-se que o Estado penal se manteve forte e atuante ainda em tempos em que se pretendia abstenção estatal.

O Código de 1890, em seu capítulo XIII, tipificava, entre outras condutas, as direcionadas aos vadios e aos que praticassem a capoeira, apesar da abolição da escravatura, demonstrando que as raízes da criminalização se mantinham sobre sob a égide de punir os escravos e os menos favorecidos socialmente.

A crise do modelo liberal, sobretudo pelas transformações econômicas e sociais ocorridas no início do século XX, acelerada pelas novas formas de produção e pelo movimento da classe trabalhadora, resultou na busca de direitos sociais, culturais e econômicos como forma de reequilibrar a liberdade pela igualdade. Nesse contexto, os direitos fundamentais que são aclamados trouxeram também um agigantamento do Estado Penal legiferante. A cada conquista social produziu-se uma correspondente legislação punitiva e encarceradora. É como se o Estado tentasse encobrir toda erosão de direitos fundamentais a um tipo penal com a ideologia dominante por parte da ameaça punitiva. Assim, entrou em

[31] "Artigo 92. Säo excluídos de votar nas Assembleas Parochiaes – Os que não tiverem renda liquida anual cem mil reis por bens de raiz, industria, commercio ou empregos.
[...]
Artigo 94. Podem ser eleitores e votar na eleição dos Deputados, Senadores e membros do conselhos de província todos os que podem votar na assembleia parochial. Exceptuam-se os que não tiverem renda liquida anual cem mil reis por bens de raiz, industria, commercio ou empregos."

vigor o Código de 1940 e outras legislações especiais como o Decreto-Lei n.º 3.688/1941, tipificando as contravenções penais, entre outras legislações esparsas, confirmando a tendência brasileira de tipificar novas condutas sem se desenraizar das antigas, inflacionando o Direito Penal.

Na exposição dos motivos da parte especial do Código de 1940, destaca-se nos dizeres da fundamentação que um dos seus objetivos é manter-se em dia com as ideias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar os tipos de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas que os progressos industriais e técnicos trouxeram, enriquecendo o elenco dos fatos puníveis.

Quando se abre o Código Penal de 1940, depara-se com vários títulos e capítulos com pretensão de proteger bens jurídicos, na verdade, porém, tendem a um utópico controle do Estado sobre a forma de vida em sociedade, como se o Direito Penal assegurasse uma sociedade perfeita, sem desvios.

Um exemplo de que as conquistas de direitos sociais implicam criação de tipos penais e que os estes estejam a serviço do Poder dominante está na positivação dos direitos trabalhistas. Na exposição dos motivos do Código Penal de 1940, em relação ao capítulo que tipifica os crimes contra a "Organização do Trabalho", claramente está demonstrado que a tipificação é uma resposta ao postulado dominante. O projeto do Código Penal começou a desenvolver-se no final do século XIX, com base liberal em que previa os crimes contra a liberdade do trabalho de maneira a elencá-lo como uma mercadoria da qual se podia dispor à vontade para atender a um objetivo econômico. O projeto inicial, elaborado em 1889, consagrava um título especial aos crimes contra a organização do trabalho sob o rótulo de crimes contra a liberdade do trabalho, classificando entre os crimes aqueles contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais (isto é, contra a liberdade individual). Previa que a lei devia deixar que cada um pudesse, com base nos próprios interesses, não intervir no trabalho, senão quando a livre ação de uns fosse lesiva do direito de outros. E ainda complementava o projeto que não se podia vetar aos operários a combinada abstenção de trabalho para atender a um objetivo econômico, e não podia impedir a um industrial que fechasse, quando lhe aprouvesse, a sua fábrica ou oficina. O que se cumpria assegurar era o livre jogo das iniciativas individuais. Como o Código fora aprovado sob a égide de outra estrutura de Poder, a da Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, cuja maior características era a centralização do poder no Executivo, as justificativas dessa ideologia não foram aceitas, e houve uma reformulação dos tipos penais. A explicação está fundamentada, no item 66 da exposição dos motivos da parte especial, com outro critério de classificação,

enjeitando o projeto anterior de anseios liberais. As justificativas mudaram de uma tutela exclusivista da liberdade individual, que deixava em plano secundário o interesse da coletividade para uma tutela legitimadora da intervenção do Estado na esfera econômica. No primeiro projeto, a greve, o *lockout*, todos os meios incruentos e pacíficos na luta entre o proletariado e o capitalismo eram permitidos e constituíam o exercício de líquidos direitos individuais. O que cumpria assegurar, antes de tudo, na esfera econômica, era o livre jogo das iniciativas individuais. A fundamentação posterior dispunha que semelhante programa se demonstrou errôneo e desastroso e que não havia mais viabilidade em face da Constituição de 1937, que proclamou que, para suprir as deficiências da iniciativa individual, se devia agregar o interesse da Nação. Complementava a fundamentação que, para dirimir as contendas entre o trabalho e o capital, foi instituída a Justiça do Trabalho, tornando-se incompatível com a nova ordem política o exercício arbitrário das próprias razões por parte de empregados e empregadores.

Continua a exposição, no item 67, reformulando o conceito de greve e de *lockout* (isto é, a paralisação ou suspensão arbitrária do trabalho pelos operários ou patrões), que foram declarados recursos antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional. A proteção jurídica já não era concedida à liberdade do trabalho, propriamente, mas, à organização do trabalho, inspirada não somente na defesa e no ajustamento dos direitos e interesses individuais em jogo, mas, também, e principalmente, no sentido superior do bem comum de todos. Atentatória, ou não, da liberdade individual, toda ação perturbadora da ordem jurídica, no que concerne ao trabalho, era considerada ilícita e estava sujeita a sanções repressivas, sejam de direito administrativo, sejam de Direito Penal. Nas classificações dos tipos que integravam o título dos crimes contra a organização do trabalho, alguns dispensavam o elemento violência ou fraude (artigos 201, 205, 206, 207 do Código Penal), cuja explicação era que eles, ou atentavam imediatamente contra o interesse público, ou imediatamente ocasionavam grave perturbação da ordem econômica.

Até os dias de hoje, esses tipos penais continuam no Código Penal, e com as mesmas justificativas, e a eles são somadas inúmeras outras condutas consideradas infrações penais. A intervenção do Estado no domínio econômico também foi consagrada na Constituição de 1988, a qual, porém, foi emendada várias vezes para atender aos anseios do capital e do mercado internacional, como no exemplo da Emenda Constitucional n.º 40, que retirou a limitação da taxa de juros a 12% ao ano, dando nova redação ao artigo 192, revogando todos os seus incisos e parágrafos, especialmente o parágrafo 3.º, que definia o crime de usura. Este,

passível de ser praticado pelos donos do poder econômico, foi retirado do texto constitucional, levando a constatar-se que os interesses do capital, que são os interesses dos grandes detentores de poder, põem o Direito instrumentalizado à dominação destes. Retira-se o limite de 12% ano de juros, que embasariam um limite às instituições financeiras, que poderiam ser intimidadas pelo crime de usura, mas conservam-se os tipos penais do Código Penal e da legislação especial porque estes não incomodam os detentores do capital, são até úteis como forma de regulação e intimidação social.

O sistema jurídico penal funciona dentro de rígidos parâmetros de legalidade, sendo esta empregada para consagrar situações de exclusão, que deveriam ser corrigidas pela própria lei. O Judiciário, em muitos casos, acaba transformando-se em fonte da discriminação social e da intolerância. Certos segmentos sociais só são considerados como agentes sociais quando enquadráveis pelo sistema legal na categoria de incriminados, culpados ou suspeitos. Direitos sociais positivados e não efetivados contribuem para que a massa desfavorecida sobreviva na clandestinidade e, nas lições de Barreto (1997), aqueles que por circunstâncias sociais e culturais não participam dos benefícios e garantias do sistema são considerados sujeitos de direito na medida em que tem somente deveres em relação à sociedade e nenhum direito. Verifica-se, então, como na tradição jurídica latino-americana nos processos inquisitoriais, herdados da Inquisição e no legalismo positivista, que a aplicação do princípio da legalidade termina em muitos casos por criar indivíduos mais iguais que os outros.

Sampaio (2004) obseva que a realidade mostra que o mundo está cada vez mais dividido entre ricos e pobres, reduzindo-se a liberdade real progressivamente a uma aspiração de consumo. É como se o sucesso dos direitos civis e políticos dependesse do progresso no campo dos direitos sociais, direitos estes ligados a um mínimo existencial humano. Seriam necessidades humanas básicas, como habitação simples, educação e formação profissional e assistência médica básica. Sem esse mínimo, o homem não sobrevive na sociedade tida como *legal*, passando para a ilegal, hoje dominada pelo tráfico. Portanto, nesta inflação penal, pode-se afirmar que diante dela os cidadãos são todos criminosos, mas, que somente os vulneráveis são alcançados pelo Direito Penal e encarcerados. O Estado muda de liberal para o social e ainda evolui para o Estado Democrático de Direito. A conclusão que se repete é de que a sociedade não evoluiu em relação à aplicação do Direito Penal, seja qual for a opção do Estado; o sistema punitivo permanece operante e excludente.

De acordo com as reflexões de Clark:

> O Brasil e os Estados em desenvolvimento possuem uma realidade sócio econômica caótica e perversa à maioria do tecido social, promovida pelas políticas econômicas

> genocidas, orquestradas por elites nacionais e estrangeiras em nome da ditadura do mercado e da democracia do dinheiro. As políticas econômicas de regulação são distanciadas dos compromissos sociais e econômicos ditados pelas Constituições econômicas além de reforçarem em bases pós-modernas, o antigo colonialismo. Aquelas ao esculpidas a ferro e fogo pelos donos do capital, multiplicando seus lucros em uma disputa desigual entre classes nos variados espaços sociais de poder. Contudo, a organização das forcas sociais e o planejamento democrático poderão nos ajudar a engendrar caminhos para a extinção dos ciclos viciosos de ilegalidades, explorações e mortes. (CLARK, 2006, p. 247.)

Os direitos de terceira geração são definidos por Sampaio (2004, p. 293) como direitos de solidariedade e de fraternidade, surgidos como resposta à dominação cultural e como reação ao alarmante grau de exploração, não mais da classe trabalhadora dos países industrializados, mas, das nações em desenvolvimento por aquelas desenvolvidas. Após a Segunda Guerra Mundial, a solidariedade entre nações desconhece limitações de fronteiras, classe ou posição social. Pode-se identificar que as garantias pretendidas não se resumem na ótica do indivíduo, mas, sim, de um grupo como os direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos. Estes direitos compreendem o último postulado da Revolução Francesa de liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse avanço de respeito e proteção a outros direitos houve o consequente aumento dos tipos penais. A Constituição de 1988 amplia o foco de tutela penal tanto para os bens coletivos e transindividuais como na possibilidade de responsabilidade penal para a pessoa jurídica, nos crimes contra o meio ambiente. Novos institutos punitivos foram criados, como a própria *Lei de Crimes Ambientais* (9.605/1998), para que se alcance um desenvolvimento sustentável e um meio ecologicamente equilibrado.

Ainda se pode citar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990), que se apresenta como estatuto protetivo e punitivo e que, na prática, é muito mais eficiente como meio punitivo que protetivo, já que é comum a cena diária de crianças pelas ruas à mercê do acaso, desprotegidas, cena indiferente aos olhos dos cidadãos. Qual será o destino dessas crianças?

Na esteira da evolução dos direitos fundamentais, existem direitos denominados de quarta geração, compreendidos como avanços da ciência, especialmente da biotecnologia da clonagem humana (Lei n.º 11.105/2005), direito à informação universalmente assegurado com a revolução da tecnologia, que produziu impactos nas relações humanas, assegurando o direito à comunicação como participação de todos aos meios eletrônicos. A tecnologia permite a identificação para fins criminais e ainda o controle do governo de mapeamento genético de presos, com o advento da Lei n.º 12.654/2012, que possibilitou informações pessoais coligidas em sistemas eletrônicos de registros. Nessa expansão, os meios eletrônicos são postos ao

Estado como meios de colheitas de provas, restringindo a intimidade, como a possibilidade de interceptação telefônica autorizada pela Lei n.º 9.296/1996, entre outras possibilidades como a escuta ambiental e uso excessivo de câmaras. Nos dizeres de Streck (1996, p. 14), "[...] sem os devidos cuidados, o Estado investigador colonizará a nossa já tênue e devassada privacidade. Será um panóptico institucionalizado!".

Outros identificam, nessa geração, o tempo dos direitos das mulheres de não discriminação com o controle da própria sexualidade, como a Lei n.º 11.340/2006, apelidada de *Lei Maria da Penha*. Nesta ótica, o crime denominado de *feminicídio* passou a integrar a lista como mais uma forma dos homicídios qualificados. Ainda na busca de se assegurarem direitos aos idosos, a Lei n.º 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) contém em seu corpo suas tipificações. Como bem ressalta Yarochewsky (2015, p. 80): "[...] a criação de novos tipos penais ou maior severidade na punição em nada podem contribuir para o reconhecimento e garantia de direitos".

E há aqueles que defendam uma quinta geração, como se observa na doutrina de Bonavides (2004), entendida como paz, compaixão e amor por todas as formas de vida. Outras interpretações, como a de Tehrarian (*apud* Sampaio, 2003, p. 302), reconhecendo que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não se começar a ver o indivíduo como parte do cosmos e carente de sentimentos de amor e cuidado. Marzaouki (*apud* Sampaio, 2003, p. 302) discorre que esses direitos são também identificados como oriundos de respostas à dominação biofísica, que impõe uma visão única do predicado *animal* do homem que conduz os clássicos direitos econômicos e culturais e sociais a todas as formas físicas e plásticas, de modo a impedir a tirania do estereótipo da beleza e medidas, que acaba por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões reputados inferiores ou fisicamente imperfeitos.

Ainda que não se possa fazer uma distinção clara entre gerações ou dimensões de direitos por não ser visualizada de forma estanque, misturando-se em todas as classificações, a expansividade dos direitos é sempre um problema para o sistema de distribuição de poder, o que faz recair no Direito Penal um ônus de assegurar-lhe a eficácia.

As gerações de direitos fundamentais refletem no Código Penal brasileiro de maneira a inflacionar o sistema de condutas tidas como criminosas, cujos objetivos são a privação da liberdade e a preservação do sistema de multas ao Estado.

Quando se olha para a legislação penal atual vigente, construída ao longo da história e sobretudo sob a égide de constituições de regime totalitários, percebe-se que apresentar o

conteúdo completo das tipificações, durante a graduação, é quase que uma tarefa impossível, tamanha esteja a sua quantificação.

Quando se lê o início da parte especial do Código Penal, começa-se a perceber que as condutas típicas dos crimes contra a vida são relativizadas quando o agente é o Estado. No período das guerras físicas, ou mesmo na ditadura, quando os homens se destroem por ideologias diferentes, vidas são retiradas e estupros são praticados sem se conseguir que os culpados sejam identificados. E ainda, nos casos de guerra não declarada oficialmente, mas, presente cotidianamente, não se busca a punição pelas chacinas praticadas em face dos adolescentes pobres da população. Como ilustrado por Dimenstein:

> Queimados, distrito de Nova Iguaçu, Rio de Janeiro, 1974. No clube da cidade acontecia um show musical. No meio da apresentação, oito adolescentes foram retirados à força do clube e enfileirados na esquina. Um grupo de homens baleou os adolescentes. Em seguida, os homens jogaram álcool e ataram fogo nos corpos. Muitos meninos ainda se mexiam enquanto o fogo consumia sua roupa e queimava seus corpos. No entanto, o mais impressionante é que os assassinatos cometidos em grupos de extermínio e mesmo autoridades policiais continuam impunes. (DIMENSTEIN, 1996, p. 67.)

Entre os casos de aborto permitidos pelo Código Penal de 1940, elenca-se o aborto no caso de estupro. É dizer que o Estado reconhece que seus homens praticaram e ainda praticam o estupro e, portanto, podem as mulheres abortar, sem nenhuma consequência penal, o que não fica claro é que se somente basta noticiar a ocorrência do estupro.

A respeito desse tema Hungria (1995) discorre que a permissão do aborto em caso de estupro se originou nas guerras de conquista, quando mulheres eram violentadas por invasores execrados, detestados e deveriam, caso não interrompida a gravidez forçada, arcar com a existência de um filho que lhes recordaria sempre a horrível experiência passada. Certo é que ao permitir-se o aborto, não se sabe se quem se quer proteger-se realmente a mulher ou a impunidade do homem que pratica estupro.

No que tange às lesões corporais, quando homens agridem homens, e aqui se refere a homens como gênero da espécie humana, incluindo também homens que agridem mulheres e vice-versa, é sinal de que há um conflito. O que faz, então, a legislação penal? Pretende a resolução do conflito com a pacificação das relações?

Os crimes de perigo tendem a proteger o quê? Parece aquele aviso que a mãe dá ao filho: “Não faça isto, porque, se fizer, algo pior pode acontecer”. E se algo pior acontecer, a punição será maior. E ainda há a classificação entre crimes de perigo concreto e abstrato, sendo que nesta última classificação a doutrina tem entendido que tipificar a abstração é beirar à insegurança jurídica.

Nos crimes contra a inviolabilidade do domicílio, da correspondência e dos segredos, por trás da proteção da intimidade, há uma tipificação que pretende assegurar tal bem jurídico. Num contexto fático, quem viola correspondência e segredos está no meio daquele que é violado. Será que a melhor resposta sejam detenção e multa? Quem vai dar *notitia criminis* para expor ainda mais o fato?

Crimes patrimoniais elencam o rol dos mais praticados e não é justamente praticado por aqueles que não detêm o poder de consumo para integrar a sociedade consumidora? Até que ponto uma sociedade tão desigual contribui para essas condutas? Existe o imposto sobre grandes fortunas implementado como propõe a Constituição brasileira? A Constituição federal ainda pode ser classificada como norma programática? Qual é o nível da educação brasileira em relação ao respeito com a coisa alheia? Para onde vão os impostos dos brasileiros? Será que o desvio de verba de um hospital gera idênticas consequências que um furto de uma bicicleta?

Os crimes contra a organização do trabalho, já comentados acima, pretendem que se regulem normas de conduta no âmbito de paralisação. Até que ponto os trabalhadores podem ter seus direitos flexibilizados ainda quando se tem trabalho, porque este hoje está distante de grande parte que sobrevive na sociedade de maneira ilegal.

Crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos não pode ser traduzido como falta de respeito ao próximo?

Em relação aos crimes contra a liberdade sexual, quantos são noticiados? Quantos estupros de mulheres pobres cometidos pelos atuais senhores feudais são praticados diariamente? Quem responde por eles? Alguns gatos pingados que têm problema mental e vitimizam por já ter sido vitimizados na infância desenvolvem problemas de saúde mental. A vítima não tem credibilidade na *notitia* e no processo, e a ideia capitalista é a primeira que vem a mente, “ela quer ganhar dinheiro” ou outro preconceito qualquer.

Sobre tráfico de mulheres e lenocínio, qual o debate no Brasil, antes de a novela da Rede Globo mostrar fatos similares? Será cena de novela ou vida real?

No campo dos crimes contra a família, o Direito Penal pretende criminalizar condutas de abandono. Existem inúmeros casos em que as mulheres que estão sós na criação dos filhos saem para trabalhar e deixam os filhos à mercê do acaso. Punição às mulheres? E, posteriormente, aos seus filhos que possivelmente irão conhecer as drogas e o tráfico? Qual integrante da classe social se intimida com essas tipificações?

Os crimes contra a incolumidade pública mais uma vez são classificados como crimes de perigo, de maneira agora a proteger a todos dos perigos coletivos como incêndio,

inundação e desabamento. Existem também os crimes contra a segurança dos meios de transporte e comunicação. O que realmente devia ser corrigido administrativamente é a péssima qualidade que as grandes empresas capitalistas oferecem aos consumidores.

Há que se considerarem os crimes contra a saúde pública, com vários tipos penais que buscam atingir pessoas físicas tidas como curandeiros, charlatães ou aquelas que comercializam produtos falsificados. Quem vive nesse contexto? Qual a classe que acredita e procura essas pessoas? Qual a qualidade da saúde que a Constituição garante como direito de todos? Para todas as perguntas sem respostas, aplica-se o Direito Penal.

Verificam-se também crimes contra a paz pública com delitos em desuso e a abstração do tipo quadrilha ou bando. E ainda há uma legislação especial que por vezes tem declarada sua não recepção, como nos caso dos crimes de imprensa, mas quantas convivem no ordenamento sem nenhum critério de validade, a exemplo das contravenções penais?

Entre as legislações especiais destaca-se a lei de tóxicos, responsável com os delitos patrimoniais pelo encarceramento em massa e ainda de maneira cautelar. Há uma hipocrisia social dos consumidores de classes privilegiadas que compram as drogas, mas ficam distantes da atuação policial.

É interessante que o reconhecimento dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que estabelece o limite contra o abuso de poder de toda atividade humana e como freio ao *jus puniendi* do poder estatal, é também fonte de uma produção legislativa punitiva com grande intensidade, daí a expressão *às avessas*.

Os direitos individuais e coletivos ligados ao direito à vida, dignidade, honra, liberdade, propriedade e segurança (classificados como de primeira geração), os direitos sociais à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social proteção à infância e assistência aos desamparados, assistência à invalidez (classificados como de segunda geração), e os de terceira geração, identificados como fraternidade, meio ambiente ecologicamente equilibrado entre outros, são direitos fundamentais que só são efetivamente respeitados nas sociedades em que os cidadãos permanecem participantes na construção de uma história. Direitos humanos, quando catalogados dentro da Carta Constitucional, são tidos como direitos fundamentais, mas não basta o reconhecimento, tem-se que efetivá-los.

A Constituição federal como fonte de referência da hermenêutica e o Estado Democrático de Direito não se libertaram do DNA do Estado-Providência. E, diante da não implementação das políticas públicas, a repercussão dá-se como violência social. Ainda se admitem normas constitucionais programáticas, após mais de 25 anos de Constituição, mas as normas penais são de aplicação imediata e com uma eficácia plena em relação aos menos

desfavorecidos, vulneráveis à atuação policial. O Estado preocupa-se mais em encarcerar do que fomentar educação, saúde e outros direitos, com boa qualidade. Em 2009, gastavam-se em Minas Gerais, em média, R$ 1.800,00 com cada preso, e ainda se obtém um resultado negativo de ressocialização (PINTO, 2009); estima-se que, em 2015, esse gasto supere R$ 2.500,00. Não que se defendam menos direitos aos presos, não é isso que se propõe, o questionamento gira em torno de que o sistema penal custa caro ao Estado e que as ações deviam voltar-se com eficiência a assegurar direitos conquistados, como educação de boa qualidade e em tempo integral.

Os direitos humanos devem ser reconhecidos a todos os homens e, mesmo, àqueles que cometam fatos típicos e cumpram pena privativa de liberdade. Assusta a perspectiva de naturalização da violência contra os criminosos ou *suspeitos por estereótipo*: os escravos, depois os afro-brasileiros, os favelados e moradores de periferia, adolescentes, entre outros de formação socioeconômica baixa. Não se podem coadunar argumentações de que os direitos humanos não devam ser respeitados em pleno século XXI, como relata Sampaio:

> Muitos dos críticos aos direitos humanos não se preocupam em fornecer bases sólidas de justificação e suas posições, avançando apenas com argumentos favoráveis à segurança em face do crescente número de criminalidade violenta. Para eles, a defesa dos direitos humanos se confunde com a "proteção de bandidos", esquecendo-se dos direitos humanos das vítimas. Quanto maior for o estado de desespero da sociedade, maior será a tendência a tolerar ou aceitar as violações de direitos humanos. Parece certo pensar que mesmo o mais vil assassino não pode ser despojado por condição dos seus direitos básicos nem se concilia com o Estado de Direito que os agentes estatais se nivelem aos criminosos, violando, por igual, os direitos humanos. (SAMPAIO, 2004, p. 38.)

Para se corrigir a legalidade cega dos operadores do Direito Penal torna-se necessário que este seja interpretado de forma a atender, não a uma legalidade formal, mas, também, buscar outras formas interpretativas de maneira a corrigir as distorções da mera legalidade. A interpretação positivista baseada na influência dos ensinamentos de Kelsen (1999), preso a um postulado de uma ontologia, não pode mais se sustentar porque não condiz com a realidade. A lógica da correspondência se "A deve ser B" ou da regra do *lícito* e *ilícito* diante de toda essa inflação legislativa deve ser equilibrada pelos operadores do Direito Penal. Se ainda se estiverem presos à técnica da subsunção do fato à norma, sem buscar a sua validade, a partir do caso concreto, estarão interpretando nos moldes liberais da igualdade formal do início de séculos passados. O Judiciário penal não pode permanecer preso como instituição enraizada conservadora da positivação.

Outra possibilidade interpretativa apresenta-se com os anseios do pós-Positivismo, como já mencionado nos capítulos anteriores, com a interpretação baseada também em

princípios e, não mais, regras de lícito e ilícito, como no exemplo da mãe que esquece o filho no carro e este vem a óbito. Qual a interpretação do Direito Penal? No sistema brasileiro faz-se a interpretação: há causa de exclusão da ilicitude? Ou ainda há causa de isenção de pena? Mesmo na sociedade brasileira caracterizada pelo sistema de atos normativos, pode-se interpretar o caso pela busca do princípio da necessidade da pena. A questão é como uma sociedade deve autolegitimar-se e, não, permitir a sustentação de esquema de poder que acate ideologias como a do Direito Penal como resposta a problemas sociais. À medida em que se incorporam novas figuras delituosas sem se discutir a descriminalização de outras, todas elas contribuem para a inflação legislativa penal e, consequentemente, para sua simbolização.

Observa-se que a aspiração dos direitos sociais para um tratamento privilegiado ao hipossuficiente econômico e socialmente não se concretizou. A igualdade formal que devia assumir uma concepção de igualdade material na consecução da máxima "tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade" também não se efetivou no Direito Penal.

Os direitos fundamentais de quinta geração, compreendidos como amor e compaixão, ainda não obtiveram correspondência punitiva como os demais. É certo que não haverá correspondência típica ao não cumprimento. Amor e compaixão não se obtêm com a ameaça punitiva, mas, por que não integrá-los no Direito Penal como direito fundamental a ser respeitado? Para aqueles que entenderem que o Direito Penal não deve respeitar direitos fundamentais, a resposta será negativa. A ótica restaurativa propõe que o processo busque o restabelecimento da paz social e individual abaladas pelo crime.

É um projeto de caminhada. Como tido por Yarochewsky (2015, p. 151): "[...] é melhor que a sociedade entenda, de uma vez por todas, que a melhor política criminal é a política social, onde a repressão dá lugar à prevenção.".

5 PRÁTICAS RESTAURATIVAS ENTRE ADOLESCENTES

Muito se propaga que os adolescentes são os grandes infratores da atualidade. Esta ideia condensa-se na população brasileira de maneira distorcida a ponto de pensar-se em reduzir a menoridade penal. A fala dramatiza o crime como o único problema da sociedade, realçando a ideia estereotipada do menor como o grande precursor da violência. Programas sensacionalistas que mostram casos violentos elevam os índices da audiência e produzem, na população, a ideia equivocada de solução por meio do sistema penal. O discurso baseia-se na lógica da punição e na busca de *culpados* para o problema da violência. Soares observa que "[...] projetar no outro a nossa miséria é uma antiga estratégia de sobrevivência psicológica bom para quem lava as mãos e segue a vida e ruim para quem carrega nos ombros os pecados dos outros" (SOARES, 2011, p. 25).

Segundo ensinamento de Greco:

> A mídia exerce uma poderosa influência em nosso meio, se encarrega de fazer o trabalho de convencimento da sociedade, mostrando casos terríveis e como resposta a eles, pugna por um Direito Penal mais severo, mas radical em suas punições. (GRECO, 2006, p. 13.)

Certo é que, de acordo com o Ministério da Justiça, 1% das infrações é cometida por menores. É um número considerado alto quando se remete ao fato de que essa faixa etária está entre dezesseis e dezoito anos. Significa que falta a esses jovens a consolidação da proteção integral garantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Sob o paradigma da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente já completa seus 25 anos. Nessa trajetória, crianças cresceram sem realmente ter experimentado o que de melhor ele enfatiza: a garantia de direitos fundamentais para a infância e a adolescência. Sem a efetividade dos comandos constitucionais e do próprio Estatuto, pouco se acrescenta ao futuro dessa geração. Perpetuam-se os problemas e as marginalizações e ainda conserva-se o mentalismo de que o menor em situação irregular[32] é ameaça à sociedade, na mesma linha dos estatutos repressivos anteriores que disciplinaram políticas excludentes.

[32] "A doutrina da situação irregular é a expressão jurídica do modelo latino-americano de apartação social, modelo este que, ao longo de nossa evolução histórica, acabou gerando duas infâncias: a infância escola-família-comunidade e a infância trabalho-rua-delito." (COSTA, 2006, p. 19).

5.1 Modelos de legislação destinadas aos menores no Brasil

Durante o período das ordenações do reino de Portugal vigentes no Brasil, a imputabilidade penal iniciava-se aos sete anos de idade. O Código Penal do Império de 1830 elevou a imputabilidade para catorze anos, estabelecendo um sistema correcional para crianças de sete a catorze anos até a idade de dezessete anos. A Igreja, no Brasil imperial, era responsável por zelar pelos *expostos*[33] e contava com subsídio do Estado, principalmente com a *casa de expostos* – instituição trazida para o Brasil que tinha por objetivo salvar a vida de recém-nascidos. Observa Faleiros (1995, p. 235) que: "[...] os governantes as criaram para depois encaminhar as crianças para trabalhos produtivos e forçados".

O Código Penal de 1890 rebaixou a menoridade penal de catorze para nove anos. Em seu artigo 27, disciplinava que os maiores de nove e menores de catorze seriam recolhidos em estabelecimentos disciplinares industriais pelo tempo determinado pelo juiz até dezessete anos de idade.

O primeiro Código de Menores, de 1927, em seu artigo 68, disciplinou o menor de catorze como inimputável. Previa que, se o menor fosse abandonado, pervertido ou que estivesse em perigo de o ser, a autoridade promoveria sua colocação em casa de educação até 21 anos. Respondia a proposta de substituição do Código Penal Republicano por uma legislação específica na área da infância e à necessidade de controle e dominação dos jovens que o Estado considerava prejudicial à sociedade. Direcionado àqueles que não se enquadravam no padrão prevalente, definidos assim como em *situação irregular* com previsão de vários tipos de atuação estatal, inclusive com a possibilidade de privação da liberdade para a sua proteção. A vigilância e a disciplina eram valores pelo qual esse ordenamento se orientava. A criança abandonada era institucionalizada como forma de *paternalismo institucional*, que nada mais era que a resposta à miséria e a exploração da proletarização operária presente, no início do século XX. Num pequeno trecho da obra de Pereira, pode-se ilustrar o cenário das grandes cidades brasileiras:

> Da noite para o dia surgia uma perigosa malta de pessoas marginalizadas que ameaçavam a ordem vigente, seja como massa ativa nos constantes motins urbanos, seja no exemplo negativo de um extrato que não vivia do trabalho honesto. No interior dessa malta, destaca-se, pela primeira vez, o grupo de crianças e adolescentes. No período anterior, eram pouco visíveis, pois as crianças tinham como destino as Casas dos Expostos e os adolescentes trabalhavam como escravos. (PEREIRA, 1994, p. 38.)

[33] Os expostos eram crianças abandonadas conhecidas como *enjeitas* ou *expostas*.

Cumpre destacar que o Código de 1927 também elucidava conceitos protetivos quando tentava regulamentar o trabalho infantil, procurando garantir medidas que não seriam mais aceitas como a crueldade, a exploração, o abuso de poder e a negligência.

No âmbito judicial, após o Código Penal de 1940, a maioridade penal começava aos dezoito anos, contudo foi mantida a estratégia de manutenção da ordem com o juiz, conservando seu poder de decidir sobre a personalidade dos jovens de catorze a dezoito anos.

Em 1979, novo Código de Menores ingressou no ordenamento brasileiro a partir de iniciativas que denunciavam o caráter autoritário e excludente das políticas voltadas à infância e adolescência, entretanto, ainda mantendo o paradigma do menor em situação irregular, seguindo o modelo institucionalizador dos internatos-prisão, apesar do seu texto expressamente pretender a proteção integral.

Destaca Rizzini que o discurso se apresentava de maneira distorcida no que tange à proteção, primando-se para disciplinar e evitar que ocorresse algum risco de a criança ou o adolescente tornarem-se pessoas perigosas; em suas palavras:

> O discurso apresentava-se com frequência ambíguo, onde a criança precisava ser protegida, mas também contida, a fim de que não causasse danos à sociedade. Esta ambiguidade na defesa da criança e da sociedade guarda relação com uma certa percepção de infância claramente expressa nos documentos da época – ora em perigo, ora perigosa. Tais representações, não por acaso estavam associadas a determinados estratos sociais, sendo a noção de periculosidade invariavelmente atrelada à infância das classes populares. (RIZZINI, 2006, p. 10.)

Os movimentos críticos das políticas para os menores chegavam à década de 1980 com o esgotamento dos Códigos de Menores e da política desvirtuada do bem-estar que previa sanções coercitivas e não os tratavam como sujeitos de direitos. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1989, inspirou nova doutrina para a infância na concepção da proteção integral. Na mesma linha de outras tantas reivindicações que se operavam no Brasil, sobretudo, pós-ditadura militar, primava-se por uma ação estatal que direcionasse para educação, aprendizagem no trabalho, família e saúde, de maneira que o adolescente não ingressasse na criminalidade.

A Constituição da República de 1988 marca o início de nova fase, o da proteção integral à criança e ao adolescente. São promessas que atendem aos anseios da responsabilidade solidária em face da prioridade absoluta de proteção. Contudo, embora a Constituição federal tenha incorporado em seu texto que o Estado deva dar preferência à formulação e à execução de políticas públicas com destinação privilegiada de recursos nas

áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, na prática apresenta-se de modo ineficiente. Parece que se acostuma ao cenário de crianças nas ruas e nos semáforos a pedirem esmolas, abandonadas em meio a famílias desestruturadas, que muitas vezes as utilizam como meio de sobrevivência. Problemas advindos do abandono, violência física, psicológica, exploração sexual e envolvimento com drogas são constantes. O governo é extremamente deficiente no que se refere ao cumprimento das políticas públicas básicas. As conquistas sociais ficam num plano idealizador, principalmente quando se falam em ações governamentais, programas oficiais de desenvolvimento educacional, social e familiar. Nesta reflexão, indaga-se o que seria mais importante, ter leis ou vontade política de cumprir o básico que a Constituição determina?

Em meio a este contexto nada promissor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, fruto de uma ampla discussão acadêmica e jurídica em torno da defesa dos direitos fundamentais, foi mais um marco na evolução jurídica brasileira do que nas políticas públicas. O grande desafio é a implementação dos seus comandos. No contexto de vida de muitos adolescentes e crianças faltam moradia digna, espaços saudáveis de convivência, atenção dos pais e da comunidade em que vive e educação minimamente boa; e ainda faltam oportunidades legais de conduta e com tantas faltas, não se consegue a sua efetivação.

Pode-se resumir que o menor em dificuldades é aquele abandonado, não apenas por sua própria família, mas, também, pelo Estado, sem possibilidades de exercer os direitos que lhe são assegurados materialmente pela legislação protetiva e assistencial. É aquele que, por não possuir uma educação que lhe propicie o conhecimento necessário, não tem sequer a noção do que seja usufruir o mínimo existencial a ele destinado para sobreviver numa sociedade. Quando se violam direitos civis (como vida digna, propriedade e liberdade), direitos sociais (como habitação, saúde, educação e segurança), direitos econômicos (como iniciação ao trabalho, empregos e salários) e ainda direitos culturais, constitui-se ato de violência, e esta violência é que deve ser externada pela mídia e discutida por meio de diálogo interdisciplinar na busca pelo estabelecimento de consensos que possam conduzir a humanidade a construir caminhos mais éticos na prevenção da violência.

5.2 Medidas protetivas elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente

As medidas de proteção elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente deverão ser utilizadas sempre que houver ação ou omissão da sociedade, do Estado, dos pais ou responsáveis e em razão da própria conduta do adolescente. No que tange à educação,

estabeleceu-se a matrícula obrigatória no ensino fundamental. Essa medida merece a reflexão de que se seria suficiente garantir a matrícula escolar. Muitas vezes o menor não se sente integrado à escola e, portanto, não a frequenta ou ainda comparece sem estar nela inserido. O grande desafio do ensino fundamental vai além dos conteúdos e metodologias, é trabalhar as relações, é agregar, incluir e somar; é formar alunos capazes de integrarem-se aos diversos grupos sociais.

O homem sempre teve como meta desvendar caminhos e galgar recursos para sua sobrevivência. Para estudar e compreender esse *homem* e suas ações é necessário entender como tudo isso se inicia, compreendendo o processo de aprendizagem infantil na construção do futuro homem adulto.

O ato de aprender não se limita meramente a repetir para uma criança o que um adulto sabe; vai muito além. É preciso que se dê importância ao empoderamento da inteligência para construir um aprendizado sério e coerente. A criança está sempre criando e recriando seu modelo de realidade de acordo com sua subjetividade, elaborando mentalmente o contexto em que vive.

De acordo com Vygotsk (2003), a cultura molda o psicológico, isto é, produz a maneira de pensar. As funções psicológicas de uma pessoa são ampliadas ao longo do tempo e intercedidas pelo social. Evidencia-se, assim, que a linguagem é um instrumento fundamental, por destinar-se às crianças como meio de comunicação e de uma nova organização do pensamento, da memória, da atenção, da percepção, enfim, de todo o processo que constitui a verdadeira consciência. A formação do pensamento infantil é processada por meio das experiências comuns à criança em sua convivência nos primeiros anos de sua vida. Parte desse conhecimento adquirido; pode, posteriormente, ser complementado na escola. A linguagem cultuada nas escolas jamais pode ser a de permitir o uso de estereótipos baseado na comunicação violenta. Mesmo que a criança traga de sua bagagem familiar a comunicação violenta, cabe à escola ensinar outra forma de comunicação. Alternativas às expressões “João merece ser punido pelo que fez” para “João deve perceber que a mudança de conduta o beneficiará, não, para evitar a punição, mas, porque ele aprendeu a não rotular, comparar, xingar; aprendeu a conviver.”.

Vygotsky (2003, p. 56) considera o desenvolvimento infantil como uma sequência de fases, uma posterior a outra, que estruturam o amadurecimento, ou seja, vão formar o ser adulto; para este autor “[...] o pensamento e linguagem são dois círculos interligados e não há como trocar informação sem haver a formação de ideias”. Assim sendo, uma criança que aprendeu desde o início da sua infância que pegar objetos alheios é normal, haverá uma

grande probabilidade de ela crescer sem o senso de responsabilidade e tornar-se assim um adolescente rebelde propenso a atos infracionais.

A linguagem como processo de socialização, amplia o vocabulário, principalmente no que se refere aos conceitos utilizados. A linguagem passa a ser um instrumento de pensamento e de regulação do próprio comportamento. A criança em seu desenvolvimento cognitivo e processo de aprendizagem necessita de limites. Caso ela não ocorra em sua formação inicial, terá uma adolescência sujeita a rompimentos de normas e condutas éticas e morais.

O adulto possui plena importância no crescimento e formação da personalidade infantil. O meio de convivência à atitude responsável desse adulto determina firmemente a construção da personalidade da criança. Portanto, educar exige, em primeiro lugar, responsabilidade, entendimento e clareza do mundo em sua volta com todos os seus desafios, assumindo coerentemente todas as escolhas.

É de fundamental importância a participação da escola no contexto da inclusão porque é para a escola que o adolescente é encaminhado obrigatoriamente, principalmente, para o ensino fundamental. A integração das instituições com o trabalho desenvolvido em rede é a proposta apresentada nesta pesquisa. Muitas vezes os funcionários da escola não sabem como proceder quando um professor é agredido, um aluno pula o muro, fuma maconha, se envolve em brigas e pratica *bullying*. A cultura é chamar a polícia ou o Conselho Tutelar para a punição desse aluno.

O conflito é parte integrante da vida e da atividade social e pode ser trabalhado na escola de modo positivo na construção da arte do entendimento de que o outro talvez pense de forma distinta e isto deve ser enriquecedor para todos. Saber estar com pessoas passa necessariamente por saber lidar com suas potencialidades, fragilidades e respeito às diferenças e ao reconhecimento das singularidades.

A proposta restaurativa é um instrumento que possibilita atuar a partir dos fatos que acontecem na escola ou de maneira preventiva, com a construção do diálogo entre alunos e funcionários da escola e ainda com a comunidade, para uma resposta que não maximize a violência. Parte da primeira premissa de que nem tudo deve ser caracterizado como infração penal e como um Boletim de Ocorrência. O encontro com base numa comunicação não violenta entre os alunos, seus responsáveis e representantes da escola, onde os alunos possam expressar suas emoções de uma forma mais construtiva e com a finalidade de minimizar a agressividade, é o caminho que deve ser cultivado. O adolescente quer ser compreendido, aceito, sentir-se incluído e práticas restaurativas abrem o espaço para pontuar o nível de convivência dentro da escola e enaltece valores como respeito, responsabilidade, colaboração,

limites, atitudes não violentas e o fomento da paz. Cada adolescente é único e precisa ser acolhido e valorizado, por meio do diálogo, do bom senso e da esperança. Sobretudo, nessa fase, a Justiça Restaurativa torna-se necessária, orientando para a responsabilização de cada um pelos atos praticados, buscando acordo que permita definir ações concretas para transformar o conflito em um aprendizado.

A aplicação da prática restaurativa no ambiente escolar tem também a função de chamar a sociedade como um todo para uma nova forma de lidar com os problemas relacionados à violência. Escolas que estão cercadas por violência torna-se ambiente propício à atenção e ao esforço conjunto para a melhor formação dos adolescentes. É preciso desenvolver uma nova abordagem àquele aluno que tem apresentado problemas. Antes de avaliar suas ações, devem-se pontuar quais motivos o levou a proceder de determinada forma, pois, em vários casos, a real necessidade desse educando é receber assistência e proteção. Portanto, acredita-se que o adolescente mais necessita é de medidas de proteção e, não, de investigações penais.

Pertencer a um grupo é uma das necessidades humanas, sendo assim, a marginalização ou a exclusão da criança e do adolescente no ambiente escolar constituem grande agressão ao sujeito, provocando-lhe a diminuição de sua autoestima. Os adultos que trabalham nesse ambiente precisam manter-se em total vigília, observando as necessidades dos adolescentes, para que eles possam ver nesse local uma oportunidade de crescimento, amadurecimento, participação, sentindo-se valorizados e incluídos ao grupo, em que são importantes e logicamente necessários. Os educandos que já passaram por alguma situação em que se comportaram de forma infratora demandam maiores atenção e cuidado e, a partir do fato, nasce a necessidade de estimular sua transformação e restabelecer uma relação de confiança com o entorno.

A criança ou adolescente no ambiente escolar nada mais são que seres em formação e, não, elementos perigosos e, logicamente, por estar em formação, não possuem introspectivamente princípios e conceitos bem formulados sobre a correta conduta no âmbito social. O senso de justiça escolar, no tratamento com esses jovens referidos como *alunos problemas*, já os rotula com estigma, discriminando-os por meio da conduta mais comum tomada como solução do problema: a transferência desse para outro ambiente escolar, em que é recebido com essa estirpe de um infrator.

Faz-se, então, mais do que necessária a adoção de outra política e do senso de justiça nesse eixo de formação. Diferentemente de preceitos tradicionalistas voltados à repressão, necessita-se de práticas que concedam a esses sujeitos em formação a possibilidade de

reconstrução da autoestima perdida pela rotulação e reencontro com o norte correto que lhes foi tirado, não somente os conduzindo, mas ensinando-os a caminharem e a decidirem-se pelas melhores escolhas.

Trazer para o espaço escolar uma forma de resolução de conflito que estimule o diálogo, a responsabilização dos envolvidos e o comprometimento das pessoas na solução do fato, considerando os sentimentos e necessidades que não foram atendidos quando o conflito ocorreu, é a saída. Isto não só resolve o conflito, mas fundamentalmente ensina aos envolvidos conteúdos básicos para a formação de sujeitos autônomos, responsáveis e, principalmente, protagonistas de suas vidas.

A título de exemplo, quando um aluno bate em outro, a resposta da simples advertência não pacifica a situação. As questões presentes nesse fato são: em que momento o aluno se responsabilizou pelo que fez? De que forma o aluno agredido foi acolhido em relação aos seus sentimentos e necessidades? Já se sabe que uma advertência não responde a essas questões, muito menos resolve o caso. As respostas que a Educação dá ao conflito e às violências devem ser pedagógicas. Portanto, é na sala de aula, na prática educativa, no trabalho em rede e, principalmente, na mudança institucional diante do conflito que se resolvem os conflitos.

Nas lições de Penido (2008b), elencam-se os pontos essenciais de convergência entre os princípios da Justiça Restaurativa e a Educação. A Justiça Restaurativa propõe conexões entre pessoas, com suas virtudes e limitações; da mesma maneira, a Educação deve ter pessoas como ponto de partida para a prática educativa. A Justiça Restaurativa tem como foco o sentimento e a necessidade de todos os envolvidos, e a escola deve ser um espaço de convivência e de respeito à diversidade. A Justiça Restaurativa enfatiza que o diálogo, a escuta mútua e a responsabilização seja a base para a resolução do ato em questão, e o processo educacional é um processo formativo que considera o exercício do diálogo, da livre expressão de ideias e sentimentos. E ainda a Justiça Restaurativa propõe ações que demonstrem que é possível estabelecer outra dinâmica para a relação rompida; e o processo educacional, ações que possibilitem transformação efetiva nas relações e na convivência institucional.

A perspectiva restaurativa inclui restaurar relações rompidas. No momento em que a violência aumenta no ambiente escolar, é hora de buscar com maior intensidade a implementação de um ambiente que minimize dores e sofrimentos e que cultue generosidade e gentileza. Só assim é possível (re)estabelecer autoridade e limite.

Retoma-se como exemplo o caso em que a menina era sempre chamada de *testuda* e, num dia, não suportando mais as ofensas, agrediu o colega, deixando-lhe lesões corporais. A partir desse fato, o menino foi intitulado de *mulherzinha* porque apanhara de mulher. O ciclo de violência deve ser trabalhado com o encontro dialogado de percepção de todos os ângulos da violência que só são pensados quando se ouve a história que antecede o ato de lesão corporal. O que se deve fomentar é a aceitação das responsabilidades e comprometimentos mútuos para uma convivência futura.

O encontro entre ofensor e vítima possibilita a (re)compreensão e (res)significação dos acontecimentos passados, num espaço em que a vítima possa externar as suas experiências e explicitar as consequências da conduta do ofensor em sua esfera pessoal. Essas consequências muitas vezes transcendem a perda de um bem ou a agressão sofrida e necessitam ser elucidadas pelo ofendido, como parte de seu processo de superação do fato e do conflito. O ofensor, por sua vez, também se encontra circunscrito numa realidade social, realidade que precisa ser evidenciada e ainda possui sua versão sobre os acontecimentos, sobre as atitudes que o levaram ao cometimento do delito ou do ato que suscitou o conflito.

Em outros incisos, o Estatuto prevê a inclusão em programas comunitários para o auxílio em casos de drogadição. Percebe-se que o uso de drogas se prolifera a olhos vistos. Pergunta-se: quais são os programas disponibilizados aos jovens que se envolvem com as drogas, seja no contexto de uso, seja de tráfico? A rede pública é precária de programas voltados aos adolescentes, ao passo que o traficante está sempre por perto. O envolvimento com drogas lícitas e ilícitas tem atingido sobremaneira crianças e jovens. A classe social mais desprotegida tem os problemas da drogadição levadas ao sistema penal, ao passo que os jovens das classes média e alta são em grande parte das vezes resolvidos em outras esferas.

Torna-se urgente oferecer oportunidades para que os adolescentes possam vislumbrar outros caminhos que não a droga e práticas de atos infracionais. A prevenção ao uso das drogas faz-se com a educação para a vida, ensinando ao adolescente os malefícios das drogas. É chegar antes, e neste aspecto, a educação preventiva pode facilitar a socialização e o desenvolvimento da relação interpessoal.

É fundamental uma efetiva participação de todas as esferas na capacitação de trabalhar o conflito de forma positiva, como uma possibilidade de aprendizagem dentro do ambiente escolar e também com membros da comunidade escolar, como pais de alunos, além da capacitação de profissionais de segurança pública, de preferência os que já se encontram diretamente envolvidos na orientação às crianças e aos adolescentes, responsáveis pela Patrulha Escolar.

Cumpre destacar que a Polícia Militar se tem mostrado parceira da rede pública de ensino, principalmente com ferramenta de acesso ao ambiente escolar disponibilizado pelo Programa Educacional de Resistência as Drogas e a Violência (Proerd). Inicialmente se baseou no projeto Drug Abuse Resistance Education (Dare), criado na cidade de Los Angeles, Califórnia, EUA, em 1983, por uma equipe composta por psicólogos, psiquiatras, policiais e pedagogos. O programa teve sua aplicação feita por policiais de Los Angeles em conjunto com o Distrito Unificado Escolar daquela cidade; diante de resultados positivos e aceitação, foi estendido a todos os estados estadunidenses e para vários países do mundo.

A aplicação do programa está baseada na participação conjunta da Escola, da Polícia e da Família. Estas três instituições trabalham no sentido de proteger as crianças e os adolescentes a não se iniciarem no uso de drogas e de não se envolverem com atos infracionais. Além de trabalhos preventivos nas escolas, os policiais, quando acionados trabalham na ótica do diálogo, na busca da confiança dos alunos com o policial militar.

O programa é aplicado por policiais voluntários, que após um processo seletivo passam por um curso de capacitação e se responsabilizam como os instrutores do programa nas instituições de ensino. Torna-se uma ferramenta de complemento ao conteúdo pedagógico da escola definido pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN) – Lei n.º 9.394/1996 – em seu art. 2.º, que dispõe "[...] a educação é dever da família e do estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tendo por finalidade o desenvolvimento integral do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.".

O Proerd possui cinco currículos educacionais, que são ministradas de forma gradual, progredindo de acordo com a idade dos alunos. Suas lições atingem desde a educação infantil até o ensino médio, contando ainda com um currículo especial direcionado ao público adulto, pais, educadores, capacitando-os para uma cooperação para orientações dada as crianças e aos adolescentes e propagação do conhecimento.

O *currículo para a educação infantil* assiste as crianças de cinco a nove anos de idade, com objetivo de transmitir as primeiras noções de civismo, segurança pessoal e de atitudes saudáveis.

O *currículo para crianças do ensino fundamental* assiste as crianças de dez e onze anos de idade, é desenvolvido em dez lições, sendo ministrada uma lição por semana. Este currículo usa a Teoria de Aprendizagem Socioemocional, o que promove as habilidades fundamentais para o desenvolvimento do indivíduo. O alcance do conteúdo das lições vai muito além das questões sobre drogas, pois possibilita ao jovem cidadão o desenvolvimento

de habilidades que o deixaram apto a fazer escolhas seguras e responsáveis em todas as áreas de sua vida. Durante as aulas, os alunos são colocados diante de diversas situações realísticas em que terão que tomar uma decisão e a partir delas, as crianças aprendem a fazer boas escolhas, a praticar o que estão aprendendo na vida real, avaliar riscos, ter autocontrole, a comunicar-se bem em suas relações, a não praticar o *bullying*, ajudando-os assim a crescerem com orientação sobre valores que devem ser preservados.

O *currículo educacional para adolescentes* assiste os que estão na faixa etária de doze anos de idade, também desenvolvido em dez lições é direcionado aos alunos do 7.º ano do ensino fundamental. Tem por objetivo orientar o desenvolvimento de habilidades de resistência, avaliação de riscos, tomada de decisões, convívio social e na resolução de conflitos. As habilidades são desenvolvidas por meio do método *de adolescente, por intermédio de adolescentes, e para adolescentes*. São usados vídeos em que todos os envolvidos são adolescentes reais, vivenciando questões cotidianas comuns ao universo de um adolescente, com o objetivo de os atingir por meio de exemplos realísticos. O currículo recebeu o nome de *caindo na real*, em que a palavra REAL é uma sigla, sendo assim cada uma de suas letras significa uma forma de resistir à oferta de drogas e o envolvimento com a violência, as estratégias são RESISTIR, EXPLICAR, ABSTER-SE E LIVRAR-SE.

O *currículo educacional para o ensino médio* está em fase de adaptação e será destinado a jovens de quinze a dezoito anos de idade, que estejam matriculados no ensino médio, priorizando as turmas do 1.º ano para consolidar as habilidades desenvolvida nos outros currículos para que possam fazer boas escolhas para conseguirem gerenciar a própria vida.

O *currículo para pais e comunidade* é desenvolvido para orientar pais e ou responsáveis por crianças e adolescentes. São cinco encontros com duração de duas horas, na oportunidade o instrutor compartilha informações para orientá-los a enfrentarem os problemas das drogas e da violência. Outro objetivo é conscientizar os pais da importância da participação na vida de seus filhos, como é mais flexível a comunidade também pode participar.

Vislumbra-se novo horizonte nas formas de solucionar ou pelo menos amenizar a grande gama de problemas que envolvem a segurança pública. Percebe-se outra forma de se fazer polícia, com a atuação desses programas, a partir da filosofia da Polícia Comunitária, a qual representa um progresso em termos de segurança pública, já que estabelece um elo entre a polícia e a sociedade.

Não é difícil concluir que esse novo paradigma encontrou e ainda encontra certa resistência dentro e fora da corporação policial. Contudo, nos jovens policiais que trabalham na ótica restaurativa, percebem-se exemplos de quebra de paradigma da atitude assumida pelo Polícia no meio social com mais civilidade e menos brutalidade e com o estabelecimento do diálogo diante dos mais variados fatos do mundo da vida que se faz de suma importância diante das aflições humanas.

Neste momento de agregar esforços conjuntos para a implementação da Justiça Restaurativa é de sua importância o papel que os policiais ocupam de identificar as condutas quando acionados a irem aos locais do fato para mediar conflitos entre vítimas e transgressores, ajudando no fortalecimento da comunidade, estreitando vínculos e, sobretudo, adquirindo confiança e respeito na comunidade.

5.3 ECA – Estatuto protetivo ou repressor?

Três grandes eixos de sustentação da formação da criança e do adolescente devem ser fortalecidos. No primeiro eixo, está a família e a comunidade; no segundo, a qualidade da formação nas escolas com ações focadas na qualificação dos adolescentes e na inclusão social; e no terceiro, a incidência política na articulação dos atores-chaves na temática para a atuação em rede, focada na defesa e promoção dos direitos.

Nas falas, durante o processo de escuta de círculos realizados nas escolas, os adolescentes narram que gostariam de traçar novo destino para suas vidas, caso fossem dadas oportunidades. Quanto mais ações concretas no âmbito da proteção, menor será a utilização de mecanismos de repressão. A escuta, o diálogo e a participação são fundamentais para a reconstrução da vida dos adolescentes; este é o processo pedagógico que se mostra socioeducativo. Respostas às questões a partir dos vieses reflexivo e dialógico devem ser fomentadas a começar pelas indagações: “A quem ofendi? O que posso fazer para restaurar a ofensa?”. E sob o ângulo da vítima: “Quem me ofendeu? Do que necessito para ser restaurado desta ofensa?”. E, a partir das respostas, replanificar o papel das instituições para garantir a satisfação das necessidades. Qualquer fórmula ou solução cartesiana de mais polícia não se aplica e nem é a solução para a redução da criminalidade, e também a resposta simplicista de desigualdade social por si só não justifica a criminalidade, tendo em vista que, em meio a muitas famílias pobres, a dignidade se estabelece com boa educação e oportunidade de trabalho. O aumento drástico da violência não tem solução mágica, o que deve ser proposto é o diálogo entre todos os níveis institucionais, com a efetivação de políticas públicas

preventivas com a prática da comunicação não violenta, que mostra novas possibilidades diante das circunstâncias compartilhadas. A Justiça Restaurativa propõe-se como espaço de reflexão sobre as consequências dos atos para a vítima e para o agente, para sua família e a comunidade. É também a oportunidade de mapear as necessidades, de iniciar ações, bem como se apresenta como trabalho de mobilização da comunidade para auxiliar o jovem no intento de um caminhar acolhedor nesse tempo de formação da personalidade.

No ângulo da repressão, o cenário é de milhares de encarcerados e déficit de vagas em celas superlotadas, não muito diferente em internações nos centros socioeducativos, que aumentam no mesmo ritmo do encarceramento, nos últimos cinco anos. Essa política de restrição da liberdade do jovem em massa é insustentável. A verdade é que o Estatuto, no seu lado repressivo, tem sido mero multiplicador de danos, quando utiliza o modelo retributivo pouco contribuindo para a obtenção da paz social, numa lógica perversa: "[...] prende-se a vítima, cessa-se o efeito, porem subsiste a causa." (LOPES, 2009, p. 8).

Bauman (2005, p. 13) alerta que a sociedade se torna mais complexa e preocupante, é a situação de ainda existirem pessoas ou grupos tidos como *refugos humanos*. São novas roupagens ao velho problema da exclusão social e precariedade de condições de alguns. Qual o destino de milhares de adolescentes brasileiros que vivem na situação de vulnerabilidade? A resposta para muitos será a remoção do meio social. Nas palavras de Bauman:

> Confrontados pela intimidante tarefa de ganhar os meios para a sobrevivência biológica, enquanto se veem privados da autoconfiança e da autoestima necessárias para a sustentação da sobrevivência social eles não têm motivo para contemplar e saborear as distinções sutis entre o sofrimento planejado e a miséria por descuido. Podem muito bem ser desculpados por se sentirem rejeitados, por serem irritáveis e raivosos, por respirarem a vingança e alimentar a desforra – embora, tendo aprendido sobre a futilidade da resistência e aceito o veredicto de sua própria inferioridade, seja difícil encontrarem um modo de transformar em tais sentimentos numa ação afetiva. Seja por uma sentença explícita ou por um veredicto implícito, mas nunca oficialmente publicado, tornaram-se supérfluos, imprestáveis, desnecessários e indesejados, e suas reações inadequadas ou ausentes, transmitem a censura de uma profecia auto realizadora. (BAUMAN, 2005, p. 54.)

A lide processual encobre a lide real (sociológica) da vida. A legitimidade do Poder Judiciário passa pela percepção de que o sistema judiciário, com sua atuação especializada acaba com processos, mas não soluciona conflitos nem pacifica os contendores. Torna-se necessária a aplicação de novas ferramentas que procure a reconstrução de relacionamentos, a restauração de redes familiares e sociais de acordo com a visão holística e ética. É preciso dar as mãos e encontrar solução para aprimorar a atuação do Estado como reação de resposta à infração com parâmetros de viés excepcional do encarceramento.

> É preciso buscar instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil e simplicista e meramente simbólico apelo à intervenção do sistema penal, que, além de não realizar suas funções explícitas de proteção a bens jurídicos e evitação de condutas danosas, além de não solucionar conflitos, ainda produz, paralelamente à injustiça decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade, um grande volume de sofrimento e de dor, estigmatizando, privando da liberdade e alimentando diversas formas de violência. (KARAM, 2009, p. 12.)

O Brasil é o quarto país em estatísticas que mais aprisiona de acordo com o CNJ, o que revela que faltam políticas públicas em prevenção. O sistema carcerário provocador de um modelo retrógrado não é eficaz em fazer a Justiça penal. A cultura do acautelamento de jovens deve suscitar formas diferentes de avaliar os conflitos sociais que o ato infracional desvela. O custo que traz à sociedade é um paradoxo. Gasta-se com o acautelamento o que poderia ser empregado na educação e em políticas adequadas de prevenção. O que era para tornar-se um instrumento excepcional da medida socioeducativa, a restrição de liberdade tem sido empregada pelo Poder Judiciário com a mesma lógica punitiva de infrações cometidas por adultos.

5.4 Estudo de caso

Na pesquisa realizada, procuraram-se analisar casos concretos como forma de ilustrar de maneira real as medidas protetivas aplicadas diante da (in)eficácia do Estatuto. Percebe-se que a história se reproduz em várias outras histórias, como no caso de uma família, a princípio constituída de mãe, pai e quatro filhos. Em 2005, uma denúncia anônima chegou ao Ministério Público de que os pais estavam maltratando os filhos. Diante do fato, pediram-se providências para o Poder Judiciário. Como parte da metodologia do procedimento, a equipe técnica foi acionada para a avaliação da situação.

Em visita domiciliar, a equipe relatou que a casa era pequena, em precárias condições de higiene, com portas e janelas sem vidros. A mãe apresentou o discurso de que ela e seu companheiro trabalhavam como camelôs, moravam de aluguel e ganhavam pouco. Seu companheiro era alcoólatra e seus filhos tinham a idade de dez anos (o mais velho, que se chamou no estudo de *Hudson*), o segundo tinha oito anos (chamado de *Caio*), o terceiro tinha seis anos (chamado de *Maycon*) e a caçula chamava-se *Emily*, com poucos meses. Os nomes reais das crianças foram preservados pelo sigilo que denotava o caso. Os meninos estudavam e a menina ficava num berçário particular. Conforme declarado pela mãe, eles não se encontravam em condições de alugar outro imóvel pelo pouco que ganhavam. Relatos da escola e mesmo do berçário são de que a mãe, apesar de atenciosa com a menina, mostrava-se

agressiva com os mais velhos, contudo pagava em dia o berçário da menor. O filho mais velho, conforme depoimento da diretora escolar, era problemático. Ao final do relatório, a equipe concluiu que o contexto sociofamiliar apresentava dificuldades, mas mantinha vínculos afetivos. Diante dessa narrativa, nada se fez e o pedido foi arquivado.

Novamente surgiram outras denúncias, no ano de 2009, agora por parte da escola, que relatou que Hudson, o filho mais velho, estava sendo agredido pelo pai. Novo processo de medidas protetivas em face dos filhos menores e a situação foi agravada pelo fato de o filho mais velho estar com resistência de *voltar à casa*, o qual relatou que sofria violência física do pai. O relatório da equipe técnica foi favorável à retirada das crianças do convívio familiar e ao encaminhamento ao abrigo.

Realizou-se, então, a transferência dos filhos para abrigos diversos, fato que causou mais desagregação familiar. Hudson foi para um abrigo e Caio e Maycon para outro e a caçula ficou na guarda provisória de uma tia. Em relatório apresentado pela diretora em face do comportamento de Hudson, após a ida para o abrigo, constatou-se que apresentava dificuldade de relacionamento e agressividade quando estava no recreio ou fora da escola. Dentro da sala de aula, participava das atividades, apesar de demonstrar dificuldades em língua portuguesa. Tinha boa vontade em aprender. Em 26 de março de 2009, no horário do recreio, aconteceu uma briga entre Hudson e outros três meninos abrigados em instituições diferentes da de Hudson. Diante do fato, foi acionada a Polícia Militar e a briga foi registrada em Boletim de Ocorrência. É interessante destacar a conversa entre Hudson e o policial quando este perguntou ao menino se ele tinha noção de qual seria seu futuro ao agir assim, e o menino respondeu que sabia que era *Presídio Floramar*. Profecia que se autocumpre? Ou ainda ineficiência das medidas protetivas? Esse Boletim de Ocorrência era o quinto de Hudson, os outros quatro eram oriundos de brigas na casa onde estava internado.

Os pais de alunos da escola mostravam-se apreensivos de encaminhar seus filhos à escola e pediram providência por parte da direção. Nos seus relatos na delegacia, em face dos Boletins de Ocorrência, Hudson pediu que fosse encaminhado ao abrigo em que estavam seus irmãos. Sobre o comportamento paterno, narrou que achava que seu pai usava maconha e a descreveu como “um pó branco que coloca num papel”; e que seu genitor batia na mãe quando ela defendia os filhos.

Na oitiva do genitor, as agressões relatadas não existiam e que os filhos foram tirados de casa porque Hudson “matava aulas”. Declarou que “batia, mesmo” e que fazia uso de bebidas, mas, não, de drogas. Em tom alto expressou-se assim: “Ninguém tem nada a ver com

minha família! Eu educo meus filhos do jeito que quero!". Os relatos eram de que o tom de voz se mostrava ameaçador para que os vizinhos o ouvissem.

Narrativas dos funcionários dos abrigos foram de que a mãe e pai compareciam ao abrigo geralmente embriagados. O coordenador do abrigo em que Hudson estava internado relatou que os pais deram dinheiro ao filho para *fugir* do abrigo e não ficar perto *desses padres pedófilos*. Em relação aos conflitos na escola, Hudson foi encaminhado a tratamento psicológico.

Em momento posterior, um relatório informa que Hudson fugiu do abrigo procurando acolhimento em outro abrigo. Esse acolhimento foi recusado por não atender mais ao perfil do menino. Diante dos pedidos de Hudson e parecer favorável da equipe técnica, o juiz decidiu unir os irmãos numa mesma instituição.

Em contato com a mãe, esta narrou que sentia falta dos filhos e que tinha desejo de mudar o que estava posto em sua volta, mas não encontrava forças psicológicas para a mudança. O genitor novamente apresentou o discurso de que corrigia as crianças porque elas mereciam e que não extrapolara os limites do que ele considerava aceitável.

Caio, o segundo filho, nos relatórios, foi definido como mais reservado, media as palavras, negava a agressão do pai e dizia querer voltar para a casa. No entanto, quando indagado se queria voltar e morar com o pai e a mãe juntos ou seria melhor morar só com a mãe, respondeu que melhor seria morar só com a mãe.

A transferência de Hudson para o abrigo em que estavam seus irmãos foi relatada após quinze dias:

> O menino chegou e não foi entregue nenhum termo judicial conforme a regra. Sem o documento oficial, Hudson ficou sem nenhuma atividade, inclusive escolar. A característica marcante do menino é de liderança e desde a sua chegada provoca tumultos e confusões. É desobediente e desafiador. Não conseguiu, até o momento, conquistar a empatia dos outros acolhidos. Mostra desejo de fugir o que não demorou a acontecer.

Nova confusão e novo Boletim de Ocorrência. Após o sumiço, foi encontrado no bairro perto da casa em que os familiares residiam. De volta ao abrigo, seu pai ligou para a instituição e informou que Hudson estava sendo ameaçado de morte. Novamente outra fuga e agora com o seu irmão Caio. Em contato com a mãe, esta informou que queria ficar com as crianças e disse que iria roubá-las numa hora de distração dos responsáveis.

Em meio a várias decisões judiciais, foi destituído o poder familiar dos pais. Nas ruas, os dois irmãos mais velhos praticavam infrações e foram levados ao centro socioeducativo, em que ficaram recolhidos por 45 dias. Já crescidos, a adoção não se deu em relação aos

meninos. Hudson, em 2014, estava com vinte anos e encontrava-se recolhido por prisão preventiva decretada, no Presídio Floramar. Seus antecedentes criminais eram de vinte atos infracionais e um processo por tráfico, em andamento. Caio tinha uma folha de antecedentes com dez infrações e encontrava-se no centro socioeducativo. A irmã mais nova foi adotada e nos relatos dos pais consta que iriam buscá-la, não concordando com a adoção, mas, sem a correta contestação, na ação de destituição de poder familiar, a adoção foi julgada procedente. Maycon estava com dezesseis anos e ainda se encontrava recolhido no abrigo.

Por meio do acompanhamento deste caso percebe-se que a realidade falha na efetivação do princípio da prioridade absoluta garantida pela Constituição federal. Qual seria a resposta correta? Entre inúmeros processos que se formaram na Vara da Infância e da Juventude, ora como medidas protetivas e pedidos de providências, ora como atos infracionais, percebem-se vários relatórios, decisões, pareceres, mas, distantes do que poderia mudar a história.

Em outro contexto, na história relatada por Pranis (2010b) de um caso atendido pela rede de apoio, verifica-se outra direção para conflitos de um menino de nove anos em face da crise familiar.

Mark, de nove anos, passou a ser alvo da atenção do serviço social porque roubara dinheiro de sua avó, uma motorista de táxi, que deixava o valor das gorjetas em casa. Nos dois meses, após a primeira ação, havia mais treze notícias crimes contra Mark. Seu comportamento saíra totalmente de controle. Ele vivera com sua mãe, Colleen, durante os três primeiros anos de vida, período no qual sofrera abusos físicos e sexuais por parte do namorado da mãe. Quando o Juizado de Menores pediu para tirar a guarda da mãe, a avó veio buscá-lo, e levou-o para outro estado, em que ele passou a viver com sua irmã.

Cerca de um ano e meio antes do incidente do furto, a mãe de Mark, Colleen, veio morar com eles. Ela tinha pouquíssima paciência e nenhuma capacitação como mãe. O menino queria uma mãe, mas ela o rechaçava. A criação continuou a cargo da avó, mesmo quando a mãe ocasionalmente tentava agir como tal, mas também a avó não tinha a competência necessária. Embora a avó vivesse naquele bairro havia muitos anos, ela e Colleen viviam bastante isoladas.

A proposta foi a de reunir-se em Círculo para dar apoio à família e tentar entender seus problemas. Participaram do Círculo o próprio Mark, Colleen, a avó, a irmã Mary, uma amiga da família, uma vizinha, as mães de dois amigos de Mark, um voluntário da comunidade que pertencia a um programa de avós adotivos, um comissário municipal envolvido com justiça juvenil, um terapeuta de saúde mental, membros da Associação Cristã de Moços, um

voluntário da rede de segurança da comunidade e o facilitador comunitário voluntário. As mães dos amigos de Mark estavam furiosas porque achavam que Mark estava levando seus filhos para o mau caminho. A vizinha inicialmente mostrou raiva e medo. Ela tinha feito uma das primeiras queixas contra Mark. No Círculo, a vizinha revelou, chorosamente, que seus próprios filhos se tinham metido em encrencas no passado. Seu marido dissera-lhe para não se envolver, mas ela não concordou, pois não conseguia ficar ali, vendo aquele menino ficar igual aos filhos dela. Durante o Círculo, os participantes manifestaram sua frustração em relação a Mark, seus medos em relação a seu futuro, sua sensação de impotência, sua preocupação com aquela família, e seu desejo de que Mark, sua família e o bairro estivessem em segurança. Mark, cujo pai jamais participara de sua vida, reagiu muito bem aos homens do Círculo. O Círculo chegou a um plano de consenso, e Colleen e a avó comprometeram-se a frequentar aulas de como educar os filhos, e todos passaram a fazer terapia familiar. O comissário local concordou em tentar conseguir uma vaga para que Mark voltasse à escola, da qual tinha sido expulso por levar um canivete para a aula. O avô adotivo concordou em passar tempo de lazer com Mark e ajudá-lo na lição de casa. A mãe de um dos amigos de Mark concordou em levá-lo para andar de *skate* com seu filho duas vezes por mês.

Nos Círculos que se seguiram, mais informações sobre a família vieram à tona. Mary, agora com quinze anos, tinha um namorado que vivia na casa com aprovação de Colleen e da avó. Membros do Círculo descobriram que ele tinha 32 anos, ficaram muito alarmados, e denunciaram o fato à polícia. Mark sempre tinha marcas roxas provocadas pelos beliscões que o namorado da irmã aplicava em pontos sensíveis para fazer com que ele se comportasse. O Círculo descobriu que Mark adorava cachorros e providenciaram para que ele começasse a passear com os cachorros de vários vizinhos regularmente. Descobriram também que Mary tinha um forte sentimento de responsabilidade por seu irmão, como se fosse a mãe dele. O avô adotivo incluiu Mary em algumas das atividades que fazia com Mark para que os irmãos pudessem relacionar-se num ambiente lúdico como irmãos. O comportamento de Mark melhorou e a família cooperava com o terapeuta e frequentava as aulas sobre como educar. No entanto, o Juizado de Menores queria tirar Mark de sua casa. Os funcionários concluíram que, apesar do progresso, a mãe e a avó não tinham condições de responsabilizar-se por Mark. Fez-se uma reunião para decidir para onde o encaminhar. Os membros do Círculo reuniram-se e logo perceberam que os profissionais sabiam muito pouco sobre Mark e sua família, e estavam prestes a propor uma medida que seria prejudicial ao menino. Percebiam que Mark precisava mais do que sua família era capaz de oferecer, mas sabiam também que todos os

membros da família estavam comprometidos uns com os outros e lutando para ter relacionamentos e habilidades mais adequados.

O Círculo pediu ao grupo de trabalho para desenvolver uma abordagem mais construtiva. Os participantes do Círculo encontraram na vizinhança um lar adotivo para alguns dias da semana. O Círculo reuniu-se novamente, incluindo o casal de pais adotivos, e desenvolveu um plano para que Mark continuasse a viver com sua família, mas fosse duas vezes por semana ao lar adotivo para dar descanso à sua família e conviver num ambiente de capaz de fortalecê-lo. A avó e Colleen concordaram em passar tempo com Mark na casa adotiva, a fim de observar a interação dos pais adotivos com o menino. As crianças e a equipe do Juizado de Menores aceitaram a proposta do Círculo.

Por vários meses o Círculo construiu uma rede de relacionamentos de apoio, combinados com atividades de capacitação, com membros da família, membros da comunidade e agentes de serviço social, atividades que resultaram numa mudança radical no ambiente de Mark e de sua família, e num senso de esperança para a vizinhança. Os membros do Círculo assumiram o compromisso de trabalhar com Mark e sua família pelo tempo que fosse necessário.

Este caso é uma importante demonstração de que o Programa de Justiça Restaurativa é possível de ser aplicado quando há o envolvimento da comunidade, da família e da escola.

Nos exemplos acima, observa-se que a família é a protagonista da desestrutura da criança. No primeiro exemplo, a situação de pobreza e o envolvimento com álcool e drogas aparecem como motivo gerador do abandono. Em meio a laudos e relatórios, nada de concreto se realizou para amparar a família, sendo que a destituição do poder familiar foi concretizada sem o amparo necessário aos menores. Nota-se falha no sistema quando se percebem meninos abrigados por muito tempo. Não se pode negar mais a realidade de que meninos com mais de seis anos dificilmente são adotados.

Arend (2005, p. 164–165) observa que, no contexto brasileiro, quando estão em risco de perder os filhos, os pais de classe baixa não conseguem lidar com o discurso da família nuclear burguesa, porque não é sua realidade. Isto é perfeitamente visível no caso estudado quando a mãe revela que quer mudar o entorno, mas não tem forças.

Uma rede de apoio deve ser criada no sentido de verificar cada situação e as saídas possíveis no contexto familiar. Dentro dessa rede, o investimento em creches e escolas públicas, em tempo integral apresenta-se também como um complemento no fortalecimento do aspecto profissional dos pais. A constatação é de que o problema advém de um conjunto de fatores e, não, de um ponto específico.

No segundo exemplo, a desestrutura, principalmente da mãe, tendo em vista que a figura do pai não aparece, em muito contribui para as reações da criança, contudo construiu-se um trabalho concreto de rede de apoio. A instituição familiar, muitas vezes, não tem consciência da grande influência que causa na formação plena de seus filhos.

As pesquisas realizadas por Winnicott (1994, p. 103–104) relatam que "[...] quando existe participação adequada da mãe e boa orientação dos pais, a maioria das crianças alcança saúde e todas as relações ternas e riquezas pessoais íntimas que compõe a vida da infância.".

É possível entender o desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente como o conjunto de características psicológicas, que determinam a maneira de o indivíduo interagir-se com o seu ambiente numa organização integral e dinâmica, formada pelos seus atributos físicos, mentais e morais. Sob a ótica da psicologia, a base da personalidade da criança forma-se entre os quatro e cinco anos de idade; principalmente nessa fase, os pais devem dedicar toda a atenção ao desenvolvimento de sua autoestima, além de oferecer muito afeto e acolhimento, estimular, elogiar, motivar, traçar escolhas para que as crianças construam sua personalidade com base em elevado amor-próprio. Da mesma forma que as crianças precisam de espaço para expressar emoções como alegria, dor, tristeza, medo e raiva, que são chamadas emoções autênticas; os progenitores precisam criar estratégias para enfrentar os desafios do mundo moderno, estabelecendo limites necessários para o melhor desenvolvimento da personalidade de seus filhos.

É preciso que na rotina diária seja possível identificar os fatores de risco para o desenvolvimento cognitivo da infância. Desestabilidade familiar, violência doméstica, uso de sustâncias psicoativas, agressões físicas e psíquicas, entre outros fatores, têm impulsionado as crianças, jovens e adolescentes a comportamentos fora dos parâmetros sociais gerando cada vez mais crimes e comportamentos inadequados.

Seligman (2002) observa que, em tempos difíceis, a compreensão e a construção de forças e virtudes e perspectivas de um futuro inclusivo tornam-se urgente; funcionam como para-choque contra o infortúnio e desordens psicológicas, e podem ser a chave para a construção da resiliência.

O comportamento, independentemente da percepção que cada um tem sobre o mundo, é influenciado tanto por fatores internos decorrentes de suas características como personalidade e motivação, entre outros, quanto por fatores externos como, por exemplo, o mundo organizacional em sua volta. Não se pode direcionar o foco apenas para um dos fatores; é evidentemente que pessoas em ambientes motivadores tendem a ter melhor projeção

de futuro. Ao mesmo tempo, num ambiente desmotivador, alguém com uma atitude mais *agressiva*' por mais determinada que for, pode levar-se ao sentimento de apatia.

A partir do estabelecimento do ECA, foram criados órgãos que buscam o esforço conjunto, constituindo-se em espaços concretos de participação da sociedade civil que são os conselhos de direitos da criança e do adolescente e conselhos tutelares. Os primeiros atuam nos âmbitos municipais, estaduais e federais e devem ser constituídos, paritariamente, por representantes do governo e da sociedade civil organizada. Os conselhos tutelares são órgãos que atuam no âmbito municipal, constituídos por representantes da sociedade civil eleitos pela própria comunidade para os quais são encaminhadas as denúncias de violação dos direitos da criança e do adolescente para que estes possam ser assegurados. Espera-se que esses órgãos desenvolvam um trabalho conjunto de rede e apoio às famílias.

5.5 Ato infracional: o sentido da história depende do ponto a partir do qual se começa a contá-la

A reflexão sobre o sentido e o significado do ato infracional possibilita a revisão crítica das certezas e da forma de operar a Justiça. A partir de uma história cotidiana, na realidade brasileira, faz-se um convite como uma oportunidade para o repensar, com o exemplo citado na obra de Soares, 2011, p. 09. No táxi, inicia-se uma conversa que é preferida da sociedade brasileira: contar um fato praticado por infrator menor de idade. O caso versava sobre um adolescente que assaltara um ônibus e, no desespero da ação, matara o motorista.

A história é reproduzia pela mídia sensacionalista em manchetes que só ajudam a alimentar erroneamente a ideia do adolescente no meio social. O taxista foi enfático ao dizer que o menor merecia morrer ou passar a vida dele inteira na prisão porque matara um bom homem, pai de família, e tinha deixado esposa, que não trabalhava, e três filhos menores. E diante do fato contado sob a ótica de quem começa a história a partir da prática restaurativa, faz-se a indagação no sentido de como ficaria essa família composta de uma viúva, que possivelmente não teria oportunidade de trabalho digno para sustentar seus filhos. Passaria a família por vários dissabores e poderia acontecer que um dos filhos se revoltasse e entrasse no mundo das drogas. Neste contexto, a falta do pai poderia influenciar a condução da educação e a vulnerabilidade facilmente levaria esse filho a cometer infrações penais, principalmente fomentadas pelo capitalismo desenfreado que vende a todo custo a ideia do *ter* para a inclusão social. Numa situação descontrolada, esse adolescente poderia entrar no ônibus, tentar assaltar pessoas e ainda, por desespero, disparar a arma contra algum inocente pai de família. Muito

provavelmente, outro taxista clamaria pela morte e prisão para este adolescente. Sob este enfoque, pergunta-se ao mesmo taxista que começara a história: “Seria justo para esse adolescente a pena proposta?”. E diante da reflexão, o taxista não respondeu à questão.

Qual seria o melhor final da história? Pena privativa de liberdade? Portanto, a interpretação da história depende do ponto em que começa a ser contada.

Por mais que a visão da sociedade seja de que ao menor infrator não recai nenhuma sanção, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a aplicação de diversas medidas punitivas como medidas socioeducativas. São sanções aplicadas ao adolescente infrator. Portanto, o Estatuto é também repressivo quando a conduta praticada está descrita como infração penal. O rol de medidas socioeducativas que podem ser aplicadas cumulativamente ou não, a depender do caso concreto, são: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em centros socioeducativos, com privação da liberdade.

A filosofia de assumir a responsabilidade e corrigir os erros tem aplicação em todas as esferas da vida. Todo o sentido das medidas socioeducativos advém da ação que aponte na direção do restabelecimento dos sujeitos afetados por um crime – seja a vítima, amigos ou familiares da vítima, membros da comunidade, o ofensor, ou a família e amigos do ofensor – minimizando conscientemente a probabilidade de qualquer dano ou ofensa no futuro. A liberdade assistida como medida que busque acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente é uma resposta que poderá levar o adolescente para o eixo da inclusão social, com a finalidade de ajudá-lo socialmente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social.

A institucionalização, com a internação, como medida mais grave aplicada aos adolescentes, impõe a privação da liberdade do menor, devendo ser a *ultima ratio*, aplicada no menor tempo possível, ressaltando que o prazo máximo suportado é o de três anos, sendo que aos 21 anos de idade a liberação será compulsória. Em alguns exemplos, como no caso *Champinha*, foi mantida a internação compulsória mesmo depois dos 21 anos de idade pela imputabilidade por doença mental.

A remissão pode ocorrer no procedimento judicial, em que o representante do Ministério Público poderá conceder o perdão como forma de exclusão do processo, mediante a homologação pela autoridade judiciária, podendo ser condicionada à acordos estabelecidos.

O objetivo da medida socioeducativa é fazer com que o menor não volte a cometer atos infracionais, sendo de suma importância a atuação do Estado na implementação de políticas públicas voltadas para a formação das oportunidades inclusivas e da cidadania, que

efetivamente resgatem os adolescentes da marginalidade. As intervenções do Estado como garantidor de direitos não podem ser voltadas somente ao adolescente, após cometer um ato infracional, assim sendo, as políticas públicas são superficiais se não atacar as causas do problema, mas, apenas, seus efeitos.

Quando o discurso se opera no sentido de que o Estado não tem uma resposta punitiva aos atos infracionais cometidos é por total desconhecimento do Estatuto em todos os seus ângulos. Atualmente, de forma equivocada, a sociedade acredita que essa resposta não existe ou é ineficaz. O que deve ser questionado e cobrado por todos é a eficácia das medidas impostas. Deve ser de conhecimento de toda a sociedade que o adolescente infrator não está livre de sanções; estas estão prescritas no Estatuto e, de acordo com cada caso, é aplicada pelo juiz da Infância e da Juventude. Contudo, não se pode desconsiderar que a prática de atos infracionais revela situações em que o autor é vítima da negligência social e estatal.

O Brasil ocupa o sexto lugar entre os dez primeiros países que têm as mais altas taxas de homicídios de jovens no mundo, sendo que a maioria das vítimas são jovens negros, de acordo com Aleixo (2012). A depender da classe social que o jovem ocupa, pode promover a comoção social, contudo, como a grande massa dos assassinatos de jovens provém de classes pobres, é aceito quando se impõe o discurso de que era um criminoso em potencial.

Nota-se que ainda subsiste a ideia da situação irregular que autoriza a eliminação social daquele que incomoda. Contudo, esta situação coincide com erosão de direitos que são reconhecidos pela Constituição federal de 1988 como responsabilidade conjunta do Estado e sociedade.

A resposta penal ao infrator menor de dezoito anos pode produzir mais estragos na vida deste sujeito em formação com a simples punição. O contexto de vida do infrator deve ser revelado, antes de qualquer decisão judicial. Os jovens excluídos da interação econômica, sem habilidades especiais e sem esperança não podem ser vistos como classe perigosa pelo seu potencial mau comportamento. Observa-se que a expressão *menor* se tornou pejorativa no sentido de pessoa perigosa a ponto da manchete diária dos jornais noticiar: “Menor mata adolescente”. Aleixo observa que:

> [...] quando na condição de autores recebem a “pecha” de menores não havendo reconhecimento da sua vulnerabilidade. A histórica divisão da infância brasileira entre crianças, adolescentes e menores é ressaltada a partir da posição em que se ocupa no contexto da prática do crime, qual seja a de vítima e infrator. (ALEIXO, 2012, p. 94.)

Não se pode perder a consciência de que rótulos eternizam uma situação transitória e jovens classificados como *extraviado*, *delinquente* ou *pré-delinquente* geralmente favorece o desenvolvimento de pautas permanentes de comportamento indesejado. Portanto, mais do que intervir na restrição da liberdade, torna-se prioridade garantir condições de convivência em paz, sem violência, abrindo a oportunidade de participar ativamente da comunidade, sobretudo juvenil, em toda uma série de serviços e programas colocados à disposição por meio de ações inclusivas.

Jovens são negligenciados a cada minuto, o que passa invisível para parte da sociedade, que se encontra inserida noutro contexto social. Entretanto, essas pessoas, excluídas de um lugar, de um olhar, quando chegam a receber alguma visibilidade, esta se dá de forma perversa, porque, não raramente, ocorre o ingresso desse segmento social no sistema penal. Assim, quando o Estado ou a sociedade os vê, lança sobre eles um olhar estigmatizante, estereotipante. A seleção é imposta sob o discurso da defesa da sociedade que aprova esse processo.

Há muito se conhece a tendência da seleção criminalizante exercida, principalmente, por estereótipos. Os suspeitos são pessoas de classes subalternas, que andam pelas ruas e chegam a ser denominados de *elementos* suspeitos: no passado, as bruxas; no presente, os menores. Isto mostra que os criminalizados não são tanto em razão do delito, senão pelo alcance do Direito Penal. Há uma tendência cada vez maior na criminalização dos problemas socialmente produzidos, como relatado por vários autores.

Bauman (2005, p. 25) denuncia a ideologia que está por trás do Direito Penal, para quem: "[...] a busca da pureza pós-moderna se expressa diariamente com a ação punitiva contra a ação dos moradores de ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos e indolentes.".

Foucault (2002) observa que um dos grandes problemas da seleção, pelo sistema penal, desses não consumidores, donos de lugar nenhum, donos de nada, é justamente o fato de que se pode repetir a história:

> Quando se toma a criminalidade, como se fosse a manifestação dos portadores de uma essência maligna que devem ser eliminados corre-se o risco de repetir a história. A punição ganha um poder justificável, não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos, não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão ou possam fazer. (FOUCAULT, 2002, p. 22.)

Não se aplica o Direito de forma isolada, toda interpretação deve ser feita de maneira a considerar todo o ordenamento jurídico, principalmente a ordem constitucional. É dever

compartilhado deixar o menor a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Esses comandos inseridos no artigo 227 da Carta Magna devem prevalecer.

> Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com os direitos garantidos constitucionalmente, esperava-se que a proteção integral aos menores fosse prioridade do Estado e que nas Varas da Infância e da Juventude houvesse mais medidas protetivas do que medidas socioeducativas. É com proteção que se previnem atos infracionais.

A mídia distorce o real fundamento do Direito Penal, fazendo que a sociedade acredite que somente este ramo do Direito seja responsável para minimizar a violência em sociedade. A violência silenciosa que cada um dos vulneráveis sofre, no dia a dia, pela falta de efetivação de direitos sociais, não é divulgada.

O que a sociedade precisa é ter a clareza de que: quando um crime acontece, vários são seus antecedentes, os quais não são mostrados nem analisados. Um superficial acompanhamento dos noticiários permite a conclusão de que crimes cometidos contra pessoas de classe média ou alta geram repercussão muito maior, com acompanhamento especial por parte da mídia. Os crimes cometidos contra moradores de favelas e bairro pobres recebem cobertura ínfima. A mídia potencializa o processo de reação social. Essa atuação dada de maneira sensacionalista, apelando para o medo e os sentimentos de insegurança causados pelo crime, eleva índices de audiência. Quanto mais alarmante for a cobertura do crime, maior será sua divulgação, portanto, mais lucrativa a cobertura.

Casos reais, como menores que sustentam a família vendendo balas em semáforos, crianças que cuidam de outras crianças para os pais trabalharem, infâncias perdidas pela necessidade de sobrevivência, nunca são divulgados, porque não dão *ibope*. A população sente-se mais atraída pelos crimes praticados por menores do que pelos crimes praticados em face dos menores.

A solução encontra-se na formação educacional de base construída com valores de respeito e dignidade, dentro de outra estrutura em que a responsabilidade mútua é o tear sobre o qual o tecido da comunidade se forma. A delinquência representa uma falta de responsabilidade da parte do ofensor, evidentemente, mas, por vezes, também da parte da família e da comunidade, que os deixam em situação de risco, levando-os a aproximarem-se das práticas de infrações penais. É preciso mudar o curso da história de que o problema da violência brasileira se concentra na ação de adolescentes em risco, para uma reflexão crítica da violência sofrida pelos jovens com discriminação, exploração, abuso sexual, opressão, entre outras formas de negligência, e o impacto dessa violência na formação desta geração.

Parece que se esquece facilmente desse tempo da vida, composto de intensificação de experiências, mudanças, sentidos, medos e ousadia. Da obra de Kolsen (2007) retira-se a reflexão sobre esse tempo da vida, em que a dialética entre os limites e a superação dos limites, entre obstáculos e o gosto em desafiá-los e superá-los, se expande ainda mais, em todos os sentidos e direções. A cada caso de abandono exigem o reiniciar da reflexão no lugar de concluí-la. Exige descer às minúcias ao desvelar dos porquês, não só das demoras, mas, também, das razões que alimentam e movem o sistema.

5.6 Práticas restaurativas nas Varas de Infância e da Juventude

Nas Varas da Infância e da Juventude, que adotam o trâmite do procedimento restaurativo foi pensado um fluxo que se desenvolve da seguinte forma: primeiramente se faz a oitiva informal pelo Ministério Público. Após, a equipe técnica, composta de funcionários do Fórum, prepara o pré-círculo com o(s) adolescente(s), mapeando as necessidades; e faz a proposta do encontro; em seguida, convida a vítima, os familiares e a comunidade. O terceiro passo é a realização do círculo restaurativo, estabelecendo um plano de ação e, depois do prazo estabelecido, realiza-se o pós-círculo. No processo, um relatório é juntado aos autos e novamente se remete ao Ministério Público, podendo ser sugerido o instituto da remissão com a homologação judicial.

Em todo o caso, haverá a possibilidade de assistência jurídica, não se eliminando as garantias do devido processo legal e ainda com o respeito aos princípios da Justiça Restaurativa, principalmente a confidencialidade em relação àquilo que é dito no Círculo. Haverá a possibilidade de interrupção do procedimento a qualquer tempo, sendo que esta condição não poderá agravar a resposta ao ato infracional.

A participação nas práticas restaurativas não significa ampliação do controle, o que se almeja é a reflexão e a consciência de como a ação impacta o outro e a própria pessoa. A possibilidade de viabilizar o encontro participativo entre vítima e ofensor de maneira não adversarial, com a possibilidade da restauração da relação e da reparação do dano, bem como a reintegração do jovem são as finalidades propostas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao adotar a doutrina da proteção integral e a possibilidade do instituto da remissão, propicia o processo restaurativo como forma de responsabilização pelo ato e pelo dano causado, mas, também, como oportunidade de conhecer o contexto de vida do jovem e identificar suas necessidades por meio de espaços de diálogo ético e resolução pacífica de conflitos, pela colaboração entre os sistemas judiciário e

educacional, pelos órgãos municipais, conselhos e parcerias com a comunidade, resignificando a atuação de todos com o trabalho em rede de apoio. Nesta parceria, busca-se tornar a Justiça mais educativa e inclusiva.

Nas práticas restaurativas, criam-se espaços seguros de acolhimento para que haja o encontro e que dele saia o aprendizado por meio da escuta empática com o respeito e cuidado ao outro. Em meio a um mundo acelerado e ao mesmo tempo individualizado em que o jovem fica atento somente ao seu celular, os círculos retomam a convivência com o outro, o diálogo sem pressa, o olhar para a face do adolescente sem julgamentos, e ainda oportuniza externar sentimentos que afloraram com a prática do ato infracional.

A remissão pode ser concedida tanto na fase pré-processual, antes do oferecimento da representação, ou em qualquer outra fase durante o procedimento. Portanto, práticas podem acontecer a todo o tempo processual. A proposta de remissão pelo Ministério Público, antes da representação e a homologação judicial, colocará fim ao procedimento denominado de Relatório de Investigações em face do infrator. Caso ocorra depois do recebimento da representação, a remissão poderá ser condicionada e acompanhada de outra medida socioeducativa. O círculo pode propor como plano de ação a remissão condicionada e, após o cumprimento, o processo extingue-se. O entendimento que se forma é de que, se houver o descumprimento da medida, não poderá ser imposta a privação de liberdade, posição assegurada pelo princípio da proteção integral que garante que não haverá, na Vara da Infância e da Juventude, a figura penal da transgressão. O que se propõe é que novo círculo se forme para a compreensão do motivo de descumprimento do plano de ação com novas propostas.

5.7 Execução de medidas socioeducativas

Em 2012, foi sancionada a Lei n.º 12.594, mais conhecida como *Lei do Sinase* (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), que regulamenta a execução das medidas socioeducativas aos adolescentes infratores, por meio de programas de atendimento compostos por uma equipe de profissionais multidisciplinares. Esta equipe é fundamental para proporcionar o acesso a direitos e oportunidades na dupla função da medida que é uma sancionatória, mas, também, destinada à inclusão social com o atendimento das necessidades reveladas. O objetivo desta legislação é efetivar uma intervenção socioeducativa sustentada nos princípios dos direitos humanos e voltada à inclusão dos adolescentes que se envolvem com a prática de atos infracionais. Os planos e programas de atendimento são destinados ao

acompanhamento do adolescente, enquanto este se encontrar no cumprimento da medida. Entre os objetivos está o desenvolvimento de um plano individual de atendimento (PIA) de cada adolescente para a ressocialização. Este plano contará com a participação efetiva do adolescente e de toda a rede de apoio, principalmente da família.

É nessa legislação que a Justiça Restaurativa deixa de pertencer a um plano de direito alternativo e passa a integrar efetivamente o ordenamento brasileiro quando disciplina, em seu artigo 35, os princípios da execução das medidas socioeducativas:

> Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:
> I – legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
> II – excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
> **III – prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;**
> IV – proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
> V – brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
> VI – individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
> VII – mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;
> VIII – não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou *status*; e
> *IX* – fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. *(Grifo da autora.)*

Inaugura-se outra perspectiva de inclusão da restauratividade como princípio no ordenamento brasileiro. Por este princípio, reconhece-se o caráter social do crime e busca-se traçar um caminho que promova a paz social. Baseia-se na preocupação com o ser humano e com a justiça coexistencial, na convivência harmônica e no respeito à condição humana dos diretamente interessados. Ensina Konzen que:

> O que acena a restauratividade consiste em um outro modo de proceder em face da conduta ilícita, com o envolvimento dos diretamente interessados, antes, durante ou depois do exercício da jurisdição com a instauração da possibilidade e da legitimidade para outros acertos. A Justiça Restaurativa assinala uma possibilidade concreta de superar a mediocridade dos encarceramentos pela via da institucionalização ou o descrédito punitivo das consequências de meio aberto ou das penas alternativas, soluções constituídas na verticalidade das relações de poder, para instalar, a busca por respostas, a atenção às necessidades e à horizontalidade sistêmica dos relacionamentos. (KONZEN, 2007, p. 97.)

As críticas ao sistema socioeducativo são as mesmas às do sistema prisional por apresentar os mesmos malefícios. Aplicar medida com a finalidade de privar o adolescente de

algo com a intuito de punir tem sido repensado pelos resultados negativos da privação da liberdade, para outra resposta justificante ao direito de acautelar, constituindo um limite para a legitimidade da internação, como no modelo garantista de Ferrajoli (2006, p. 268), que propõe o "[...] máximo de bem-estar aos não desviantes e mínimo mal estar aos desviantes", com uma dupla função preventiva: "[...] a prevenção geral dos delitos e a prevenção geral das penas arbitrárias e desmedidas.".

Nesta perspectiva, as medidas socioeducativas devem ser executadas prioritariamente em meio aberto, respeitando o caráter pedagógico e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Espera-se que a prevalência da neutralização e retribuição nas fundamentações das decisões judiciais que determinam a imposição da medida de internação, embora fundamentadas com as justificativas da reeducação, busquem instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil, simplicista e meramente simbólico apelo à intervenção do sistema penal produtor de injustiça, decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade reprodutora de sofrimento, dor e exclusão social. Como relatado por Sabadell:

> O controle social efetuado pelo direito, não respeita, na prática, o princípio da igualdade. O público-alvo do sistema penal é definido por meio de seleção social: trata-se principalmente de homens, jovens, de baixo nível de educação e desprovidos de recursos econômicos. O sistema penal determina a reclusão, para eliminar problemas concretos e para intimidar as demais pessoas. (SABADELL 2005, p. 165.)

A crença na periculosidade social dos adolescentes, decorrente de condições pessoais ou de *status* social baixo como comportamento tendente à delinquência e centrado no Direito Penal do autor, com práticas baseadas na exclusão do meio social, deve ser repensada, como também se deve refletir sobre a atuação da Justiça Penal para a concretização da missão de entregar o direito pacificado ao homem dentro de uma política criminal humanista.

A prioridade absoluta do comando constitucional de proteção integral com a responsabilização pelo ato infracional requer ações que orientem adequadamente a execução das medidas, para tanto o caminho que se propõe é por meio de práticas restaurativas, na busca de união de esforços, levando-se em consideração a corresponsabilidade entre a família, o Estado e sociedade. É importante o trabalho conjunto em rede para se alcançar a real efetivação dos direitos, interagindo diversos atores, como propõe o Sinase.

Os resultados das medidas impostas vinculam-se ao tipo de práticas implementadas. Há casos como os narrados, no capítulo segundo, de bons resultados quando se estabelece o diálogo em rede na proposta de reintegração do adolescente. As formas de individualização da

medida devem atender às necessidades pedagógicas, preferindo entre as medidas as que visem ao fortalecimento do vínculo familiar e comunitário. No dizer de Kolsen:

> Destina-se ao estabelecimento do auxílio e do estímulo relacional de tal forma que ele, o adolescente, possa ver reconhecida a sua condição de sujeito de dignidade e, por esse reconhecimento, superar as necessidades não satisfeitas projetadas na violência da transgressão. A proposta educativa não se destina a produzir normalizações, mas apoiar e estimular o processo de emancipação. Neste sentido poderá então o programa de atendimento que executa a medida de internação ser considerado estabelecimento educacional. (KONSEN, 2007, p. 45.)

Para as medidas que entendam necessárias o acautelamento, nos centros socioeducativos para o cumprimento de medidas em meio fechado ou de semiliberdade, as práticas restaurativas devem ser empregadas também com o apoio da rede para proporcionar um bom retorno para o convívio social e ainda permitir um esclarecimento do adolescente como sujeito de direitos e deveres. A instituição deve propor alternativas para a permanência ou não do adolescente e a possível transferência para o meio aberto, em que o adolescente possa encontrar o sentimento de pertencimento, dentro dos espaços públicos das instituições, seja na família, na escola, em cursos profissionalizantes ou no trabalho.

Quando estimulados e empoderados, adolescentes e jovens apresentam imensa disposição para debater temas, promover atividades e também cobrar ações efetivas para a promoção de seus diretos.

A experiência relatada em algumas cidades do Maranhão, as quais têm o apoio da Fundação Terre des Hommes, com projetos de Justiça Juvenil Restaurativa, desenvolveu parcerias no sentido do fortalecimento do protagonismo familiar com a formação de um grupo denominado Associação de Mães e Amigos de Crianças e Adolescentes em Risco (Amar), como espaço de discussão, fortalecimento, aprendizado, coragem e amor. No grupo, a comunicação estabelece-se sobre os direitos de seus filhos e outros familiares na conscientização conjunta da importância da participação familiar no cumprimento das medidas socioeducativas como na importância da responsabilização do adolescente. No depoimento de uma participante, faz-se a síntese da importância da criação de grupos de apoio familiar: “Dizem que a gente aprende quando o mundo ensina, outros dizem que é quando dói. Eu era muito trancada quando eu comecei a participar do grupo, vi que a gente aprende convivendo e partilhando com os outros”.

Outras parcerias foram fomentadas na região de São Luís e São José do Ribamar, com universidades, conselhos municipais, redes sociais, Ministério Público, assistência social, rede educacional no fomento do Projeto RestaurAÇÃO, em que foram propiciados o intercâmbio

de experiências e o aprofundamento dos debates em relação à Justiça Restaurativa. Neste projeto, observa-se um modelo de ação sistematizado para o atendimento socioeducativo em meio aberto que obtém bons resultados. O incentivo à participação, o reconhecimento das competências dos sujeitos envolvidos, especialmente dos adolescentes e de suas famílias, apresentou resultados que evidenciam que este é o caminho e a melhor estratégia.

A Justiça Restaurativa apresenta-se como um esforço conjunto de ações para concretizar o pretendido pela normatividade na execução das medidas para que o tempo de cumprimento da medida seja um tempo de oportunidades. Se a privação da liberdade estiver justificada, que se instale o dever de prestar atenção nas necessidades do autor do ato infracional e demais interessados no conflito.

Konzen (2007, p. 68) discorre que a solução não é buscar castigos alternativos, mas, alternativas ao castigo, e alternativas ao modo de como o Estado responde à infração, desconsiderando os interesses e as necessidades das pessoas envolvidas. O que se busca, tendo por cenário de fundo a permanente revisão crítica do proceder pelo sistema acusatório da tradição retributiva, é demonstrar que uma fundamentação centrada numa única forma de resposta nem sempre pode corresponder às inúmeras possibilidades de busca e de atribuição de sentido no mundo contemporâneo, um mundo marcado pela heterogeneidade e pela diversidade de opiniões, de sentimentos, de explicações e de ações que fogem a um modelo normativo de uma só solução.

Ainda conforme Konzen (2007, p. 69), o adolescer não é um tempo leve, há vulnerabilidades e também a vontade de mudar o mundo. É um tempo de encontro com o outro sexo, de coragem para enfrentar o destino, de despir-se dos sonhos infantis e definitivamente humanizar-se.

6 REDES DE APOIO

A Justiça Restaurativa busca a mobilização institucional, social e democrática, que pode contar com a rede de apoio, formada com o objetivo de amparar vítima e ofensor, na perspectiva de atender às necessidades reais de cada caso. A proposta não é exclusão, mas, sim, de encontrar, por meio de esforços compartilhados, a solução para situações difíceis. Para tanto, o espaço público penal abre-se à escuta da verdade pela possibilidade de encontros.

A monopolização do Estado em dar resposta ao conflito penal não desconsidera o apoio da sociedade civil e da comunidade, porque é, na esfera privada, que a inclusão social ou ressocialização acontece. Habermas (2003, p. 177) observa a tendência da mudança estrutural da esfera pública: "[...] a partir da esfera privada publicamente relevante da sociedade civil burguesa constitui-se uma esfera social repolitizada, em que instituições estatais e sociais se sintetizam em um único complexo de funções que não é mais diferenciável".

As práticas restaurativas, principalmente as que se desenvolvem por círculos restaurativos, propiciam o encontro entre vítima e ofensor, contando com a ajuda das redes de apoio. Todo ser humano é um projeto com possibilidades de transformação. Transformação que poderá ser concretizada com ações compartilhadas. São pessoas ou entidades que podem oportunizar, dentro do contexto em que as pessoas estão inseridas, a mudança para melhor, por meio da inclusão social, gerando o sentimento de pertencimento na comunidade. Quando o procedimento penal se abre à possibilidade de incluir todos os envolvidos, com a rede de apoio, num diálogo que busque um plano de ação, estabelece-se a possibilidade de transformação conectada com a realidade de cada indivíduo, a partir do comprometimento assumido perante os outros, mas, também, contando com o apoio destes. A oportunidade do encontro entre os afetados pelo crime e com a comunidade para que sejam ouvidas suas histórias é o início de uma ação que pode libertar o ser humano do trauma causado pela prática do ato. Arendt (2000, p. 188), citando Dinesem, afirma: "[...] todas as mágoas são suportáveis quando fazemos dela uma história ou contamos uma história a seu respeito".

Mesmo para quem pratica um ato violento, a atenção deve ser dada no sentido de seu reconhecimento como ser humano e, não, reafirmando sua nulidade pessoal. Ao ouvir suas histórias, os encontros podem fazer com que ele se sinta alguém reconhecido na comunidade, elevando-lhe a autoestima, com oportunidades de tomar decisões e exercer seu poder pessoal. O trocar das lentes implica também em reconhecer, de acordo com Zehr (2008), que a

violência é alimentada por pessoas que têm baixa autoestima, em grande parte praticada por homens que foram vítimas de hostilidade e abuso dos outros, como assinalado por Zehr:

> A violência faz parte de um contexto de consequência de vidas vazias e muitas vezes brutais [...] Paradoxalmente, sua violência é um tipo deformado de autodefesa e serve somente para confirmar sentimentos de fraqueza e vulnerabilidade. Quando sua violência atinge vítimas inocentes, assinala não um triunfo da coragem, mas uma perda de controle. (ZEHR, 2008, p. 36.)

6.1 Responsabilização pelo ato praticado

Uma das bases de todo processo restaurativo é a responsabilização do ofensor pelo ato praticado. Mesmo que este tenha uma versão diferente do ofendido acerca dos fatos acontecidos, as histórias devem ser ouvidas e compartilhadas. É comum, quando se convida a participar do primeiro encontro compartilhado, que a pessoa diga: “Fiz, mas não foi bem assim...”.

Este é o primeiro grande passo, reconhecer que praticou o ato, o que se pode denominar de responsabilização objetiva ou responsabilização passiva, aquela que se reconhece somente que foi o autor do fato – responsabilização objetiva, que não se confunde com a responsabilidade objetiva que é repelida no Direito Penal. A responsabilidade penal é subjetiva, ou seja, para haver a imputação penal é necessário o elemento subjetivo dolo ou culpa, sendo este último auferido nos tipos penais que contenham esta previsão. A responsabilização objetiva aqui denominada é aquele em que o autor aceita participar das práticas restaurativas para narrar a sua versão do fato e buscar o entendimento do conflito gerado. Caso o suposto autor não aceite a prática do ato, o procedimento restaurativo não avança em relação a ele. Portanto, responsabilização objetiva não é sinônimo de responsabilidade objetiva. O que se pretende no convite à participação das práticas restaurativas é abrir o espaço para que seja contada a sua versão do fato, o que contribui, em muito, para que o suposto infrator possa sair da prisão da nulidade pessoal. As primeiras perguntas que o facilitador faz ao ofensor são: “Como você se chama e como você gostaria de ser chamado?”. Pode o tratamento ser dado pelo apelido, ou nome pelo qual ele é conhecido na sua comunidade. Esta primeira indagação busca a aproximação da pessoa que esteja presente e contribui para estabelecer a percepção de pertencimento no encontro restaurativo.

Para se alcançar a verdadeira responsabilidade pelo ato praticado, buscando uma reflexão acerca do efeito que seu ato causou ao(s) outro(os), o que se denomina de responsabilização subjetiva ou responsabilização ativa, devem ser estimuladas ações para

minimizar os danos psicologicamente causados e depois incentivar o infrator a tomar medidas para reparar os danos materiais. Para tanto, o ser humano deve estar motivado e encontrar possibilidades, dentro de seu contexto social, a aceitar a responsabilização. Como um ser humano sai do lugar de ofensor para ocupar outro lugar, reparando os danos e não voltando a praticar atos violentos? Como o ser humano pode autodeterminar-se a conduzir suas vidas da melhor maneira possível? Os ofensores como os ofendidos devem ter suas necessidades atendidas, o que remete ao estudo da psicologia de como os fatores ambientais podem facilitar ou prejudicar o sentimento de autodeterminação.

Conforme Deci e Ryan (1985), para a teoria da autodeterminação o ser humano possui necessidades não só fisiológicas, mas, também, sociais e psicológicas. As necessidades psicológicas que devem ser satisfeitas para que se possa ser estimulado a mudar o curso do passado podem ser compreendidas como: competência, autonomia e pertencimento.

A competência é a capacidade de estabelecer a relação de que não se está sozinho, bem como a necessidade de que a ação tenha um efeito sobre o ambiente para alcançar os resultados desejados. É o que faz o ser humano buscar o domínio dos desafios para obter *feedbacks* positivos e acreditar que é capaz de realizar mudanças positivas. Uma técnica usada durante as práticas restaurativas é uma primeira rodada de fala para que cada um dos participantes possa externar uma passagem da vida que conseguiu transformar *limão em limonada*, como forma de estimular a capacidade de transformação de um acontecimento ruim em algo melhor. Quando se busca, na própria história, encontram-se situações com maus momentos e, depois, transformadas em passagens não tão amargas.

No conceito de autonomia, buscam-se as contribuições de Piaget (1994) ao investigar quando a autonomia é conquistada pela criança. Autonomia é a capacidade de tomar decisões em dois campos. No campo moral, refere-se a decidir entre o que seja certo e errado. No campo intelectual, é decidir o que seja verdadeiro ou não verdadeiro, levando-se em consideração fatos relevantes independentemente de recompensa e punição. Os impactos que o crime causa no mundo da vida depende de cada caso. As relações rompidas precisam ser reconstruídas e, não, manipuladas. A vida não é um jogo de *videogame*, em que tudo se refaz com um passe de mágica. A pessoa não é *matrix*, ligada a um comando-geral. Como elucidado por Magalhães (2006b, p. 291): "[...] o que chamamos de real são as relações que se constroem no mundo da vida como possibilidade de diálogo e intervenção na história não manipulada pelo outro". Os seres humanos podem ser encorajados a mudar o final da história, para algo melhor. No encontro, dentro de um círculo, todos são capazes de ter autonomia do

processo de mudança. Cumpre destacar que os facilitadores ou mediadores não devem sugerir comportamentos, o que não é tarefa fácil, reconhecer a autonomia como regra obrigatória a ser seguida nos processos restaurativos: os participantes é que traçam um plano de ação, eles encontram a melhor solução para conduzir suas vidas, diferentemente da heteronomia, que é ser controlado pelas decisões de outras pessoas e ter uma obediência cega. O primeiro passo para a construção da própria autonomia de mudança para aqueles que praticaram crimes é serem reconhecidos como sujeitos, que, por meio do diálogo, podem chegar ao consenso de um plano de ação.

Completando as necessidades psicológicas básicas de autonomia e competência, há a necessidade de relacionamento, ou necessidade de pertencimento, que está ligada às necessidades sociais. Estas se referem ao desejo de se sentir valorizado. Por meio dos encontros, os indivíduos recebem ajuda para os desafios de realizar uma tarefa, apoio emocional em suas vidas diárias e companheirismo em atividades compartilhadas.

Quando as três necessidades são satisfeitas, consegue-se atingir um clima de segurança, confiança, nos círculos restaurativos, com liberdade de ação, fazendo com que sejam possíveis ao ofensor aceitar a responsabilidade subjetiva pelo ato praticado e ajudar a construir um plano de ação para o futuro.

Práticas restaurativas visam a obter a visão holística do sujeito, na compreensão de que o ser humano é composto não só de físico, mas, também, de níveis mental, emocional e espiritual. É importante o equilíbrio em todos estes níveis. Busca-se, por meio deles, enxergar não apenas um corpo, mas, um ser humano, com uma história, com emoções, conflitos e compreender que o homem não é objeto, senão sujeito da história. O homem é um ser complexo, com capacidade de mudança. Podem-se trocar os rótulos e os nomes com os quais se quer aprisionar os outros, seja criminoso, elemento, traficante, ex-presidiário, ou outro rótulo redutor. Portanto, buscar de maneira interdisciplinar e transdisciplinar o conhecimento do homem que pratica fatos típicos de forma integrada e não reduzida a estereótipos e ajudá-lo a vencer as barreiras estruturais de uma sociedade fechada na visão maniqueísta de homens bons e homens maus é tornar possível a ressocialização social. Como dito por Pietroni (1988, p. 9): “Os óculos que colocamos para enxergarmos a nós mesmos e ao mundo determinarão o tipo de imagem que iremos ver”.

6.2 Rede de apoio ou de garantias: conquistas e desafios

A tarefa não é fácil, mas, não, impossível. Compartilhar esforços humanos para mudar o rumo da história é o grande desafio; mudar a profecia de que *um criminoso sempre será um criminoso* ou mesmo de que *pau que nasce torto morre torto*; reduzir a reincidência, com projetos de inclusão social; e enxergar os fatos não isoladamente, mas, dentro dos contextos que lhe são próprios, percebendo como esses fatos interagem com o todo. A proposta da rede de garantias objetiva gerar oportunidades para que o sujeito possa seguir em frente num caminho melhor, com o apoio de outras pessoas, trazer a pessoa para o eixo que foi desconectado pela violência. A proposta é trabalhar o desenvolvimento de ações compartilhadas. Como ressalta Habermas (2012b), qualquer encontro que se alimenta da liberdade comunicativa tem força de assumir obrigações ilocucionárias, ou seja, a ação que se incorpora na fala:

> O espaço de uma situação de fala compartilhado intersubjetivamente, abre-se através das relações interpessoais que nascem no momento em que os participantes tomam posição perante os atos de fala dos outros, assumindo obrigações ilocucionárias. Qualquer encontro que não se limita a contatos de observação mútua, mas que se alimenta da liberdade comunicativa que uns concedem aos outros, movimenta-se num espaço público constituído, através da linguagem. Em princípio, ele está aberto ao diálogo para parceiros potenciais, que se encontram presentes ou que poderiam a vir a se juntar. (HABERMAS, 2012b, p. 93.)

Dentro deste outro paradigma cultural, é natural um contramovimento no sentido de se acreditar que o sistema penal deva ser rígido e não proporcionar espaços abertos de diálogo. Os olhos da sociedade estão atrofiados. A cultura é a da guerra fomentada pela imprensa.

Apesar do contramovimento, a Justiça Restaurativa vai tornando-se um barco quebra-gelos. Acredita-se que seja um caminho sem volta; é inevitável que não se podem medir esforços coletivos para reduzir a violência social não tipificada nos códigos penais e a violência praticada no cometimento de crimes. Os resultados práticos são significativos. Países que implementaram a Justiça Restaurativa divulgaram índices que demonstram que a reincidência é bem menor quando práticas são estimuladas, a exemplo do Canadá, onde a rede de apoio conta com organizações não governamentais, a exemplo do Circles of Support and Accountability (Cosa) – Círculos de Suporte e Responsabilidade –, criados pelo Comitê Central de Menonitas, da religião batista, de Ontário, no qual os serviços são feitos somente por voluntários. Cada Cosa é composto de um círculo interior de quatro a sete voluntários da comunidade, que é complementado por um círculo exterior, formado por profissionais que têm relação com a justiça local e desejam voluntariar-se no suporte do projeto, como

psicólogos, operadores do Direito e outros profissionais. Mesmo apresentando certo modelo, a composição de cada Cosa pode variar de acordo com as necessidades e o grau de risco do ofensor que irá ser trabalhado. O foco de trabalho é a reabilitação dos ofensores. Os voluntários agem a partir de uma relação de confiança criada entre eles e os ofensores, e ajudam-nos com atividades escolares, domésticas e oportunidades de trabalho. Além dessas situações, os voluntários também buscam ajudá-los a evitarem ocasiões que poderiam causar risco de novos crimes. Desta forma, os voluntários fazem papel de tutores e facilitam a reintegração do ofensor à sociedade. O apoio na reintegração também passa pelo acompanhamento das relações dos ofensores com pessoas de fora do projeto, em que buscam aumentar o contato do ofensor com toda a sociedade (FOX, 2013).

Faz-se necessária a mudança de foco: o processo decisório concentrado no juiz, com a participação do Ministério Público e de um advogado de defesa não está dando resposta eficiente para conter a violência.

A responsabilização subjetiva ou ativa reconhecida pelo sujeito que praticou o ato e pretende a reparação, deve ser compreendida de forma mais ampla, compartilhada coletivamente. Uma determinação que proponha a suspensão condicional do processo ou suspensão condicional da pena ou ainda uma transação penal, e mesmo uma remissão condicionada ao adolescente, deve ser aplicada com a busca do apoio conjunto da família e comunidade. Jogar o sujeito isolado ao cumprimento de uma obrigação com a rejeição das instituições é ato de covardia. Quantas instituições pedem ao Judiciário que substituam as prestações de serviços à comunidade por prestação pecuniária? Essas instituições não querem receber a pessoa, apenas, a prestação pecuniária. E, mesmo quantos determinados a cumprirem prestação de serviços à comunidade pedem para substituir a prestação de serviços por pena pecuniária por sentir-se rejeitados. Há de se estabelecer o diálogo social que busque a rede de apoio para a inclusão das pessoas que recebem penas restritivas.

Qual é a melhor justiça penal? Aquela que torna o homem mais humano, mais sensível, mais cooperativo? Ou aquela que simplesmente pune o sujeito? Buscar a mudança da justiça começa por cada pessoa. Não retroalimentar o círculo de violência é um desafio permanente como também é o grande desafio do momento tolerar as diferenças de visão de mundo. Como realçado por Habermas (2002), os membros da sociedade ainda partilham expectativas de cooperação:

> Os membros das sociedades modernas ainda partilham a expectativa de que possam cooperar uns com os outros de forma pacífica, justa e honesta. Apesar da falta de um consenso substancial sobre os valores, calcado em uma imagem do mundo aceita pela sociedade como um todo, essas pessoas apelam ontem como hoje a convicções

> e normas morais, que cada um arroga devam ser partilhadas por todos. [...] Tacitamente, os cidadãos supõem reciprocamente uns nos outros a presença de uma consciência moral ou de um senso de justiça que opera para além dos limites relacionados às visões de mundo em particular, enquanto aprendem, ao mesmo tempo a tolerar diferenças de visão de mundo como fonte de diversidades racionais de opinião. (HABERMAS, 2002, p. 93.)

6.3 Comunidade x sociedade

Quando aqui se refere à rede de apoio, ora se usa a palavra comunidade, ora o termo sociedade. Na verdade, não são expressões sinônimas. Comunidade, conforme Horkheimer e Adorno (*apud* FORACCHI & MARTINS, 1994, p. 263–275), pode ser definida como viver junto, de modo íntimo, como na família, nos grupos de parentes, na vizinhança, no bairro, na igreja. Na comunidade, as pessoas são unidas por laços de sentimentos ou emoções compartilhadas. Já sociedade é definida como vida pública unida por um acordo racional na busca de determinados fins. Apesar de não compartilharem sentimentos, os cidadãos devem aprender a realizar o diálogo em todas as situações e comprometer-se com o que acontece com a vida coletiva e em comunidade. A rede de apoio pode contar com membros da comunidade e da sociedade integrados no mesmo objetivo de participar ativamente na construção de um futuro menos violento. Como dito pelo sociólogo Herbert de Souza *(Betinho)*:

> Um cidadão é um indivíduo que tem consciência dos seus direitos e deveres e participa ativamente de todas as questões da sociedade. Tudo o que acontece no mundo, acontece comigo. Então eu preciso participar das decisões que interferem na minha vida. Um cidadão com sentimento ético forte e consciente da cidadania não deixa passar nada, não abre mão desse poder de participação. (SOUZA, 1994, p. 22.)

Habermas (2012b) ressalta a importância que a sociedade civil tem em fomentar discursos dentro da esfera pública política, buscando as soluções de problemas:

> A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro das esferas públicas. (HABERMAS, 2012b, p. 99.)

Ainda, de acordo com Habermas (2012b, p. 92.), a esfera pública "[...] pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de decisão e opiniões". E ainda:

> Não constitui a esfera pública numa estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, e tampouco constitui um sistema, pois mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente, ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. (HABERMAS, 2012b, p. 92.)

Pode-se fomentar um trabalho conjunto voltado à minimização da desigualdade social reinante na sociedade, na possibilidade de compreensão do fenômeno jurídico penal como fenômeno humano e dialético compreendido no discurso que inclua a sociedade civil e comunidade, acompanhando o pensamento de Habermas (2002, p. 293) de que "[...] a ideia de autonomia jurídica dos cidadãos exige que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores". Ademais, para que cada brasileiro possa desfrutar a liberdade de escolha entre fazer ou não fazer uma ação tida como ilícita pelo seu ordenamento, é preciso que se assegure um mínimo existencial básico para que se tenha a liberdade da escolha. Nas palavras de Habermas:

> Os sujeitos particulares do direito só podem chegar ao gozo de liberdades subjetivas, se eles mesmos, no exercício conjunto de sua autonomia de cidadãos ligados ao Estado, tiverem clareza quanto aos interesses e parâmetros justos e puserem-se de acordo quanto a aspectos relevantes sob os quais se deve tratar com igualdade o que é igual, e com desigualdade o que é desigual. (HABERMAS, 2002, p. 295.)

Um exemplo dado durante um encontro sobre práticas restaurativas na Vara da Infância e da Juventude, em Belo Horizonte, realizado pelo Tribunal de Justiça, ilustra como as pessoas são capazes de participar ativamente da mudança. Trata-se de um caso de uma professora que participou de um círculo restaurativo que envolvia determinado adolescente, e se deparou com ele na rua, em conflito com outros adolescentes. A professora parou o carro, convidou-o a entrar no veículo e a retirar-se da confusão, o que demonstra que laços são criados a partir de encontros restaurativos e que cada ação que se toma é importante para mudar a história.

6.4 Legitimidade da rede de apoio em práticas restaurativas judicializadas: participação da esfera privada na aplicação do Direito Penal

Apesar de não dar ibope, portanto não ser apresentado pela mídia cotidianamente, a rede de apoio fortalece-se, no Brasil e no mundo, em várias ações que buscam a inclusão do outro e, mesmo, a mudança de comportamento individual e coletivo que atenda a novos comandos de convivência, sem violência. Como nos exemplos citados por Cruz (2006, p. 112) da inclusão/participação de comunidades de pescadores em quase todo o litoral do país, em

prol da preservação e conservação das espécies de tartarugas marinhas (Projeto Tamar), no lugar da depredação, que constitui crime ambiental, formou-se uma consciência coletiva de preservação, bem como as ações em que se associam moradores de favela, como no caso do Morro da Mangueira, no Rio de Janeiro. Como em vários polos de atendimento comunitário a exemplo de São José do Ribamar, no Maranhão e, recentemente, no trabalho conjunto por uma equipe multidisciplinar das Varas da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, dos centros socioeducativos, em parceria com as escolas estaduais e municipais. Em encontros que debateram casos específicos que tiveram o apoio da rede, percebe-se que, quando há a rede, a possibilidade de reinserção social se torna mais eficaz, a exemplo do adolescente que recebe uma medida socioeducativa de internação por tráfico de drogas. Passando por encontros restaurativos, foi proposta ao adolescente a semiliberdade, condicionada a frequentar determinada escola. A escola, integrada à rede, sabendo do histórico do adolescente, recebeu-o por meio de acolhimento inicial feito pela diretora: "Que belo rapaz, ele se parece com um sobrinho meu!". A partir daí, ele ficou conhecido como aquele que se parece com o sobrinho da diretora e a equipe escolar conseguiu integrar o rapaz em cursos profissionalizantes, bem como o inseriu no movimento interno de amigos da escola. Segundo relato daqueles que acompanharam o cumprimento da medida, a mudança foi acontecendo a partir de ações conjuntas de inclusão.

Na perspectiva habermasiana de que "[...] na medida que as pessoas aceitam entrar numa prática de entendimento cooperativo, esta pode ser bem-sucedida, se todos tiverem dispostos a convencer e a se deixarem convencer por outros" (HABERMAS, 2002, p. 36), é que práticas cooperativas podem ser bem-sucedidas se o espaço estiver aberto a compartilhar esforços no ensejo de uma sociedade menos violenta e mais inclusiva.

Contudo, seria possível defender uma rede de garantias nos processos judicializados? Acredita-se que sim.

O monopólio estatal de aplicação das penas deve ser repensado. O atual sistema penal admite regime aberto para penas aplicadas não superiores a quatro anos e, semiaberto, para penas aplicadas não superiores a oito anos, desde que não reincidentes, o que significa que o condenado pode trabalhar externamente e recolher-se ao cárcere à noite. Mesmo aquele que cumpre regime fechado, a Lei de Execução Penal permite o trabalho em obras públicas. A cada três dias de trabalho ou de estudo pode-se diminuir um dia de pena. Para que ele consiga um trabalho digno, a participação ativa da sociedade é de fundamental importância, o que

demonstra que a esfera pública deve dialogar com o setor privado no intuito de fomentar ações de inclusão dessas pessoas à possibilidade de trabalho.

Também nas penas restritivas de direitos, em que entre elas está a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a comunidade, com a sociedade, tem suma importância no sentido de acolhimento daquele que recebe uma sanção penal. Os representantes das entidades públicas devem estar preparados a receber de forma inclusiva o condenado.

As formas de convício social perpassam pelo entendimento de que o Estado não consegue cumprir todos os ditames da Lei de Execução Penal sem a presença da sociedade civil e da comunidade, portanto deve fomentar, por meio de programas, a parceria com a esfera privada. Aqui não se está a defender privatização, ao contrário, compartilha-se a não privatização dos presídios, que engrandece os olhos daqueles que têm uma visão mercantilista do crime "[...] visando o aumento do patrimônio privado em cima do que é público em sua essência maior: a vida humana!" (OLIVEIRA, 2009, p. 14).

O que se busca é enxergar o condenado como sujeito de direitos e que, principalmente, os direitos à educação e ao trabalho impactam diretamente no cometimento de crimes, no tempo de cumprimento da pena e na maneira como esta é cumprida. Deve-se avançar naquilo que se tornou uma profecia que se cumpre: prisão é para o pobre. O desamparado socialmente que sequer consegue um trabalho, portanto, facilmente se integra ao meio social fomentado pelo tráfico e pelas organizações criminosas, é aquele que ficará preso e novamente precisará de uma proposta de trabalho para ter benefícios da Lei de Execução Penal. Como para o pobre a proposta de emprego é algo distante da sua realidade, se não houver uma ação positiva para mudar sua história, quando o condenado conseguir cumprir a pena, voltará ao acolhimento das organizações criminosas como única proposta de sobrevivência na sociedade.

Quais as lentes que se têm em relação às pessoas que praticam crimes? A estigmatização produzida pela prática de um ato considerado crime à pessoa do criminoso ou mesmo a inimigo leva-o a assumir este papel, que, sem apoio familiar ou da rede, se comportará como a imagem que lhe foi designada.

As indagações de Hulsman e Celis (1993) de que o sistema endurece o condenado, jogando-o contra a ordem social na qual pretende introduzi-lo, são acertadas e não podem deixar de integrar o discurso da violência cotidiana:

> Gostaríamos que quem causou um dano ou um prejuízo sentisse remorso, pesar, compaixão por aquele a quem fez mal. Mas, como esperar que tais sentimentos possam nascer no coração de um homem esmagado pelo castigo desmedido que não compreende, que não aceita e não pode assimilar? Como este homem

> incompreendido, desprezado, massacrado, poderá refletir sobre as consequências de seu ato na vida da pessoa que atingiu? (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 71–72.)

Pode-se responder que se está investigando o caminho de práticas restaurativas, como uma resposta a estas inquietações. Dentro do sistema penal, há de ter espaço para construir e reconstruir práticas igualitárias fundadas na generosidade, na fraternidade e na tolerância, com respeito a direitos fundamentais – práticas que acolham as vítimas, procurando minimizar seus medos e o sentimento de vingança, e maximizar a compaixão, bem como práticas de reinserção social do agente.

A Lei de Execução Penal (7.210/1984), no artigo 4.º, dispõe que: "O estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades da execução da pena e da medida de segurança", o que reforça a necessidade de complementaridade entre as esferas pública e privada.

Habermas (2003), em mudança estrutural da esfera pública, instiga o leitor a refletir que o conceito de esfera pública e autonomia privada, no paradigma do Estado social e democrático de direito perpassa por transformações e, não exatamente, por tensões, transformações estas que se apresentam em relação de continuidade e, não, de ruptura:

> Continuidade no sentido de estruturar relações sociais, em uma determinação positiva de como se deve realizar justiça com a intervenção social do Estado. No lugar de uma garantia formal, precisa aparecer, uma garantia material. Para tanto, providências devem ser tomadas no sentido de adaptar institutos jurídicos voltados para o social às exigências de cada caso. (HABERMAS, 2003, p. 262.)

O Estado não consegue efetivamente ressocializar sem a cooperação da comunidade. Aquele que cometeu uma infração penal volta ao convívio social depois de sua liberdade privada ou continua no convívio social quando teve a resposta estatal de restritiva de direitos. Prestações positivas devem ser asseguradas, voltadas às exigências de cada caso. Neste consenso é que se busca a complementaridade pela rede de apoio. Sem apoio positivo, a ressocialização que o sistema penal promete não passará de letra morta ou como dita por Yarochewsky, de *grande farsa*. Na constatação de que *texto não muda contexto*, não basta assegurar, como objetivo, na Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210/1984), em seu art. 1.º, que o sistema deve proporcionar ao condenado "[...] condições para a harmônica integração social". Sem o apoio da sociedade ou da comunidade, este comando não se efetiva.

Também não se efetivam os comandos de acolhimento da vítima a um atendimento multidisciplinar que, no Brasil, o ordenamento jurídico processual penal prevê no sentido de atendimento psicossocial e de saúde.

Yarochewsky (2005, p. 366), citando Durkheim, ensina que não se pode reafirmar o princípio do bem e do mal em relação àqueles que praticam crimes, pois "O crime é um fenômeno normal, útil e positivo, no sentido de que fortalece a consciência coletiva.". E ressalta que, não existe sociedade isenta de crimes. O que deve ser mudada é a maneira de se entender o crime.

Karam observa que é preciso reascender ideais transformadores no sentido de compartilhar os desvios de conduta gerados no interior da sociedade, com inclusão e, não, com exclusão e intolerância;

> É preciso, enfim, reacender os ideais transformadores e compreender que não apenas os bens e as riquezas devem ser compartilhados e divididos de forma mais equitativa. É preciso aprender a compartilhar também os desconfortos e desvios gerados no interior da sociedade, para poder tratá-los e tentar superá-los não com a exclusão, a intolerância ou a marginalização daqueles que se comportam de forma ofensiva ou desagradável, mas sim com a inclusão, a integração, a tolerância, a compaixão e o perdão. (KARAM, 2009, p. 133.)

As pessoas estão interligadas ao que acontece. Se não acontece com alguém, acontece em sua volta. A autonomia privada depende de efetivações de ordem pública. Como observa Habermas, a autonomia privada torna-se derivada de direitos sociais:

> [...] a autonomia privada só é possível como uma autonomia derivada; também os direitos sociais ou sócio-estatais, tendo suas funções redefinidas, não se baseiam mais *per se* num Direito Público estabilizado mediante interesses da troca burguesa de mercadorias; repousam, pelo contrário, numa integração, a ser efetivada em cada caso, dos interesses de todas as organizações ativas democraticamente relacionadas com o Estado da social-democracia: só a partir deste ponto de vista é que é possível assegurar direitos individuais, protegidos por decisões judiciais apartidárias, reconciliando com isso a concepção de uma igualdade perante a lei entendida em termos materiais. (HABERMAS, 2003, p. 266.)

E continua Habermas (2003, p. 264) a instigar o leitor a pensar e a concordar que a própria realidade constitucional modificada na social-democracia leva a considerar até que ponto os direitos liberais básicos inicialmente formulados e pensados como direitos de exclusão em relação ao poder do Estado precisam ser agora repensados como direitos de participação, já que se trata de um Estado de Direito democrático e social.

A Constituição de República Federativa do Brasil tem, como fundamentos, a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Estes fundamentos são o cerne do comando-geral que deve irradiar todos os ramos do direito. O Direito Penal, quando se atém somente ao papel de

condenar e punir, desconsiderando as reais necessidades de vítima e ofensor, não diminui o ciclo de violência, ao contrário, institucionaliza-a.

O respeito a direitos humanos são condições de possibilidade para o exercício da soberania popular. Todo discurso que envolver a mitigação de direitos humanos aos que cometem crimes contradiz à dignidade da pessoa humana. Quem cometeu o ato não perde o direito de ter sua dignidade respeitada.

A dimensão principiológica desses fundamentos garante a legitimidade de o Direito Penal abrir-se à participação de todos os envolvidos e ao debate acerca do crime e suas causas interligadas à erosão de direitos sociais e à exclusão social que se coloca em prática. Um Direito Penal que pretenda ser engessado em regras, desconsiderando as pessoas que estão por trás do conflito e a realidade que permeia as ações, é um Direito Penal que não respeita a própria fundamentação da Constituição.

7 PRÁTICAS RESTAURATIVAS E SEUS EFEITOS NA REINCIDÊNCIA

O instituto da reincidência, no direito brasileiro, pode ser considerado como nova infração cometida, depois de condenação transitada em julgado por crime anterior, dentro do período de cinco anos, contados após o término do cumprimento da pena ou da sua extinção. Passado esse período, o crime anterior considera o autor como portador de maus antecedentes, como uma marca que não se apaga. Constatados objetivamente a reincidência e os maus antecedentes, os efeitos estendem-se negativamente na nova infração. Maus antecedentes influenciam na majoração da fixação da pena base, e a reincidência produz várias consequências que se estendem aos outros procedimentos de maneira a dificultar a substituição das penas privativas por restritivas de direitos, além de agravar a pena privativa de liberdade e o regime aplicado. De acordo com Yarochewsky:

> Na verdade, a maior severidade imprimida à punição do reincidente deve-se apenas, e exclusivamente, ao fato de ser ele reincidente, ou seja, responsabiliza-se simplesmente o agente, direito penal do autor que foi etiquetado e, portanto, estigmatizado pelo sistema penal, em meio a um processo de criminalização [...] Não há fundamento, pelo menos sob o ponto de vista jurídico-penal, dentro de uma concepção garantista e humanitária para qualquer espécie de agravamento da pena em função da reincidência. (YAROCHEWSKY, 2005, p. 211.)

Torna-se de fundamental importância, dentro dos estudos jurídicos, desconstruir o discurso do sistema penal como garantidor da defesa da sociedade e recuperação dos delinquentes, pois este sistema, na práxis, se apresenta cheio de contradições, principalmente, originando a (re)inclusão perversa no sistema carcerário, a estereotipagem e a estigmatização do sujeito como criminoso. A promessa de recuperação e reinserção daqueles que são apanhados pelo sistema penal é uma falácia. Reinserir onde, se a maioria já estava excluída[34]?

Batista (1990) observa que o rico é hipersocializado e não teria por que ser readaptado à sociedade a qual comanda e o pobre dela sempre foi excluído, nunca a ela se integrou verdadeiramente, então o cárcere o reintegraria a algo que sempre esteve alheio?

É de suma importância, para que o sujeito se ressocialize, possuir um mínimo existencial; como afirma Barcellos (2002, p. 291), que sem o mínimo existencial não há dignidade da pessoa humana respeitada. O que seria este mínimo? A autora identifica como sendo educação fundamental, saúde, trabalho, assistência aos desamparados (alimentação,

[34] Esta constatação foi apresentada na dissertação de mestrado intitulada: o *princípio da coculpabilidade*, em que se realizou uma pesquisa na qual se identificou que os que estavam cumprindo pena privativa de liberdade, em sua maioria, não tinham concluído o ensino médio, não possuíam trabalho fixo e não tinham acesso aos órgãos institucionalizados.

abrigo, vestuário), assegurados por prestações diretas do Estado, de conveniados do Poder Público ou de qualquer outra maneira que a inteligência política possa imaginar, além do acesso à justiça.

O ser humano que cumpriu a pena ou medida socioeducativa não pode ser *jogado* para fora do presídio ou centro socioeducativo sem ter um acolhimento. Nesta perspectiva, é importante a lição de Arendt (2000), que identifica que a violência é causada por uma série de frustrações do agir do mundo moderno e alerta para o risco de o homem, na sociedade moderna e consumista, perder sua condição humana, não sentindo o mundo como sua casa e estando preste a tornar-se um ser descartável. Esse risco de não se sentir integrado ao mundo provoca uma reação violenta daquele que parece que nada tem mais a perder. Sem apoio e totalmente à margem da sociedade, possivelmente se envolverá em outros delitos, principalmente no mundo das drogas. Diante das frustrações, percebe-se o consumo exagerado de álcool e drogas, procurados como fuga da realidade, num primeiro momento perpetua-se e transforma-se num vício causador de tantas outras violências.

Entre as diversas funções e promessas justificadoras da existência do sistema penal – quais sejam, a retribuição e a prevenção –, a única concretizada é a punição de maneira justificada como uma retribuição ao crime praticado, ou ainda, como prevenção geral, sem se preocupar com o sujeito que a cumpre, a qual vem resultando-se numa série de danos aos que são apanhados pelo Direito Penal. A efetivação da punição só tem conseguido criar estigmas nos que a sofrem. A anulação da liberdade anula o sujeito. A estigmação é feita e injetada com sucesso, pois, não raro, quando o sujeito sai do cárcere e ingressa no meio social, acaba, agora sim, recebendo da sociedade um olhar estereotipante e negativo. O olhar negativo que lhe é lançado acaba por tornar-se uma profecia que se autocumpre: o retorno ao cárcere daquele que não tem direitos sociais assegurados.

Diante da ineficiência do Estado na ressocialização e reintegração daqueles que cumpriram penas fica a sociedade amedrontada na certeza de que a reincidência acontecerá. Esse medo induz à aceitação do discurso de um Direito Penal máximo, com o aumento das penas, chegando até mesmo a se defender a pena de morte. Em outro paradigma, estrutura-se o entendimento de ser necessária uma atitude ativa da sociedade em face daquele que está preste a conseguir a liberdade; no lugar do olhar estereotípico, acreditar no processo de reintegração do sujeito, com o apoio de um grupo social.

Uma proposta dentro da perspectiva da Justiça Restaurativa é apresentada por Braithwaite (1989, p. 100–102), a partir da constatação de que a estigmatização do indivíduo ocasionada pela sua definição como criminoso faz com que o criminoso incorpore à sua

identidade o rótulo que lhe é conferido, podendo assumir o papel social de criminoso. Essa estigmatização denominada de *vergonha desintegrativa*, tende a isolar o indivíduo da comunidade, contribuindo para os índices de reincidência. O autor propõe que essa vergonha desintegrativa possa transformar-se em uma *vergonha reintegrativa*, na qual a manifestação de reprovação social seja seguida de atos de reaceitação que interrompam a assimilação do papel social do criminoso e, por via de consequência, auxiliam o infrator em sua ressocialização.

Acredita-se que práticas restaurativas têm solo fértil no processo de reintegração e redução da reincidência. A maneira de estabelecer o elo entre o cárcere e o meio social deve começar antes da saída, com a aproximação entre o sujeito e um grupo de apoio composto por familiares e outros agentes que possam intermediar ações para que as necessidades de cada caso sejam satisfeitas numa agenda transformativa. No exemplo citado em que um adolescente tentou matar o irmão, demonstra-se que uma atitude pode fazer toda a diferença. A situação demonstrava ódio daquele que fora vitimizado e muita preocupação da mãe no sentido de não conseguir evitar que um quisesse matar o outro. Aquele que estava recolhido não aceitava a medida socioeducativa porque, no contexto dos fatos narrados por ele, a ação fora defensiva: “Ele ia me matar, por isso eu atirei; era eu ou ele. Não é justo que só eu fique aqui, ele está sempre me ameaçando”, A equipe, procurando a família, tentou preparar o terreno para a desinternação do acautelado. Nesse caso, o ódio deveria ceder ao perdão e tolerância. No acompanhamento do caso, foi indagado da mãe se não tinha algum familiar que pudesse receber o filho acautelado, quando saísse, e apoiá-lo. Intermediando alguns contatos, a equipe e a mãe conseguiram que uma tia recebesse o adolescente. O processo de aproximação começou com encontros entre a mãe, a tia e a equipe do Tribunal de Justiça, composta de assistentes sociais e psicólogos. Frequência à escola e a cursos profissionalizantes foram apresentados como condição para ele obter a semiliberdade. A equipe também trabalhou a minimização do ódio para uma convivência possível, sem violência, agendando encontros dos irmãos.

Percebe-se que a atuação da equipe para intermediar o conflito é de fundamental importância, mesmo que seja para intermediar as ações para um melhor caminho, que só vai ser conhecido a partir do encontro com os envolvidos. Precisa-se desta estrutura humana, que passa a conhecer a comunidade na qual o adolescente esteja inserido, identificando suas necessidades e apresentando propostas para supri-la. Há questões que a responsabilidade da concretização das necessidades é da família, outras da sociedade e ainda há aquelas que necessitam de uma ação positiva do Estado de inclusão social. Se não existe uma rede de

apoio no lugar em que se cumprem penas e medidas socioeducativas, pode-se concordar com a indagação: o que sobra? Caos.

Nesta constatação, interliga-se o princípio da coculpabilidade como forma de minimizar o índice de reincidência. O princípio orienta as pessoas a estarem juntas, procurando restaurar desequilíbrios sociais, visando a verificar as condições de vulnerabilidade no meio social daqueles que praticam crimes, dividindo o Estado e a sociedade à busca da reintegração, abrindo espaços e impedindo o etiquetamento do sujeito. Este é o compromisso constitucional, conforme os dizeres do preâmbulo da Constituição, pelo qual o valor da nossa sociedade é baseado numa sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica dos conflitos.

Em outras fronteiras, práticas restaurativas já estão sendo empregadas há mais tempo e com um acompanhamento dos casos para verificação da ressocialização. No Brasil, o movimento comemora seus dez anos, com projetos espalhados, mas, sem que fosse publicada uma pesquisa empírica com estudos de casos em que se mapeia o índice de reincidência dos acolhidos em projetos baseados em práticas restaurativas. Essa demora deve-se ao período necessário de mapeamento dos casos, que teriam que ser considerando os cinco anos, após o término do caso ou do cumprimento da pena, se imposta. Apesar de saber que movimentos no Brasil acontecem nesse sentido, nos mais variáveis cantos, a academia agora é que começa a catalogar os casos para constatação da reincidência.

No Canadá, a implementação da Justiça Restaurativa expande-se em todo o país. Um dos marcos encontrados da rede de apoio foi a partir do seguinte caso concreto: tratava-se de um ofensor que tinha cumprido pena por crimes sexuais e obtivera a possibilidade de cumprimento de pena em outro regime que não o fechado. Na medida em que foi liberado, o governo já não tinha programa para ele. Essa pessoa não era bem-vinda, nem dentro da família, nem dentro da comunidade. Restava-lhe o isolamento. Ninguém sabia o que estava fazendo. Observa-se que, sem grupo de apoio, a pessoa que sai do cárcere não tem modelo de comportamento; a tendência de cometer outro crime é muito grande. Um líder religioso tomou iniciativa de formar um círculo (hospitalidade radical), composto de pessoas que pudessem colaborar no sentido de arrumar o local para o sujeito morar, alimentação, possibilitar um atendimento psicológico etc. Ações que ninguém faria se não houvesse o impulso desse líder. Este grupo trabalhou as necessidades básicas do sujeito, que viveu catorze anos, sem cometer novos crimes.

A partir dessa experiência, foram formados outros círculos de apoio denominados de *Círculos de Suporte e Responsabilidade*, a partir de 1994, constituindo exemplos de círculos de rede de apoio como discorrido no capítulo anterior. Até o presente momento, dezessete cidades do Canadá desenvolvem esse apoio aos infratores e às vítimas. Forma-se um círculo social, começando na prisão, antes de ser liberado, em que se verifica se o relacionamento não prejudicará a segurança dos participantes. Posteriormente, o círculo de apoio aproxima-se do sujeito e faz-lhe a proposta de caminharem juntos quando o infrator ingressar novamente no convívio social – caminhar com o ofensor – com o compromisso de que ele se manterá responsável com o comprometimento de não fazer mais vítimas.

Não é somente ato de caridade, é o envolvimento da sociedade, na função de reduzir o risco da vitimização e sobrevitimização. Os voluntários deparam-se com as emoções da pessoa que saiu da prisão, depressão, raiva, falta de esperança; para tanto são treinados a lidar com essas situações. O círculo tem função de apresentar um modelo de como se ressocializar, como se comunicar com os outros, oferecendo assistência como auxílio para trabalho, moradia, recreação etc.

Constatações surgem que, quando há a presença dos círculos, os índices de reincidência entre ofensores reduzem-se, demonstrando a importância de a comunidade envolver-se no processo de restauração, levando-o ao reexame do papel da cidadania, no trabalho da justiça, em que membros da sociedade, da comunidade e de ONGs podem participar ativamente na contribuição da ressocialização pretendida pelo Estado.

Apesar de vários programas de Justiça Restaurativa expandirem-se por vários países, poucos foram avaliados em casos de crimes mais graves. O Projeto de Justiça Colaborativa *(Collaborative Justice Project [CJP]),* desenvolvido no Canadá, teve como foco a análise das perspectivas da Justiça Restaurativa em casos mais graves, de maior potencial ofensivo, no momento do início da ação penal (ANEXO B). Os resultados das investigações estenderam-se para a verificação de dados sobre o número de reincidência, comparando os casos atendidos no projeto com outros semelhantes que tramitam nos parâmetros da Justiça denominada de tradicional.

Em que pese o sistema de o *common law* ser identificado como mais receptivo ao encaminhamento de casos para a Justiça Restaurativa, principalmente pelo não engessamento às regras, oportunizando mais discricionariedade ao órgão acusador, mostra-se tão inflexível, retributivo e encarcerador quanto o sistema da *civil law*, a exemplo do Estados Unidos da América, demasiadamente punitivo, que, com a perspectiva de limpar a cidade, possui a maior população carcerária do mundo.

O Canadá adota o sistema da *common law*, mas observa-se uma tendência baseada na moderação no uso do encarceramento sobretudo, com a alteração do Código Criminal ocorrida em 1996, em que dispõe sobre a *ultima ratio* da pena privativa de liberdade, transformada em princípio quando da alteração, na seção 718.2, que descreve que um delinquente não deverá ser privado da liberdade se sanções menos restritivas puderem ser apropriadas nas circunstâncias e que todas as sanções disponíveis deverão ser consideradas para todos os delinquentes, no lugar da pena privativa de liberdade, e determina ainda particular atenção às circunstâncias dos delinquentes aborígenes[35]. É também do reconhecimento e respeito pelas circunstâncias dos aborígenes que o Canadá se torna solo fértil aos comandos da Justiça Restaurativa, inspirada nos mecanismos de solução de conflitos desses povos.

Além de círculos de apoio para os infratores que cumprem a pena, no Canadá experimenta-se a possibilidade de, paralelamente ao sistema tradicional de persecução penal, o encaminhamento de casos a programas desenvolvidos para práticas restaurativas, a exemplo do Projeto de Justiça Colaborativa (CJP), desenvolvido na área de Ottawa[36]. Um dos objetivos desse projeto foi mapear a viabilidade de práticas de Justiça Restaurativa e seus efeitos em casos graves, como roubos, estupros, direção perigosa com vítimas, entre outros. Os casos foram encaminhados pelo sistema tradicional, antes do início do processo, na fase de pré-julgamento, indicados por advogados de defesa, promotores e juízes e ainda por aqueles que trabalharam na investigação do caso. Após o encaminhamento, a equipe, formada por um grupo interdisciplinar de pessoas que atuam no projeto, encontra-se com o acusado para certificar se ele estava disposto a aceitar a responsabilidade pelo crime e participar do projeto; uma vez aceito, a equipe, então, entra em contato com a vítima para convidá-la a participar da prática restaurativa. A proposta era de suspensão do processo tradicional para que as práticas pudessem acontecer, sendo que ao final seria elaborado um relatório, em forma de proposta de sentença, construído com a ajuda dos envolvidos no conflito. Sem o estabelecimento de um acordo, o caso processar-se-ia na justiça tradicional sem prejuízo algum à não conclusão nos

---

[35] *"718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:(*d*) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and(*e*) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders."*

[36] Todo o projeto de Justiça Colaborativa está apresentado nesta tese como anexo, incluindo gráficos de comparação. A publicação original encontra-se publicada, sendo disponibilizada no site <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/cllbrtv-jstc-prjct/index-eng.aspx>.

moldes restaurativos. Em todo o caso, o juiz poderia revisar a proposta, fazendo as alterações que julgasse necessárias. Durante o cumprimento das imposições e por um tempo, após o seu término, uma avaliação seria realizada com publicação dos resultados da Justiça Restaurativa institucionalizada, como uma ferramenta disponibilizada às pesquisas na expansão das bases empíricas em relação ao tema.

O programa foi articulado para oferecer apoio às partes, capacitando os indivíduos afetados pelo crime a conseguirem, por meio de uma abordagem restaurativa, traçar planos de reparação, com a responsabilização pelo ato praticado pelo ofensor, numa ação conjunta, no sentido de uma proposta de resolução adequada ao caso, convivendo, portanto, os dois modelos, dentro de um mesmo processo, mas, paralelamente, iniciado na Justiça tradicional e sobrestado o trâmite até a conclusão do processo restaurativo, e posteriormente encaminhado à Justiça tradicional para conclusão final. O projeto começou em 1998, com uma equipe multidisciplinar, composta de assistentes sociais, policiais, operadores do direito, psicólogos entre outras pessoas da comunidade que atuaram e coletaram dados. Os critérios de inclusão nesse programa foram: crime de natureza grave, pelo menos uma vítima estar interessada em participar, e o acusado aceitar a responsabilização pelo ato. A avaliação seria feita pelos participantes, por meio de preenchimento de questionários, de participação de entrevistas e ainda com relatórios dos facilitadores que acompanharam os casos. A amostra consistiu na avaliação de um grupo de 288 participantes, sendo 65 infratores e 112 vítimas no grupo de Justiça Colaborativa (CJP) e no grupo denominado de grupo de controle (moldes tradicionais), foram quarenta infratores e 71 vítimas. Os infratores foram escolhidos em casos semelhantes de gênero, tipo de delito, a idade e o nível de risco.

Um círculo consultivo foi incorporado, em que se reuniam mensalmente profissionais do sistema de justiça criminal, como promotores de justiça, advogados de defesa, policiais, funcionários do programa, e outras pessoas da comunidade. O principal objetivo desse círculo era a discussão de casos, aconselhamento, apoio ao pessoal da equipe do programa, identificação de uma ampla gama de perspectivas, tanto no contexto tradicional como nos atendidos pelo CJP, além de estabelecer elos dentro das comunidades, apresentando o programa.

Resultados específicos analisados para verificação se as metas do programa foram cumpridas, se as necessidades foram atendidas e se a participação dos infratores reduzem a probabilidade de reincidência, foram comparados com casos idênticos que não passaram pelo projeto. A coleta de dados para o grupo CJP começou no outono de 1999 e foi concluída no final de 2003. Os dados colhidos do grupo de controle foram reunidos durante o ano de 2004.

Uma das análises das características das vítimas revelou que, entre as necessidades apresentadas, as mais relatadas foram: a necessidade de obter informações sobre o crime, ouvir dos ofensores a explicação, comunicar o impacto que o crime teve sobre eles e a reparação do dano. Quanto aos ofensores, foram identificadas necessidades ligadas ao pedido de desculpas, tentativa de reparar o dano causado e fornecer uma explicação para seu comportamento criminoso. Curiosamente, apenas metade dos casos resultou num encontro entre vítima e ofensor, sugerido um encontro; nem sempre foi necessário para que se obtivesse um resultado restaurativo. Nesse projeto, o encontro *cara a cara* pôde ser substituído por encontros intermediados por terceiros ou de comunicações escritas. Todos, porém, queriam o apoio da equipe. Avaliação incluiu também atitudes que examinam níveis de medo das vítimas e arrependimento do ofensor.

Os casos encaminhados ao programa levaram cerca de oito meses para ser processados. Planos de ação constituíram em reparação do dano, atividades ligadas à prestação de serviços à comunidade, a restituição, encaminhamento a tratamentos de saúde, incluindo programas destinados a apoiar dependência química e alcoolismo, tratamento psicológico e manutenção ou oportunidade de emprego, ou mesmo, indicação de um curso profissionalizante. O Tribunal aceitou a maioria dos acordos, no momento da sentença, acrescentando alguns elementos adicionais. Embora para os casos o crime prever pena privativa de liberdade, poucos receberam essa penalidade na sentença.

Para avaliar o valor acrescentado de uma abordagem restaurativa, os participantes do programa de Justiça Colaborativa compararam, por meio de questionários e entrevistas realizados com indivíduos processadas pelo sistema de justiça criminal tradicional com os participantes do programa restaurativo, e a diferença entre os dois grupos foi demonstrada em termos de aceitação dos participantes. Os participantes do projeto restaurativo aceitaram mais tanto a imposição da penalidade como a reparação proposta para as vítimas, em comparação com os ofensores do grupo de controle (aqueles que não passaram pelo projeto). A etapa final da avaliação envolveu a revisão dos registros de antecedentes criminais para determinar se os infratores voltaram a praticar crimes, dentro de um período de acompanhamento de três anos. Após esse tempo, foram coletados dados daqueles que estiveram no grupo de controle, até o final de 2004, e muitos desses ofensores ainda estavam encarcerados. Nesta circunstância, a equipe passou a analisar outro número de casos que não passaram pelo CJP e acompanharam pelo período de pelo menos um ano a partir da liberação. Os índices de reincidência sugerem que o CJP teve um efeito positivo, com uma taxa menor do que o grupo de controle.

As taxas de reincidência para os infratores pertencentes ao grupo de controle foram de 28,0% em um ano e 54,0% no prazo de três anos. Esses percentuais foram comparados com os índices de reincidência dos participantes do grupo do CJP, sendo que neste, a taxa foi de 18,0% no prazo de um ano e 36,0% em três anos. O coeficiente sugere que o CJP está tendo um impacto sobre a reincidência em cerca de 18% a menos durante o período de acompanhamento de três anos, como demonstra a Tabela 1 abaixo:

Tabela 1 – Estatística de reincidência (%, n)

Estatística de reincidência de:	Ofensores CJP	Ofensores controle
	n = 50	n = 50
Reincidência em até 1 ano	18.0 (9)	28.0 (14)
Reincidência em até 3 anos	36.0 (18)	54.0 (27)

Fonte: Disponível em: <https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/cllbrtv-jstc-prjct/index-eng.aspx>.

A pesquisa demonstrou que o nível de medo que as vítimas enfrentam não tinha muita variação daquelas que participaram do projeto restaurativo em relação às que não participaram, embora as vítimas que participaram do CJP eram menos temerosas em relação ao seu agressor. Especificamente, os processos de justiça restaurativa podem auxiliar na redução do medo do agressor, mas, não, na redução do seu medo geral de crime (ou seja, todos os outros delinquentes). Essa descoberta levanta questões para uma pesquisa adicional analisar o nível de medo das vítimas e a mudança ao longo do tempo, no contexto de um processo de justiça restaurativa.

Em conclusão, a avaliação constatou que uma abordagem restaurativa pode ser aplicada também em casos de crime grave, e ainda acrescentou a constatação de que não é a gravidade do crime que fomenta a reincidência, haja vista que a pesquisa feita demonstrou resultados positivos para crimes de maior potencial ofensivo e que não necessariamente receberam pena privativa de liberdade.

Chega-se à constatação também de que a pena privativa de liberdade não reduz os níveis de reincidência, além de atentar contra o respeito da dignidade da pessoa humana daquele que cumpre pena. Nas palavras de Yarochewsky:

> O condenado quando chega à prisão perde a identidade, a honra, com total falta de espaço, submetido a violências físicas, sexuais e outras inimagináveis. Seria

> ingenuidade acreditar que a prisão ressocializa o condenado e reintegra à sociedade. (YAROCHEWSY, 2005, p. 194–195.)

Parafraseando Mandela, se se quiser analisar como um país tem reconhecido os direitos humanos, é só visitar um presídio e então se constatará o nível de respeito à dignidade do ser humano de cada membro desta nação (GRUPO INTERNACIONAL DE TRABALHO E CONSULTORIA, 2000).

Portanto, o momento não é de acreditar que as mudanças no sentido de redução da criminalidade dependam exclusivamente do Estado, é um compromisso conjunto. Constata-se a incompetência de sucessivos governos em relação ao tema; o Estado tem o interesse de encarcerar e nada faz em relação ao egresso do sistema penal. Também se verifica que o momento é de reflexão acerca da aceitação social do discurso ideológico da contenção da violência por meio da prisão e ainda que os direitos humanos não devam ser respeitados quando se trata de criminosos.

Resta agora trocar as lentes e acreditar que a mudança depende da contribuição de cada um, dentro do seu contexto de vida. Toda mudança tem um ponto de partida, começa por algum lugar. Para que um ex-presidiário ou condenado a penas restritivas de direitos encontre um ambiente mais fértil para a sua reintegração são necessárias ações conjuntas. É necessário acreditar e fomentar a perspectiva de mudança do ser humano para um futuro melhor. Nenhum infrator é descartável. A pessoa não é o que ela faz num determinado momento da vida; desligar a pessoa do ato constitui um dos valores almejados na Justiça Restaurativa.

8 A VÍTIMA OU O OFENDIDO

A Justiça Restaurativa tem como uma de suas bases o reconhecimento da vítima como sujeito de direitos que não se esgotam na possível punição do autor do fato. Para se promover o direito justo deve-se respeitar a vítima de uma infração e proporcionar-lhe tratamento diferenciado pelas instituições estatais.

A vítima experimenta sentimentos assemelhados ao luto pela perda de algo, que pode ser patrimonial, físico, invasão de privacidade ou intimidade, entre outros.

A primeira reação, de súbito, é o susto seguido da negação: "Isto não pode estar acontecendo comigo!". Logo depois, é substituído por sentimentos de choque, apavoramento, raiva e medo. "Por que eu?". Diante desse primeiro momento, as reações são variadas, podendo ensejar uma resposta violenta, excessos de reação, a não reação, a fuga ou mesmo a cooperação com o ofensor, se houver a presença física da vítima, no momento do cometimento da infração. Quando o conflito se estende, outro estágio que pode acontecer é o da barganha: "Por favor, não faça isto!". Após a consumação do crime, a culpa torna-se uma companheira dolorosa: "Se eu tivesse tomado cuidado!". Ou: "Se eu tivesse reagido!". Ou ainda: "Se não tivesse reagido e barganhado!". As pessoas próximas da vítima sentem semelhante reação emocional: susto, seguido da raiva, e alguns se sentem culpados por ter podido evitar o acontecido. Comum é a presença do "se", do "por quê?", e a reiteração do contar dos fatos a cada um que se disponha a ouvir.

Zehr identifica que a ansiedade das vítimas, comum em todos os casos, está relacionada ao medo de acontecer de novo.

> Além da indenização e respostas, as vítimas precisam de oportunidades de expressar e validar suas emoções: sua raiva, medo e dor. As vítimas precisam encontrar oportunidades e espaços para expressar seus sentimentos e seu sofrimento e também para contar suas histórias e resgatar o empoderamento para continuar a viver em sociedade. (ZEHR, 2008, p. 27.)

O grande salto é o da aceitação do por que eu para o "por que não eu?".

Para os outros, é fácil responder: "Por que não ele? Ainda bem que não foi comigo!". Na verdade, não se pode fugir de todo da tendência de números crescentes. Vive-se numa sociedade em que cada vez há mais carros nas rodovias, em que o sossego da vida simples, em pequenas cidades, está sendo substituído por uma sociedade de massa em meio a vários conflitos. Embora todo homem tente adiar o encontro com tais conflitos, estes estão cada vez mais frequentes. Não se pode negar a existência de uma sociedade capitalista que cultua o *ter*

como sinônimo de inclusão social e a crescente proliferação das drogas e da desigualdade social reinante. Problemas legais, morais, éticos, psicológicos, sociais, são postos para as gerações presente e futura, que decidem e decidirão o que não pode ser feito por computadores, muito menos em nível de massa. O que tem que ser pensado e respeitado é todo ser humano individualmente.

8.1 O processo penal

A primeira indagação que se formula é: o que espera a vítima do processo? Punição do ofensor, reparação do dano, tratamento adequado nas instituições estatais ou pacificação social? As respostas não são iguais, são construídas e reconstruídas a depender da realidade social de cada indivíduo. E, posteriormente, indaga-se: qual o seu papel na condução do processo e na decisão final do conflito e como o processo pode responder às expectativas das vítimas?

Pode-se, sem muito esforço, reconhecer que, no processo penal, a vítima não é respeitada como a principal interessada no conflito. A oportunidade de fala resume-se a prestar um depoimento em juízo. Quando se transita pelos corredores forenses, em frente a salas de audiências de conflitos penais, vê-se que se mistura a outras testemunhas ou com a família do ofensor, que, por hábito, marcam presença, sobretudo, quando este se encontra preso, como oportunidade de um encontro com o advogado para obter notícias do andamento do processo, ou mesmo, para um contato, com o ofensor. Acerta Zaffaroni (1996) quando diz que o processo penal é uma cerimônia degradante. Cenas de choros de familiares tornam-se comuns quando o ofensor aparece algemado para as audiências. Enfim, diante desse contexto, fica a vítima sem nenhum tratamento diferenciado. Poucos tribunais, como exemplo o da Bahia, reservam sala especial a crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, em respeito à Recomendação n.º 33 do CNJ, de 23 de novembro de 2010, que recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. (CNJ, 2010). Contudo, toda vítima merece um tratamento diferenciado de acolhimento e respeito no ambiente policial e judicial.

Para que o entendimento do motivo da vítima, que foi a principal ofendida pelo conflito penal, não ser o centro de todo o processo penal e não ter seu papel respeitado, como sujeito de direitos, perpassa pelo contexto histórico.

A primeira forma de responder a uma ofensa de que se tem conhecimento foi por meio da vingança privada em que vítima ou seus familiares ou até mesmo toda tribo davam a

resposta ao ato praticado. Essa reação nem sempre era proporcional ao fato, podendo passar de geração para geração, ou mesmo, extinguir a própria tribo ou grupo.

Em momento posterior, surgiu a necessidade de que a resposta pela vingança fosse de maneira equivalente, na busca de certa proporcionalidade, como se observa no Código de Hamurábi, elaborado na Babilônia. Contextualizado à época em que foi escrito, 1700 a.C., representou um avanço à resposta desproporcional em que era dada.

É exemplo dessa proporcionalidade a lição bíblica do Êxodo, capítulo XXI, versículo 23 a 25: "Se resultar uma desgraça, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, contusão por contusão".

Oliveira observa que a finalidade da resposta continha também o interesse da manutenção da coesão social entre grupos:

> Ainda que a vítima participasse de rituais punitivos, a finalidade maior de tais práticas era restabelecer a coesão social abalada pela prática do crime. O interesse do grupo na manutenção da coesão social – especialmente por suas raízes religiosas- sobrepunha-se ao interesse individual. (OLIVEIRA, 1999, p. 22.)

Pellegrini (2003) assinala que, paulatinamente, a vingança privada foi dando lugar à justiça pública a partir da necessidade de controle da reação privada e da preocupação dos reis em resguardar seus interesses, ritualizando a vingança, passando de uma guerra particular para a guerra pública. Interesses que versavam na centralização do poder na figura do soberano, em detrimento do poder fragmentado nas mãos da Igreja e dos senhores feudais.

Nas palavras da autora:

> A vingança privada e a justiça privada foram dando lugar à justiça pública. Forma-se, assim, a noção de proibição da justiça pelas próprias mãos, até hoje tipificada como conduta ilícita que teve como ponto de partida a expropriação do conflito pelo Estado. Portanto, a vítima foi sendo neutralizada [...] Este estágio de neutralização pode ser verificado desde o Direito Romano, passando pela Idade Média, pela formação dos Estados Nacionais, pelo iluminismo, chegando até nosso século. (PELLEGRINI, 2003, p. 24.)

Assim, resposta por ofensas a bens patrimoniais e físicos, entre outros, passa a ser estendida para além da ofensa à vítima e a seus familiares, como ressaltado por Foucault (2002, p.41): "[...] o crime além de sua vítima imediata, ataca a vontade do soberano, ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe.".

Criou-se o cargo de procurador do rei, hoje a figura do Ministério Público, com a prerrogativa de chamar à casa do rei as pessoas que tinham questões com o monarca. Em

Portugal, o cargo passou a integrar as Ordenações Filipinas, em 1289. Estes seriam incumbidos, além de questões fiscais, de descrever os fatos ou interesses das vítimas.

Para alguns, este cargo fortalecia a possibilidade de uma resposta para a vítima, sobretudo para aquelas que não teriam condições de responder sozinhas às ofensas recebidas. Contudo, Foucault (2002, p. 66) observa que essa apropriação do conflito pelos reis teve o objetivo de garantir a consolidação de um poder diante de outros, com os quais o monarca, em plena Idade Média competia. Nesse contexto não cabia ao culpado somente reparar o dano à vítima, mas, também, à pessoa do rei. E, para que o poder da monarquia não se dissolvesse, com a morte do rei, desenvolveu-se a figura dos *dois corpos do rei*, um físico e um político. O corpo político nunca morria justificado pelo poder divino.

Desta forma, o crime representava uma ofensa não só à vítima, mas, à figura do soberano. A vítima deixou de ser o ator central do conflito, como era na antiguidade, e passou a ser neutralizada. Desta maneira, se alguém furtava algo de outrem, não se via mais o conflito entre duas pessoas, mas, sim, o conflito entre o ofensor e o rei. E, aumentando o poder real, o culpado pela infração devia reparar o dano que causara, principalmente, à pessoa do rei, instituindo o sistema de multas como forma de arrecadação aos cofres das monarquias. Percebe-se que o interesse econômico ingressa no cenário do interesse de punir da época.

A reforma operada no século XVIII, a partir do Iluminismo, desloca o direito de punir dos reis para o Estado, formado por um pacto social. O deslocamento do *jus puniendi* muda a roupagem, mas permanece o interesse do Poder em detrimento ao interesse da vítima, o que também foi relatado por Foucault (2002, p. 77), na obra *Vigiar e punir*, no sentido de que o direito de punir revelava uma forma de controle social e de manutenção da criminalidade como justificativa do poder político-econômico.

Beccaria, já em seu tempo, registrou a crítica ao pacto social que se corporificava por intermédio de instituições de leis que visassem unicamente ao bem público:

> Ninguém faz gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando unicamente ao bem público. Tais quimeras só se encontram nos romances. Cada homem, só por seus interesses está ligado às diferentes combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar ligado pelas convenções que obrigam os outros homens. Sendo a multiplicação do gênero humano, embora lenta e pouco considerável, muito superior aos meios que apresentava a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam a cada dia mais numerosas e se confundiam de mil maneiras, os primeiros homens, até então selvagens, se viram forçados a reunir-se. Formadas algumas sociedades, logo se estabeleceram novas, pela necessidade de se resistir as primeiras, e assim viveram essas hordas, como tinham feito os indivíduos, num contínuo estado de guerra entre si. As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados, sobre a superfície da terra. (BECCARIA, 2001, p. 16.)

Com a formação do Estado de Direito, o Direito passou a ser compreendido como um sistema de normas genéricas e abstratas aplicáveis a todos. Pretende esse período a intervenção mínima do Estado na vida privada do indivíduo. Para o Direito Penal, essa concepção tem outra vertente. Infringindo uma norma dita como ilícita, o Estado, obrigatoriamente, devia intervir, não se afastando da intervenção penal. Nessa seara, o Estado continua atuante, na função de punição, como já discorrido no capítulo que versa sobre os direitos fundamentais. A liberdade de cada um está em fazer o que não seja proibido. As bases dessa compreensão de Estado Liberal ou de Direitos de primeira geração, como intitula Bonavides (2004), está em reconhecer que o Estado também não poderá punir se não houver lei que identifique a ação como infração penal. De certa forma, foi uma libertação do poder irrestrito dos reis e da Igreja. Contudo, observa-se que a pena de multa continua a viger, como forma de arrecadação para o Estado e manutenção do sistema punitivo. Neste paradigma, não há a preocupação com a pessoa, nem do infrator e muito menos da vítima. A pena fundamenta-se como retribuição de um crime praticado.

O princípio da legalidade garante que não haverá crimes e punição, sem lei anteriormente que os defina. E para agigantar o Estado punitivo, uma inflação legislativa de condutas tidas como ilícitas marcam a história. A obrigatoriedade da intervenção penal, diante de uma inflação de normas, faz com que o Estado intervenha nos mais variáveis tipos penais. Milhares de processos penais são instaurados pelo simples fato de obediência cega ao princípio da legalidade, em face de ofensas a bens jurídicos protegidos pelo Estado, compreendidos na ótica ideológica de cada um.

Resta aqui indagar se ainda se está agindo sob a égide desse modelo, ou seja, aplicando o Direito Penal com a fundamentação de proteção a bens jurídicos, sem que as reais pessoas envolvidas sejam enxergadas como sujeitos de direitos, respeitando somente o princípio da legalidade.

8.2 A inclusão da vítima no processo como forma de assegurar seu direito fundamental de participação

Vive-se hoje num Estado Democrático de Direito. Deu-se um passo à frente de Estado simplesmente legal. A democracia garante-se por meio de um sistema de direitos fundamentais que assegura o processo legislativo democrático, mas, que também assegure um Processo Penal Democrático.

Seguindo a linha de pesquisa de Pellegrini (2003), notadamente na justificação da inclusão da vítima no discurso, tomam-se como subsídio os ensinamentos de Habermas de inclusão de todos os afetados, como participantes de um discurso racional. Ressalta Habermas que:

> É permitido descrever o comportamento legal como uma obediência a normas que entraram em vigor, seja através da ameaça de sanções seja através de decisões de um legislador político. No entanto, a facticidade da legislação distingue-se da implantação do direito que impõe sanções, na medida em que a permissão para a coerção jurídica é deduzida de uma expectativa de legitimidade associada à resolução do legislador (a qual poderia ser diferente e corrigível em princípio). A positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição de aceitabilidade racional das normas estatuídas [...] O direito normatizado não consegue assegurar-se dos fundamentos da legitimidade apenas através de uma legalidade que coloca à disposição dos destinatários enfoques e motivos. (HABERMAS, 2012a, p. 53–54.)

Desta forma, a participação da vítima, como sujeito de direito e principal afetada pelo conflito, contribuiu para o resultado legítimo de resposta estatal democrática e deve ser reconhecida. É também de Habermas (2012a, p. 54) o entendimento de que o Direito moderno "[...] nutre-se de uma solidariedade concentrada no cidadão, que surge, em última instância, do agir comunicativo".

O entendimento do Direito integrador, que oportuniza que a vítima seja inserida no debate, dentro do modelo mais aberto e comunicativo, possibilita um sistema resolutivo para seu conflito de maneira que suas pretensões sejam conhecidas, viabilizando a validade da decisão judicial, num sistema penal fundado também no consenso.

No entendimento de Habermas:

> Deve ser possível pelo menos obedecer às normas do direito, não porque sejam coercitivas, senão porque são legítimas. A validade de uma norma jurídica indica que o poder estatal garanta simultaneamente a legítima produção do Direito e a fática imposição do mesmo. (HABERMAS, 2000, p. 149.)

Pellegrini defende um processo de formação democrática retroalimentado pela soberania popular compreendida no Estado Democrático de Direito, como se denota abaixo:

> É importante ressaltar o processo circular de formação democrática da opinião e da vontade, de modo que depende concomitantemente de realização das liberdades subjetivas, que permitem a participação do cidadão no procedimento de tomada de decisão próprio da soberania popular, que é também necessário ao estabelecimento de liberdades subjetivas. (PELLEGRINI, 2003, p. 56.)

Esse pensamento é corroborado por Moreira (2003, p. 167) "[...] para que a convivência seja regulada pelos meios do direito positivo, é preciso que os sujeitos de direito sejam compreendidos, ao mesmo tempo, como destinatários e autores da ordem jurídica.".

Nesse contexto de inclusão, ressalta Pellegrini (2003), a importância da participação cidadã individualmente e da sociedade civil, na esfera pública, compreendida de maneira ampliativa, em que os sujeitos adquirem importantes papéis como agentes formadores e conformadores da sociedade:

> A compreensão de Habermas do que seja a esfera de autonomia pública, não é restritiva, mas efetiva-se com a participação no processo decisório, como acontece no Tribunal do Júri, com competência para julgar crimes dolosos contra a vida. Bem como na participação da sociedade civil a qual é composta por movimentos, organizações e associações, os quais captam ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas. (PELLEGRINI, 2003, p. 59.)

Nesse paradigma, a reconstrução de Habermas (2012a, p. 159) volta-se ao procedimento democrático, baseado no princípio do discurso que "[...] nos fornece os meios suficientes para introduzir, as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* de sujeitos de direitos.".

O direito subjetivo de tutela jurisdicional das vítimas, compreendido no código jurídico, com a abertura para sua participação no processo penal, faz-se legítimo, diante da realidade vivida e próxima de grande parte da massa brasileira, considerando que os conflitos aumentam a cada dia. Os cidadãos são atores vivos dessa realidade. O direito de participação é ampliativo, porque as pessoas são os destinatários da norma penal, quer como vítima quer como infratores. O processo penal, dentro desse contexto participativo, deve oportunizar o espaço de fala para cada envolvido, uma vez que somente este é capaz de esclarecer os pontos de vista relevantes em termos de garantia de direitos fundamentais dentro de uma sociedade plural.

Processos circulares, dentro da proposta restaurativa, compreendem uma forma de práticas restaurativas em que são ouvidas as histórias da vítima e do ofensor, na tentativa de um plano de ação que almeje a pacificação social. Permitem à vítima buscar respostas à indagação: por que eu? E ainda saber quais são suas expectativas. Apresenta-se, portanto, como meio para que os sujeitos de direitos adquiram o importante papel de protagonistas, a partir da autonomia privada e cidadã, abrindo o espaço público para a comunicação dos envolvidos no conflito.

Como demonstra Canêdo e Chamon Júnior:

> O Estado Democrático de Direito e perante o Estado de Bem-Estar significa antes de mais nada um diferencial no reconhecimento da diferença: não mais se pretende estabelecer para os outros aquilo que se julga bom para estes, mas o que importa agora é uma superação desse modelo eticizante pela ruptura significada por uma visão democrática que diz antes respeito a uma procedimentalização. Trata-se, destarte, de um paradigma procedimental em respeito não só à pluralidade, mas também à capacidade de todos participarem e se reconhecerem como coautores do Direito. (CANÊDO; CHAMON JÚNIOR, 2002, p. 71.)

Pellegrini, na mesma linha, acentua com base na visão procedimentalista, a participação de todos os envolvidos, inclusive a vítima:

> A vítima lesionada em sua integridade pela ação ou omissão do sujeito não pode ser excluída da solução do conflito em virtude da expropriação do conflito pelo Estado. Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, em sua visão procedimentalista, é indicado que os afetados participem do processo de discussão, mediante a atuação complementária de sua autonomia pública e de sua autonomia privada. (PELLEGRINI, 2003, p. 65.)

Zaffaroni coaduna-se com tese de o processo não poder mais despersonificar o conflito, neutralizando a vítima, no Estado Democrático de Direito:

> A vítima de um delito acaba sempre prejudicada consideravelmente, porque, em regra, o sistema penal permanece imperturbável; quando interfere, não é menor o estrago, em consequência da expropriação do conflito, sendo inadmissível que a agência judicial, além destes prejuízos tolere ainda que a irracionalidade do sistema penal chegue ao cúmulo de intervir quando, concretamente, esta intervenção pode acarretar prejuízos ainda maiores. Pode ser que a lei não seja expressa a respeito, mas os princípios elementares de respeito à dignidade da pessoa humana impõem um limite à utilização – e consequente coisificação – da pessoa humana: à utilização da pessoa do criminalizado para o exercício de um poder verticalizante; para tanto se usa a vítima mediante a expropriação (diríamos confisco) de seu direito lesado, resultando sempre excessivo, pois que a agência judicial também tolere que se use ainda mais a vítima, infringindo-lhe um sofrimento com a intervenção do poder do sistema penal contra a sua vontade. (ZAFFARONI, 1996, p. 242.)

Na evolução deste pensamento, crime deve ser visto como um conflito em que vítima e ofensor são partes da mesma história. Na perspectiva da participação democrática, o conflito pode ser resolvido de maneira dialógica, em que o Estado não os pode excluir da sua solução, ao contrário, deve oportunizar e estimular a participação.

Pellegrini (2003, p. 68) ressalta que o comando constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional, conforme disposto no art. 5.º, XXXV, da Constituição federal, abre espaço para o entendimento de que a vítima possa participar do processo penal como sujeito de direitos, em virtude do devido processo legal, da igual proteção jurídica e do contraditório, porque é afetada pela decisão judicial.

Retomando as indagações do início deste capítulo, a vítima precisa recuperar-se do sentimento de luto. No processo restaurativo, as partes são convidadas a participar de

encontros e projetos que têm o objetivo de apoiá-los no ensejo de minimizar a mágoa e trauma causados pelo conflito.

Muitas são as possibilidades, a depender do caso concreto. A partir dessa compreensão, a Justiça Restaurava apresenta-se como um sistema multiportas. As possibilidades estendem-se para qualquer tipo de crime, de lesão corporal a estupro. Cada vítima, a depender de sua convicção religiosa, cultural, tem necessidades diferenciadas. Muitos podem pensar, por exemplo, que vítimas de estupro não querem nunca mais ver o agressor. Isto não é regra. Um exemplo atendido em Brasília, de tentativa de estupro, traz um desfecho bem diferente desta generalização. A conclusão de crime de estupro é das mais difíceis, tanto para o órgão acusador quanto para o juiz. O crime acontece, sem muitas testemunhas e com depoimentos conflitantes. No caso concreto, a Promotoria de Justiça, diante das distorções das versões, antes de decidir denunciar um indiciado, encaminhou-o ao processo restaurativo, o que foi aceito pelo juiz. Os fatos versavam sobre um conflito entre uma empregada doméstica e seu empregador. No contexto, a vítima trabalhava e morava na casa da família. A versão dela era de que, ele se aproveitara do momento em que eles estavam sozinhos, quando ela estava tomando banho, tendo sido agarrada por ele e conseguiu escapar, gritando e pedindo ajuda aos vizinhos. Já a versão dele era de que o acontecido não tinha sido bem assim, que ela se insinuara para o ato.

O processo restaurativo parte da voluntariedade da participação, portanto, primeiro é preciso saber se a vítima aceita participar. E, neste caso, ela aceitou e ainda complementou: "Quero, mesmo, dizer umas verdades para ele!". Quando a vítima não aceita participar do encontro, podem ainda ser oportunizados encontros individuais, com a rede de apoio. Voltando ao caso, o convite foi feito ao suposto agressor, que não aceitou a participação e ainda complementou que a vítima queria era dinheiro dele. Mas, mesmo assim, deu-se um prazo de uma semana para que, se ele mudasse de ideia, a prática restaurativa pudesse acontecer. Percebe-se que, por medo, o agressor imediatamente consulta um advogado para pensar o jogo perde-ganha. Significa que sempre há a indagação: "O que eu ganho ou perco em participar?". O crime representa, também, para o agressor um trauma, que, neste caso, se estende a um conflito familiar, que, quanto mais rápido for a resposta, melhor para reconstrução da vida de todos. E a resposta para o jogo de perde-ganha do ofensor é: a aceitação em participar de encontros pré-processuais não significa confissão nem mesmo punição. Significa uma oportunidade de diálogo e de esclarecimentos sobre o fato acontecido. Assim, o encontro realizou-se. Cumpre aqui registrar que o Ministério Público do Distrito Federal está empenhado no projeto restaurativo, com várias ações desenvolvidas nesta ótica.

As lições tiradas desse caso concreto são exemplares. A vítima, sem muito grau de estudo, mas, de uma firmeza de personalidade, narrou o fato e externou seus sentimentos, mostrando que sua dignidade fora ferida e que por muitos dias perdera o sono, com raiva do acontecido e que esperava que ele respeitasse a dignidade de toda doméstica que tivesse a necessidade de morar em sua casa. A versão do indiciado manteve-se embasada na tese de que atitudes dela demonstraram, para ele, uma vontade do ato sexual. Ouvir a história contada pela vítima causa um impacto que tem consequências maiores que ouvir de um terceiro imparcial, como um juiz. Na rodada final (depois de as versões terem sido discutidas) da prática restaurativa foi perguntado à vítima o que poderia ser feito para minimizar o dano causado e a resposta foi: "Que ele não repita a ação com outras domésticas e que aprenda a respeitar a dignidade sexual das domésticas e que me indenize no valor do transporte que tive que pegar para a casa de minha mãe". Diante da expectativa de que ela queria muito dinheiro, a indenização ficou estabelecida em R$ 100,00. No tocante à responsabilização pelo ato praticado, foi feito o pedido de perdão. Cumpre destacar que o tempo oportunizado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal para a implementação de práticas restaurativas inclui até mesmo um café, com todos juntos, ao final, como forma de comemoração da pacificação pretendida.

A conclusão a que se chega desse caso é que a vítima não deseja a condenação em pena privativa de liberdade, mas quer ser reconhecida como pessoa com dignidade a ser respeitada. O ofensor que comungava a ideia de que tudo se resumia numa reparação pecuniária alta, ao final, pediu desculpas à vítima. Este é um exemplo de pacificação social e que o processo tradicional não consegue essa resposta. Ao final da prática restaurativa, um relatório foi elaborado no sentido de que ofensor e ofendida saíram satisfeitos com o encontro. Como o crime de estupro, nesse caso, é de ação pública condicionada à representação, constou-se a retratação da representação. O promotor pediu o arquivamento do inquérito, que foi autorizado pelo juiz. Caso não houvesse o encontro restaurativo, o arquivamento não daria a resposta satisfatória à vítima, e a denúncia recebida começaria com o procedimento que caminharia com as duas versões, a da vítima, que não é representada pelo advogado e que poderia ver sua explanação ser questionada em frente de outras pessoas, tornando-se novamente vítima secundária. Possivelmente, no procedimento, o acusado negaria a autoria do fato. Seria possível absolvição ou pena privativa de liberdade, com aumento pela circunstância de ser empregador, de acordo com artigo 226, do Código Penal, já que os vizinhos poderiam testemunhar o acontecido, o que abalaria toda a estrutura profissional e familiar do indiciado. Sentimentos de ódio, mágoa entre outros ruins seriam perpetuados. O processo não daria a resposta correta.

Para casos de violência doméstica, em suas várias formas, além das possibilidades das medidas protetivas, práticas restaurativas, contando com a rede de apoio, são possibilidades para aquelas que desejarem ser ajudadas, consistindo na inclusão num grupo de apoio ou outros encaminhamentos. São utilizados diversos recursos capazes de estimular o fortalecimento da autoestima e a recuperação do dano emocional, com o encontro com um grupo de pessoas que passaram por situações semelhantes. Projetos acontecem em parceria com escolas de psicologias, delegacia de mulheres e Tribunais de Justiça. O juiz pode oferecer oportunidades às vítimas para integrarem-se nas práticas restaurativas. Nesses encontros, as participantes poderão falar sobre os motivos que as levaram a procurarem ajuda, seus medos, dificuldades e preocupações, bem como a busca de condições e meios para superarem o trauma. Técnicas de relaxamento, meditação, autoanálise, trabalho corporal, música, dramatizações, dança e outras são utilizadas na tentativa de tornar mais eficaz e abreviado o processo de restauração dos danos causados. O que muitas pessoas, sem transtornos mentais mais severos, buscam é obter um atendimento eficaz e de resultados concretos, que as ajudem a solucionar ou buscar relacionamentos mais saudáveis, harmoniosos e satisfatórios. Enfim, busca-se o empoderamento da vítima para enfrentar e solucionar conflitos que envolvam convivência familiar.

Casos como esses são exceções em meio à ritualização dos processos de tantos conflitos penais que acontecem em todos os dias.

O Direito Penal e Processual Penal, na ótica da restauração, reestrutura-se em outro paradigma entendido como um conflito entre partes em que o processo penal representa o caminho participativo que busca a pacificação social. Reforça Pellegrini (2003, p. 72) que o processo "[...] não precisa ser justificado pela expropriação do conflito, mas sim pela construção participativa dos afetados pelo provimento jurisdicional".

Após essas considerações, a justificativa desse novo paradigma assenta-se na compreensão de que, no Estado Democrático de Direito, o Direito Penal e Processual Penal se legitimam em respeito à dignidade de todos os afetados no conflito penal, inclusive da vítima, que tem necessidades a ser garantidas e deve ser inserida no discurso que se materializa no devido processo, ou mesmo em momento que antecede sua instauração, mas, em qualquer situação, amparado pelo contraditório com oportunidade de fala em iguais posições a todos os atingidos pelos fatos conflituosos da sociedade plural.

É verdadeiro reconhecer que os sistemas processual penal e penal estejam em crise; o primeiro revestido de formalismo e apego a procedimentos impessoais, e o segundo, por aplicação de penas, com argumentos de autoridade, inadequados ao Estado Democrático de

Direito. Torna-se necessário realizar mudanças que devam operar no discurso e na prática para que as formas rituais deixem de ser discursos vazios para tornarem-se discursos de verdade, construídos com as partes. Dessa forma, um modelo penal participativo reivindica novas atitudes e comportamentos por parte dos operadores do Direito. A mudança pretendida começa no interior de cada um de nós, reconstruindo um novo pensar acerca do papel do Direito Penal e do Direito Processual e, a partir desta mudança, buscam-se novas formas de lidar com os conflitos penais, dentro do contexto de atuação de cada um, trocando as lentes, como assinala Zehr (2008).

Heidegger sustenta que o porvir está na base do compreender-se no projeto de possibilidade de mudanças e assumir a possibilidade de antecipar:

> No processo judicial, em um projeto de transformação oriundo do compromisso constitucional, o operador jurídico deve conhecer-se e assumir-se como tal. Ademais, esse operador orgânico deve (re) conhecer a possibilidade de antecipar as mudanças. (HEIDEGGER, 2002, p. 133.)

Baratta (2002, p. 177), ao desenvolver suas críticas ao Direito Penal, pontua duas observações importantes acerca da aplicação do direito que merecem ser corrigidas: a distância linguística que separa julgadores e julgados, desfavorecendo o papel ativo no processo, e o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo da vida dos envolvidos, por parte do juiz.

A começar por essas observações, a mudança pode acontecer, sem necessidade de alteração legislativa sobre os procedimentos processuais. O único momento em que os procedimentos operam o contato do juiz com as partes é na audiência de instrução e julgamento, em que serão ouvidos vítima, testemunhas e ofensor. Como é realidade que os casos encaminhados para as práticas restaurativas são minorias, dentro dos tribunais, pode-se aproveitar esse momento de encontro das partes para realizar a escuta ativa, na busca de uma solução participativa. A vítima é a primeira a ser ouvida, pela ordem atual do Código de Processo Penal. Nenhum prejuízo gera ao procedimento abrir o espaço para que a vítima conte sua história, externe sua pretensão, atribua valor ao dano sofrido e, posteriormente, permaneça, na sala, ouvindo todos os outros depoimentos com o ofensor. Após o interrogatório do denunciado, novamente a vítima poderá reiterar ou modificar suas pretensões. Em que pese não estar representada por um advogado e poder seus argumentos ser contestados pelo advogado de defesa, reconhecendo a posição de desfavorecido no encontro, juiz e promotor não poderão permitir o desrespeito à sua dignidade. A confiança nas instituições como garantidoras da não sobrevitimização é essencial a esta abertura. O juiz terá,

nesse modelo, argumentos decisórios mais próximos da realidade do caso concreto, podendo atender às expectativas da vítima, como a fixação do dano, após permitido o contraditório sobre o valor, corrigindo, assim, as falhas, como o decote pelos tribunais do valor fixado por não atender aos princípios do contraditório e ampla defesa. Na medida em que o processo se abre ao diálogo, pode-se indagar da vítima se a presença de pessoas estranhas, na sala de audiência, lhe gera constrangimentos, garantindo-lhe seu direito à intimidade e assegurando-lhe o segredo de justiça. A vítima poderá ter seu direito de informação respeitado, como as possibilidades de restituição dos bens, a reversão da fiança para atender à sua reparação, inclusive fornecendo número de conta para depósito, bem como a possibilidade de fixação da reparação do dano, e ainda os trâmites diante de um não cumprimento da obrigação, além de encaminhamento a projetos de apoio. A sentença, proferida, logo após as alegações orais em audiência, será de conhecimento imediato de todos, saindo a vítima desse encontro com uma resposta.

Até que se alcance a mudança coletiva no sentido de que seja oportunizado o caminho da restauração para todos os casos, ou ainda que seja oportunizado à vítima ser representada no processo como o acusado é, este modelo que se intitula de democrático, já é o início para a inclusão participativa da vítima. Vários desfechos poderão ser dados a cada caso, na lógica da pacificação social, no lugar do modelo simplesmente punitivo. Ainda nos casos de necessidade da fixação de pena privativa de liberdade, o juiz, ao analisar as circunstâncias judiciais, as atenuantes e agravantes e as causas de aumento e diminuição, terá base concreta na fundamentação a partir da participação dos envolvidos.

8.3 A vitimologia

Observa-se que o Direito Penal nasceu e desenvolveu-se no paradigma de neutralização da vítima e que, em meados do século XX, as reflexões acerca dessa neutralização começaram a ser difundidas, a partir da Segunda Guerra Mundial, com a vitimização do povo judeu, acrescido, na década de 1970, com o movimento feminista. Os abusos e irracionalidades cometidos pelos Estados Nacionais geraram reações que colocam em foco a legitimidade do Direito Penal, como o abolicionismo. Um dos argumentos abolicionistas é que o Direito Penal retira o conflito das pessoas diretamente envolvidas:

> A intervenção estereotipada do sistema penal age sobre a vítima e sobre o delinquente. Todos são tratados da mesma maneira. Supõe-se que todas as vítimas têm as mesmas reações, as mesmas necessidades. **O sistema não leva em conta as pessoas em sua singularidade.** Operando em abstrato, causa danos inclusive

> àqueles que diz querer proteger. (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 83.) *(Grifo da autora.)*

Ainda para os que não concordam, no todo, com os argumentos de abolição do Direito Penal, grande parte dos estudiosos questionam a dogmática penal de anulação da vítima e a visão restritiva de que o crime seja ofensa a bens jurídicos protegidos pelo Direito e cabe ao Estado enquadrar a infração a uma pena correspondente, sendo a presença da vítima prescindível, como o enfoque de Hassemer e Conde:

> O atual Direito Penal é dizer o Direito Penal do Estado já não é diferentemente do Direito Penal primitivo, uma relação entre delinquente e vítima. Atualmente a vítima está neutralizada, em lugar da compensação e do acordo entre o agressor e o agravado, comparece a ação penal pública. (HASSEMER; CONDE, 1991, p. 29.)

As elaborações científicas desenvolvidas pelos estudos penais passaram a discutir a participação da vítima, e é, sobretudo, no estudo da criminologia e das causas do comportamento delitivo, que se começa a questionar o papel da vítima, a princípio identificando que, em algumas situações, seu comportamento influencia, ainda que inconsciente, a conduta tida como criminosa. Os estudos visavam a incluir o comportamento da vítima como elemento de análise da culpabilidade do autor. O ordenamento jurídico penal brasileiro contempla esse momento, no art. 59, do Código Penal, sendo o comportamento da vítima uma das circunstâncias que o juiz valora para fixar a pena-base. Em que pese a inclusão da vítima no estudo da criminologia como sujeito passivo, podendo seu comportamento ter contribuído para o crime; tal análise reducionista da teoria do delito deve ampliar-se para o respeito da dignidade de todos os envolvidos, tanto o infrator como a vítima.

Portanto, há relação entre as críticas da criminologia e da vitimologia, o que remete ao estudo conjunto das causas da delinquência com a despersonalização da vítima. O que foi realçado por Silva, (2009, p. 45) quando discorre que há inter-relação dos estudos e destaca o papel colaborativo da própria dogmática do delito no fortalecimento do desfecho neutralizador da vítima, mercê mesmo dos horizontes criminológicos seguidos, logicamente decorrentes de um sistema legal em que o crime é definido como uma ofensa ao Estado.

O modelo de crime, como ofensa a bem jurídico em que o Estado a toma para si, deve ser reestruturado. As indagações perpassam pela escolha dos bens jurídicos que devam ser protegidos e pela análise do caso concreto. A função de proteção é da pessoa humana que teve seu bem violado e não mais coaduna a interpretação de que o Estado assume a ofensa ao bem jurídico da vítima em nome da paz social. Na identificação de quais bens jurídicos devam ser

tutelados pelo Direito Penal torna-se necessário que o titular do bem (vítima) se expresse quanto a sua relevância.

Dentro do princípio da intervenção penal mínima, o princípio de fragmentariedade orienta a atuação do Direito Penal na proteção de bens jurídicos relevantes, tornando imprescindível que a vítima participe efetivamente da conclusão da relevância, do que deve ser criminalizado ou do que pode ser resolvido dentro dos outros ramos do Direito. Nesta ótica, movimentos de criminalização e descriminalização que orientam a função do Direito Penal são construídos a partir de cada caso em concreto, com a participação efetiva da vítima.

No que tange também ao princípio da subsidiariedade, corolário da intervenção penal mínima, o Direito Penal e, por consequência, a aplicação da pena legitima-se quando outros ramos do Direito não puderem proteger os bens jurídicos violados. Da mesma maneira, a participação da vítima torna-se necessária, não com práticas de vingança, mas, participando da solução do conflito penal e externando suas expectativas que possam não pretender a aplicação da pena privativa de liberdade, mas, sim, a reparação dos danos causados, contribuindo para a revisão dos tipos penais.

O aumento excessivo da criminalização, associado às frustrações das vítimas que ficam marginalizadas, gera debates no mundo inteiro. A ideia de um direito simbólico centrado no monopólio da repressão pelo Estado, impregnado no imaginário popular no sentido de que é com mais penalização que se contém a criminalidade e que vítima não poderá interferir nas decisões do Estado por não se estar mais na égide da vingança privada não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. Interessa ao Estado autoritário e punitivo a passividade da vítima porque o Estado continua utilizando o Direito Penal como instrumento de Poder, acima daquele que sofreu o dano. Ademais, mascara sua ineficiência em cumprir a tarefa de concretização de direitos fundamentais bem como a segurança pública. Um ponto a ser destacado é a compreensão do conceito de vítima. Parte-se da constatação ampliativa de não se resumir a uma pessoa individualmente que sofre lesões a seus direitos fundamentais, mas, podendo englobar um grupo, a família ou pessoas indiretas que sofram as consequências de atos lesivos, como nos exemplos de crimes ambientais ou de tráfico, em que é comum se dizer que a vítima é toda a coletividade que sofre indiretamente com os malefícios no meio social. Numa prática restaurativa, a participação no círculo restaurativo pode ter a presença, como vítima, de familiares de dependentes químicos que exponham ao suposto comercializador das drogas ilícitas os estragos familiares que estas desencadeiam. Ou no primeiro exemplo, pode-se aceitar a participação de associações que tenham como objetivo proteção ambiental.

A Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítima de Delitos e Abuso de Poder da ONU (1985) traz um conceito abrangente, não só da pessoa direta, mas, que compreende todos os que tenham sofrido danos por ação ou omissão tipificada como crime.

Os estudos da vitimologia perpassam pela ótica da vitimização sob quatro aspectos: a vitimização primária, a secundária, a terciária e a indireta.

A vitimização primária relaciona-se com o estudo da conduta delitiva e a subsunção à norma penal repressora, com a identificação de quem sofreu lesão ao bem jurídico.

A vitimização secundária, também denominada de *sobrevitimização*, é identificada quando as instituições estatais aumentam ainda mais o sofrimento das vítimas, podendo desencadear mais prejuízos. Pellegrini (2003, p. 100) define-a assim: "[...] como aquela gerada pela não preparação do aparato policial e judicial, de reconhecimento da vítima como sujeito de direitos fundamentais.". Na Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítima de Delitos e Abuso de Poder da ONU (1985) retiram-se algumas garantias específicas que devem ser reconhecidas às vítimas: acesso à justiça e tratamento justo, ressarcimento e assistência social.

Oliveira ressalta a preocupação com a vitimização secundária:

> Trata-se verdadeiramente de um desvio de finalidade, pois o Estado não estará cumprindo a função da tutela jurisdicional em sua plenitude, também, desrespeitando o princípio da dignidade da pessoa humana ao atingir direitos da vítima, que na expectativa da aplicação da lei penal, é novamente vitimizada ocasionando uma sobrevitimização, ou vitimização secundária. (OLIVEIRA, 1999, p. 113.)

A vítima sofre as consequências de um processo que pode ser tão ou mais desagradável que o ato criminoso, como relatado por Oliveira:

> No sistema penal atual, os conflitos são decididos por pessoas estranhas e as partes originalmente envolvidas desaparecem. Aquela que é representada pelo Estado – a vítima – só tem o papel de desencadear o processo e prestar algumas informações. A **vítima é uma perdedora diante do autor da infração e diante do Estado**; não recupera interesses, **e perde ainda a oportunidade de vivenciar positivamente o conflito**, que não é mais seu. A localização das salas de julgamento nos tribunais das cidades grandes, a ritualização dos atos, a linguagem peculiar - uma verdadeira subcultura- tudo afasta a vítima que, quando comparece em juízo, percebe que seu conflito é propriedade dos advogados, dos promotores, dos juízes. (OLIVEIRA, 1999, p. 109.) *(Grifos da autora.)*

A vitimização terciária pode ser definida como aquela que se estende além do processo penal e fora da atuação dos órgãos responsáveis pela condução das investigações e do processo penal. Foi identificada por Pellegrini (2003, p. 102), no âmbito do controle social, mediante o contato da vítima com o grupo familiar, em seu ambiente social, como no

trabalho, na escola, nas associações comunitárias, na Igreja e também fomentada pelo sensacionalismo da mídia, sobretudo, pela divulgação distorcida do fato. Alguns doutrinadores identificam que o condenado perpassa pela vitimização terciária, dentro das penitenciárias, submetendo-se a grupos dominantes do sistema prisional e a maus-tratos, bem como pela marginalização social, após o cumprimento da pena. No que tange à vítima, os rastros deixados pelo conflito podem não ser compreendidos e respeitados, também no ambiente externo, o que constitui um desestímulo de noticiar fatos acontecidos, ficando as vítimas em silêncio, imbuídas em seu medo.

A vitimização indireta é composta de pessoas que sofrem as consequências do ato lesivo de maneira indireta, como no caso de crimes ambientais. O dano pode compreender um grupo de pessoas prejudicadas, o que se verificará a partir da cada caso concreto. Também pode ser verificado no caso de violência doméstica, quando, por exemplo, o companheiro atinge moralmente ou fisicamente sua companheira, e as consequências se estendem aos filhos e a outros membros da família que necessitam igualmente de assistência. E ainda no caso de dependência química; além do mal que a droga faz à pessoa dependente, as consequências estendem-se aos familiares.

Primeiramente a vítima sofre um dano, depois tem que se submeter aos procedimentos da *notitia criminis* na polícia e, posteriormente, será intimada a colaborar com a justiça criminal, contar sua versão perante um juiz, um promotor que não a representa e um defensor que, por um agir estratégico do processo, questiona a sua versão dos fatos com a busca de absolvição do ofensor. Além disso, ainda enfrenta os dissabores de não ser compreendida nos ambientes externos, sobretudo com as sequelas que o ato pode deixar. No início deste capítulo discorreu-se que é comum que as vítimas tenham a necessidade de, repetidamente, contar os fatos acontecidos, e isto para o ambiente externo pode não ser bem compreendido, acrescido de necessidade de ausências do trabalho e do convívio social.

O receio das vitimizações secundária e terciária acarreta um custo para a Justiça, identificado por Ferrajoli (2006, p. 196) como *cifra negra* da criminalidade, formada pelo número de culpados que permanecem impunes, ignorados pelo silêncio das vítimas provocado por essas vitimizações. Não se acredita que todo conflito deva ser judicializado. Ao contrário, defende-se que o espaço público deva ser aberto e que este tenha condições de tratar as vítimas com respeito a sua dignidade e, com isso, impedir o *receio* de que muitas vítimas tenham do sistema judicial e do ambiente externo.

Ferrajoli identifica que a falibilidade do sistema penal pode provocar duas grandes cifras, que denominou de *cifra da ineficiência* e *cifra da injustiça*.

> A primeira formada de culpados que, submetidos ou não a julgamento, permanecem ignorados e ou/ impunes. Adiciona-se a outra cifra não menos obscura, mas ainda inquietante e intolerável, formada pelo número de inocentes processados e punidos. Pertencem a estas cifras as vítimas cujo número restará sempre ignorado – verdadeira cifra negra da injustiça – dos erros judiciários não reparados. (FERRAJOLI, 2006, p. 196.)

Pellegrini (2003, p. 105) ressalta que o fator que mais contribui para a criminalidade oculta é a falta de confiabilidade no sistema penal. É justamente pela sobrevitimização que muitas vítimas permanecem silenciosas, principalmente quando o crime versa sobre a liberdade sexual e violência doméstica, que ferem a intimidade da pessoa. Em muitos casos, a escolha é não noticiar por medo da exposição, sobretudo pela submissão a uma perícia, prova necessária nos crimes que deixam vestígios, que deve ser feita de maneira que não constranja mais ainda a vítima.

Neste entendimento, autoritário é o Código de Processo Penal, que possibilita a condução coercitiva da vítima para fazer o exame de corpo de delito, conforme denota o art. 201, § 1.º do Código de Processo Penal. O legislador, quando autoriza a coercibilidade da presença, após a intimação, por *autoridade*, estende a interpretação para autoridade policial e judicial. Nessa perspectiva, diante da ação penal pública incondicionada, a vítima ficará obrigada a comparecer como instrumento de prova, sem a vontade consentida, pelo excesso positivista que impõe o predomínio da norma. Coaduna-se com a interpretação de que tal artigo não foi recepcionado pela Constituição de 1988, por ferir o princípio que resguarda a inviolabilidade de intimidade, como ressalta o art. 5.º, inciso X, da Carta Magna.

A experiência de passar pelo aparato policial e judicial frustrante é realçado por Fernandes:

> Há uma grande diferença entre o anseio da vítima, vinculada a um só caso, para ela especial, significativo, raro e o interesse da autoridade ou agente policial, que tem naquele fato um a mais de sua rotina diária, marcada muitas vezes por outros de bem de maior gravidade; ainda assoberbada pelo volume, impõem-se naturalmente a necessidade de estabelecer prioridades. As deficiências burocráticas, por outro lado, aumentam geralmente a decepção. Não há funcionários suficientes e preparados. Não há veículos disponíveis para diligências rápidas. Tudo ocasiona demora e perda de tempo. Mais do que tudo isso, muitas vezes a vítima é vista com desconfiança, as suas palavras não merecem logo de início crédito, mormente em determinados crimes como os sexuais. Deve prestar declarações desagradáveis. Se o fato é rumoroso, há grande publicidade em torno dela, sendo fotografada, inquirida, analisada em sua vida anterior. As atenções maiores são voltadas para o réu. Isso gera o fenômeno que os estudos recentes têm chamado de vitimização secundária do ofendido. (FERNANDES, 1995, p. 69.)

8.4 Alguns avanços na tentativa de se evitar a sobrevitimização

É importante ressaltar que a garantida constitucional que assegura o direito à intimidade da vítima está reforçada pelo inciso LX do mesmo artigo 5.º, da Constituição federal. O conflito penal, em sua grande maioria, procede-se como ação penal pública, o que implica no entendimento de que não tramita em segredo de justiça. Contudo, o comando constitucional acima citado assegura que a lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Crível é que, diante do constrangimento da vítima, a garantia da publicidade deva ceder como forma de evitar a sobrevitimização, não só diante de crimes ligados à liberdade sexual ou pedofilia. Defende-se que deve ser dada à vítima a oportunidade de escolha sobre o trâmite processual versar ou não em segredo de justiça. Essa decisão impacta na presença de pessoas, na sala de audiências, na publicação do seu nome por extenso em documentos ou ainda no fomento da vitimização terciária.

Na tentativa de proteção às vítimas que estão sendo coagidas, a Lei n.º 9.807/1999 integra o ordenamento jurídico como uma das finalidades de proteção às pessoas expostas a grave ameaça, em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal. Estabelece normas para programas de proteção não só às vítimas, mas, também, às testemunhas e aos réus colaboradores. O programa compreende medidas como: segurança na residência; escolta, inclusive para fins de trabalho; transferência de residência; ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias; suspensão temporária das atividades funcionais; sigilo, assistência social, médica e psicológica; e ainda determina prioridade na tramitação dos processos quando a vítima ou testemunhas estiverem protegidas pelos programas, autorizando o seu depoimento antecipado.

Em meio a milhares de processos penais em trâmite, com vítimas tomadas pelo medo do ofensor, expostas a graves ameaças, a efetividade desta lei não se consuma em relação a elas. Tal constatação torna-se semelhante à crítica feita pela criminologia, notadamente por Baratta (2002, p. 177), no sentido de que pesquisas empíricas colocam em relevo atitudes valorativas dos operadores do Direito em face dos indivíduos pertencentes às diversas classes sociais. Casos isolados são atendidos pelo programa, como num exemplo em Minas Gerais, em que a vítima era promotora de Justiça. No próprio texto legal, há, no § 2.º, um comando que assegura a proteção aos indivíduos que possuem conduta e personalidade compatíveis aos programas de proteção, sob pena de exclusão. O que denota que a lei restringe o acesso de cobertura por condições de conduta social e personalidade, duas circunstâncias tão difíceis de

serem identificadas pelos operadores do Direito, altamente questionadas pelos doutrinadores, quando se analisa o rol do artigo 59 do Código Penal e quando da fixação da pena-base que também as contempla.

Indiscutivelmente o sistema penal é celetista também no que tange ao amparo à vítima. Adapta-se à vitimologia a crítica feita por Baratta sobre a incidência de estereótipos dos preconceitos na aplicação da lei penal:

> Também o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população... Constatam-se juízos diversificados conforme a posição social dos acusados e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista. (BARATTA, 2002, p. 177.)

Já a Lei n.º 11.340/2006, intitulada *Lei Maria da Penha*, a qual assegura medidas protetivas de urgência que visam a estabelecer direitos à vítima e à sua família, é de aplicação cotidiana. As medidas compreendidas são: afastamento do agressor do lar ou local de convivência com a vítima; proibição de aproximar-se, de contatar-se com ela e seus familiares; obrigação de dar pensão alimentícia; proteção do patrimônio, entre outras. A diferença desta lei com a anterior citada está em perceber que nesta todas as obrigações estão postas para o agressor cumprir, enquanto naquela a responsabilidade é do Estado. A Lei n.º 11.340/2006 só assegura proteção à mulher quando a agressão estiver no contexto doméstico e familiar, ao passo que, na Lei n.º 9.807/1999, o Estado deve possibilitar as garantias para quaisquer vítimas ameaçadas.

Há um ponto em comum das duas legislações, que é a previsão de atendimentos social e psicológico, sendo que na Lei n.º 11.340/2006, há a possibilidade de atendimento por equipe multidisciplinar e encaminhamento a projetos. Projetos que se formam em parcerias, com universidades, ONGs e voluntários, entre outras possibilidades que integram o que a Justiça Restaurativa denomina de *rede de apoio às mulheres vítimas de violência doméstica*.

No âmbito processual, a Lei n.º 11.690/2008 incluiu alguns artigos no Código de Processo Penal, abrindo um capítulo intitulado: *Do ofendido*, no lugar de: *Das perguntas ao ofendido*. Até a reforma, o Código limitava-se a prever a possibilidade de perguntas ao ofendido e a condução coercitiva, se intimada, não comparecesse. A reforma acrescentou parágrafos ao artigo 201, do Código de Processo Penal, que se tornam um avanço, se forem concretizados, mas, a contrário senso, conservou a possibilidade da condução coercitiva, ação

altamente criticada, como já exposto acima, por não estar condizente com a interpretação constitucional adequada.

No que tange aos parágrafos acrescentados, todos vão ao encontro de valorização da vítima com comunicação de atos; preservação da sua intimidade; encaminhamento a atendimento multidisciplinar especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde; além de espaço separado reservado no dia da audiência[37].

Algumas medidas podem ser salientadas, como a organização de delegacias especializadas para mulheres e idosos, e o fomento de parcerias, como ilustrado acima pelo projeto de atendimento de vítimas de violência doméstica.

Avanços desse novo paradigma partem de recomendações e declarações internacionais como a Resolução 40/34 da ONU, já citada anteriormente, versando sobre *Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crime e Abuso de Poder*, que recomenda:

> 4. As vítimas serão tratadas com compaixão e respeito por sua dignidade. Terão direito de aceso aos mecanismos de justiça e a uma imediata reparação do dano que tenha sofrido, de acordo com o disposto na legislação.
> [...]
> 6. Será facilitada a adequação dos processos judiciais e administrativos às necessidades das vítimas: a) prestando às vítimas informações sobre o seu papel e a respeito do alcance, do desenvolvimento cronológico e do andamento das atuações, assim como da decisão de suas causas, especialmente quando se trate de delitos graves e quando tenham solicitado essa informação.

Observa-se também na decisão do Conselho da União Europeia, de 21 de março de 2001, art. 1.º:

> Os Estados reservarão às vítimas um papel efetivo e adequado no sistema judicial e se esforçarão para que as vítimas sejam tratadas, durante as atuações, com o devido respeito a sua dignidade e que seus direitos sejam reconhecidos como marco do Processo Penal.

---

[37] "DO OFENDIDO
Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.
§ 1.º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.
§ 2.º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.
§ 3.º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.
§ 4.º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.
§ 5.º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.
§ 6.º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação."

Essas recomendações não são as únicas; várias tiveram o objeto de proteção às vítimas, com o reconhecimento de seus direitos; e o comando de que o Processo Penal tem o objetivo maior de restaurar a paz social perturbada pelo fato criminal.

Assim, dentro do Processo Penal, no cenário nacional, o conflito pode ser resolvido num rito processual que atenda também às expectativas da vítima, adequando às especificidades do caso concreto e à complexidade de sua persecução, estabelecendo as garantias, não só ao ofensor, como também à vítima. Nesse sentido, Fernandes ensina que:

> Reconhecida, pois, que por detrás das tendências que tratam o delito de forma cooperativa atuam poderosas correntes de política criminal, centradas na estabilização das expectativas comunitárias, na validade da norma e voltadas para a obtenção de interesse de prevenção especial e não estigmatização, isso somente poderá ser obtido através de uma conexão funcional e teleológica entre direito material e formal e com respeito por uma escrupulosa imbricação entre os vetores da eficiência, da funcionalidade e da garantia. (FERNANDES, 2001, p. 829.)

A teoria do agir comunicativo, proposta por Habermas (2012a), cuja tese central é a criação de uma situação ideal de comunicação, possibilita o envolvimento de outros atores no procedimento, atendendo à perspectiva de realização de justiça que não se resuma na pretensão punitiva do Estado. Ademais, como realçado por Silva (2009, p. 127), passos positivos foram dados no sentido de devolver à vítima seu protagonismo no conflito, principalmente, com a introdução da análise do princípio da adequação[38] a cada caso concreto, ruindo o mito de um modelo processual único e igual.

8.5 Modalidades de ação penal no direito brasileiro e suas implicações na inclusão da vítima

Entre os tipos de ação penal, o modelo brasileiro contempla três modalidades de ação que partem da iniciativa da vítima: ação privada, pública condicionada à representação e privada subsidiária da pública. Certo é que, para a maioria dos tipos penais, a ação procede-se independente da iniciativa do ofendido, sendo pública incondicionada. A rede principiológica que sustenta a ação penal privada está baseada nos princípios da oportunidade, disponibilidade, indivisibilidade e intranscendência. Estes dois últimos princípios são coincidentes, tanto na ação penal privada como na pública. O princípio da oportunidade ou conveniência garante ao ofendido a faculdade de decidir pelo processo penal ou não, como no

[38] "Pelo princípio da adequação o Judiciário deve examinar se a norma é apta a fazer face aos fins que almeja. Permite examinar se o meio é suficiente para o alcance da finalidade, ou seja, se as estratégias de ação previstas na norma são adequadas a seu fim." (CRUZ, 2004, p. 239.)

exemplo da maioria das hipóteses de crimes contra a honra. Diferentemente, na ação penal pública incondicionada, vige o princípio da obrigatoriedade, entendido como não possibilidade de discricionariedade por parte do órgão acusador. Ainda há, na doutrina, a definição deste princípio como sendo parte do princípio da legalidade, sendo obrigação do Ministério Público oferecer denúncia, havendo indícios de autoria e a materialidade do fato. Contudo, este princípio deve ser balizado com outros princípios, como o da razoabilidade, bem como com as condições para propor-se a ação penal, ou seja, para que uma ação seja proposta; não basta a obrigação ou a legalidade que se submete o órgão acusador, são necessários conjugar outros comandos que condicionam o exercício regular do direito de ação como a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir, interesse processual traduzido pelo binômio necessidade e adequação, além da justa causa.

Está na interpretação da necessidade, adequação e justa causa que nem toda ação considerada criminosa deva ter prosseguimento, sem que a oportunize ouvir a vítima. Para os crimes que não se enquadram dentro da possibilidade de tramitação nos juizados especiais, prima-se a abertura de espaço para que a vítima seja incluída, nos moldes da Justiça Restaurativa, de preferência antes de o Ministério Público oferecer a denúncia, como no exemplo de outro caso concreto, que versa sobre o crime de abandono material em que o representante do Ministério Público encaminhou o inquérito à equipe interdisciplinar do Tribunal de Justiça de Minas Gerais a fim de realizar um encontro restaurativo. Versava o caso sobre o suposto crime de abandono material, conforme art. 244 do Código Penal, previsto como ação pública incondicionada, em que uma mãe de cinco filhos passava necessidades materiais. Um dos filhos cuidava sozinho da mãe e, diante da impossibilidade do encargo, procurou o Ministério Público para noticiar-lhe o abandono dos outros irmãos. Na prática restaurativa, os irmãos, depois de debaterem a possibilidade de cada um, chegaram a um consenso. Aqueles que tinham condições financeiras iriam arcar com uma cuidadora e os outros ficariam com a mãe, em horários estabelecidos, para que o filho que acolhia a mãe pudesse trabalhar e participar da vida social. Estabelecido um plano de ação, o Ministério Público pediu o arquivamento do inquérito, o que foi deferido pelo juiz, depois de confirmado, no pós-círculo, o cumprimento do acordo. Esse encaminhamento ocorreu durante encontros de supervisão, em práticas restaurativas, de casos atendidos em Minas Gerais. Um dos relatos do promotor do caso foi de que, do lado de fora da sala onde se realizou a prática, pôde perceber o semblante de satisfação dos irmãos ao saírem, e ainda ouviu de um deles: “Se precisarmos, podemos voltar?”. Neste exemplo, conclui-se que o princípio da obrigatoriedade cede por faltar necessidade do prosseguimento do processo e que a pena não seria adequada,

já que as necessidades da vítima foram resguardadas com o encontro, assumindo os responsáveis a responsabilidade futura de cuidado.

Portanto, mitiga-se a obrigatoriedade da ação penal pública quando o órgão acusador não possuir mais interesse na ação penal com o conflito já pacificado. O mesmo raciocínio pode ser estendido ao delito de furto, entre outros.

Quanto ao princípio da disponibilidade da ação privada, permite-se que o processo se encerre, a qualquer momento, desde que o ofendido requeira e o ofensor aceite, ou no caso de perempção. Já na ação pública, vige o princípio da indisponibilidade até mesmo para as ações públicas condicionadas à representação, sendo esta irretratável, depois de oferecida a denúncia. Apesar de o artigo 42 do Código de Processo Penal disciplinar que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal, nada impede que tal princípio seja minimizado, em concorrência com outros, no entendimento de que, embora o Estado tenha o monopólio da jurisdição, o aparato judicial penal pode apresentar-se mais eficiente, pondo fim ao conflito de maneira consensuada.

Tourinho (2014, p. 124) concorda que o princípio da indisponibilidade pode ser amenizado de forma a permitir que o Ministério Público, em determinadas situações, possa desistir da ação penal, ensejando, assim, a extinção do processo sem julgamento do mérito, como no caso de prescrição ou de prova imprestável.

Acrescente-se a essas situações que não merece prosperar a continuidade de um procedimento em que já houver sido pacificado o conflito, assumindo o agente a responsabilização pelo ato e estabelecendo um acordo com a vítima, como ocorre com os crimes de menor potencial ofensivo, com trâmite pela Lei n.º 9.099/1995, casos em que se possibilita a disponibilidade da ação penal pública, pelo instituto da transação penal.

Nesta compreensão, a dogmática jurídica penal rompe com a irracionalidade operativa em que se transformou, assumindo uma posição garantidora de um sistema penal sensível às particularidades do caso concreto, com a necessária inclusão da vítima no processo.

Na ação penal pública condicionada à representação, em que o ofendido deve manifestar uma iniciativa de buscar uma resposta estatal, não significa que a vítima almeje o processo com condenação; significa que pretende que algo seja feito em relação ao conflito acontecido. A interpretação que se propõe à representação é a de um querer da vítima em participar ativamente de uma resposta ao crime em que foi vitimizada e o direito de ser reconhecida como sujeito de direitos que vive a falta de algo que lhe foi tirado. Não basta somente este primeiro momento de *querer*; são necessários outros momentos de inclusão ao discurso. Nessa condição de procedibilidade da ação penal, reconhece-se que a ação ilícita

afeta primeiramente o interesse de um particular que deve dar a primeira iniciativa e, a partir dela, participar efetivamente no desfecho do conflito em que está inserido.

E, ainda nesse tipo de ação, o legislador condiciona prazos tanto para a representação como para a sua retratação. Dentro deste viés, seria conveniente que as práticas restaurativas pudessem acontecer, antes do oferecimento da denúncia, como no caso da tentativa de estupro acima exemplificada. Ademais, caso a denúncia seja ofertada, o juiz pode encaminhar o caso às práticas restaurativas e, diante de um plano de ação, não recebê-la, quando faltar, entre outros comandos, o da justa causa ou quaisquer das condições da ação ou pressuposto processual[39].

Entre as condições da ação está o interesse. Oliveira adverte que a transposição do conceito de interesse do processo civil para o penal traz peculiaridades:

> O interesse da preservação da liberdade individual é também um interesse público, uma vez que interessa ao Estado, na mesma medida, a condenação do culpado e a absolvição do inocente. A condenação do réu pode até provocar satisfação pessoal do ofendido, mas certamente não reverterá em seu favor, se, por exemplo, a coisa furtada. E, sendo devolvida, a satisfação do interesse terá natureza irremediavelmente patrimonial, e não penal. (OLIVEIRA, 2014, p. 103.)

Neste viés, mesmo tendo a denúncia sido oferecida, pode o juiz, antes de a receber, determinar práticas restaurativas, em que a vítima será ouvida e, se tiver suas necessidades atendidas, poderão ser analisados o interesse e a justa causa para o Estado no prosseguimento da persecução penal. Assim sendo, essa possibilidade estende-se também às ações públicas incondicionadas. Portanto, indiscutivelmente vários são os caminhos que podem ser trilhados na persecução penal.

Outra possibilidade de iniciativa da vítima está na ação privada subsidiária da pública, possível nas situações de inércia por parte do Ministério Público, consistente no atraso em oferecer a denúncia. Também a legislação processual penal prevê a participação da vítima, por meio da assistência. Essas possibilidades devem ser registradas, mas não serão analisadas sobre o prisma da efetividade porque dependem de representação processual, por advogados ou defensores públicos. Seria esta outra possibilidade de dar paridade de armas no conflito penal, desde que fosse oportunizado, como é para o ofensor que não tem condições de contratar um advogado. Como ressaltado por Pellegrini (2003, p. 136): "[...] verificam-se quando a vítima pertence a um elevado nível social e de pouca utilização, no processo penal

[39] Condições da ação: legitimidade, interesse de agir (necessidade), possibilidade jurídica do pedido e justa causa. Pressupostos processuais: competência e imparcialidade do juiz, capacidade de ser parte, capacidade postulatória, inexistência de coisa julgada e ausência de litispendência.

brasileiro". A possibilidade de ampliação das defensorias públicas ao atendimento das vítimas seria grande avanço, contudo seu papel, no processo penal, tem sido defender os denunciados.

Também o Ministério Público não tutela o direito da vítima. Sua legitimação processual definida pela Constituição federal é estabelecida a partir da especificação legal de condutas ilícitas. Pellegrini (2003, p. 258) discorre que a legitimidade do Ministério Público, no processo de iniciativa pública, não se relaciona à tutela de direito da vítima. Este representa a sociedade em virtude do discurso de justificação, quando se verificam condutas ilícitas, em abstrato. No entanto, quando se trata de saber qual norma é adequada a um caso determinado, essas relações retraem-se atrás dos interesses das partes, imediatamente envolvidas no discurso de aplicação, na análise da norma adequada ao caso concreto. Neste entendimento, pode-se legitimar a vítima a participar efetivamente do procedimento que poderá ter, com a ajuda do Ministério Público, suas garantias respeitadas. Como salienta Habermas:

> Nos discursos de aplicação, as normas, supostas como válidas, referem-se sempre aos interesses de todos os possíveis atingidos; no entanto, quando se trata de saber qual norma é adequada a um caso determinado, essas relações retraem atrás dos interesses das partes imediatamente envolvidas. (HABERMAS, 2012a, p. 284.)

Muito se debate acerca do grande número de processos penais em decorrência da inflação legislativa penal em que o Brasil se encontra. Até que os legisladores brasileiros se conscientizem da necessidade de revisar os tipos penais, tornando o Direito Penal mínimo e atuante em relação às vítimas, milhares de processos que poderiam ter a solução empreendida, neste modelo, de práticas restaurativas, com solução consensual e compartilhada, dentro de um modelo democrático são processados de maneira engessada, excluindo a participação da vítima. Não se trata de técnica de esvaziar prateleiras, uma vez que práticas restaurativas podem exigir mais atenção dos operadores do Direito, bem como de equipes interdisciplinares que estão sendo formadas dentro dos tribunais. São esforços conjuntos na implementação de uma solução que atenda às reais condições dos envolvidos, não se baseando somente na aferição de autoria e materialidade, com a adequada aplicação da pena.

Silva complementa que o monopólio estatal de aplicação do Direito Penal dever recuar e incluir a vítima de modo a permitir uma tríplice dimensão vítima/infrator/comunidade.

> Daí a perspectiva com a filosofia restaurativa de resgate do verdadeiro papel da vítima no sistema de justiça, reposicionando o Estado para o desempenho do direito de punir, de modo que permita instituir fórmulas de reaproximação da vítima com o autor, sem que a postura estatal esteja em evidência permanente e se almeje a todo custo a incidência da pena, mas autorizando momentâneos recuos em que, longe de

> uma discussão sobre a esgarçadura do monopólio estatal, se pretenda uma solução adequada aquela pelo conflito proveniente do crime. (SILVA, 2009, p. 135.)

Na ação penal privada, o art. 105 do Código Penal brasileiro abre um espaço para o perdão aceito, como causa de extinção da punibilidade. O comando disciplina que o perdão obsta o prosseguimento da ação penal, que pode ser tácito ou expresso.

No tipo penal de falso testemunho ou falsa perícia, tipificado no art. 342 do Código Penal, observa-se que o legislador prevê que o fato deixa de ser punível se o agente se retrate ou declare a verdade, antes da sentença, sendo causa de extinção da punibilidade, inserida no art. 107, IX, do Código Penal, como perdão judicial. Mesma possibilidade se encontra para os crimes de calúnia e difamação, no artigo 143, do Código Penal, sendo causa de extinção da punibilidade, com base no artigo 107, V, do Código Penal. Nestas duas possibilidades, percebem-se desfechos semelhantes em crimes que têm a persecução penal por ação de iniciativa privada e ação pública incondicionada. Apesar de o legislador mencionar o perdão das partes envolvidas, como causa de extinção da punibilidade, em ações privadas, no rol do artigo 107 do Código Penal, não há como negar a possibilidade de ser inserida também em ações públicas incondicionadas. Portanto, a conclusão que se apresenta é de que o rol de causas de extinção da punibilidade elencadas pelo Código Penal é uma lista não taxativa, podendo ser ampliado.

Na doutrina de Tourinho (2014, p. 138), o rol de possibilidades de extinção da punibilidade do art. 107 do Código Penal não é taxativo, o que é exemplificado pela possibilidade de retratação pela vítima, inserta no art. 25 do Código de Processo Penal, constitui também causa de extinção da punibilidade do agente.

Em outra hipótese, pode-se exemplificar como causa de extinção da punibilidade o acordo homologado, em ação privada ou pública condicionada à representação, feito nos moldes do § único, do artigo 74, da Lei n.º 9.099/1995, que acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação.

Dentro desta perspectiva, seria possível o perdão em outras situações de conflito?

8.6 O perdão para além da esfera privada

Perdoar é um mandamento transmitido por uma herança religiosa, incorporada às investigações filosóficas, sobretudo de Ricoeur (2007). Não se trata de ligar o Direito Penal novamente a preceitos religiosos. Há muito o Direito Penal libertou-se da definição de crime como sinônimo de pecado merecedor do castigo ou de perdão pela autoridade eclesiástica. A

secularização ou laicização do Direito Penal é princípio assegurado na própria Constituição federal e é justamente na concepção constitucional que não se coaduna mais um Direito Penal absoluto, de forma autoritária, desumano, encarcerador, que fecha os olhos às desigualdades sociais, instrumentalizando o Direito Penal a punir os mais desfavorecidos na sociedade.

O perdão do qual se discorre, nas considerações deste capítulo, está dentro do processo de humanização do Direito Penal de acreditar na capacidade humana de mudanças de comportamento, a partir de outras possibilidades que não a privação de liberdade. A grande questão é cultuar o perdão em instituições encarregadas de punições.

Ricoeur (2007, p. 464) discorre que "[...] sempre haverá a possibilidade do perdão e que, no Judiciário, a questão torna-se mais difícil devido a imprescritibilidade de alguns crimes [...] a qual pode ser considerada a primeira provocação maior da problemática prática do perdão".

Os crimes imprescritíveis, como o racismo e a ação de grupos armados (civis ou militares) contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, condizem com a interpretação de que o constituinte originário eleva estes crimes a uma possibilidade de não esquecimento por constituírem uma resposta, no primeiro caso, às atrocidades da Segunda Guerra Mundial e à escravidão; e, no segundo caso, à ditadura militar. Constituem dois rastros que não se podem apagar da história.

No plano internacional, há os que pleiteiam que crimes contra a humanidade sejam imprescritíveis e decorrentes de instrumentos internacionais, como jurisprudências dos tribunais internacionais[40], assim como da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Fora dessas possibilidades de imprescritibilidade, todos os demais tipos penais prescrevem. A prescrição fundamenta sua autoridade no efeito do tempo sobre a atuação do Estado no poder de punir. Após vários anos, o Estado pretender apresentar uma resposta punitiva pode ser um ato desproporcional e inadequado ao caso concreto, o que significa que os rastros não são apagados; o que é proibido é o caminho que leva à punição. Baseia-se no reconhecimento que, com o passar dos anos, o sujeito não é mais o mesmo. O crime pode representar, para o agente infrator, a oportunidade de arrepender-se e reconstruir sua vida.

Ricoeur (2007, p. 460) identifica a anistia e a graça como formas de perdão pelo Estado; nas observações do autor, "[...] a anistia põe um fim às desordens políticas que afetam a paz civil, objetivando a reconciliação entre cidadãos inimigos", diferentemente da graça que se "[...] constitui resíduo de um direito quase divino ligado à soberania subjetiva do príncipe".

[40] Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa (art. 10); Comitê de Direitos Humanos da ONU (relatório de 2007); Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Barrios Altos, no Peru, entre outros.

A anistia dirige-se a fatos e, não, a pessoas; atinge o *jus puniendi* do Estado. Pode-se dizer, pois, que pretende a vontade legislativa retirar do Estado a possibilidade de punição do ato praticado, não, o esquecimento, subsiste, assim, a obrigação de reparar os danos causados.

> A anistia só pode responder a um desígnio de terapia social emergencial, sob o signo da utilidade e não da verdade. Se uma forma de esquecimento puder então ser legitimamente evocada, não será um dever calar o mal, mas dizê-lo num modo apaziguado, sem cólera. (RICOEUR, 2007, p. 462.)

Nesta reflexão, a anistia dos crimes praticados durante a ditadura, pela Lei n.º 6.683/1979, não impossibilitou à Comissão da Verdade revelar e contar a história brasileira de perseguições e punições, com métodos de tortura, constituindo um período histórico brasileiro que deve registrado e, não, apagado. As vítimas e familiares têm o direito de saber o que aconteceu e como aconteceu, de ser ouvidas, de narrar as suas mágoas, direito a um registro histórico, ainda que não tenha ocorrido a punição dos culpados.

A legislação brasileira prevê também a possibilidade de indulto concedido por ato do presidente da República[41]. Este benefício estende-se somente a condenados, de maneira impessoal, podendo ser incondicionado, hipótese que não será exigida a contraprestação para o gozo do benefício ou condicionado a um determinado período de prova. Após o decreto de indulto, cada caso deve ser analisado, pelo juízo da execução penal, no sentido de verificar a possibilidade de aplicá-lo. Não deixa de ser um ato de perdão, contudo o que se observa a cada ano é que a política criminal do indulto está relacionada à finalidade de esvaziamento de cárcere e abreviações de arquivamento de execuções penais, revestido de *clementia principis*.

Ricoeur relata várias observações a respeito do perdão. Um dos aspectos referenciados é a possibilidade de um perdão não puro, mas, estratégico:

> Cenas de arrependimento, de confissão, de perdão ou de desculpas que se multiplicam na cena geopolítica desde a última guerra, e de modo acelerado, não passam de encenação. O simulacro, o ritual automático, a hipocrisia, o cálculo ou a macaquice desempenharam muitas vezes seu papel. (RICOEUR, 2007, p. 480.)

O perdão seria uma moeda de troca, um agir estratégico que encoberta interesses do Estado ou das pessoas individualmente. Ainda que possa ser considerada esta possibilidade de simulacro, o balanço é favorável. Acrescenta o autor, que a possibilidade do perdão eleva o discurso ao "[...] exercício público do trabalho da memória e de luto, abrindo caminho para o perdão verdadeiro" (RICOUER, 2007, p. 490).

[41] Art. 84, inciso XII, da Constituição federal.

No plano individual, cumpre registrar o caráter condicional do perdão, ou seja, o ofensor reconhece o dano e pede perdão. A resposta pode ser negativa, o que não implica que em tempo posterior, o sentimento de luto e mágoa seja amenizado pelo perdão aceito, mesmo que no interior do espírito. Neste caso, o balanço também é favorável, no sentido de que o sujeito, quando pede o perdão, reconhece a responsabilidade pelo dano causado e pode abrir o caminho de renovação, perdoando a si mesmo.

Acredita-se que, dentro da Justiça Penal, o espaço para o perdão não se encontra fechado. Como isto será possível? Continuando os ensinamentos de Ricoeur, para que se alcance o espírito do perdão faz-se necessário desligar o agente de seu ato:

> Esse ato de desligamento não é filosoficamente aberrante: ele continua conforme com a linha de uma filosofia da ação na qual a ênfase recai nos poderes que, juntos, compõem o retrato do homem capaz [...] A disposição primitiva do homem é para o bem. Nesta disposição que reside a possibilidade de seu restabelecimento em sua força. (RICOEUR, 2007, p. 499.)

Neste comando, o agente não pode ser lembrado sempre pelo seu ato criminoso, fomentando um Direito Penal do autor, com os institutos como o da reincidência defendido por Yarochewsky (2005, p. 145), como próprio dos regimes totalitários, não condizente com o Estado Democrático de Direito.

O fato de ter cometido o crime não impede que se estendam consideração a seus autores.

> Se for verdade que a função do processo é a de substituir a violência pelo discurso, é fato que nem todo mundo tem o mesmo acesso às armas da discussão. Existem excluídos da palavra que, arrastados perante os tribunais, podem sentir o comparecimento como uma expressão suplementar do que experimentam diariamente como violência institucional. (RICOEUR, 2007, p. 480.)

É nessa perspectiva do homem capaz de mudanças e merecedor de consideração que Ricouer (2007) trabalha a possibilidade do perdão de duas maneiras: institucional e a do homem denominado de *dom*.

No nível institucional, dentro do Direito Penal, o perdão é possível quando houver infração a normas, passíveis de punição. Além das possibilidades já elencadas, o perdão encontra-se permitido na análise dos requisitos analíticos do crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A possibilidade do perdão afere-se dentro da culpabilidade, entendida como juízo que se faz na justificação de reprovação no que tange à sanção ou não pelo ato. Portanto, o sujeito pratica um ato tido como típico e ilícito, mas, não merecedor de punição, como no exemplo do homicídio culposo em que o juiz pode deixar de aplicar a pena, se a sanção se

tornar desnecessária, ou ainda, no caso das descriminantes putativas e de erros disciplinados na parte geral do Código Penal Brasileiro, bem como previsto em leis especiais como na Lei n.º 9.807/1999, em seu art. 13 (no caso de delação premiada). Nessas possibilidades, o juiz, diante do caso concreto, poderá isentar o infrator de pena, concedendo-lhe o perdão judicial.

A transgressão de uma regra e o dano causado a outrem é condenável, contudo devem-se considerar quais justificativas são dadas à sanção. Como ressaltado por Ricoeur (2007, p. 480), a cultura da condenação pode ser minimizada por outras estratégias fundamentadas na possibilidade do perdão, diante da rede principiológica de um Estado Democrático de Direito e dos direitos das vítimas, ainda que se encontre sob o regime da culpabilidade, da reprovação e da condenação.

Nos seus relatos sobre o perdão como *dom*, Ricoeur (2007) identifica-o como um sentimento, que existe da mesma forma que outros sentimentos de alegria, de serenidade, de amor. É considerado *dom* por depender de uma capacidade individual do ser humano, identificado como da mesma família do amor. Sob a ótica do ensino cristão de amar o diferente, o amor ao inimigo é mais difícil que o amor ao próximo, ou amar aquele que pensa e age igual à visão de mundo compatível com a do sujeito que ama ou perdoa. Amar sem recompensa é um dos desafios mais difíceis de se colocar em prática, como nos dizeres bíblicos: "[...] se amais os que vos amam, que reconhecimento tereis? Pois os pecadores também amam os que o amam [...] mas amai vossos inimigos, fazei o bem e emprestai sem nada esperar em troca" (LUCAS, 6,32-37). Perdoar sem ganhar nada em troca é identificado por Ricoeur (2007) como regra de ouro, reescrita por Cristo, não só contra o princípio da retribuição, mas, também, contra a regra de Talião, ultrapassando o abismo da culpabilidade.

Ricoeur reconhece que o perdão como *dom* é o grande desafio da humanidade:

> Perdão como dom tem a medida absoluta de amar o inimigo. E é a ele que se associa a ideia de um empréstimo sem esperança de retorno [...] A crítica radicaliza-se sob a pressão de um mandamento (quase) impossível. Todas as objeções pressupõem um interesse escondido atrás da generosidade. O que se espera do amor é que converta o inimigo em amigo. (RICOEUR, 2007, p. 488.)

É difícil, mas, não impossível, cultuar o perdão. O autor cita o exemplo deixado por Nelson Mandela[42] que pregou: "Compreender e não vingar".

[42] A Comissão "Verdade e Conciliação", composta por vinte e nove pessoas, oriundas de grupos religiosos, políticos e cívicos, era composta por três comitês: o comitê da violação dos direitos humanos, cuja missão era estabelecer a natureza, a causa e a amplidão dos abusos cometidos entre 1960 e 1994, e que era dotado de poderes ampliados de investigação e de citação para comparecer; o comitê de reparação e de indenização, cuja missão era identificar as vítimas e estudar suas queixas em vista de indenizações, de ajuda material e de apoio psicológico; o comitê de anistia, encarregado de examinar os pedidos de perdão, sob a condição de

> Desde a noite dos tempos se diz que todo crime merece castigo. Foi nos confins do continente africano, pela iniciativa de um antigo prisioneiro político que um país explorou uma nova via, a do perdão aos que reconhecem suas ofensas. (RICOEUR, 2007, p. 490.)

Ricoeur relata ainda, no exemplo africano, que, do lado das vítimas, a Comissão da Verdade e Conciliação trouxe um benefício inegável quando lhes oportunizaram dizerem sua dor, exalar seu ódio perante os ofensores e diante de testemunhas:

> As sessões permitem **verdadeiramente um exercício público do trabalho da memória e de luto, guiado por um procedimento contraditório apropriado.** Não se trata de apagar, mas de revelar não se trata de encobrir crimes, ao contrário, de descobri-los. (RICOEUR, 2007, p. 490.) *(Grifos da autora.)*

Exemplo prático deste mandamento de perdão como *dom* foi narrado num caso concreto de homicídio, por uma mãe que teve seu filho adolescente assassinado por outro adolescente. Enquanto o infrator cumpria medida socioeducativa, esta mãe aceitou participar de um encontro restaurativo e, ao final, proferiu as seguintes palavras: "Você matou meu filho porque você não teve a experiência do amor, por isso vou amá-lo".

Portanto, dentro da ótica de separar o agente da sua ação, a indagação que se faz é se seria possível perdoar o sujeito sem a punição para a ação? Neste caso, o perdão dado pela vítima, com o estabelecimento de um plano de ação poderia sustentar também o perdão judicial, a partir da análise de casos concretos. Este é o grande desafio, dentro das instituições públicas, sobretudo, dentro da ótica punitiva.

A Justiça Restaurativa, quando cultua o perdão, parte da premissa de que o perdão pedido pelo ofensor à vítima é o reconhecimento da responsabilidade pelo ato causado e o arrependimento de tê-lo cometido e, a partir desse reconhecimento, surge a promessa de mudanças para o futuro. Dessa forma, permite-se o perdão da pessoa como forma de acreditar na capacidade restauradora de todo ser humano. Ricoeur tem este mesmo entendimento:

> O culpado seria considerado capaz de outra coisa além de suas faltas, e é desta capacidade restauradora que a promessa que projeta a ação para o futuro se apoderaria. A fórmula dessa fala libertadora, abandonada à nudez de sua enunciação, seria: tu vales mais que teus atos. (RICOEUR, 2007, p. 501.)

Cumpre aqui registrar que a busca de verdade pode não ser tolerada por alguns participantes de círculos restaurativos, rejeitando a responsabilização pelo ato. O caráter

---

confissões completas que comprovassem a motivação política dos atos incriminados. (RICOEUR, 2007, p. 490.)

relacional de face a face do outro pode não ser suportado, dificultando o processo de restauração. Desse modo não se forma o elo de reciprocidade que une um sujeito ao outro, identificado por Rabenhorst como maneira de reconhecimento da identidade humana:

> Se eu não me reconheço no outro, não posso reconhecer a mim mesmo, pois a identidade humana não possui sentido em si, mas ela só existe dentre de um elo de reciprocidade que une um sujeito ao outro [...] É o outro que confirma minha identidade. (RABENHORST, 2001, p. 46.)

Em se tratando das vítimas, é fundamental que a violência acontecida seja trabalhada para que não se transforme em mágoa perpetuada por toda vida, causadora de outros males. A falta de diálogo sobre o acontecido não melhora o sentimento, somente o abafa. Perdoar é um dom inerente ao ser humano, contrastando-se como o espírito de vingança. O importante, no processo restaurativo, é não criar obstáculos ao progresso do espírito do perdão.

Ricoeur (2007, p. 504), ao final de suas indagações, traz a seguinte conclusão: "[...] a memória feliz é a memória apaziguada, reconciliada". Da conclusão do autor contextualiza-se que o crime representa para os envolvidos, um rastro, um fato que não será esquecido, poderá esta lembrança, porém, ser amenizada pelo perdão, pela restauração, como um "gesto de inauguração, de início, de recomeço, como nos ritos de iniciação", alcançando as partes a memória apaziguada.

8.7 Relação conflituosa dos excessos na reação da vítima

A reação da vítima enseja discussões tanto dentro da criminologia quanto na vitimologia. Como medir excessos? Cada pessoa reage diferentemente a ato violento, como já afirmado anteriormente. Alguns gritam, outros ficam sem reação alguma, outros correm e existem aqueles que reagem. Há muitas situações em que os códigos não conseguem mensurar diante de um caso concreto. Por exemplo, o Código Penal reconhece a utilização de legítima defesa apenas em caso de agressão presente ou iminente, jamais em agressão que já cessou e ainda pode não absorver toda a ação. Todavia, mesmo em reações iminentes, punem-se os excessos dolosos ou culposos. Bitencourt (2012, p. 427) considera que a reforma penal de 1984 prevê a possibilidade do excesso em relação a todas as excludentes de ilicitude. O excesso será doloso quando o agente se aproveitar da situação excepcional que lhe permite agir, impondo um sacrifício maior do que o necessário à salvaguarda do seu direito ameaçado. Será culposo o excesso quando, por descuido ou imprevisão, o agente ultrapassa os limites da ação permitida. Pode o excesso ser considerado circunstância atenuante ou causa de

diminuição de pena como no caso do homicídio privilegiado, ao passo que, quando o excesso for identificado como culposo, o agente responde pelo resultado provocado a título de culpa, se se amoldar a um tipo penal.

Roxin (2008, p. 927) discorre que, na Alemanha, o legislador diante de graves estados emotivos preferiu renunciar à punição, por falta de necessidade de prevenção geral ou especial. No Brasil, a política criminal está no sentido de que a emoção não exclui a imputabilidade penal, como se observa no art. 28, I do Código Penal, contudo, dentro da análise da culpabilidade, permite-se o reconhecimento de que estados emocionais oriundos das vítimas amedrontadas podem ensejar a não punição.

Certo é que a legislação penal reduz mais a possibilidade de ação da vítima que a legislação civil; pela leitura do artigo 1.210, § 1.º do Código Civil: "[...] o possuidor turbado ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa ou de desforço não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse.". Contextualizado para o Direito Penal, aquele que foi furtado não pode invadir a casa daquele que está com seu bem, sob pena de responder por exercício arbitrário das próprias razões, delito inserido nos crimes contra a administração da justiça, no artigo 345 do Código Penal[43].

A vítima reage a impulsos naturais e, apesar de ser primeiramente vítima, passa a ser indiciada, denunciada e até mesmo condenada. Há excessos que podem ser considerados exculpantes e, apesar de não ter previsão legal, a doutrina considera-os como causa de exclusão da culpabilidade. São considerados excludentes supralegais aqueles decorrentes do medo, surpresa, perturbação do ânimo fundamentados na exigibilidade de conduta diversa. No Direito espanhol, o medo insuperável constitui expressamente causa de exclusão da culpabilidade, conforme artigo 20, 6.º[44] do Código Penal Espanhol.

Jescheck discorre que o instituto da legítima defesa tem dois ângulos distintos:

> No prisma jurídico individual é o direito que todo homem tem de defender seus bens jurídicos. No prisma jurídico social é justamente o preceito de que o ordenamento jurídico não deve ceder ao injusto, daí porque manifesta-se essencialmente quando for necessária, devendo cessar no momento em que desaparecer o interesse de afirmação do direito, ou ainda em caso de manifesta desproporção entre os bens em conflito. (JESCHECK, 1993, p. 459.)

---

[43] Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

[44] *"Articulo 20. Estón exentos de responsabilidad criminal:*
[...]
6.º El que obre impulsado por miedo insuperable."

Tratando-se, portanto, de casos que versarem sobre a reação da vítima, faz-se necessário conhecer a história para posteriormente medir os excessos; para tanto devem ser direcionados às práticas restaurativas, propiciando o encontro entre as partes na busca de esclarecimentos das causas que levaram à ação e reação, permitindo solucionar tentativas teóricas de mensurar os limites da reação.

8.8 Reparação do dano

Este tema – reparação do dano – foi apontado como direito da vítima, no início desta tese, sem, contudo, tecer as considerações importantes para a solução do conflito penal.

Um dos efeitos da condenação é a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime[45]. Nesta ótica, a vítima tem o direito de ter seu dano reparado, em três possibilidades: restituição, ressarcimento e reparação, este último, indo além de danos materiais, podendo estender-se a danos morais ou ao pedido de perdão.

A reparação do dano estende-se às sentenças absolutórias, a depender da fundamentação da absolvição. Entre as previstas no artigo 386 do Código de Processo Penal, a elencada no inciso I não permite a indenização, ou seja, estar provada a inexistência do fato impede a reparação do dano, comando reafirmado pelo artigo 66 do mesmo Código[46]. No mesmo entendimento, está a fundamentação pelo motivo de o réu não ter concorrido para a infração penal, inciso IV, do artigo 386. Nas demais fundamentações absolutórias[47], é possível o pedido de reparação do dano, na esfera cível. Portanto, mesmo em decisões absolutórias, há a possibilidade de ingresso da ação civil *ex delicto* no direito pátrio.

Também não impedirá o pedido de reparação de dano o despacho de arquivamento de inquérito e a decisão que julgar extinta a punibilidade, consoante artigo 67, incisos I e II, do Código de Processo Penal.

Outra possibilidade de ingresso da ação civil *ex delicto* surge com a Lei n.º 11.719/2008, que incluiu, no art. 387 do Código de Processo Penal, o inciso IV, permitindo a

---

[45] Conforme artigo, 91, I, do Código Penal.

[46] "Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato."

[47] "Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
I – estar provada a inexistência do fato;
II – não haver prova da existência do fato;
III – não constituir o fato infração penal;
IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal:
VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena;
VII – não existir prova suficiente para a condenação."

fixação do valor mínimo para reparação dos danos pela infração, considerando os prejuízos do ofendido. Esta inovação permite ao juiz, na sentença penal condenatória, fixar valores, a título de reparação, que pode ser executado, na seara cível, o *quantum* fixado, caso o condenado não cumpra a obrigação, sem prejuízo da liquidação do dano efetivamente sofrido. Portanto, convive a possibilidade de ser executada uma parte líquida e outra que complemente o efetivo dano, conforme denota o § único, do art. 63, acrescido com a reforma[48]. Em muitos casos a sentença penal pode ser suficiente à reparação dos danos, atendendo aos anseios da vítima.

Discussões acerca deste novo instituto têm inviabilizado sua eficácia. Vários são os questionamentos acerca da possibilidade de fixação da reparação dos danos pelo juízo penal, a começar pela interpretação de ser faculdade ou obrigação do juiz, de ser necessário ou não pedido expresso e, caso dependa, a quem compete formulá-lo e ainda a necessidade de assegurar o contraditório sobre o valor.

Parte da doutrina entende que seria um efeito automático da condenação, independente de pedido expresso, como no entendimento de Mendonça:

> É relevante notar que a possibilidade de o magistrado criminal fixar o valor mínimo na sentença independente de pedido explícito. E não há violação ao princípio da inércia, segundo pensamos. Isso porque é efeito automático de toda e qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado impor ao réu o dever de indenizar o dano causado. Não é necessário que conste na denúncia ou queixa tal pedido, pois decorre da própria disposição legal o mencionado efeito. É automático, já dissemos. Ou seja, independentemente de qualquer pedido, no âmbito penal, a sentença penal condenatória será considerada título executivo. O mesmo se aplica em relação ao valor mínimo da indenização: decorre da lei, é automático, sem que seja necessário pedido expresso de quem quer que seja. A única modificação que a reforma introduziu foi transmudar o título executivo, que antes era ilíquido e agora passa a ser líquido, ao menos em parte. (MENDONÇA, 2008, p. 240.)

Entendimento corroborado pela jurisprudência do Rio Grande do Sul, com a interpretação de que sua aplicação é cogente, sob pena de violar o princípio da legalidade:

> Valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração. Considerando que o fato delituoso objeto desta ação penal ocorreu em data da posterior à entrada em vigor da Lei n.º 11.719/08, a fixação de valor mínimo de indenização à lesada, prevista no art. 387, inc. IV, do CPP, é medida imperativa. Isso porque, sobrevindo prejuízo decorrente da infração à vítima e estando este evidenciado nos autos, a aplicação do aludido preceito legal é cogente, não sendo possível o seu afastamento, sob pena de violação do Princípio da Legalidade. E, em se tratando de parte integrante do decreto condenatório, é dever do juiz, ao proferir a sentença, incluir o arbitramento de montante mínimo a título de reparação, sendo despiciendo pedido da acusação. Apelo defensivo parcialmente provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2010.)

[48] "Art. 63. [...]
Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV, do art. 387 deste Código, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido."

Também o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) (MINAS GERAIS, 2010) já decidiu no mesmo sentido: "[...] por ser norma cogente, não cabe ao juiz deixar de examinar a aplicação da reparação de danos a título de danos materiais, por meio das provas produzidas nos autos".

Contudo, há interpretações contrárias, no sentido de que para que o juiz fixe um valor; deve-se ter pedido formulado, possibilitando ao réu defender-se da fixação ou mesmo do valor pedido, ou ainda que se torna inviável a instrução criminal estender-se a estes desdobramentos, como na doutrina de Oliveira:

> Pensamos que somente como efeito secundário da sentença penal se poderá aceitar a nova regra do art. 387, IV, do CPP, nos termos, aliás, em que acha disposto no art. 91, I, do Código Penal, a reconhecer a certeza e a obrigação de indenização do dano causado pelo crime. Com efeito, ainda que sem pedido ou participação da vítima no processo, o citado dispositivo legal sempre autorizou a formação de título executivo no juízo cível, já afirmada a obrigação de indenização do dano pela prolação da sentença penal condenatória. No cível, portanto, restaria apenas a liquidação do valor devido. A nosso aviso, a nova legislação deve ser entendida nesses estritos termos, impedindo o alargamento da instrução criminal para a discussão acerca dos possíveis desdobramentos da responsabilidade civil. (OLIVEIRA, 2009, p. 539–540.)

Na mesma linha deste entendimento há jurisprudências decotando a fixação por não haver estabelecido o contraditório sobre o *quantum* fixado:

> Apesar da 11.719/2008, ter alterado o inciso IV do art. 387, do CPP, passando a determinar que o juiz fixe o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, é necessário, para que não haja lesão aos princípios constitucionais processuais, especialmente os que asseguram a ampla defesa e o contraditório (art. 5.º, LV, da Constituição Federal), garantir espaço para a atuação probatória das partes acerca daquele valor. (MINAS GERAIS, 2010.)

No mesmo sentido:

> A fixação do valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração também deve observar os princípios do contraditório e ampla defesa, revelando-se imperiosa sua exclusão quando não foi oportunizado ao recorrente o direito de produzir eventuais provas que pudessem interferir na convicção do julgador no momento da fixação. (MINAS GERAIS, 2009.)

> Afigura-se imprescindível que o titular da ação penal formalize o pedido de fixação da indenização decorrente da infração, prevista no inc. IV do art. 387 CPP, além de consignar o valor que entende devido e juntar provas a fim de sustentar o *quantum* indicado, assegurando ao réu o direito de questionar a pretensão, mostrando-se inaceitável possa o juiz, sem observar tais exigências, fixar valor para a reparação dos danos sofridos pela parte ofendida. (MINAS GERAIS, 2012.)

Reiterados julgados do TJMG têm entendido que há necessidade de pedido do ofendido ou do Ministério Público, facultando-se o debate a respeito do tema, assegurando-se as garantias processuais ao acusado para que ele se defenda também do aspecto cível debatido.

Na mesma esteira, os julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> Reparação pelos danos causados à vítima prevista no art. 387, IV, do Código de Processo Penal. Necessidade de submissão ao contraditório. Recurso parcialmente provido. [...] Para que seja fixado na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima, com base no art. 387, IV, do Código Penal, deve haver pedido formal nesse sentido pelo ofendido e ser oportunizada a defesa pelo réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. (BRASIL, 2012.)

> Reparação por dano material, ausência de pedido expresso. Violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Não há falar em fixação de valor mínimo de indenização à vítima se o Ministério Público não requereu, tampouco o fez o ofendido, a fixação desse *quantum* no momento do oferecimento da denúncia, sob pena de violação dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. (BRASIL, 2013.)

> Reparação dos danos. Art. 387, IV, do CPP. Fixação de ofício. Impossibilidade. Necessidade de pedido expresso e formal. Obediência ao princípio da ampla defesa. [...] No Processo Penal, não cabe ao juízo fixar o valor mínimo da indenização decorrente da prática de delito, nos termos do art. 387, IV, do CPP, sem pedido expresso da parte no momento processual oportuno. (BRASIL, 2014.)

A reparação dos danos pode estender-se a danos morais, como no caso de uma decisão proferida na 8.ª Vara Criminal do TJMG, nos autos número 0844519-98.2012.8.13.0024, publicada em 13 de agosto de 2013. Em embargos de declaração interpostos pelo Ministério Público acerca da não fixação da indenização de danos morais, apesar do pedido feito na denúncia em crime de estupro, ocorrido em 1997, em Belo Horizonte, o juiz arbitrou em R$ 100 mil a indenização mínima, pelos danos morais sofridos pela vítima. Destaca-se ainda que eventuais valores de indenização por danos materiais, como despesas de tratamento médico, por exemplo, deveriam ser requeridos em ação cível posterior. Para a fixação do valor da indenização, o magistrado considerou o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento, as circunstâncias do fato e o caráter repressivo e pedagógico da reparação.

Entre as várias polêmicas que envolvem o tema inclui-se a natureza das responsabilidades, no sentido da reparação do dano. No juízo cível, vige a responsabilidade objetiva da indenização e, no juízo penal, a subjetiva, só podendo responsabilizar aquele que agiu com dolo ou culpa; nunca a responsabilidade se estende a terceiros. No exemplo de um homicídio culposo no trânsito, em que a indenização, na seara cível, poderia estender-se a terceiros, como ao empregador do causador do dano, por exemplo, se a serviço estava o condutor; o mesmo raciocínio no Direito Penal estaria descartado. A responsabilidade da reparação do dano ainda persistirá, caso ocorra a morte do infrator, permitindo, neste caso, o

texto constitucional, no art. 5.º, XLV, que não se aplique o princípio da pessoalidade ou da transcendência da pena, podendo a obrigação estender-se aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor transferido. A não aceitação da responsabilidade objetiva no Direito Penal assegura que ninguém deva responder penalmente por atos praticados de outra pessoa, o que não inviabiliza que, no círculo restaurativo de conflitos penais, o acordo se estenda a solucionar também demandas que são propostas na seara cível. Como acontece em Brasília, o projeto desenvolvido no Núcleo Bandeirantes, que reúne em casos criminais, também os ajuizados na seara cível, dentro do mesmo contexto, buscando a solução integrada, incluindo as ações cíveis que interferem no desfecho do conflito. Assim no exemplo do homicídio culposo, não estaria despropositado um círculo restaurativo, com a participação dos envolvidos e terceiros responsáveis, em que se buscasse uma solução consensuada.

Outro ponto a ser destacado é a fixação de os danos não constituírem natureza jurídica de condenação, não passível de execução na Vara de Execuções Penais. Não sendo exequível com a condenação penal, um entendimento que se forma é de ter a reparação do dano natureza condenatória a ser executada no juízo cível, modificando o entendimento de que o juízo criminal seria incompetente para tratar da matéria reparação dos danos.

Entendimentos contrários, como na doutrina processualista civil de Liebman (1981), interpretam o verbo *fixar* como sinônimo de recomendar e prescrever e, não, de condenar. Nesta premissa, o item do valor fixado teria natureza declaratória, sendo que sua eficácia seria como fonte de prova na ação de responsabilidade civil.

Ainda há posicionamentos que afirmam que a alteração do Código de Processo Penal seria inconstitucional por violar os princípios constitucionais assegurados como: do sistema acusatório, que impede proferir condenações de oficio, princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, discute-se a aplicabilidade intertemporal da fixação do dano. Sendo entendido como norma processual, a aplicação seria imediata. Contudo, há os que entendem que a reparação do dano é norma de direito material, tornando-se norma processual penal material, sendo incabível sua aplicação a fatos praticados, antes da entrada em vigor da lei, por ser prejudicial ao réu. Neste sentido: TJMG, Apelação Criminal n.º 1.0480.07.101512-1/001, Comarca de Patos de Minas, Rel. Des. Herbert Carneiro, j. em 8 de setembro de 2010.

Também se encontra na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região a interpretação da não retroatividade:

> Em observância ao princípio da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5.º, XL, da CF/88), inviável a incidência do regramento do art. 387, IV, do CPP (que

> possui nítido caráter material), ao caso concreto, pois que os fatos delitivos correram no período compreendido entre julho/2004 à set/2004 e a Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao mencionado artigo, conferindo a possibilidade de o julgador, na esfera criminal, fixar valor mínimo para reparação de danos, passou a vigorar no ano de 2008, de modo que dito preceito não pode alcançar os processos em andamento, como na hipótese. Apelação parcialmente provida, apenas para reduzir a pena imposta à acusada e afastar a fixação do valor mínimo de indenização em favor do INSS. (BRASIL, 2010).

Seguindo a mesma interpretação:

> Exclusão da condenação por reparação do dano, com base no art. 387, IV, do CPP, introduzido pela Lei 11.719, de 20/06/2008, eis que, na data do fato – 29/07/2008 – ainda não tinha eficácia a Lei 11.719, de 20/06/2008, publicada no DOU de 23/06/2008, que só entrou em vigor 60 dias após sua publicação, consoante o seu art. 2.º, não podendo tal disposição retroagir, para prejudicar o réu-apelante. (BRASIL, 2011).

Aos primeiros questionamentos a pergunta seria: por que não fixar? A inovação apresenta-se como instrumento de benefício às vítimas, contudo esbarra no grande problema do processo penal: a não inclusão da vítima no discurso. Os entraves da necessidade do pedido ou a discussão do *quantum* estariam solucionados com a participação ativa da vítima, nos moldes da Justiça Restaurativa, como já discorrido.

Na legislação brasileira, se a vítima não tem seus direitos representados pelo Ministério Público, quem então, poderia pleiteá-los? Com a alteração legislativa, deveria o Ministério Público fazer o pedido, reiterando-o em alegações finais? Estar-se-ia diante de mais um requisito ao artigo 41 do Código de Processo Penal para a denúncia? Apesar de o artigo 68 do Código de Processo Penal autorizar ao Ministério Público promover a ação civil, quando o titular do direito à reparação for pobre, o entendimento majoritário é de que não compete à instituição esse papel, sendo transferido às defensorias públicas.

Em Goiás (2014), o informativo do Ministério Público[49] orienta os promotores para que expressamente façam o pedido na denúncia, o que pode oportunizar, na discussão do valor, um contato antecipado com a vítima. A resolução não tem caráter vinculativo, mas as discussões renovam-se acerca do reconhecimento da vítima como sujeito de direitos.

Acredita-se que o círculo formado antes ou durante o processo em que vítima e ofensor discutem a proposta de reparação do dano é a maneira mais acertada de preencher as

[49] "INFORMAÇÃO TÉCNICO-JURÍDICA N.º 02/2014-CAOCRIM. Na trilha da fundamentação exposta, resolve INFORMAR aos órgãos de execução do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS, sem caráter vinculativo, que, na esteira do entendimento jurisprudencial amplamente majoritário, a fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (art. 387, IV, CPP), reclama pedido expresso do Ministério Público (ou do ofendido) a ser formulado por ocasião do oferecimento da denúncia e, *ad cautelam*, ratificado quando dos memoriais."

lacunas que a legislação atual encontra. Caso o ofensor não aceite a responsabilidade pelo ato e consequentemente a reparação do dano, seguindo a persecução penal, a vítima poderá externar sua pretensão de reparação, ainda que na audiência de instrução e julgamento, com possibilidade de o ofensor contraditar o pedido.

Todos os questionamentos acerca da efetividade da reparação do dano fixada no processo penal, principalmente, o argumento acerca de ferir a base principiológica garantista devem ser registrados. Contudo, eles não merecem prosperar.

Não estaria afrontado o princípio *Nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório) quando se analisa sob a ótica garantista, com base no entendimento de Ferrajoli, de que ele não se resume somente à separação estrutural entre juiz e acusação e a proibição de *ne procedat iudex ex officio,* mas, também, e sobretudo no "[...] papel da parte – em posição de paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e consequentemente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado." (FERRAJOLI, 2006, p. 522).

Ainda sobre o princípio acusatório, o autor discorre que:

> Com o modelo acusatório são compatíveis formas autônomas, livres e subsidiárias de ação popular: aptas a complementar a ação do Ministério Público em defesa dos direitos e dos interesses, individuais ou coletivos ofendidos pelo crime; a solicitar e, se necessário, remediar a inércia culpável dos órgãos públicos; a permitir a participação e o controle popular sobre o exercício da ação penal e indiretamente sobre toda a função jurisdicional. (FERRAJOLI, 2006, p. 525.)

Quando o modelo garantista compreende também a possibilidade de participação nos interesses dos ofendidos pelo crime, legitima a inclusão da vítima em defesa de seus direitos e prima por um equilíbrio livre de qualquer coação, tanto para o ofendido como para o ofensor, que também poderá externar a (im)possibilidade da reparação sugerida pela ofendido, antes da sua fixação pelo juiz. Portanto, o que se propõe não ofende o princípio acusatório e tampouco a reparação do dano será fixada *ex officio.*

Não se estaria afrontando também o princípio *Nulla probatio sine defensione* (sem defesa ou contraditório, não há acusação válida), entendido como a necessidade dialética do processo. A possibilidade de as partes discutirem a reparação amplia o contraditório com a participação de quem realmente sofreu o dano.

Aos argumentos de que, sem pedido expresso na inicial acusatória, não poderia ocorrer a fixação na sentença, por ferir o princípio da correlação, entende-se que, sendo a reparação um dos efeitos de qualquer condenação, mesmo não expresso, há a possibilidade de fixação pelo juiz, desde que oportunizado à vítima externar o pedido, como parâmetro de mensuração do *quantum*.

8.9 Os sistemas de reparação

Os sistemas de reparação do dano decorrentes do ilícito penal podem ser sistematizados, pela competência, em sistema da separação e da união, sendo que, no primeiro, a competência se firma na seara cível e, no segundo, se permite também ao processo penal a discussão e fixação do valor.

O ordenamento brasileiro já previu o sistema da união, como se observa no Código Criminal do Império de 1830, em seus artigos 30 e 31[50], disciplinando que a reparação do dano preferia sempre o pagamento das multas. Na mesma linha, o Código de Processo Penal de 1832, no artigo 79, § 2.º[51], determinava que o pedido de reparação, com o respectivo valor do dano sofrido, compreendia requisito para denúncia ou queixa.

Posteriormente, a Lei n.º 261, de 3 de fevereiro de 1841[52], revogou os artigos citados e passou a disciplinar que a reparação do dano deverá ser requerida por ação civil, abolindo o sistema da união.

Alguns países adotam o sistema da união ou da adesão, como no Código de Processo Penal da Espanha, que possibilita ao Ministério Público ou à vítima, representada por advogado, requer a reparação:

> Art. 108 da Ley de Enjuiciamiento Criminal, **in verbis**: "*La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables*."

No México, há a possibilidade da indenização, como parte integrante da pena, como relatado por Tourinho:

> Se "*establece que la reparación del daño forma parte integrante de la pena y que debe reclamarse de oficio por el órgano encargado de promover la acción (o sea, que es parte integrante de la acción penal), aun cuando no la demande el ofendido*." (*apud* TOURINHO FILHO, 2013, p. 9.)

---

[50] "Art. 30. A completa satisfação do offendido preferirá sempre ao pagamento das multas, a que tambem ficarão hypothecados os bens dos delinquentes, na fórma do art. 27.
Art. 31. A satisfação não terá lugar antes da condemnação do delinquente por sentença em juizo criminal, passada em julgado. Exceptua-se: 1.º O caso da ausencia do delinquente, em que se poderá demandar, e haver a satisfação por meio de acção civil. 2.º O caso, em que o delinquente tiver fallecido depois da pronuncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio de acção civil. 3.º O caso, em que o offendido preferir o usar da acção civil contra o delinquente."

[51] "Art. 79. A queixa, ou denuncia deve conter: § 1.º O facto criminoso com todas as suas circumstancias. § 2.º O valor provavel do damno soffrido."

[52] "Art. 68. A indemnisação em todos os casos será pedida por acção civel, ficando revogado o art. 31 do Codigo Criminal, e o § 5.º do art. 269 do Codigo do Processo. Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existencia do facto, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime."

Em Portugal, a regra é o sistema da adesão, como denota o artigo 71 do Código de Processo Penal:

> Art. 71: O pedido de indenização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei.

Para Silva a inclusão da reparação do dano, no processo penal brasileiro, dependeria de lei específica que autorizasse ao ofendido expressamente realizar o pedido:

> O melhor caminho que se alvitra para ajustar essas situações em conformidade com a CRFB/88 é a admissão do processo de adesão no sistema jurídico brasileiro, respeitando-se o devido processo legal, mediante lei específica que outorgue ao juiz criminal competência para decidir matéria cível de reparação de danos conexa à demanda criminal, mediante pedido expresso da vítima. Adotando-se o processo o sistema de adesão, facultar-se-á ao lesado a formulação de seu pedido de reparação dos danos no processo penal. (SILVA, 2010, p. 151.)

Além de Silva (2010), primam alguns juristas por outra reforma no Código de Processo Penal no sentido de possibilitar expressamente o sistema da união, facultando ao lesado a formulação de seu pedido de reparação de danos.

Nesta esteira, o Projeto de Lei n.º 156/2009, subscrito pelo coordenador da comissão, ministro Hamilton Carvalhido, e relator-geral, Eugênio Pacelli de Oliveira, apresentado pela Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Amperj)[53], propõe a formulação do pedido, pelo Ministério Público ou por advogado constituído.

Quando se analisam as legislações esparsas que remendam o Direito Penal e o Direito Processual brasileiros, percebe-se que, mesmo antes da reforma, já havia a autorização ao juiz penal garantir a reparação do dano.

No instituto da suspensão condicional do processo, a reparação do dano é a primeira das condições que devem ser interpostas pelo juiz, conforme o comando do art. 89, § 1.º, I, da Lei n.º 9.099/1995. Para o juiz extinguir a punibilidade daquele que teve a reparação do dano, como condição da suspensão, esta obrigação deverá estar comprovada no Processo Penal.

---

[53] Projeto de Lei 156/2009: "1. O pedido de reparação de danos civis em valor mínimo ou integral fundado na prática de ilícito criminal será formulado pelo Ministério Público na denúncia ou por advogado constituído mediante processo de adesão, respeitado o contraditório e a ampla defesa do réu, sem prejuízo da opção da vítima ou dependentes para a propositura da demanda em separado perante a jurisdição civil.
§ Único: escolhida a via processual penal pela parte civil não se permitirá a opção por outra, salvo se extinta a ação no processo penal sem julgamento do mérito.
2. A sentença penal condenatória em valor mínimo ou integral constituir-se-á título executivo judicial civil nos termos do artigo 475, N, II – do CPC, sem prejuízo da liquidação do crédito complementar, na primeira hipótese, e execução na esfera jurisdicional civil."

Também, na aplicação do *sursis*[54] (suspensão condicional da pena), a reparação do dano é causa de minimização das condições impostas, conforme denota o artigo 78, § 2.º, do Código Penal, cabendo ao juiz penalista a verificação dessa obrigação, o que impactará, se cumprida, a favor do ofensor. No Código de Trânsito (Lei n.º 9.503/1997), em seu artigo 297, a reparação é prevista com natureza de multa reparatória em favor da vítima, devendo ser calculada nos mesmos moldes da pena de multa, fixada em dias/multa, com o valor de cada dia fixado pelo juiz.

Analisando a Lei n.º 9.605/1998, que define crimes ambientais, em seu artigo 20[55], o legislador incluiu a obrigação fora das penalidades previstas, antecipando o texto que posteriormente foi incluído no Código de Processo Penal e, ainda, condiciona o oferecimento da transação penal à comprovação da composição do dano, como se observa em seu art. 27. A obrigação de reparar o dano ambiental é assegurado pelo comando constitucional do artigo 225, § 3.º, pelo qual se determina que, independentemente de sanções penais, está a obrigação de reparar o dano causado. Caso não se consiga encontrar uma vítima específica, a reparação estender-se-á à comunidade. Nesta legislação claramente há autorização para o juiz penal fixar o valor mínimo para reparação dos danos, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano sofrido, o que leva os intérpretes a considerarem que o sistema da separação se tornou mitigado com o advento dessas leis ao ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda quando se analisam as disposições do artigo 64, parágrafo único, do Código de Processo Penal, conjugado com o artigo 315 do Código de Processo Civil, contendo ambos a previsão de que o processo civil deve ser sobrestado até decisão do processo penal, percebe-se que há interdependência entre os dois ramos do Direito, até mesmo para não haver contradição entre as decisões.

Moreira subdivide o sistema da reparação em grupos definidos como: sistema da confusão, da solidariedade ou cumulação obrigatória, da livre escolha ou cumulação facultativa e o da independência ou separação, conceituando-o como:

> O sistema da confusão em que uma única ação visa simultaneamente à aplicação da sanção penal e da sanção civil; o da solidariedade, em que as duas ações, civil e penal se exercitam cumuladas perante mesmo órgão; o da livre escolha, em que se deixa à opção do legitimado propor a ação civil no processo penal ou fora dele, no juízo próprio, e o da separação, em que veda o exercício da ação civil no processo penal, devendo cada ação ser intentada perante um órgão distinto. (MOREIRA, 1980, p. 107.)

[54] Expressão de origem francesa, especificamente do verbo *surseoir*, suspender, adiar.

[55] "Art. 20. A sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente."

Moreira (1980, p. 109) ainda registra outro sistema de reparação, adotado na França, o sistema da cumulação facultativa conforme os artigos 3 e 4 do Code de Procédure Pénale, em que a reparação do dano poderá ser assegurada na ação penal ou em separado, possibilitando à vítima requerer no processo penal ou no processo civil.

À primeira vista poder-se-ia dizer que o sistema processual penal brasileiro permitiria novamente o modelo da união, permitindo a sentença de condenação penal ser completada pela reparação dos danos. A problemática identificada é a de que, no sistema da cumulação, obrigatória ou facultativa, haveria necessidade da parte acusadora ou a vítima requerer a reparação. Como já salientado acima, o Ministério Público não tem feito o pedido na denúncia.

Ainda sem o pedido expresso, na inicial, não se pode negar que a alteração flexibilize a competência absoluta do juízo cível, em razão da matéria, quando o legislador autoriza a fixação na sentença penal. Percebe-se que há a conexão entre as responsabilidades civil e penal, tornando possível o sistema da união de maneira mitigada. Isto, porque nada impede que o processo penal resolva, por inteiro, a pretensão de reparação do dano, mas também não é a única via de acesso, podendo a vítima ou seus legitimados ingressarem no juízo cível, sendo que a reparação penal, se fixada minimamente, será compensada, no montante cível requerido.

Outro fato observado, durante as pesquisas realizadas, foi o de que a fixação dos danos e o sobrestamento da reparação podem causar sobrevitimização. A vítima tem direito de ser intimada da sentença, garantido no § 2.º do artigo 201 do Código Penal. Quando recebe cópia da sentença que lhe concede a reparação do dano, deve aguardar o trânsito em julgado da decisão. Essa linguagem jurídica, para a vítima, quando lê a sentença, não é compreendida e, diante da expectativa do ressarcimento, a conduta é procurar o Fórum (Judiciário) para esclarecimentos de como receber o valor fixado. Com a cópia da sentença, as informações, ou mesmo desinformações, levam a vítima a procurar a contadoria judicial ou as varas criminais, pretendendo receber o que o juiz fixou. É perceptível o descontentamento quando recebe a explicação de que a reparação do dano não será imediata, sendo necessário aguardar o trânsito em julgado da decisão, que dependendo de recurso, pode demorar e ainda que, se houver recurso, os Tribunais Superiores podem decotar a reparação. Igualmente difícil é a compreensão para as vítimas de classe pobre da informação de que poderá ingressar com o pedido, no juízo cível, enquanto aguarda o trânsito em julgado da decisão, mas, de qualquer maneira, a reparação não será imediata, sendo que, neste caso, deverá procurar um advogado para formular o pedido. Não raras vezes esta cena se repete, e no contato, face a face com a

vítima, percebe-se sua reação de decepção, constatando claramente que o sistema é seletivo-classista, também para a vítima, reproduzindo a violência da injustiça social.

Caso o sentenciado não pague o que foi fixado na sentença, o Ministério Público, não se situando como órgão legitimado a promover a execução, restará a possibilidade de atermar nos Juizados Especiais, a depender do valor fixado ou procurar a Defensoria Pública para a representação processual ou ainda da contratação de advogado para formular o pedido de execução. Apesar da modificação do texto, o contexto não propicia uma satisfação célere para a vítima ter seu dano reparado.

Cumpre registrar experiências compartilhadas de insatisfação da vítima acerca do *quantum* fixado. Como a vítima não tem conhecimentos de que a fixação se refere ao mínimo, à primeira vista, o entendimento é de que a reparação tem um valor bem menor que o dano causado.

Noutros contextos, identificaram-se casos em que o ofensor procura a contadoria judicial para efetuar o pagamento da reparação imposta, e nos processos não constava nenhum dado bancário da vítima; nesses casos, fazem-se depósitos judiciais, que ficarão à disposição das vítimas.

E ainda foram identificadas situações em que a vítima ou familiares da vítima não têm o interesse em receber a quantia fixada pelos motivos que não vão ser conhecidos, se não for dada a oportunidade de participação. Como no exemplo de uma mãe que teve seu filho morto, por um acidente culposo no trânsito, com valor da reparação fixado de R$ 10 mil. Intimada sobre o pagamento, compareceu ao fórum e externou seu desabafo: “Não quero este dinheiro; meu filho só valia isto?”. Mais uma vez a explicação: “A senhora pode intentar com a ação no juízo cível, requerendo a complementação da quantia que achar satisfatória”. Os leitores podem imaginar a cena de descontentamento dessa mãe, que termina dizendo: “O dinheiro não paga o sofrimento que eu vivo, após a morte do meu filho; eu não quero dinheiro!”. A mágoa causada pela fixação da reparação do dano foi tamanha que a senhora não oportunizou a explicação de que poderia o valor fixado ser revertido a instituições filantrópicas e tampouco aceitou que deveria rejeitar, por escrito, para constar nos autos. Enfim, processualmente analisando, quando intimada a vítima ou a família da vítima, não for demonstrado interesse na reparação pecuniária, e na hipótese de cumprimento da obrigação, o juiz decidirá sobre a destinação.

Zaffaroni e Pierangeli alertam que a vítima ainda fica à mercê da solvência do ofensor:

> A rigor, muito se fala da vítima, mas na realidade o direito penal tende muito pouco a fazer algo pela vítima. Insiste na tutela de bens jurídicos, mas o direito penal

> parece negligenciar os bens jurídicos concretamente afetados. Quando um sujeito sofre uma lesão, o Estado preocupa-se em sancionar o autor, mas que esquece quase por completo do sujeito passivo, que deve reclamar a sua reparação na via cível, dentro ou fora do processo penal e, na melhor das hipóteses, obtê-la quando o autor for solvente. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 113.)

De todo o exposto, participando dos corredores forenses, atenta-se aos dissabores de perceber o nível de insatisfação das vítimas com o sistema de reparação é que se reitera que cada caso é singular, portanto, para se pretender satisfação da vítima, é preciso que sejam abertas as oportunidades de participação e diálogo. A vítima, como não é representada por advogado, fica perdida no meio de um discurso e em instituições que não reconhecem seus direitos fundamentais, sobretudo o de informação e reparação do dano.

Possibilitam também o Código Penal e algumas legislações extravagantes que a pena substitutiva de prestação pecuniária seja revertida em favor da vítima, a título de reparação. Com a natureza de pena, pode ser executada no juízo das execuções penais com a possibilidade de não cumprida a obrigação, reverter em pena privativa de liberdade.

Nada impede que a prestação pecuniária esteja cumulada com a fixação prevista no artigo 386, IV, de maneira a garantir a reparação. Por terem naturezas jurídicas diferentes, não seria *bis in idem* para o ofensor, aplicadas de maneira proporcional à lesão, com a finalidade de reparação completa do dano. Em se tratando de condenação igual ou inferior a um ano, permite-se a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, podendo a prestação pecuniária extinguir a punibilidade. Em condenações que ultrapassem um ano e não excedam quatro anos, a substituição poderá ocorrer por duas restritivas de direitos ou uma restritiva de direitos e multa. Nas duas hipóteses devem ser respeitadas condições impostas pelo artigo 44 do Código Penal.

A reparação do dano está elencada como circunstância atenuante, prevista no art. 65, III, b, do Código Penal, analisada no momento da sentença e ainda como causa de diminuição de pena, nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, definida como arrependimento posterior ao crime praticado, conforme denota o artigo 16 do Código Penal, delimitando, neste caso, o tempo até o recebimento da denúncia ou queixa.

Outro ponto a ser destacado é a possibilidade de a reparação do dano, por si só, constituir causa de extinção da punibilidade. O Código Penal prevê para o crime de peculato culposo[56], a reparação do dano; se preceder a sentença irrecorrível, constituir causa de extinção da punibilidade; e se for posterior, reduzir a pena imposta à metade.

[56] Artigo 312, § 3.º, do Código Penal.

Também se verifica a possibilidade de extinção da punibilidade pela reparação do dano nos comandos legais que versem sobre os crimes tributários previstos na Lei n.º 8.137/1990 e em outros tipos penais como os artigos 168-A e 337-A, classificados como delitos contra o sistema previdenciário. A Lei n.º 10.684/2003, em seu artigo 9.º, a Lei n.º 11.941/2009, em seu artigo 69, e a Lei n.º 12.382/2011, que alterou o artigo 83, § 4.º, da Lei n.º 9430/1996, disciplinam que o pagamento do débito extingue a punibilidade a qualquer tempo, e o parcelamento suspende a pretensão punitiva do Estado. A questão temporal deu-se por interpretação do Supremo Tribunal Federal, conforme decisão, em HC 81929-0, RJ quando da análise do artigo 9.º da Lei n.º 10.684/2003. Mesmo que haja controvérsia doutrinária acerca do momento em que o pagamento possa julgar extinta a punibilidade, certo é que as interpretações são sempre *pro reo*, sobre a qual se concorda que falta interesse na persecução penal quando já reparado o dano.

No mesmo raciocínio, a aplicação da analogia *in bonam partem* poderá ser empregada em outros tipos penais, com a mesma fundamentação, e estender o benefício àqueles que ressarcirem os prejuízos, aceitando a responsabilidade do ato, se constituir resposta suficiente aos anseios dos ofendidos.

O sistema penal reconhece em vários crimes tributários em que a reparação do dano pode extinguir a punibilidade, sem necessidade da punição, quando a vítima é o próprio Estado.

Seria um olhar diferenciado à vítima? Ou maior generosidade do Estado a certos ofensores? A crítica que se faz é o motivo de não se estender a possibilidade aos crimes praticados, com vítimas pessoas físicas que passem pelo conflito de ter seus bens furtados ou apropriados indevidamente, ou mesmo tendo sido fraudadas, sofrendo prejuízos de toda maneira. Nos inúmeros conflitos penais em que a vítima espera ressarcimento, o processo penal não fomenta a reparação da mesma maneira que os crimes praticados contra as instituições estatais.

Mais uma vez se defende que o encontro restaurativo preenche as lacunas de interpretação e aplicação dos direitos penal e processual penal, permitindo também ao juiz a fundamentação das decisões, no sentido de que a vítima teve sua reparação assegurada, e o ofensor assumiu a responsabilidade pelo ato praticado, devendo a punibilidade ser extinta, depois de cumprida a obrigação da reparação, perfazendo a interpretação no sentido de que a política criminal do momento está em reconhecer que o Direito Penal não possuiu somente a finalidade de aplicar penas, o fim maior desse ramo é a pacificação social. E ainda, dentro do princípio da intervenção mínima, deve-se entender que a pena privativa de liberdade deve ser

aplicada, em último caso, em decorrência das deficiências que integram o sistema penitenciário.

Apesar de todas as possibilidades elencadas acima, a doutrina ainda discute a necessidade de outra alteração legislativa, no sentido de regulamentar o sistema de reparação. Esperar por tais alterações é continuar negligenciando o direito das vítimas, portanto o reconhecimento da dignidade da pessoa humana está acima da interpretação de simples sujeito passivo, sem capacidade agir. As falhas legislativas, por falta da compreensão do direito como um todo, não podem impedir a concretização dos direitos fundamentais das pessoas que são vítimas e estão aguardando a solução do conflito que atenda também ao direito de reparação do dano sofrido. O resultado positivo de acordo consensual propicia a aplicação conjunta do processo penal com o processo civil e resolve grande parte das polêmicas que cercam o instituto da reparação do dano, no juízo penal.

8.10 Modelo de reparação do dano como terceira via

Do que até agora foi exposto verifica-se que a reparação do dano pode vir, no processo penal, com natureza coercitiva, em forma de sanção reparadora e ainda fixada, como item separado da aplicação da pena. Vários questionamentos são formulados acerca de qual finalidade cumpre, quando aplicada como sanção se da prevenção geral ou da prevenção especial.

Yarochewsky (2005, p. 176)[57], quando discorre sobre as finalidades da pena, assinala que a prevenção geral, compreendida como intimidação, não é uma teoria da pena, mas, uma teoria da ameaça penal. No que tange à prevenção especial, o autor assinala que, ao contrário da prevenção geral, a prevenção especial não está no campo da abstração, tornando-se uma realidade para o condenado cuja finalidade é o restabelecimento do convívio social de maneira a evitar o cometimento de novos crimes.

Surge a indagação de a reparação do dano possuir efeito preventivo geral, constituindo-se num mal para o ofensor de obrigação de caráter civil ou sobre outro ângulo, se

[57] "A finalidade da prevenção geral consiste na intimidação que se supõe alcançar por meio da ameaça da pena, sendo que se subdivide em geral negativa, dirigida aos infratores potenciais, visando a produzir a intimidação, e geral positiva, dirigida aos cidadãos fieis à lei, com vistas a integrar a sociedade em torno das normas. Em relação à prevenção especial, tem-se a prevenção especial positiva (quando a pena se dirige ao infrator, buscando ressociá-lo e reintegrá-lo à sociedade) e prevenção especial negativa (quando a pena se dirige ao infrator, visando à sua neutralização)."

aplicada de maneira insignificante à expressão econômica do ofensor, estimular a prática de novos atos ilícitos.

Várias são as críticas acerca da finalidade da prevenção geral da pena no sentido de que a intimidação sem limites não condiz com o Estado Democrático de Direito. A ineficiência desta finalidade, com a ameaça da pena privativa de liberdade, está provada pelo número de conflitos penais que aumentam a cada dia, apesar de os tipos preverem sanções. Como realçado por Toledo (2004, p. 04): "[...] é possível que a grande maioria dos criminosos potenciais não deixe de levar a cabo os seus intentos ilícitos diante da simples previsão legal de penas.". Neste raciocínio, a finalidade da prevenção geral negativa, dirigida aos potenciais infratores, torna-se uma falácia quando pretende prevenirem-se crimes por meio da severidade da punição. Da mesma maneira, utilizar a severidade da punição, como meio de intimidação aos cidadãos, fatalmente como dito por Ferrajoli (2006, p. 260): "[...] descamba para um direito penal máximo.".

Nestas considerações, a reparação do dano não se justifica dentro da finalidade de prevenção geral de intimidação. Até onde as pesquisas avançaram, conclui-se que a reparação do dano para o ofensor pode constituir atitude positiva de alívio e, não, de sofrimento. Essa reparação não deve ser compreendida somente na modalidade pecuniária e estendida a todas as possibilidades, como o perdão e a restituição. Esta observação pragmática coincide com a finalidade da prevenção especial positiva de que, imposta qualquer sanção, esta deve ser justificada, não como mal, mas, sim, dentro de uma finalidade ressocializadora e reconciliadora.

Outra possibilidade é a reparação ser compreendida como prestação autônoma ao lado das penas e da medida de segurança, sendo denominada de terceira via pela doutrina, sobretudo desenvolvida por Roxin (2001).

Entende Roxin (2001, p. 155) que a reparação pode até mesmo substituir ou atenuar a pena, caso satisfeitas as necessidades preventivas da pena e as necessidades da vítima, aproximando-se da realidade social. A fundamentação como terceira via está na compreensão do princípio da subsidiariedade em relação a outras modalidades de penas. A aplicação da pena privativa de liberdade deveria ser imposta, em último caso, podendo ser justificada por outra medida que estabeleça a restauração. Nas palavras do autor: *"[...] la reparación substituíria o atenuaria complementariamente a la pena,, em aquellos casos em los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de ala pena y a las necessidades de la víctima."*.

Sobre o princípio da subsidiariedade, discorre Prado:

> O princípio da subsidiariedade estende sua operatividade além dos limites tradicionais em que se havia confinado como limite do legislador, isto é, como pauta contenedora que incide sobre a decisão judicial a respeito da concreta reação penal. Logo, o juiz deve atuar com vistas às finalidades político-criminais do direito penal, tendo especialmente em conta a reparação. (PRADO, 2005, p. 166.)

Roxin (2001, p. 153) ainda defende que a reparação pode ser proposta pelo próprio ofensor, espontaneamente; e na hipótese de aceitação da vítima, contribui para a reconciliação entre vítima e ofensor, proporcionando a prevenção integrativa. Nesse entendimento, ao lado da prevenção geral e especial, a reparação proporciona a prevenção integrativa, ou seja, integralmente satisfaz às pretensões, resolvendo os conflitos pela via ressocializadora. Nas palavras do autor:

> Más allá, la reparación es uma prestación social constructiva, cuya imposición puede ser vivida por el mismo autor – de otra manera que, por ejemplo, la pena privativa de libertad –, espontáneamente, como plena de sentido y justa; ele puede, entonces, conducir al reconocimiento del Derecho. Luego, la reparación puede acarrear uma reconciliación entre el autor y la víctima, sobre todo cuando ella se lleva a cabo voluntariamente; si esa reconciliación, em el sentido del a prevención integrativa, es premiada por la comunidade, la meta de resolver conflitos por vía de la resocialización. (ROXIN, 2001, p. 153.)

Como sanção autônoma, a crítica contrária que se faz é de que não poderia a reparação do dano ser classificada como terceira via por seu caráter eminentemente civil, o que poderia causar mais um mal ao indivíduo.

Dentro dessa análise, quando a fixação da reparação do dano puder substituir a aplicação de uma pena privativa de liberdade, pelo princípio da subsidiariedade, como proposto por Roxin (2001), irá ao encontro da política criminal do momento de opções à pena de prisão, fomentada pela constatação de que nada causa mais mal ao homem do que a segregação no cárcere. Ademais, o discurso de aplicação da reparação do dano como suficiente à resposta penal contribui para a necessária reflexão acerca da necessidade de despenalizar várias condutas que poderiam ser resolvidas em outros ramos do Direito, dentro da perspectiva do Direito Penal para mínimo.

Em todos os casos de aplicação do Direto Penal, a resposta correta deve partir do contexto do caso concreto e, não, de conceitos abstratos, como assinala Jescheck:

> Não se pode desconhecer, entretanto, o perigo de uma dogmática do direito penal excessivamente dada às formulas abstratas. Isto consiste em que o juiz confie no automatismo dos conceitos técnicos e dessa maneira deixe de atender às peculiaridades do caso concreto. Sempre deve ser determinante a solução da questão do fato, enquanto que as exigências da sistemática devem situar-se em segundo lugar. (JESCHECK, 1993, p. 176.)

Por derradeiro e de maneira até redundante, toda a legitimidade da reparação do dano no conflito penal não deverá ser aplicada com o desconhecimento e neutralização da vítima, o que poderá constituir nova causa de vitimização, nem tampouco pretender mais um mal ao ofensor, aplicada de maneira desproporcional, desconhecendo as peculiaridades do caso concreto.

8.11 Retorno à vingança privada?

Quando se defende a proposta da reparação do dano como maneira satisfativa, incluindo a vítima no processo, reacende-se o debate se não seria forma de privatização do Direito Penal. Roxin (2001), respondendo a essa indagação justifica que não representa um retorno à marcha do desenvolvimento histórico, senão um embasamento de que os ramos do Direito possuem funções comuns de solucionar conflitos de maneira pacificadora:

> Su consideración en el sistema de sanciones no significa, desde el punto de partida aqui defendido, reprivatización como uma classe de pena especial, ni tampoco la introcción de um nuevo fin de la pena. La restituición es, en lugar de ello, uma prestación autónoma que puede servir para alcanzar los fines tradicionales de la pena y que, em medida em que lo consiga em concreto, debería substituir a la pena o ser computada para atenuaria [...] Pero la fossa entre ambas ramas del Derecho se traspassa em la medida em que el Derecho penal se sirve también, entre otros, de la efectos preventivos jurídico-civiles, asó como, a la inversa, el Derecho civil, según el nuevo desarrilo, torna fructífero, sin hesitación, efectos penales. Esto no representa uma inversión de la marcha del desarrollo histórico, sino um ensamblamiento de ambas ramas del Derecho, que se corresponde com sua función común de solucionar conflitos sociales de manera cuidados y pacificadora. (ROXIN, 2001, p. 155.)

A reparação do dano pode e deve ser manejada pelo Direito Penal, que não perderá seu caráter público, somente permite a aproximação de institutos, pela compreensão constitucionalmente adequada de ser direito fundamental da vítima.

Silva (2009, p. 49) discorre que o monopólio do estatal, neutralizando a vítima sem levar em conta qualquer interesse particular, sequer o dano sofrido pela vítima, deve ser reconsiderado: “Agride a racionalidade manter-se a vítima como um mero sujeito passivo do delito. Há um total descompasso e incoerência da construção teórica do conceito de delito quando não contempla a vítima em seus interesses.”.

O excesso positivista desencadeou um Direito Penal apegado às regras de identificação de autoria do ofensor, materialidade comprovada do fato e consequentemente a aplicação das penas. O foco é na norma rompida e, não, nas pessoas atingidas. Para Silva:

> Arma-se um cenário artificioso em que formalmente o processo se oferecia como instrumento de proteção dos direitos individuais e para garantir a segurança pessoal da pessoa ofendida, mas na prática essa pessoa – como vítima, restringia-se a mera denunciadora, nenhuma atenção lhe sendo dada quer assistencial, quer reparatória. Do mal que lhe fora causado, resultara o reconhecimento da culpabilidade do infrator e a severa punição deste, nenhuma outra ação para favorecer a vítima. (SILVA, 2009, p. 40.)

Zehr assinala que o crime destrói o sentido da autonomia da vítima e um movimento deve ser feito para a restauração da autonomia:

> Mas para sermos inteiros também é preciso possuir um sentido de autonomia pessoal, de poder sobre nossas vidas. È intensamente degradante e desumanizador perder o poder pessoal contra a própria vontade e ficar sob o poder dos outros contra a própria vontade. O crime destrói o sentido de autonomia. Alguém de fora assume o controle de nossa vida, nossa propriedade, nosso espaço. Isto deixa a vítima vulnerável, indefesa, sem controle, desumanizada. [...] O que é preciso para que a vítima se recupere? Qualquer resposta a essa questão é um pouco arriscada. Somente a vítima poderia responder com autenticidade, e as necessidades variam de pessoa para pessoa. (ZEHR, 2008, p. 24–25.)

A partir dessas constatações, a compreensão que se coaduna é que no paradigma do Estado Democrático de Direito, não pode a vítima ser neutralizada, mas, sim, reconhecida como sujeito de direitos com capacidade de participação e de se reconhecer como coautora do Direito, a partir da teoria do discurso, definida por Habermas (2012a). Desse modo, a formação da cidadania requer a possibilidade de reconhecimento e de participação pública nos processos decisórios que afetam o conflito vivido. As autonomias pública e privada aliam-se, haja vista a sua natureza co-originária, na medida em que uma só existe em função da outra, havendo complementaridade. Nessa perspectiva, permite-se que a autonomia retirada da vítima seja restabelecida.

A indagação estende-se à Justiça Restaurativa, no sentido de que estaria pretendendo dar uma marcha à ré na história quando tem como um de seus marcos a inclusão da vítima, com participação efetiva na construção de um acordo. Diante desta indagação, busca-se o entendimento que por trás de normas rompidas há pessoas que são sujeitos de direitos, no atual Estado Democrático de Direito.

É no espaço público que a teoria do agir comunicativo se refere à criação de uma situação ideal de comunicação que permite que decisões finais sejam obtidas comunicativamente mais próximas da realidade dos envolvidos. A Justiça Restaurativa apresenta-se como novo enredo nas relações do Estado, indivíduos e comunidade dentro do Direito Penal e Processual Penal, permitindo intervenções da vítima no campo punitivo, não, com práticas de vingança, mas, na construção de um plano de ação para a recomposição dos

danos causados pelo ato, além de incluir a comunidade no processo de ressocialização dos envolvidos no conflito.

Não se trata de burlar regras ou de um Direito alternativo, trata-se de buscar resposta corretas em casos variáveis. Pellegrini (2003, p. 231) ressalta que o processo democrático possui características como: expansividade, perfectibilidade e variabilidade, respeitando-se outras garantias processuais. Enumeram-se várias respostas possíveis, considerando-se que se vive numa sociedade reconhecidamente plural, entre as quais está a de que a função do Estado não se restringe ao reconhecimento de culpabilidade do ofensor, mas, também, garantir direitos à vítima desfavorecida pelo conflito. Nesta ótica, o processo pode mudar as lentes e identificar que ao lado de partes adversárias há pessoas que coexistem na mesma sociedade e que ao crime pode ser dado o desfecho de aparar arestas, aproximando as pessoas.

Decisão tecnicista fundamentada no puro positivismo de regras de subsunção do fato à norma, desconsiderando-se a realidade dos envolvidos, é reprodução de violência, tanto para a vítima, que não obtém níveis de cidadania dignos com sua neutralização, tanto para o ofensor, que recebe uma penalização formulada de maneira abstrata, com fundamentações baseadas no que se pode denominar de *copiar e colar*, igual para todos aqueles que praticam idênticas condutas. Não se torna possível a aplicação de Direito Penal por definições do tipo: *jura novit cúria*, isto é, o juiz conhece o direito e sua extensão: "Diga-lhe os fatos, que ele lhe dará o direito". A aplicação do Direito Penal exige mais que conhecer o Direito, exige discursos argumentativos que se alteram em cada caso penal.

Por fim, não se trata de retorno às práticas vingativas perpetradas pelas vítimas no tempo da denominada *vingança privada*, muito pelo contrário, parte da constatação de que o Estado da mesma maneira utiliza o poder de punir de forma desproporcional e autoritária, não atendendo às expectativas dos envolvidos, nem da comunidade. Diante da ineficácia dos dois modelos, prima-se para um poder compartilhado que se legitima com a participação de todos os envolvidos, que são destinatários das decisões judiciais, inclusive a vítima maior prejudicada pela infração penal, descortinando-se o cenário penal para investigações da atuação seletiva do Estado não só para ofensores, mas, também, para ofendidos silenciados pelo sistema exclusivo.

9 RESPOSTAS A INDAGAÇÕES CONTRÁRIAS

No final do capítulo anterior, antecipa-se a resposta à primeira indagação sobre o tema: a Justiça Restaurativa enfraquece o Estado em seu monopólio de punir e abre espaço para o retorno da justiça privada? Para aqueles que entendem o Direito Penal como um procedimento bélico e com a reafirmação de estrutura de Poder do Estado diante dos intitulados *criminosos* podem os anseios da Justiça Restaurativa não ser compreendidos. A ótica restaurativa não retrocede à vingança privada, mesmo porque a principiologia restaurativa não condiz com a vingança. Quando é realizado o convite à vítima para a participação, e esta responde que deseja vingança, antes de ser realizado um encontro conjunto, realiza-se um individual para depois oportunizar o círculo restaurativo ou outra prática. Deve-se separar o espírito de vingança da necessidade de falar ao agressor o mal que sofreu. Os encontros possibilitam que a vítima se expresse sobre os efeitos da infração no seu mundo da vida, mas, sobretudo, o que se busca no processo restaurativo são respostas dentro de um discurso não polarizado. Depoimentos são de que a mágoa tende a ser minimizada quando as partes propiciam o diálogo. Caso a vítima não esteja pronta a participar, não se realiza o processo restaurativo. Contudo, pode haver o encaminhamento a projetos que atendam às suas necessidades elencadas com a infração penal. Portanto, não há de se falar em vingança privada, mas, sim, em participação da vítima na formação de um plano de ação, se ela consentir respeitar as regras do encontro nas práticas restaurativas.

Em sentido inverso, há críticas de que, sendo a Justiça Restaurativa uma prática complementar de atuação do sistema penal, não retiraria o monopólio estatal, mas, sim, aumentaria as formas de controle em que a comunidade e sociedade exerceriam com o apoio do Estado. Nesta perspectiva, estaria a Justiça Restaurativa expandindo outras formas de Poder para a sociedade e para a comunidade em lugares não legitimados como em escolas, associações comunitárias, entre outros.

Nesta linha estão as indagações expostas na obra da autora Aleixo de que:

> [...] enquanto provedor de segurança pública, confrontando com suas próprias limitações, o Estado busca redesenhar a sua atuação sem abrir mão da sua posição de soberano, delegando competência nesta área às comunidades que participam na gestão dos conflitos em diferentes projetos de mediação, justiça restaurativa e policiamento comunitário. (ALEIXO, 2012, p. 101.)

A Justiça Restaurativa pretende unir esforços para apoiar todos os envolvidos na infração penal, sem que se estabeleça a ideia maniqueísta de bons e maus e sem procurar a

punição como resposta. O fomento da liberdade como direito fundamental e a prisão como exceção são alicerces dos acordos, reconhecendo que, na execução da pena privativa de liberdade, o ser humano condenado fica à mercê de uma legislação interna, denominada por Ferrajoli (2006) por "poder oculto que atua nas sombras". Nos presídios, claramente prevalece a *lei do mais forte*, em que se leva em conta o princípio da coculpabilidade às avessas, ou seja, quanto mais desamparado for o condenado, mais duro será seu cumprimento de pena. Nas celas da penitenciária compra-se tudo, inclusive sua liberdade sexual. O condenado que tem oportunidade social de oferta de trabalho, endereço fixo e família com condições de recebê-lo tem mais favoravelmente os benefícios da execução penal. O discurso ideológico de que o Estado está cumprindo seu papel vige com toda a força, e a criminalidade aumenta e aumentará enquanto não se procurar combater na base seus problemas.

Da mesma maneira, o resultado obtido por uma internação em relação ao menor infrator produz um resultado oposto ao que o Estatuto da Criança e do Adolescente previu. A internação gera uma usina de sofrimento psíquico, uma oportunidade de socialização ao mundo do crime, um poderoso estímulo para o desenvolvimento das piores potencialidades. Depois da internação, o jovem estará mais vulnerável a não conseguir emprego, a manter-se longe da escola e a envolver-se com o tráfico como forma de sobrevivência. Neste caso, onde está a violência?

As perguntas que são problematizadas com a Justiça Restaurativa requerem outras respostas.

A Justiça Restaurativa corrobora-se com o policiamento comunitário, como no caso do Proerd, em que a polícia desempenha um trabalho menos agressivo e mais preventivo e dialógico diante dos conflitos. Não se coaduna com expressões pejorativas utilizadas no meio policial como a denominação de pessoa como *elemento*. São esforços conjuntos na mudança de perspectiva diante de uma infração penal. Portanto, o que se propõe é a restauração da justiça em todos os segmentos envoltos à infração penal.

Os receios de que, por trás das práticas, se emprega a ideologia política do neoliberalismo, com novas técnicas de responsabilização para reduzir custos de combate ao crime e com a flexibilização da legislação penal, quando se propõe a não privação da liberdade devem ser refletidas e consideradas.

Esclareça-se que se está somente no início de um processo de reflexão acerca das respostas corretas. Nas palavras de Yarochewsky:

> A partir do reconhecimento do fracasso do sistema penitenciário, começaram a ser desenvolver a ganhar adeptos os movimentos de política criminal que se assentam

> no princípio da intervenção mínima e que tem como norte os processos de despenalização e descriminalização. (YAROCHEWSKY, 2005, p. 204.)

À medida que a ótica restaurativa entende o crime de forma diferente, como conflito entre pessoas, consequentemente a sua definição do problema é diferente e as respostas também o são. No lugar de dizer que uma lei foi atingida e com isto identificar quem a infringiu e o punir, entende-se que a resposta deve enxergar no infrator a pessoa humana que carrega suas emoções e sua história e que a violência perpetrada conta com um histórico que, nas práticas restaurativas, pode ser revelado com o diálogo. Não significa voltar ao infinito, mas, sim, oportunizar a comunicação em torno das circunstâncias do conflito, na busca de apoio para necessidades fundamentais dos envolvidos.

Uma das metas é reforçar relações de continuidade em que o senso de justiça não está compreendido na lei. Resgata-se justiça na convivência (no sentido etimológico da palavra, *viver com o outro*) para (re)aprender novos comportamentos. Está-se numa rede conectada em pessoas. Cada um é parte integrante de um todo, como elos da mesma corrente e a violência constitui um nó. É como um vaso quebrado, pode-se construir outra coisa e quem vai decidir são as pessoas que estavam em torno desse conflito. As respostas dadas por aqueles que permeiam o conflito são importantes e devem ser consideradas na missão de entregar o direito pacificado ao homem.

Quando a política criminal determina que entre as finalidades da pena está a prevenção de infrações futuras e a ressocialização do condenado, ela irradia comandos e estes são concretizados por ações que permitam o alcance desses ensejos. É preciso, portanto, que seja admitida e reconhecida a importância das práticas restaurativas nesse processo de prevenção e ressocialização. Resultados significativos têm sido obtidos com a restauração dos conflitos. Portanto, agrega-se outra finalidade à pena: a restauração.

O acordo restaurativo, quando realizado em procedimentos já ajuizados, está sujeito à homologação judicial, com parecer do Ministério Público nas ações públicas. O respeito aos princípios do Direito Penal mínimo e, sobretudo, à necessidade da pena, a partir de cada caso concreto norteiam a sua validade. O resultado pode até ensejar extinção da punibilidade ou renúncia à pena diante da justificativa do princípio da proporcionalidade.

Ainda na base do princípio da necessidade da pena, emerge também a necessidade do processo penal. Nesta perspectiva, a reparação do dano advinda da conciliação entre ofensor e vítima, num espaço extrajudicial, como nos núcleos comunitários e em relação aos conflitos escolares na própria escola, deve ser reconhecida como direito de se evitar o processo. Não significa defender a redução do direito subjetivo de qualquer cidadão de buscar o Judiciário. A

Constituição garante o acesso à jurisdição sempre que houver lesão ou ameaça de direito, e este direito será sempre assegurado. A qualquer tempo as práticas restaurativas podem ser interrompidas e os conflitos ser levados ao sistema tradicional de justiça, sem prejudicar os envolvidos. Não há de se alegar *bis in idem*. Como já afirmado por Sica:

> A mediação penal por sua natureza extrajudicial e pré-processual mantém a separação funcional entre ambos os modelos, evitando os riscos de sobreposição – até porque, no confronto entre a racionalidade do diálogo e outra de autoridade, a segunda acabará por sufocar a primeira [...] O objetivo central da justiça criminal deve ser reconciliar pessoas e reparar os danos advindos do crime. (SICA, 2009, p. 413.)

Os acordos obtidos em discussões fora do processo, ou seja, extraprocessual, como no caso dos juizados de conciliação, quando cumpridos, por si só podem pacificar a situação. Além de que todo processo restaurativo traça um plano de ação para o futuro, que será acompanhado pelo prazo de até seis meses. A *ultima ratio* da jurisdição penal consolida-se quando se propiciam as práticas restaurativas em momento próximo do acontecido e antes da decisão de denúncia ou queixa-crime. Somente diante da não conclusão do plano de ação ou ainda do não cumprimento do acordo estabelecido é que se busca o processo tradicional. Cumpre salientar que, nesses casos, não poderão as práticas realizadas ser utilizadas em prejuízo do infrator, que terá todas as garantias do processo, salientando-se que a participação não enseja confissão de culpa.

Diante destas premissas, não há como reconhecer que por trás das práticas restaurativas há uma receita neoliberal, como realçado nas preocupações de Pinto (2005) de que a Justiça Restaurativa provoque a desjudicialização criminal e um abandono das pessoas, principalmente pobres, à própria sorte, sob o pretexto de estarem empoderadas no sistema que lhes permita a inclusão no discurso.

Acredita-se, que quando o espaço permite o reconhecimento do sujeito, numa situação despolarizada que procura enaltecer o melhor de cada ser humano, coloca-se em prática o respeito aos direitos fundamentais.

A Justiça Restaurativa contribui para a amenização da seletividade do sistema penal. Se o alvo fácil do sistema policial e consequentemente processual penal são os pobres, negros e desempregados, que na linguagem penal, para justificar a atuação, são tratados como *traficantes, ladrões e vagabundos,* nas práticas restaurativas o debate envolve a realidade de cada um e pode constatar que muitos infratores são vítimas da violência silenciosa fomentada pela ótica capitalista de divisão de classes e encoberta pelo discurso repressivo do Direito Penal.

Outra preocupação que se demonstra, na obra de Aleixo (2012, p. 90), é a observação de que "[...] interesses da população em geral subsumidos aos interesses das vítimas ganham um protagonismo muito elevado e por vezes até distorcido".

A mídia aproveita-se do sofrimento das vítimas para fomentar o discurso da lei e ordem na linha de que se deve endurecer ainda mais o sistema penal. Neste ponto, concorda-se que a mídia sensacionalista, quando debate o sistema penal, só tende a influenciar negativamente a sociedade e por vezes se utiliza das falas das vítimas com a demonstração pública do sofrimento para elevar o índice de audiência. A Justiça Restaurativa em nenhum ponto se coaduna com discursos vingativos contra o infrator, como já destacado acima. Ressalta-se que, quando a vítima está imbuída de ódio e desejo de vingança o que propõe a Justiça Restaurativa é a oportunidade de inclusão num trabalho voltado a ajudá-la a passar o processo de luto constituído de mágoas e até ódio para cultuar outros sentimentos.

É interessante destacar a pesquisa realizada por Tomkins (1991) sobre a *teoria dos nove afetos*. Segundo o autor, foram identificados no ser humano nove afetos, sendo seis negativos, como a aversão, a repulsa olfativa, raiva-fúria, aflição-angústia, medo-terror e vergonha-humilhação. O sétimo afeto, identificado como surpresa-espanto, é considerado neutro. E os dois afetos positivos são interesse-empolgação e contentamento-alegria. A maioria dos afetos possui palavras pares unidas por hífen compreendidas como uma sucessão ou variação entre as expressões menos e mais intensas em afeto. Numa reunião restaurativa ocorre uma progressão natural de emoções negativas para emoções positivas, favorecidas pela livre expressão.

Identifica-se que os participantes entram na sala de círculos restaurativos com raiva, aversão, aflição e medo. É comum os infratores e suas famílias sentirem vergonha.

A vergonha no processo restaurativo assume o viés da vergonha reintegrativa. Na linha de raciocínio de Braithwaite (2002), o processo adversarial produz o *labeling approach* ou teoria do etiquetamento, em que o indivíduo é considerado um sujeito mau. Esse processo ressalta o que o autor denomina de vergonha desintegrativa, que produz efeitos negativos em face do sujeito.

O processo restaurativo, ao ser conduzido para a responsabilização pelo ato causado, pode ser permeado pelo sentimento de vergonha, mas, posteriormente, os atos de reaceitação propiciam um alívio que direciona que as emoções negativas deem lugar a outras positivas, como o interesse e o contentamento. Esse procedimento não possibilita que o discurso fomente a vergonha desintegrativa da culpa pelo ato; ao contrário, no início dos encontros, o facilitar deve esclarecer que o processo abre o diálogo entre ofensor e vítima e não permitirá a

falta de respeito com os demais participantes. Uma técnica enaltecida é entregar papel e caneta em branco para que as partes anotem seus apontamentos quando o outro estiver falando, a fim que não haja interrupções e agressões mútuas durante os encontros. É evidente que emoções possam ser externadas e por vezes em lágrimas. Há relatos de casos em que as emoções evoluíram até para o contentamento e a alegria.

A base da Justiça Restaurativa está centrada na comunicação não violenta das partes e a sua proposta é a cultura da paz e em nenhuma situação se coaduna com propostas da vítima de aplicação de um Direito Penal máximo.

O caso *Champinha,* que assumiu repercussão no Direito Penal brasileiro como um exemplo de ato infracional que se transformou em medida de segurança, em que os clamores das famílias das vítimas (Liana Friedenbach e Felipe Silva Caffé) possam ter influenciado a decisão judicial, em nada coincide com as bases da Justiça Restaurativa.

Deve-se destacar que o processo restaurativo pretende desligar a pessoa do ato. Na linha de pensamento da Ricoeur (2007), a pessoa não pode ficar estereotipada pelo ato falho que cometeu. Quem agiu de forma monstruosa terá de encontrar em si vestígios de humanidade pelos quais se sinta estimulado a acreditar que merece ser amado e admirado. Se ele crer em si mesmo, valorizando-se, poderá ao mesmo tempo sentir-se motivado para respeitar os limites éticos de convivência e lançar-se ao dificílimo trabalho de reconstrução da pessoa.

Para isso, o apoio dos outros será decisivo. A superação requer envolvimento prático com a reparação (ou redução) do dano cometido. A psicologia orienta que, em determinadas situações, é preciso enfrentar demônios internos e encarar a monstruosidade dentro de si mesmo e assumir o mal praticado e responsabilizar-se por ele. Ricouer (2007) observa que cabe ao perdão desatar a corrente que prende o sujeito ao verbo, ao predicado, ao ato. Rompida a cadeia de elos, libertam-se de seu cativeiro os que sofreram com o crime. O perdão concedido pelas vítimas corresponde a um primeiro passo na dinâmica da abolição da culpa, a qual se completaria com o apoio da sociedade e, sobretudo, com a aceitação por parte do beneficiário, ou seja, aquele que cometeu o ato violento. O perdão equivaleria à celebração de um contrato que redefiniria as relações sociais, afirmando responsabilidades, religação e pacto em torno de novos laços entre as pessoas e entre estas e determinadas narrativas. Quem perdoa recebe o dom que liberta, no sentido preciso de que rompe o engate com a narrativa que traumatizava e que reproduzia vitimização. Quem é perdoado recebe a dádiva, mas só a realiza se concordar em doar para si mesmo a nova possibilidade de engajar-se em narrativas diferentes e libertadoras sobre si mesmos. Inserir o perdão como uma possibilidade dentro do

Direito Penal é o maior desafio para este ramo do direito que cultua emoções negativas, mas, não impossível.

As críticas estendem-se a não fazer sentido institucionalizar o perdão como resposta permanente e universal porque seria o mesmo que dizer: façam e serão perdoados.

Contudo, o espírito do perdão pode e deve penetrar na justiça criminal, contaminando-a com dois de seus componentes elementares: o olhar voltado ao futuro e a aposta no potencial (auto)transformador do ser humano. O melhor mediador entre o perdão e a justiça criminal é o princípio da responsabilização. Quando o agressor se liberta de uma narrativa que nega seu valor pessoal, cria condições para investir em sua transformação positiva e para assumir responsabilidades diante dos outros. Será necessário que o agressor admita ao mesmo tempo seu valor e o erro que cometeu, e essa dupla admissão significa responsabilizar-se. Por outro lado, responsabilizar-se traz consigo implicações no plano da ação, as quais envolvem engajamento (com os outros) e compromissos. O exemplo de uma prática restaurativa que envolveu um policial baleado por um adolescente resultou num desfecho em que o policial (vítima), depois de muitas rodadas de fala, reconheceu a fragilidade em que se encontra o adolescente, no momento da ação, e externou o perdão perante o círculo restaurativo. Esse resultado não impossibilitou que o jovem cumprisse medida socioeducativa, contudo pacificou relacionamentos.

Faz-se necessário realçar que a proposta restaurativa propõe horizontalidade das partes e, não, uma santificação da vítima sofredora em detrimento do sujeito que praticou a infração. Esta indagação encontra-se inerente na preocupação de Garland (2008). Também quanto às indagações do autor de que o Direito Penal estaria imergindo na ótica capitalista e individualista de um mercado de consumo, em que tudo está sendo projetado na ótica individualizada da reparação do dano, defende-se que a proposta restaurativa é bem mais ampliativa que a simples reparação material do dano. Quando se pretende a pacificação social, busca-se transpor o trauma para a compaixão ou dentro da filosofia de Ricouer (2007) para o perdão. O pedido de desculpas pode significar a restauração pretendida. As primeiras rodadas de fala, em círculos restaurativos, têm a pretensão de humanizar o relacionamento, e a fala central do facilitador é: “Não estamos aqui para decidir se *(nome do infrator)* é bom ou mau, estamos reunidos para descobrir como as pessoas foram afetadas pelo incidente e como reparar os danos causados”. Toda proposta de acordo deve estar dentro do propósito de não humilhação ou desprezo. Conclusões como a de que o infrator deva utilizar uma marca que o humilhe perante toda a sociedade jamais terá êxito dentro da proposta de acordo.

Quanto à dúvida de que as reuniões possam sair do controle e fomentar atitudes violentas, ela deve ser amenizada, considerando-se que os facilitadores são treinados a encerrar os encontros, caso isto venha a acontecer. A proposta do respeito ao objeto de fala e escuta do outro é feita no início das reuniões e, caso haja o seu descumprimento, já é acordado que a reunião não continuará e poderá ser marcada outra, se as partes concordarem a cultuar o respeito mútuo. Como dissertado por Giamberardino (2014, p. 158), "[...] há riscos, como a produção de discursos moralistas, o reforço dos estereótipos, a imposição de falsos acordos. Mas traz também potencialidades".

A opinião de amigos e familiares é uma poderosa forma de controle social, principalmente em relação ao jovem. O infrator jovem, sozinho e isolado numa sala de audiência, de cabeça abaixada, confrontando a culpa pelas suas ações, não é a maneira acertada de conduzir um processo de justiça. O apoio de amigos e familiares, nesse momento difícil, e mesmo a reparação do dano material com a concordância dos familiares e amigos da vítima, produzem um consenso e, não, um arbítrio em prol da vítima.

O infrator e suas necessidades também são focos das reuniões restaurativas, e toda proposta deve ser embasada no Direito Penal mínimo, com a restrição da liberdade, sendo levada efetivamente à *ultima ratio*. Qualquer resposta estatal que inclua o infrator em programas de proteção ou que atenda às suas necessidades deve ter efetivada, ainda que com a não concordância da vítima ou de seus familiares. A lógica de "cometeu um crime, deve ir para a cadeia" não fundamenta um acordo restaurativo. Separar a pessoa do ato é ponto central dos encontros. Nesta linha, podem-se discutir os atos e seus efeitos, mas a pessoa humana que se faz presente deve ser enaltecida e esta é uma das mudanças do foco na perspectiva de trocar as lentes.

As relações humanas são muito complexas e, por vezes, a convivência tumultuada necessita de um espaço neutro de diálogo, conduzida por um terceiro que não um juiz. Como no conflito em que de um lado estava a vizinhança que reclamava que um jovem de 24 anos se masturbava na frente de sua casa, constrangendo a todos que por ali passavam, principalmente as mulheres. Os vizinhos filmaram a cena para provar o ato e levar ao sistema tradicional de Justiça. A mãe do jovem, desesperada pela situação estar fora de seu controle, pediu ajuda ao Juizado de Conciliação comunitário. A narrativa da mãe foi de que sabia que o filho agia de forma errada, não admitia, porém, que os vizinhos batessem no seu filho como já fora ameaçado. O jovem não assumiu o ato. Uma proposta advinda de um psicólogo, que participou dos encontros, foi a de que a mãe, como fumante, iria fazer um trabalho de apoio para desligar-se do cigarro e necessitava de um ente familiar para acompanhá-la nas reuniões

e este filho foi o escolhido. Nas reuniões com a mãe, o filho foi aprendendo a assumir a responsabilidade, no exemplo da mãe que procurou ajuda para deixar o vício de fumar e aos poucos foi aceitando auxílio psiquiátrico. Relatos até o momento são que a cena não acontece mais em público. Traduzindo para a linguagem do Direito Penal tradicional, a conduta amolda-se ao tipo penal de ato obsceno[58]. A resposta judicial seria uma proposta de transação penal com algumas penas restritivas de direito aplicadas, incluindo a prestação pecuniária. Diante da complexidade do caso, a resposta não resolveria o problema e ainda quem pagaria essa prestação pecuniária seria a mãe, pelo fato de que o infrator não estivesse trabalhando.

Há também situações em que as pessoas não se envergonham ou não demonstram sentimentos. Tomkins (1991) relata que, diferentemente dos bebês, os adultos aprenderam a modificar expressões faciais a fim de mascarar seus verdadeiros sentimentos. As emoções mudam conforme o indivíduo e a cultura. Percebe-se que as mulheres choram mais e externam mais seus sentimentos. Nesta linha, o autor conclui que afeto é biologia e emoção é biografia. Nas pesquisas publicadas no projeto de Justiça Colaborativa, no Canadá, há a constatação de que as vítimas mulheres na faixa etária de quarenta anos são mais receptivas ao perdão. Nesta faixa etária, o afeto faz-se mais preponderante, principalmente porque as mulheres maduras são mais empáticas por já ter filhos crescidos e também propensos a cometerem atos falhos.

Os afetos são inerentes ao ser humano e uma necessidade básica. Há aqueles que controlam as emoções e outros, não. E ainda há o risco de ser empregado o falso afeto ou a falsa emoção, que podem ser interpretados como estratégia de ação. Contudo, quando uma pessoa assume perante outros a proposta de reparação, ainda que não seja verdadeira de sentimento, a partir do compartilhamento da linguagem e da aceitação de todos envolvidos, o compromisso caminha no sentido de alcançar a expressão da linguagem assumida com as pessoas. Acredita-se que mudanças positivas podem acontecer quando as decisões são tomadas com a participação de todos os afetados e, não, contra ou para eles.

As práticas restaurativas constroem relacionamentos e fortalece o sentimento comunitário. Comunidade no sentido positivo é identificado por Bauman (2003) como lugar de conforto, de vida boa, de segurança. É exemplo o caso, já citado, em que a professora que participara de um encontro restaurativo, passou pela rua em seu carro e, vendo o adolescente em situação de perigo, o convidou a entrar no carro e o levou para casa. Esta é a proposta de elos de uma única corrente comunitária. A invisibilidade que se opera diante da sociedade

[58] Ato obsceno. Artigo 233 do Código Penal – "[...] praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público. Pena – detenção, de três meses a um ano ou multa".

individualista em relação ao outro pode ser quebrada quando se propõe a restauração de laços comunitários. A cultura restaurativa insere-se no movimento de resgate do tempo do qual vieram as sementes da democracia, em que todos são importantes para fazer da comunidade um lugar saudável. Não existe um ser humano que não tenha cometido um erro na vida. No entanto, apontar as falhas dos outros e principalmente de jovens, neste momento, e pretender a exclusão social dos que incomodam têm sido o erro repetido pelas sociedades que utilizam a simbologia do Direito Penal para afastar aqueles que praticam condutas tidas como criminosas.

Balandier (1982) critica o que foi rotulado de sociedade de consumo, em que tudo, embalado pela fascinação, parece tornar-se acessível e consumível. O consumidor apaga o cidadão; o que produz, segundo o autor, uma despolitização progressiva generalizada.

A interpretação de práticas restaurativas sob a ótica de estratégicas oriundas do discurso neoliberal que interessa ao Poder, no sentido de fomentar o controle dos não consumidores, não merece prosperar. Primeiro porque a estratégia desse Poder, como salientado por Balandier (1982), o consumidor apaga o cidadão, e a Justiça Restaurativa propõe o inverso: enaltecer o sujeito como cidadão e repelir o discurso de que o infrator, quando descumpre as regras do sistema, torna-se um não cidadão com justificativas de aplicação de um direito altamente repressivo e encarcerador.

Tanto o infrator como as vítimas necessitam de atitudes positivas para assegurarem suas necessidades. Nesta linha, direciona que o esforço econômico deve unir-se na tarefa de concretização dos direitos sociais garantidos, sobretudo às crianças e aos jovens para que cresçam no ambiente saudável e que investimentos na educação se estabeleçam como a saída de uma crise que é, notadamente, cultural. Os debates sobre o tema apresentam-se como espaço fértil e desafiador com reflexões e ações direcionadas para um plano futuro. Espaços que cultivam a escuta e o diálogo com a aceitação do outro como verdadeiro sujeito da relação possibilitam ações que favorecem a autonomia e a responsabilização. Relações fragilizadas pelo conflito podem ser reconstruídas e denunciam o direito à inclusão social pelo reconhecimento das necessidades humanas inviabilizadas que repercutem em violências. Não será pela construção de mais presídios que se conseguirá uma sociedade menos violenta. Este discurso condiz com a prática de *enxugar gelo*. Diante de milhares de mandados de prisão expedidos e não cumpridos, nunca haveria o número suficiente de vagas se não se mudar a cultura do aprisionamento.

A participação da sociedade nas práticas restaurativas está na perspectiva de apoio que contribua para responsabilidades compartilhadas. Acordos restaurativos convidam a sociedade

a humanizar-se nos mais variados processos e nas mais corriqueiras situações. Cita-se o exemplo de um conflito que estendia com ameaças e agressões mútuas entre os moradores de uma determinada região e que, quando detectado, no processo circular, que todo o problema girava em torno de uma passagem de água, foi convidado o representante do instituto das águas a comparecer numa prática restaurativa na qual apresentou uma solução que foi consentida por todos. A participação da sociedade civil pode ser fundamental para a resolução de vários conflitos que permeiam atitudes violentas, no sentido de ações articuladas na região em que estão identificando-se conflitos. Em outro exemplo, num conjunto habitacional do programa "Minha Casa, Minha Vida", vários moradores estavam desentendendo-se e reclamações surgiam das mais variadas formas. Até que um morador levantou-se e disse: "Prefiro perder a casa a continuar morando aqui". Nesse momento, são necessários esforços conjuntos para que a paz se restabeleça e este ambiente não se multiplique em infrações penais. Ações articuladas, com a participação da sociedade civil e de uma equipe multidisciplinar, podem auxiliar esses moradores a conquistarem o espírito comunitário de convivência, com a formação de regras e limites a que todos devem obedecer e, com a ajuda mútua, a transformar esse lugar num lugar de paz e, não, de conflitos. Parcerias podem ser ampliadas para interagir nos espaços da cidade. Identifica-se a necessidade e busca-se o protagonismo da população em que também podem incluir projetos de gestão pública. O objetivo é estimular mudanças institucionais e estruturais, por meio das pessoas, fortalecendo valores, atitudes, comportamentos e modos de relacionarem-se, tornando-as capazes de, em seus fazeres, promoverem, construírem e conquistarem a cultura da paz. Conflitos sempre existiram, e o que a Justiça Restaurativa proporciona é a abertura do espaço para transformar os dramas da vida na possibilidade de aprendizado e superação para a construção de uma vida melhor. A proposta começa por mudar a si próprio, mudar o entorno, restaurar relações com mentes e atitudes pacíficas.

Ainda quanto à preocupação de a Justiça Restaurativa, quando empregada fora dos tribunais, tornar-se instrumento de enfraquecimento de garantias de direitos, sobretudo quando empregada nas escolas, salienta-se que as práticas restaurativas nas escolas são empregadas com a participação dos pais ou mesmo de pessoas que componham uma equipe interdisciplinar com a ajuda de um facilitador. Apesar da discricionariedade dos resultados propostos, por terem que se adequar a cada caso concreto, o risco de retroagir à refutada doutrina da situação irregular não merece prosperar. Em nenhuma prática se pode permitir o etiquetamento do sujeito ou mesmo sua desvantagem social perante os outros. O sistema multiportas reúne pessoas envolvidas e afetadas pela infração ou mesmo pelo desrespeito com

o outro. A formação do consenso resulta de um processo de diálogo e, não, de arbitrariedades e pode concluir-se até mesmo numa mudança de atitude da própria escola em relação aos alunos que se portam de forma diferente.

Nesse sistema multiportas há o reconhecimento de que atos infracionais ou infrações penais são praticadas em situações complexas. Não se torna possível a simplificação dos resultados. Cada caso concreto demanda o esforço conjunto de pacificação. Não se pode entender a Justiça Restaurativa como uma técnica fácil e simplicista; ao contrário, cada caso é especial e deve ter um cuidado direcionado. Portanto, sob os olhos dos positivistas, torna-se difícil enxergar, como nos casos de furtos, que, diante de milhões cometidos no dia a dia, cada um tem uma história diferente e, portanto, a resposta estatal deve adequar-se. Não significa quebra de princípios de legalidade e isonomia, mas, sim, o reconhecimento de que não há resposta igual para todos os casos, desconsiderando-se as suas particularidades. O Direito Penal não pode ser aplicado numa calculadora de aplicação de penas, com penas idênticas ou com pouca variação. A dosimetria da pena requer um trabalho judicial de adequação e necessidade da mesma maneira que um acordo restaurativo.

Nos casos de práticas restaurativas acontecerem por atos infracionais, outra preocupação que se estabelece é em relação ao cuidado com o adolescente, privilegiando a vítima. O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece prioridade absoluta ao menor, e na mesma legislação há a previsão da reparação do dano à vítima, como medida socioeducativa que pode ser imposta. A responsabilização pretendida pela Justiça Restaurativa parte da singularidade de cada caso. Diante de situações de negligência familiar, política e social que coloca o jovem em situação de vulnerabilidade ao cometimento de atos infracionais, não há como exigir que ele suporte a reparação material da ofensa. Outras formas de responsabilização podem ser propostas dentro do respeito da proteção integral que demanda todo o direcionamento das ações. O próprio jovem pode ser encaminhado à rede de proteção como exemplificado nesta pesquisa. E ainda existem práticas restaurativas de reaproximação, no cumprimento da medida socioeducativa. Esta é a prioridade que a Justiça Restaurativa também abraça no intuito de proporcionar a superação da violência. A reparação pecuniária para a vítima pode advir do próprio Estado, a exemplo de outros países, como Portugal, em que a reparação do dano à vítima é assegurada pelo Estado quando o ofensor não puder satisfazê-la. No Brasil, entre as finalidades das multas pagas, por infrações praticadas, ao Fundo Penitenciário Nacional (Funpen)[59] está o fomento de programas para a vítima. Nas

[59] Lei Complementar n.º 79, de 7 de janeiro de 1994: "Art. 3.º Os recursos do FUNPEN serão aplicados em: [...]

práticas restaurativas ou em procedimentos tradicionais não poderá a reparação material ser fixada de maneira arbitrária ao causador do dano.

O comando constitucional do artigo 245 da Constituição federal que determina que a lei disporá sobre hipóteses de assistência aos herdeiros de vítimas de crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ato ilícito, até o momento está sem regulamentação específica. Não há como se admitirem normas programáticas sem a adequada efetivação, já passados mais de 25 anos da promulgação da Constituição. A interpretação desse comando pode ser estendido a toda vítima que necessitar de assistência pelo Estado, já que o crime é mais um fator de desordem social.

No que tange às preocupações de a voluntariedade da participação em práticas restaurativas tornar-se maculada pelo receio da não participação e do medo do processo, merecem o mesmo questionamento que se tem em relação à proposta da transação penal nos Juizados Especiais. Acredita-se que, no Juizado Especial, a transação penal não deve ser aceita quando o suposto infrator pretender revelar sua verdade e garantir sua absolvição, porque o sistema do Juizado Especial é o punitivo. Em nenhuma hipótese pode a negativa de aceitação ser utilizada como circunstância desfavorável. Contudo, diferentemente do que ocorre nos Juizados Especiais, com o instituto da transação penal, a prática restaurativa pretende a pacificação do conflito. Portanto, mesmo em hipóteses em que o suposto infrator não puder ser responsabilizado penalmente pelo ato, outras possibilidades de acordo podem acontecer. Pelo fato de o procedimento restaurativo não se focar no estabelecimento da culpa, mas, sim, na reconciliação, há casos propícios de absolvição pelo fato não constituir infração e, mesmo assim, ser estabelecida a reparação, da mesma maneira que poderá haver a responsabilização, sem, contudo, a aplicação da punição, como no exemplo de crime de abandono material, tipificado no artigo 244[60] do Código Penal, em que o mais importante é o amparo da vítima e não o cumprimento da pena. O acordo satisfatório por si só pacifica a situação sem ter que discutir culpa ou mesmo tipicidade penal. Elucida-se este com outro caso real em trâmite no Juizado Especial, em que foi imputada a determinado gerente de banco a prática de crime de desobediência pelo fato de ele não ter respondido a um ofício judicial reiterado. Na audiência de proposta de transação, o gerente afirmou, em poucas palavras, que

IX – programa de assistência às vítimas de crime. Neste sentido, o projeto de lei n.º 1.313 de 2015 propõe regulamentar este inciso com a possibilidade expressa de concessão de indenização pela União Federal às vítimas de crimes violentos ficando os recursos por conta do FUNPEN."

[60] "[...] deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge ou de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho ou de ascendente inválido ou maior de sessenta anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo. Pena – detenção de 01 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País."

não aceitaria a transação porque queria externar suas fundamentações. Externou, ainda, esse fato lhe tirara noites de sono. A rapidez da audiência de proposta não permitiu a abertura ao diálogo e, nesse caso, a vítima não estava determinada. Práticas restaurativas poderiam propiciar um diálogo produtivo com a pacificação da situação, inclusive para o esclarecimento da verdade dos fatos de maneira a não buscar a punição de culpados, mas, sim, de resolução do problema com um plano de ação para o estabelecimento de práticas cotidianas de trabalho integrado entre as instituições.

A voluntariedade da participação nas práticas restaurativas pode ser interpretada como estratégia de participação com a ideia de que "eu não vou perder nada com isso". Contudo, pela experiência dos círculos já conduzidos, estes produzem efeitos positivos quando se percebe que o infrator se envolve na construção de uma solução.

Quanto à aceitação da participação pelo medo do processo, verifica-se que, quando o processo falha na função legítima de aplicação de sanção penal e condução de um procedimento garantista de direitos fundamentais, provoca o temor pelo processo. E diante da insegurança do procedimento, pode-se aceitar a participação em práticas restaurativas como alternativa ao processo. Ferrajoli (2006, p. 90–91) adverte que a função das garantias no direito criminal é deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Isso implica em repensar o processo penal para um processo democrático.

Cumpre destacar que é assegurado também o sigilo do procedimento restaurativo e, caso não haja o acordo, o sistema penal não poderá considerar a participação como aceitação da culpa e tampouco ser mais punitivo com o agente. Em todo caso, absolvições podem ser almejadas e o direito subjetivo ao processo tradicional jamais poderá ser tolhido. Também pode haver a aceitação voluntária com a pretensão de uma resposta penal mais amena. É aquela situação já pontuada de que o sujeito pode, no primeiro momento, aceitar porque não vai perder nada em participar do processo. Com o impacto das emoções, há aqueles que não aguentam as práticas e pedem para abandoná-las por considerá-las mais intensas, que o próprio sistema tradicional. Da mesma maneira que é dada a oportunidade da participação é permitido desistir dela.

A presunção de inocência não é retirada pela aceitação em participar de práticas restaurativas, mesmo porque o sujeito pode estar acobertado de justificações que excluam a ilicitude da conduta ou mesmo a culpabilidade e obter a absolvição, entretanto a conduta enseja danos civis que podem ser resolvidos.

O acordo restaurativo quando propõe assumir responsabilidades abrange toda e qualquer espécie de responsabilização, não somente a penal, e poderá haver situações em que

o caso pacificado impeça a atuação penal por faltar interesse e justa causa para o Ministério Público ou para o querelante agir, como no caso de calúnias, difamações e injúrias. Diante um acordo que satisfaça o querelado, de que adiantaria o processo? E ainda, caso o acordo não seja cumprido, outros encontros podem acontecer com novas propostas. Contudo, diante da ineficiência das práticas, o processo tradicional poderá ser instaurado sem prejuízo para os envolvidos. Por isso, aconselha-se que as práticas aconteçam num tempo que não prejudique o direito subjetivo da vítima.

Insta salientar que a prática restaurativa não poderá ser computada para efeito de reincidência nem como impedimento a participação de outras práticas, como acontece na Lei do Juizado Especial, em que há o óbice de nova proposta de transação, no período de cinco anos.

A aceitação da responsabilidade nas praticas restaurativas não se assemelha à confissão de tempos inquisitoriais em que se fomentava o arrependimento e a confissão pública para remissão dos pecados ou para conseguir a clemência do soberano. Responsabilizar-se perante os outros participantes do círculo significa desejo de restabelecer vínculos. Quando se ouve a história do infrator contada sobre sua ótica; outras dimensões de verdades são consideradas pelo círculo. Em situações de atos infracionais percebe-se que, atrás do ato, outras pessoas estão fomentando a ação. Em muitas situações de lesões corporais ou de *bulling* a própria escola contribui para o desfecho. Como realçado por Magalhães (2014) no sentido de que, como a escola pretende combater o *bulling* se a escola ensina diariamente a praticá-lo, *formatando* os jovens com certo jeito de vestir, de falar e de ser. Enquanto a função da escola for educar, simbolicamente, o recado será: o bom é o uniformizado. Os fora do padrão estão fora da escola. Logo, a criança vai aprender a dizer "não" àquele que está fora do padrão. Não adianta estabelecer políticas públicas se as estruturas institucionais as negam.

A fuga da aceitação da responsabilização acontece muitas vezes por medo de assumir responsabilidades. O círculo encoraja as discussões pontuais sobre quebra da normalidade da conduta para uma mudança que pode não ser somente do sujeito, mas, sim, das instituições, propiciando a ruptura de outras formas de violência.

No processo tradicional, a não aceitação da responsabilidade faz com que outro diga em seu nome e o medo se torna ainda maior porque pode a verdade ser interpretada sob a ótica somente da vítima e, não, do infrator. O estabelecimento do diálogo minimiza a ocorrência das cifras negras do Poder Judiciário, em que a resposta pode condenar inocentes e absolver culpados, sem qualquer responsabilização pelo ato.

Há considerações na obra de Lopes Júnior (2006, p. 139) acerca de os anseios da Justiça Restaurativa estarem ligados ao ideário neoliberal, no sentido de que há transferência de responsabilidade, que antes era do Estado para a sociedade, no qual o Estado-Juiz passou a não mais atuar como interventor necessário e a delegar a tarefa para o próprio cidadão-conciliador.

Contudo, nota-se que a liberdade adotada como regra no liberalismo abrange a liberdade para o sistema econômico e convive com altíssimo índice de supressão de liberdade pelo Direito Penal. Em tempos atuais, citam-se os EUA que tem *status* de ser a maior potência liberal do mundo com o índice altíssimo de encarceramento. O Brasil, na mesma linha de encarceramento, encontra-se no terceiro lugar do *ranking*. Mesmo com este alto índice de prisões no Brasil, a violência não diminui. As causas desse encarceramento em massa compreende uma das críticas do Direito Penal mínimo, quando denuncia a ilegitimidade desse poder de punir de forma altamente seletiva, de maneira a alcançar mais facilmente os não consumidores. Assim, a Justiça Restaurativa, dentro da proposta do Direito Penal mínimo, deve ser entendida como uma técnica de contenção da violência arbitrária, com maximização dos direitos, principalmente o direito à palavra e à convivência social, dentro da perspectiva de Ferrajoli (2006) de um modelo progressivo de Direito Penal.

O procedimento restaurativo recebe criticas por "[...] envolver a comunidade na gestão do crime o que pode ser considerado uma forma de encorajar o vigilantismo" (MORRIS, 2005, p. 453). Com a proposta da inclusão da vítima e de um grupo de apoio, busca-se algo além da proposta individualista processual, preocupada em atribuir culpa e punição ao infrator como um mal àqueles que praticaram crimes. Esse resultado não altera a vida das vítimas. O Estado não as representa porque o paradigma moderno diz que o crime é um ato contra a sociedade. A pena ocupa o lugar central, por isso, o centro das atenções é o infrator e a pena imposta. A vítima não será, de fato, conhecida e o agressor jamais será confrontado com as consequências de sua ação diante da pessoa que lesou. O procedimento restaurativo possibilita a (re)compreensão e (res)significação dos acontecimentos passados, num espaço em que a vítima possa expressar as suas experiências e explicitar as consequências da conduta do ofensor em sua esfera pessoal. Essas consequências muitas vezes transcendem a perda de um bem ou a agressão sofrida e necessitam ser elucidadas pelo ofendido, como parte de seu processo de superação do fato e do conflito. O ofensor, por sua vez, encontra circunscrito em uma realidade social, que precisa ser evidenciada. Também possui sua versão sobre os acontecimentos, sobre as atitudes que o levaram ao cometimento do delito ou do ato que suscitou o conflito. Para estabelecer-se um acordo há de haver o consenso das duas partes.

Portanto, não se trata de justiceiros que se utilizam desses meios para fazer justiça com as próprias mãos.

E ainda há aqueles que criticam o consenso como sustentação do poder ou como nova estratégia do Estado, que não é mais exclusivamente comandar e controlar, mas, persuadir e convencer. O que se propõe com a restauração é a experiência democrática de participação ativa de todos os envolvidos no conflito para que possam falar e escutar respeitosamente a todos. Por meio do diálogo, chega-se a um plano de ação, com a participação de todos os interessados na decisão, que tem um valor em si mesmo diferente do que é imposto pelo juiz.

Quando se trata de atos praticados por adolescentes, há os que entendem que estes se encontram em posição de desigualdade fundamental. Essa desigualdade impediria que se alcancem posições simétricas processuais, não sendo o consenso obtido de maneira válido feito a partir da proposta de discursiva de Habermas (2012a; 2012b). Nessa linha de pensamento, não haveria como se reconhecer posições subjetivas simétricas, uma vez que, ao assumir o erro que praticou, no mínimo, sob o aspecto moral ele estaria em condição de desigualdade em face da vítima. Neste contexto, as chances de uma comunicação não distorcida tornam-se bastante diminutas. E ainda, o consenso, segundo Aleixo (2012, p. 131), quando se tratar de prática de atos infracionais estabelecido a partir da aceitação da responsabilidade pelo adolescente, desoneraria a atividade probatória precedente e imprescindível a qualquer tipo de responsabilização. A partir da confissão, o Estado desonerar-se-ia também de assegurar ao adolescente um processo permeado por todas as garantias constitucionais, tais como a da presunção de inocência. A preocupação estende-se à legitimidade do adolescente em assumir responsabilidades e acordos. Observa-se que o sistema punitivo em relação ao menor infrator cresce na mesma velocidade que o direcionado aos imputáveis. Há uma tendência à internação que excede em muito os 45 dias. A restrição da liberdade utilizada como mero instrumento de sua neutralização e de seu gerenciamento de riscos tem sido a prática usual. Há uma efetiva criação da periculosidade social dos adolescentes que passa a ser legalmente presumida e decorrente de condições pessoais ou de *status* social como comportamento tendente à delinquência com argumentações de reeducação. O adolescente, no sistema convencional de apuração do ato infracional, não tem oportunidade de expressar sua história e, caso lhe desse oportunidade, levaria à reflexão acerca de o processo de apuração de ato infracional ser despropositado em face da negligência a que o adolescente estiver submetido, e a conclusão poderá ser a de que o caso era mais adequado à imposição de medidas protetivas e, não, de apuração de ato infracional. Contudo,

caso o sistema pretenda respostas penais ao conflito, o desfecho resultará numa medida socioeducativa, na ótica da punição.

Quanto à afirmação de que o jovem estaria em posição de desigualdade, coaduna-se com a interpretação de Kolsen (2007, p. 115), que o procedimento restaurativo quando oportuniza a fala e reconhece o rosto do interlocutor, já torna o falante responsável, desde que haja respeito ao diálogo. É nesse lugar, na linguagem primeira do olhar no rosto, no analfabetismo absoluto de outrem, que possibilitará nascer um sentido a ser construído. A decisão de permanecer e aceitar o desvelamento impõe responsabilidades. Na mesma linha de entendimento de Levinas[61] (2004), a linguagem constitui a humanização total do outro e o procedimento restaurativo, como forma de resolver o conflito e reconstruir relações, propicia a manifestação da responsabilidade de uns pelos outros, na relação da ética da alteridade. A palavra oportunizada ao adolescente, no procedimento tradicional, sob o rótulo de interrogatório, constitui submissão típica das relações de poder que levarão a um resultado simbólico ao passo que, no procedimento restaurativo, o ouvir e falar numa circularidade horizontal propicia o reconhecimento da alteridade e consequentemente da responsabilidade. Nesta linha de pensamento, no círculo restaurativo, haverá a presença da família e do grupo de apoio do adolescente, e toda proposta de consenso que desrespeite a sua condição de vulnerável não poderá ser chancelada. O plano de ação pretendido com o consenso deve assegurar a proteção integral do adolescente, em consonância com a principiologia do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste momento de adolescer em que acontece a construção da identidade de um sujeito, melhor que o jovem reconheça sua responsabilidade pelo ato e que compreenda que não há nada de errado com a sua pessoa, porque a ligação do ato à pessoa pode chancelar o erro para o resto de sua vida. O que se propõe é que o adolescente obtenha condições de portar-se de maneira diferente em situações futuras, mediante um apoio dos outros e, não, a aplicação de medidas socioeducativas ignorando o sistema protetivo como um todo. Pensar juntos saídas possíveis constitui parte do desafio de transferir *jovens recrutados pelo tráfico* do terreno da justiça criminal para o campo mais vasto das políticas públicas.

[61] Conforme Lévinas (2005, p. 58–59), "[...] o encontro com o outro consiste no fato de que, apesar da extensão de minha dominação sobre ele e de sua submissão, não o possuo [...] compreendo-o a partir de sua história, do seu meio, de seus hábitos. O que nele escapa à minha compreensão é ele, o ente. Não posso negá-lo parcialmente, na violência, apreendendo-o a partir de um ser em geral e possuindo-o. Estar em relação com outrem face a face – é situação do discurso. A particularidade do outrem na linguagem, longe de representar sua animalidade ou o resíduo de uma animalidade, constitui a humanização total do outro."

No que tange ao marco teórico, críticas são apontadas no sentido de que, quando se propõe o diálogo no processo, na linha de teoria discursiva do direito, esta não se adequaria ao Brasil e ainda ao Direito Penal.

A Teoria Discursiva do Direito, segundo Moreira (2004, p. 189), não se atém a padrões estabelecidos, mas, à constituição de uma liberdade comunicativa, num processo de continuidade, em que se consideram as melhores razões. A normatividade é posterior, fruto de um trabalho decisório constante, que cria e constitui seu próprio sentido.

Neste raciocínio, o Direito Penal, quando busca a verdade real dos fatos, não pode pretender desvelá-la, sem que se estabeleça um processo comunicativo em que a linguagem possa ser empregada como a melhor forma de esclarecimento do fato. Certo é que o processo penal retira dos envolvidos a oportunidade de expressão e engessa o procedimento de maneira que a vítima simplesmente é ouvida para melhor esclarecer a autoria do fato e o infrator é interrogado, nos moldes autoritários em que, muitas vezes, leva a negação da autoria. O não estabelecimento do processo de comunicação entre os envolvidos não garante um processo democrático e ainda leva a duas decisões: condenação ou absolvição, encerrando o procedimento com uma simbologia de que resolveu o problema. A proposta de Habermas (2012a; 2012b) de construir o discurso em cada procedimento decisório, para posteriormente verificar a legitimidade da aplicação da norma, corrige as falhas de uma aplicação do Direito baseada na subsunção do fato à norma. Portanto, não mais se pode raciocinar o Direito Penal de maneira simplificada como: praticou furto (A) deve receber a pena (B). Finaliza-se o processo e outros começam muitas vezes com o mesmo autor do fato, haja vista o alto índice de reincidência. O Direito Penal não tem somente o poder de retirar do indivíduo o seu bem maior, que é a sua liberdade, ele suprime também a liberdade comunicativa de todos os afetados com o ato falho.

O processo penal como garantia contra arbítrios punitivos do Estado deve garantir, sobretudo, a liberdade comunicativa dos envolvidos no conflito, além de seus representantes processuais. A vítima que sequer está representada, com raras exceções de contratar assistentes, deve ser incluída num procedimento discursivo de decisão, não para pretender vingança, mas, sim, respostas. Este é um direito fundamental de participação que deve ser oportunizado.

O direito deve prescrever condutas, após a formação democrática daquilo que é considerado como desvio de conduta ou não. Assim, diante de um fato do mundo da vida como um furto, a oportunidade de encontro entre o suposto autor e a vítima pode resultar num consenso sobre a reparação do dano e sobre a aplicação das sanções possíveis, sendo que,

depois de estabelecida a comunicação, a conclusão se dá *a posteriori*. Portanto, não há de se falar de falta de normatividade. O que se propõe é a normatização após a formulação do consenso. Pacificada a relação, resta ao Direito Penal verificar a necessidade da sanção. Em casos em que houver a necessidade da pena, várias circunstâncias podem ser consideradas a favor daqueles que se responsabilizaram como a personalidade, a conduta social, a participação da vítima para amenizar a pena-base e ainda como atenuante, uma vez que a finalidade maior da restauração do conflito foi alcançada.

Moreira (2004) discorre que o princípio do discurso não é neutro, pressupõe o reconhecimento da igualdade e da corresponsabilidade de todos os participantes imagináveis do discurso quanto à busca e a solução de todos os problemas que levaram ao discurso. A Teoria Discursiva constitui-se num fio condutor para a fundamentação normativa. A ética do discurso exige o estabelecimento de uma ordem jurídica positiva no sentido de uma ordem de paz e de cidadania. A premissa da corresponsabilidade simétrica de todos os possíveis parceiros do discurso complementa a pressuposição da igualdade de direitos e da solidariedade primordial de todos os parceiros do discurso.

É no reconhecimento da corresponsabilidade de todos os seres humanos que repousa a possibilidade de se relacionarem as consequências e os efeitos colaterais de todas as ações e das atividades dos seres humanos e, nessa medida, relacioná-la também à constante renovação das instituições sociais e do Judiciário. A Justiça Restaurativa proporciona ao ofensor entender o impacto da infração; e à vítima, o sentimento de pertencimento e inclusão participativa.

Entre todas as normatizações que compõem o sistema de justiça penal e processual há de se estabelecer a fundamentação a partir de discursos construídos em cada caso concreto. Nesta linha de raciocínio, a Justiça Restaurativa apresenta-se como a concretização prática desses preceitos filosóficos e sociológicos de hermenêutica.

Também no conceito da teoria da ação significativa se estabelecem pontos coincidentes com a Justiça Restaurativa, na proposta de que, antes de considerar uma ação típica, se deve estabelecer o significado da ação no contexto fático. A depender das circunstâncias, a ação pode não ser considerada típica.

O que se propõe é a inversão das conclusões. O processo penal estabelece primeiramente a tipificação com a justificativa formal de subsunção dos fatos à norma, desconhecendo os entornos da situação, adequando os fatos dentro de uma presunção de tipificação. No decorrer do procedimento, com a aceitação da presunção pelo Estado, e consequentemente recebendo as denúncias ou queixas, sem ouvir as partes, a verdade real

distancia-se e o que se observa são estratégias jurídicas e políticas assumidas, que podem levar inocentes à prisão ou ainda à não responsabilização de culpados.

E ainda em meio ao princípio do livre convencimento motivado, o juiz decide a lide, buscando o argumento jurisprudencial ou doutrinário que lhe convém para justificar o seu livre convencimento sobre o autor do fato, sem sequer se inteirar dos entornos da conduta, tomando decisões baseadas na constatação da autoria e materialidade simplesmente.

Diante do objetivo maior do Direito Penal, que é a pacificação social, os trâmites formais, neutralizando os envolvidos, vem transformando-se num ritual diante do monopólio da jurisdição que não responde aos problemas que surgem no meio da sociedade.

A validade do Direito para Habermas (2012a; 2012b) provém de sua força deliberativa de gênese democrática em que demanda um processo democrático não só de elaboração legislativa das normas penais, mas, também, na tensão da sua aplicação. Nas palavras de Habermas:

> O novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua cuja formulação é a seguinte: uma vez que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida com um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. (HABERMAS, 2012b, p. 190.)

A validade dos procedimentos penais está na solução dos conflitos de modo justo, adequando-se a aberto às novas demandas. Moreira (2004, p. 192) conclui que não é mais admissível esquecer que todas as ditaduras do século XX sempre recorreram à estrutura jurídica para legitimar suas ordens e violações. Cria-se um arcabouço jurídico, e é fácil concluir como adequado este ou aquele procedimento. Como é preciso aprender com os erros, percebe-se que a validade dos procedimentos se forma na verdade, pela autonomia do sujeito do direito e pela composição entre soberania do povo e direitos humanos.

Habermas (2012a; 2012b) percebe que o modelo positivista de superposição da legalidade é insuficiente. Direito e o Estado devem fomentar a realização do princípio da solidariedade pela promoção da redução da desigualdade, inclusão social, democracia e da legitimidade por meio da participação social. Quanto às críticas que esse modelo não se aplica no Brasil, estão enraizadas na filosofia da consciência que entende a aplicação do Direito no Brasil de forma a reproduzir regras e interpretá-las de maneira isolada sem que se estabeleça o processo de comunicação.

No processo de regulação social, a participação democrática tem o pano de fundo bem diferente da privatização ou do aumento das formas de controle estatal. Não se coaduna com o

Direito Penal máximo, sistematizado na ideia de separação daqueles que infringem regras sistêmicas convencionadas, tidos como não cidadãos que devam ser punidos e também não se compatibiliza com o discurso de que as vítimas devam ficar à margem do sistema penal, sem a necessária atenção no conflito, pelo fato de o Estado assumir o controle total do desfecho acontecido.

No exemplo de Hulsman e Celis (1993, p. 100–101), pode-se concluir que existem diferentes formas interpretativas de um conflito: cinco estudantes moram juntos; em dado momento, um deles se arremessa contra a TV e a quebra, quebrando, também, alguns pratos. Como irão reagir seus companheiros? Nenhum deles ficará contente, certamente. Mas cada um, analisando o fato serenamente, à luz da razão, poderá adotar uma atitude diferente. O estudante n.º 2, furioso, afirmou não poder mais conviver com o primeiro e falou em expulsá-lo de casa. O n.º 3 declarou: "Trata-se, sim, de comprar um novo aparelho de televisão e outros pratos, e que ele pague". O n.º 4, bastante traumatizado com o que acabara de acontecer, exaltou-se: "Ele está seriamente doente; é preciso procurar um médico, fazer com que ele seja examinado por um psiquiatra" etc. **O último, enfim, murmurou: "Nós pensávamos que nos entendíamos bem, mas alguma coisa não funcionou em nossa comunidade, para que tal gesto tenha sido possível. Façamos todos juntos um exame de consciência**." *(grifo da autora).*

Esta é a proposta: fazer um exame de consciência das tantas formas de violência que permeiam o meio social e quais as respostas que estão apresentadas e quais são as argumentações utilizadas pelo Direito na aplicação do Direito Penal.

10 CONCLUSÃO

A metáfora dos cinco estudantes, descrita no final do capítulo anterior, ilustra de maneira concreta as múltiplas interpretações de uma ação violenta. Nas quatro respostas dadas, identifica-se a primeira na ótica da expulsão, ou seja, retirar do convívio aquele que cometeu o ato. A segunda resposta baseia-se na reparação do dano material; a terceira, na periculosidade do sujeito, e sugere tratamento para o agressor; e a quarta propõe o diálogo e a reflexão dos motivos da agressão e pontua falhas no convívio entre eles, o que pode ter desencadeado a reação violenta.

Essa metáfora aborda os quatro estilos de resposta penal: a punitiva, a compensatória, a terapêutica e a conciliadora. Se o fato ocorrido fosse levado ao sistema criminal, a resposta punitiva seria a mais utilizada. A Justiça Restaurativa propõe a última resposta: a proposta do diálogo. Neste exemplo, seriam revelados os motivos da ação, vindos do próprio causador do ato, o que possibilitaria a continuidade do convívio com um plano de ação.

A tese estruturou-se em perguntas, as quais, por fim, são respondidas. A Justiça Restaurativa compreende o crime como um conflito e reconhece laços comuns que unem todos os envolvidos, membros de uma comunidade, na qual todas as pessoas estão interligadas por uma rede de relacionamentos. O caráter social do crime faz do processo penal o cenário ideal para a discussão das causas da transgressão e da violência na sociedade e suas consequências, a partir da linguagem construída pelos envolvidos, tecida horizontalmente, integrando a ação comunicativa no Direito Penal.

As pessoas estão profundamente interligadas. Aquilo que está acontecendo aos outros afetará cada cidadão mais cedo ou mais tarde. Adotar esta visão de mundo significa uma mudança enorme de perspectiva, reconhecendo que não há saída ao evitar o conflito ou ignorar os problemas sociais.

Apesar do aumento considerável de ações penais a cada ano, a aplicação do Direito Penal não pode ser traduzida como mais um processo no meio de milhares. Cada caso é singular. A proposta é abrir o sistema penal para respostas que se coadunem com as particularidades do caso concreto e que atendam às suas especificações, na constatação de que cada infração é consequência de uma história.

A problematização da tese estende-se à qualidade da resposta penal ao conflito. A sentença, como ato político e de transformação social, se não for baseada na argumentação dos verdadeiros envolvidos, não encontrará a verdade real e tende a ser uma técnica de aplicação de artigos de lei, sem assegurar a substância étnico-cultural da vida. A pena deve ser

o resultado de um procedimento que constitucionalmente a justifique, dentro de um processo comunicativo. O direito é feito pela vida; não se despolui o rio com norma, da mesma maneira que não se contém violência com a inflação normativa.

Ainda se questiona como se chegar a um consenso, principalmente, por parte do sujeito tido como infrator em cumprir uma pena. Certo é que, da maneira como a pena privativa de liberdade tem sido aplicada no Brasil, torna-se difícil de concordar com essa prática. Portanto, a tese fundamenta-se no trocar as lentes como proposto na obra de Zehr (2008). Significa mudar a perspectiva de um sistema retributivo para incluir a finalidade da restauração como forma viável de prevenção de novas infrações. A lógica pautada na intimidação passa a ser a da ressocialização. Este é o grande desafio do Direito Penal: reconhecer que existem pessoas por trás do conflito – infratores e vítimas – e buscar a pacificação social, mesmo após condutas violentas. A ressocialização deve ser almejada após o cometimento do ato, com a restauração. Há situações em que as práticas restaurativas retiram o interesse de agir do processo penal convencional pelo desfecho dos encontros restaurativos, encontrando-se o infrator em condições de retornar à convivência sem necessariamente passar pelos trâmites da pena privativa de liberdade.

O olhar volta-se ao futuro das relações. Como se torna possível que ações violentas não voltem a acontecer? A partir desta indagação, a resposta será dada com o apoio da comunidade e da sociedade. Certo é que, mesmo em casos de crimes considerados de maior potencial lesivo, podem as relações ser restauradas, sem que a pena privativa de liberdade se estabeleça como a única resposta.

As formas de resolver o conflito que o sistema penal tem utilizado acabam por retroalimentar o ciclo de violência. Uma reação restaurativa requer compreensão de quem foi prejudicado, e o que exatamente significou o dano para aquela pessoa ou pessoas inclui estabelecer um plano para reparação, na medida do possível e, ainda, a satisfação das necessidades da vítima e do infrator para que efetivamente possam recomeçar a vida, respeitando seus direitos fundamentais.

Ao longo do presente estudo, buscou-se analisar a viabilidade da aplicação da Justiça Restaurativa fora dos Tribunais, com o fomento de parcerias com a comunidade, sociedade e agentes públicos, na resolução de conflitos. Percebeu-se que há significativa transformação do conceito de acesso à Justiça. Ao lado do processo clássico, outros espaços abertos à resolução de conflitos fazem frente às necessidades contemporâneas, com ênfase na pacificação social. Não se trata de excluir do Poder Judiciário a apreciação de direitos, o que se constata é que

muitos conflitos podem ser pacificados sem a judicialização, como nos vários exemplos de conflitos escolares praticados por adolescentes.

Vários encontros face a face foram presenciados e com diferentes resultados. O sistema multiportas apresenta-se com resultado satisfatório. Dificilmente, no Brasil, consegue-se a uniformização de respostas em decorrência das grandes diversidades culturais e sociais. A racionalidade do Direito Penal do século XXI consiste em deixar abertos os processos de comunicação, buscando um direito legítimo por meio do auxílio de pressupostos de comunicação, com resultados contextualizados a partir de cada caso concreto.

Todavia, acrescenta-se que a Justiça Restaurativa não prescinde da atuação do processo penal garantista, apenas o complementa com a maior participação dos envolvidos. Não se trata mais de um direito alternativo, sua aplicação atende à sugestão da Resolução 2002/2012 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e à Recomendação 125 do CNJ. Além desses comandos, integra expressamente a legislação brasileira a Lei n.º 12.594/2012, como princípio a ser seguido no cumprimento das medidas socioeducativas. Esses comandos apaziguam a interpretação de que é o caminho a ser trilhado pelo Direito Penal.

Há no direito comparado publicações que relatam o avanço das práticas na missão de reduzir o índice de reincidência, quando se empregam processos restaurativos. O mapeamento pretendido em casos brasileiros não será publicado, nesta oportunidade, em virtude de o tempo do doutoramento estar esgotando-se. Portanto, a pesquisa continuará, na tentativa de catalogar casos atendidos, comparados a outros que passaram pelo sistema tradicional.

No Brasil, a aplicação expande-se, não só no Judiciário como também em outras instituições como escolas e centros socioeducativos. Contudo, existem desafios a serem enfrentados, ou melhor dizendo, há algumas barreiras encontradas na implementação de práticas restaurativas. Entre elas se podem enumerar as quatro mais incidentes:

a) *Aceitação do acordo restaurativo pelos juízes e promotores.* Por vezes, torna-se necessário que ambos tenham a aceitação do resultado restaurativo. É imprescindível que haja orientações, principalmente a juízes, promotores e advogados, para repassarem àqueles que estão sujeitos a um processo criminal comum, sobre o que consiste o processo restaurativo e quais são seus direitos e deveres e, sobretudo, a possibilidade da homologação do acordo, dentro do que foi proposto. As alterações que poderão advir no plano de ação devem estar contextualizadas na ótica restaurativa.

b) *Profissionais que podem dominar a situação, reduzindo a participação ativa dos envolvidos*. Esse desafio foi percebido em virtude de as técnicas de conciliação serem diferentes da mediação e dos círculos restaurativos. Nestas o facilitador não deverá apresentar as respostas possíveis; estas advêm dos participantes das práticas. Mesmo diante do silêncio, posteriormente as palavras poderão ser oportunizadas para que os envolvidos construam um plano de ação. Portanto, treinamentos de facilitadores devem ser multiplicados por todo o país.

c) *Recusa da vítima em participar.* Para as vítimas é a oportunidade de encontrar várias respostas, principalmente à questão: por que eu? Contudo, observou-se que, quando há o distanciamento do fato, a vítima pode estar realizando seu processo de luto na busca do esquecimento e teme reviver o conflito. Ainda se encontram aquelas que não conseguem olhar a face do infrator, por medo, raiva ou outra emoção negativa.

d) *Perda do diálogo pela burocratização e institucionalização da Justiça Restaurativa.* Os encontros não têm um tempo predeterminado, portanto não poderão ser realizados com hora definida para terminar. Diferentemente de audiências que são designadas para cada hora, ou mesmo para cada fração de hora, os encontros não devem ser interrompidos se fluir a comunicação. A razoabilidade do tempo de diálogo pode durar até três horas.

Em contraposição aos desafios, há resultados positivos de pacificação, tanto quando empregados em relação a jovens e adultos como em ofensas leves e mais graves. Há inclusive pessoas que perpassaram pelo procedimento restaurativo e indagaram se, quando houver outros conflitos, poderiam ser atendidas por procedimento idêntico. Em meio a vários encontros e debates, os resultados são positivos no desfecho do conflito.

A Justiça Restaurativa pode converter-se num momento de integração social, assumindo uma atitude reflexiva capaz de movimentar discursos públicos institucionalizados juridicamente e capaz de incluir os envolvidos como destinatários e sujeitos ativos do processo de interpretação da norma.

Como trazer a pessoa infratora à efetiva convivência social? A resposta parte da premissa de desligar a pessoa do ato: acreditar na capacidade de recomeçar, de restaurar relacionamentos sociais, expondo o retrato do homem capaz na busca da disposição humana

para o bem. A pessoa não pode carregar preconceitos de ter praticado um ato falho e sempre ser lembrado por ele. Neste contexto, coaduna-se com a crítica de Yarochewsky (2005) de que a reincidência, traduzida como um tratamento mais severo dado àquele que já foi condenado, traduz-se em verdadeiro *bis in idem*. Ademais é um olhar para o passado, representando um fracasso do Estado na finalidade de ressocialização daquele que cumpriu uma pena. Este fracasso volta-se novamente à pessoa do infrator como mais um ônus a suportar, no lugar da reflexão de que, sem a rede apoio, a pena cumprida não trará possibilidades de realizar mudanças de comportamento, voltando o sujeito a praticar novo delito.

Trocar as lentes é preciso. A reincidência é sintoma de que o sistema é falho na maneira de ressocialização. Na verdade, ressocialização não é a primeira preocupação do Estado. A maior preocupação é dar uma resposta à sociedade de que esteja punindo o infrator. O Estado preocupa-se com a prevenção geral positiva e não fomenta a prevenção especial positiva.

A Justiça Restaurativa pretende focar-se no futuro melhor para aqueles envolvidos no conflito. Tanto os infratores como vítimas necessitam de uma rede de apoio, que pode ser familiar, comunitária ou pública, capaz de atender às necessidades individuais para uma readaptação social.

As indagações estenderam-se a como seria possível perdoar o culpado sem deixar de condenar sua ação. A resposta foi difícil. Nas lições de Ricouer (2007, p. 501), fez-se a conclusão de que seria necessária uma separação mais radical que o argumento entre o primeiro sujeito (vítima) e um segundo sujeito (infrator). É algo muito diferente de uma transação. A ênfase recai nos poderes juntos de restauração. A restauração revela o projeto inteiro de uma filosofia centrada na possibilidade existencial posta sob a guarda da narrativa da origem que faz eco: a disposição para o bem. Sob o signo do perdão, o culpado seria considerado como capaz de outra coisa além de seus delitos e faltas, mesmo que expressamente a vítima não diga que o perdoa. A restauração devolve a sua capacidade de agir, é nessa capacidade restauradora que a promessa que projeta a ação para o futuro se apoderaria.

O reconhecimento de diferenças materiais e o tratamento diferenciado ao economicamente mais fraco, na seara penal, foram feitos às avessas. Estes foram os que mais ocuparam e ocupam os presídios.

Com a Segunda Guerra Mundial, o mundo colocou-se frente à realidade de o Direito Penal legitimar ao Estado a possibilidade de punir aqueles que incomodam o Poder de uma maneira cruel e em massa, sem qualquer limite e com fundamento político de eliminação. Nos

documentários expostos acerca dessas execuções, fica-se impactado com o terror que foi essa guerra. Parece uma realidade distante dos brasileiros, o que não é verdade. O Brasil teve e tem seus holocaustos, não expostos, mas, secretos, dentro dos presídios, dos hospícios ou manicômios, atualmente designados de *hospitais psiquiátricos*, local em que ficam aqueles que cumprem medidas de segurança.

O Brasil, porém, adota uma atitude diferente: esconder o passado. Não se divulgam cenas da ditadura militar; hoje se procura documentá-las. Várias garantias penais e processuais estão elencadas na Constituição como respostas a esse período. Contudo, não se consegue conter o *poder secreto* que atua nas sombras dos presídios e dos hospitais psiquiátricos. O processo de desumanização na aplicação das penas na atualidade vai desencadear semelhante inquietação reflexiva para próximas gerações sobre como se aceitou tamanha crueldade?

O Direito Penal, como forma de controle social, deve estar atento a que tipo de controle está legitimado a assegurar e quem é o alvo desse controle. A ineficiência do Estado em garantir essas conquistas, sobretudo as sociais, reverte-se à grande massa de excluídos desses direitos, o que contribui para o crescimento do índice da violência. O capitalismo imperante, o consumismo como regra e a sempre presente necessidade de *ter* elevam o cometimento de crimes, sobretudo patrimoniais e os ligados ao tráfico de drogas. Estas considerações devem pontuar se esses não possuidores não seriam os destinatários do comando da eliminação social da atualidade.

Levando-se em conta o que foi observado, defende-se que não é mais possível permitir que a vítima de um delito acabe neutralizada, porque, em regra, o sistema penal permanece inerte em relação a ela e, quando interfere de maneira autoritária, em consequência da expropriação do conflito pode causar prejuízos ainda maiores, contribuindo para a vitimização secundária e terciária. O processo deve tornar-se democrático, em que todos os envolvidos possam utilizar seus direitos de comunicação e participação, orientados para o bem comum e a pacificação social.

Uma das diferenças que se destaca entre uma prática restaurativa e um processo tradicional está no enaltecimento da humanidade de cada pessoa. Cada sujeito do processo deve ser reconhecido como agente de sua própria história, não, como inimigo. Busca-se enfatizar o que as pessoas têm de melhor, seus valores, diferentemente do processo tradicional que realça o pior do infrator e neutraliza a vítima.

Portanto, por meio da Justiça Restaurativa, almeja-se encontrar um caminho menos árduo e degradante de aplicação do Direito Penal, visando, sobretudo, a dar-lhe a aplicação

um discurso real, construído a partir de cada caso concreto, com possibilidade de diálogo no lugar da imposição pela força de uma pena. Por este caminho, quem sabe?, será alcançada verdadeiramente a possibilidade de reinserção do infrator na sociedade por meio de ações menos excludentes e mais inclusivas.

Para os céticos sugere-se assistir a um encontro restaurativo e, a partir de então, retirar suas conclusões. Encerra-se este trabalho com as palavras advindas de um participante: "Vocês não precisam fazer pesquisas para provar que isso funciona. Precisam apenas continuar fazendo. E, então, se o sol parecer brilhar um pouco mais, vocês saberão que funciona".

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **A crise do processo penal na sociedade contemporânea:** uma análise a partir das novas formas de administração da justiça criminal. 2006. 127 f. Dissertação (Mestrado) – Porto Alegre. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer:** o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002.

ALEIXO, Klelia Canabrava. **Ato infracional:** ambivalência e contradições no seu controle. Curitiba: Juruá, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia:** o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ARBEX, Daniela. **O holocausto brasileiro** – vida, genocídio e 60 mil mortos no maior hospício do Brasil. São Paulo: Geração, 2013.

AREND, Silvia Maria Fávero. **Histórias de abandono:** infância e justiça no Brasil. Florianópolis: Editora Mulheres, 2011.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução de R. Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro.** Tradução de Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

AZEVEDO, André Gomma (Org.) *et al.* **Manual de mediação penal**. Brasília: FUB/Cead, 2013.

BALANDIER, Georges. **O poder em cena.** Brasília: Editora da UnB, 1982.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da constituição:** as vertentes do direito constitucional contemporâneo. Coordenador: Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paula. Reflexões sobre os direitos sociais. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 1997. Disponível em: <http://www.e-publicações.uerj.br/index.Php/quaestioiuris/article/view>. Acesso em: 23 jan. 2015.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos:** violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade:** a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999a.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999b.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. Bauru: Edipro, 2001.

BERNSTEIN, João Paulo. **A exigência de sumariedade documental ou pericial da prova no processo penal para a demonstração dos danos sofridos pelo ofendido.** Disponível em: <http /www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 25 out. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, l997.

BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha:** uma metáfora da condição humana. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAITHWAITE, Hohn. **Crime, shame and reintegration.** Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

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

BRANCHER, Leoberto Narciso. **Justiça restaurativa:** a cultura de paz na prática da justiça. 2012. Disponível em:

<http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/JUST_RESTAUR/VIS%C3O+GERAL+JR_0.HTM>. Acesso em: 31 ago. 2014.

BRANCHER, Leoberto Narciso. Organização e gestão do sistema de garantia de direitos da infância e juventude. *In:* KONZEN, Afonso Armando (Org.). **Encontros pela justiça na educação.** Brasília: Fundescola/Banco Mundial/MEC, 2000.

BRANDÃO, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. Significado político-constitucional do direito penal. **Revista Brasileira de Direito Constitucional.** Escola Superior de Direito Constitucional, v. 1, n. 7, jan./jun. 2006. Disponível em: <www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-07/revista07-vol1>. Acesso em: 31 ago. 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen**. Referência: Dez/2012 (b). Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/services/Document Management/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={E1B3F584-BDCA-471E-9C9A-9B4AC0AE3170}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 27 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 81929-0. Relator: Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 fev 2004. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769646/habeas-corpus-hc-81929-rj>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Popular 3388. Relator Carlos Ayres Brito. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 ago. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticia Stf/anexo/pet3388CB.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1.ª Região). **Processo – ACR 200638000115549**. Relator: Tourinho Neto, Belo Horizonte, 14 maio 2010. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=200638000115549&secao=TRF1&pg=1&enviar=Pesquisar>. Acesso em: 19 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1.ª Região). **Processo – ACR200841000075895**. Relatora: Assusete Magalhães, Belo Horizonte, 14 jan. 2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=Relator+JUIZA+ASSUSETE+MAGALH%C3%83ES>. Acesso em: 24 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1248490/RS. Relatora: Laurita Vaz – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, em 21/05/2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21841841/recurso-especial-resp-1248490-rs-2011-0059309-7-stj/inteiro-teor-21841842>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 352.104/RJ (2013/0203375-9), Relator: Sebastião Reis Júnior – Sexta Turma. **Diário de Justiça**

Eletrônico, Brasília, em 06/12/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24797509/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-352104-rj-2013-0203375-9-stj/inteiro-teor-24797510>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.º 1.428.570/GO (2013/0381575-7), Relator: Moura Ribeiro – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, em 15/04/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/69431684/stj-25-04-2014-pg-3342>. Acesso em: 17 jul. 2014.

BRUNO, Anibal. **Direito penal**, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. I.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa:** uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução.** São Paulo: Saraiva, 1952.

CABALLERO, Carlos A. Goitia. **La víctima del delito en el processo penal latinoamericano.** Coordinado por Pedro J. Bertolino. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

CALHAU, Lélio Braga. **Vítima e direito penal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CANADÁ. Ministério da Justiça. Departamento de Justiça. **Restorative justice in Canada**. A consultation paper, maio 2000. Disponível em: <http//:canada.justice.gc.ca/en/sitemap.html>. Acesso em: 10 maio 2014.

CANÊDO, Carlos Augusto; CHAMON JÚNIOR, Lúcio. Eutanásia e dogmática penal: por uma compreensão paradigmaticamente adequada do direito penal através de uma teoria da adequabilidade normativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, n. 36, 2002.

CANÊDO, Carlos; FONSECA, David Santos (Org.ˢ). **Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal:** leituras contemporâneas da sociologia da punição. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

CAPRA, Fritjof. **Ponto de mutação.** Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do delito.** Belo Horizonte: Mandamentos. 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da justiça brasileira. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos.

Brasília: Ministério da Justiça/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, PNUD, 2005.

CASTRO, Josefina. O processo de mediação em processo penal: elementos de reflexão. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 105, jan./mar. 2006.

CASTRO, Lolita Aniyar de. **Criminologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2005.

CATALUNYA. Generalitat Catalunya. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (CEJFE). **Boletín de difusión de investigaciones (Invesbreu): La mediación penal**, n. 25, maio 2003. Disponível em: <http://justicia.gencat.cat/web/.content/home/ambits/formacio recerca_i_docum/biblioteca_i_publicacions/publicacions/butlleti_invesbreu/butlletins_en_linia/invesbreu69/INVESBREU_69_cast.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

CERNEV, Francini Kemmer; HENTSCHKE, Liane. A teoria da autodeterminação e as influências das necessidades psicológicas básicas na motivação dos professores de música. **Revista Abem**, Londrina, v. 20, n. 29, p. 88–12, jul./dez. 2012.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLARK Giovani. Política econômica e estado. *In:* GALUPPO, Marcelo Campos. **O Brasil que queremos:** reflexões sobre o estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas. 2006. p. 247.

COLEN, Guilherme Coelho. Nós os puros, eles os criminosos. **Revista PUC Minas**, Belo Horizonte, n. 6, p. 20–21, 1 jul. 2014.

CONDE, Francisco Muñoz; ARAN, Mercerdes García. **Derecho penal:** parte general. 3. ed. Valencia, Espanha: Ed. Tirand lo Blanch, 1993.

CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. **As teias da razão:** Wittgenstein e a crise da racionalidade moderna. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números.** Relatório publicado em 2013 referentes aos dados de 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pjjustica-em-numeros/relatorios>. Acesso em: 17 out. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n.º 96/2009**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_96.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n.º 125**. 2010a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-dapresidencia/resolucoespresidencia/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 15 set. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Recomendação n.º 33**. 2010b. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194>. Acesso em: 16 maio 2015.

COSER, Lewis. **The functions of social conflict.** London: Routledge & Kegan Paul, 1956.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Socioeducação:** estrutura e funcionamento da comunidade educativa. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. A crise da segurança pública no Brasil. *In:* BONATO, Gilson (Org.). **Garantias constitucionais e processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo. **A resposta correta.** Incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

DECI, Edward L.; RYAN, Richard M. **Intrinsic motivation and self-determination in human behavior**. New York: Plenum Press, 1985.

DIMESNTEIN, Gilberto. **Democracia em pedaços:** direitos humanos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargos. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FALEIROS, Eva. A criança e o adolescente: objetos sem valor no Brasil colônia e no Império. *In:* PILOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene (Org.ˢ). **A arte de governar crianças** – a história das políticas sociais, da legislação e da assistência no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano del Niño, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal.** São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de transformação social.** Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2000.

FLETCHER, George Patrick. **Conceptos básicos del derecho penal.** Tradução de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder.** 9. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1990.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Rio de Janeiro: Nau, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FOX, Kathryn J. **Circles of support & accountability (COSA).** University of Vermont, Department of Sociology. Nov. 2013. Disponível em: <http://www.doc.state.vt.us/about/reports/circles-of-support-accountability-final-report/view>. Acesso em: 15 set. 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática de liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011a.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia** – saberes necessários à prática educativa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011b.

FREITAS, Juarez. **O intérprete e o poder de dar vida à constituição:** preceitos de exegese constitucional. Direito constitucional – estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Organizado por Eros Grau e Willis Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva.** Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2009.

GANDHI, Mahatma. **Revista Meu Sonho Não Tem Fim**. Salton Brasil, 2007. Disponível em: <www.meusonhonaotemfim.org.br>. Acesso em: 12 jan. 2015.

GARLAND. David. **A cultura do controle:** crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARLAND. David. Os limites do estado soberano; estratégias de controle do crime na sociedade contemporânea. *In:* CANÊDO, Carlos; FONSECA, David Santos (Org.[s]). **Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal:** leituras contemporâneas da sociologia da punição. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2012.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo.** 2014. 230 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2014. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/35955/R%20-%20T%20-%20ANDRE%20RIBEIRO%20GIAMBERARDINO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 fev. 2016.

GOIÁS. Ministério Público do Estado de Goiás. **Informação Técnico-Jurídica n.º 02/2014-CAOCRIM**. 2014. Disponível em: <http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2014/10/22/09_33_04_401_Informa%C3%A7%C3

%A3o_T%C3%A9cnico_Jur%C3%ADdica_02_2014_fixa%C3%A7%C3%A3o_de_quantum_indenizat%C3%B3rio_m%C3%ADnimo_pedido_expresso.pdf>. Acesso em: 23 maio 2015.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.[s]). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: RT, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo.** Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio.** 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual:** de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990.

GRUPO INTERNACIONAL DE TRABALHO E CONSULTORIA. **Para além do racismo** – abraçando um futuro independente – Brasil, África do Sul e Estados Unidos – Relatório Geral Iniciativa Comparativa de Relações Humanas, jan. 2000. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/profissional-da-saude/grupo-tecnico-de-acoes-estrategicas-gtae/saude-da-populacao-negra/documentos-tecnicos/alem_do_racismo.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2014.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Tradução de Flavia P. Püschel. **Novos Estudos,** n. 63, p. 105–118, jul. 2012. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/97/20080627_responsabilizacao_na_sociedade_civil.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional:** ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p.165.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012a. v. I.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012b. v. II.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade:** doze lições. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa:** crítica de la razón funcionalista. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1992. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação,** ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do Pós-Guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 6, p. 36–71, abr./jun. 1994. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos.

HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. **Introdution a la criminologia e al derecho penal.** Valencia: Tiran lo Blanch, 1991.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Tradução de Marcia de Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. v. I.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Tradução de Marcia de Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. v. II.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. (1973). Sociedade. *In:* FORACCHI, Marialice Mencarini; MARTINS, José de Souza (Org.[s]). **Sociologia e sociedade**: leituras de introdução à sociologia. 16. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1994. p. 263–275.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** 1. reimpr. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

HULSMAN, Look; CELIS, Jacqueline Bernart. **Penas perdidas** – o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1955.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito.** Tradução de João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal:** parte general. Fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquim Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madri: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo.** Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Ed. Civitas, 2003.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.** Tradução de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoó Sánchez. Bogotá: Universidade de Colômbia, Cuadernos Civitas, 1996.

JARES, Xesús Rodrigues. **Educar para a paz em tempos difíceis.** Tradução de Elizabete de Moraes Santana. Cidade: Ed. Palas Athena, 2007.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal** – parte general. 4. ed. Tradução de Jose Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JORGE, Alinne Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JUSTIÇA para o século 21, instituindo práticas restaurativas. Disponível em: <www.justiça21.org.br>. Acesso em: 28 ago. 2012.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** 2. ed. Niterói: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. **Estado penal, novo inimigo interno e totalitarismo.** Estudos de execução penal: direito e psicologia. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009.

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOKO, L. Jacques. **Os Tribunais Gacaca em Ruanda vinte anos depois do genocídio**. Salisbury University, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://conflictperspectives.imtd.org/index.php/regions/africa/104-the-gacaca-courts-in-rwanda-twenty-years-after-the-genocide>. Acesso em: 22 nov. 2014.

KOLSEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional:** desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, direitos humanos e justiça restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1969.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LARA, Augusto Souza. **A justiça restaurativa como via de acesso à justiça.** 2013. 101 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2013.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós.** Ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (Coord.), Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizolli. Petrópolis: Vozes, 2004.

LÉVINAS, Emmanuel. **Humanismo do outro homem.** 3. ed. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis: Vozes, 2009.

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito.** Tradução de José Pinto Ribeiro. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2008.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes trópicos.** Tradução de Rosa Freire d'Aguiar. Companhia das Letras, 1996.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Por um sistema carcerário eficiente. **Folha de São Paulo**, 10 maio 2015. Disponível em: <http://m.folha.uol.com.br/opiniao/2015/05/1626694-ricardo-lewandowski-por-um-sistema-carcerario-eficiente.shtml>. Acesso em: 14 jul. 2015.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença:** e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES, Claudio Ribeiro; VASCONCELOS, Douglas Borges; YOSHIURA, Vanessa. Considerações a respeito da confrontação entre o direito penal do inimigo e o Estado de Direito concreto: estudo de caso sobre a imposição judicial do toque de recolher nas comarcas de Fernandópolis e Ilha Solteira/SP. **Revista de Ciências Jurídicas**, Cidade, n. 1, v. 7, p. 7–24, jan./jun. 2009.

LUHMAM, Niklas. **Improbabilidade da comunicação.** Lisboa: Vega, 2001.

MACHADO, Edgar de Godói da Mata. **Direito e coerção.** São Paulo: Ed. Unimarco, 1999.

MADZA, Ednir *et al*. **Mestres da mudança:** liderar escolas com a cabeça e o coração: um guia para gestores escolares. Porto Alegre: Cecip / Artmed, 2006.

MADZA, Ednir; MELO, Eduardo Rezende; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul.** São Paulo: Cecip / Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.

MADZA, Ednir. **Justiça e educação em Heliópolis e Guarulhos:** uma parceria para a cidadania. São Paulo: Cecip, 2007.

MADZA, Ednir; MELO, Eduardo Rezende. **O caminho de São Caetano.** São Paulo: Cecip, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006 a. Tomo II.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O encobrimento do real: poder e ideologia na contemporaneidade. *In:* GALUPPO, Marcelo. **O Brasil que queremos:** reflexões sobre o estado democrático de direito. Belo Horizonte: Editora PUC-Minas, 2006b.

MAGALHÃES, José Luiz de Quadros. **Palestra Seminário Anti-prisional** – parte 1. 4 nov. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ViN3Zncteqk&feature=youtu.be>. Acesso em: 28 set. 2015.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. **Filosofia analítica e filosofia política:** a dimensão pública da linguagem. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MANDELA, Nelson. **A longa caminhada até a liberdade.** Tradução de Paulo Roberto Maciel Santos. Curitiba: Nossa Cultura, 2012.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN; Helen. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.ˢ). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

MARQUES José. Júri indígena em Roraima. **Folha de São Paulo,** 22 maio 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1632330-indios-classificam-1-juri-feito-em-aldeia-de-brutal-e-refazem-sentenca.shtml>. Acesso em: 29 maio 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MAXWELL, Gabriele. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.ˢ). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

MCWHINNIE, Andrew J.; WILSON, Robin J. **Circles of support and accountability:** making what works, work. 6. Dec. 2006. Disponível em: <http://ccjc.ca/practice/cosa>. Acesso em: 27 set. 2014.

MENDONÇA, Audrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal.** São Paulo: Método, 2008. p. 240–241.

MENEZES, Rodolfo Rosa Telles. **A teoria do delito e o significado da ação.** 2013. Disponível em: <http://âmbito-juridico.com.br/index.php/revista_artigosleitura_id136848>. Acesso em: 9 out. 2014.

MEZGER, Edmundo. Tratado de derecho penal. Tradução de José Arturo Rodrigues Munõz. **Revista de Derecho Privado**, Madrid, v. 1–2, 1955.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal. **Apelação n.º 1.0720.05.021238-3/001**. Segunda Câmara Criminal, Relator: Renato Martins Jacob, 03.08.2009. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10720050212383001&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=10720050212383001&select=2>. Acesso em: 24 ago. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n.º 1.0035.08.141195-7/001**. Quinta Câmara Criminal, Relator: Alexandre Victor de Carvalho, 14.07.2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-camara-criminal-tj-mg-determina.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n.º 1.0324.09.075785-1/001**, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Doorgal Andrada, 08.09.2010. Disponível em: <bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/429/1/D2v1972011.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal. **Apelação n.º 1.0480.07.101512-1/001**. Quarta Câmara Criminal, Relator: Herbert Carneiro, 08.09.2010. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-camara-criminal-tj-mg-determina.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Portaria-Conjunta n.º 221/2011.** Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc02212011.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Portaria-Conjunta n.º 308/2013**. Disponível em: <www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc03082013.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal. **Apelação n.º 1.0040.10.005039-8/001**. Sétima Câmara Criminal, Relator: Duarte de Paula, 28.06.2012. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114636544/apelacao-criminal-apr-10338120007228001-mg/inteiro-teor-114636589>. Acesso em: 2 set. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração nos Autos n.º 0844519-98.2012.8.13.0024**, Oitava Vara Criminal, Belo Horizonte 13.08.2013. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=24&numero=1&listaProcessos=12084451>. Acesso em: 3 set. 2014.

MOLINA, Antônio Garcia Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Marisa Medeiros. **Visão holística e o investigador criminológico do terceiro milênio.** Ano. Disponível em: <www.cesumar.com.br>. Acesso em: 3 out. 2014.

MOREIRA, Luiz. **Com Habermas, contra Habermas:** direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.ˢ). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal** (parte general). 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY, Déa Carla Pereira. **A justiça restaurativa como alternativa de controle social sob a ótica do direito penal do cidadão.** Tese (Doutorado em Direito). 2011. 256 f. – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A vítima e o direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Rogério. **O sujeito enquanto mercadoria e distante dos direitos e da cidadania – de qual república falamos?** Estudos de execução penal: direito e psicologia. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. **Resolução 40/34**. 1985. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPrincBasJustVitCriAbuPod.html>. Acesso em: 14 mar. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conselho Econômico de Social (Ecosoc). **Resolução 2002/12**, de 24 de julho de 2002. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Agência da ONU para refugiados (UNCHR), E/RES/2002/12. Tradução de Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46c455820.html>. Acesso em: 14 ago. 2014.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; NEVES, Natália de Souza. O diálogo nas práticas restaurativas: a (re)compreensão do passado através da linguagem. *In:* ORSINI, Adriana Goulart de Sena; VASCONCELOS, Antônio Gomes de (Coord.ˢ). **Acesso à justiça.** Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

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

PARKER, L. Lynette. **Justiça restaurativa:** um veículo para a reforma? *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.[s]). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, 2001.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **A participação da vítima no processo penal e sua sobrevitimização:** em busca de uma interpretação constitucionalmente adequada. 2003. 386 f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2003.

PENIDO, Egberto de Almeida. **Justiça restaurativa como valor no Brasil.** *In:* FÓRUM DA CULTURA DE PAZ, 99, 11 set. 2012, São Paulo. Disponível em: <http://palasathena.org.br/forum99.php>. Acesso em: 2 out. 2015.

PENIDO, Egberto de Almeida. Justiça restaurativa: a arte do encontro. **Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, ano XXVIII, n. 1, 2008a.

PENIDO. Egberto de Almeida. Justiça e educação: parceria para a cidadania em Heliópolis/SP: a imprescindibilidade entre Justiça Restaurativa e Educação. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 50, p. 196–204, jun./jul. 2008b.

PEREIRA, André Ricardo. Criança x menor: a origem de dois mitos da política brasileira. *In:* ROLLEMBERG, Denise. **Que história é essa?**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

PIAGET, Jean. **O juízo moral na criança.** 3. ed. São Paulo: Summus, 1994.

PIETRONI, Patrick. **Viver holístico.** São Paulo: Summus, 1988.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.[s]). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

PINTO, Simone Matos Rios. **O princípio da coculpabilidade em uma análise garantista de direito penal.** 2009. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2009.

PRADO, Cláudio Amaral do. **Despenalização pela reparação dos danos:** terceira via. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

PRANIS, Kay. **Processos circulares.** São Paulo: Palas Athena, 2010a.

PRANIS, Kay. **Justiça restaurativa e processo circular nas Varas da Infância e da Juventude**, abr. 2010b. Disponível em: <www.justiça21.org.br/arquivos/bib_424.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2015.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 46.

RAWS, John. **Teoría de la justicia.** Tradução de María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

RAWS, John. **O direito dos povos.** Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1967.

REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 1990.

RESTORATIVE justice and ist relation to the criminal justice system. **Papers from de the seconde European Forum for Victim-offenser Mediation and Restorative Justice**, Oostende, Bélgica, 10–12 out. 2002. Disponível em: <http//www.euforumrj.org/conferences.htm>. Acesso em: 12 jan. 2015.

NOVA ZELÂNDIA. Ministério da Justiça. **Restorative Justice** – Information on Court-referred Restorative Justice. Disponível em: <http:// www.justice.govt.nz/crrj/>. Acesso em: 24 jan. 2015.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento.** Tradução de Alain François. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **O que é a justiça para o século 21?.** Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=101&pg=0>. Acesso em: 31 ago. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Acórdão no Habeas Corpus n. 70008308967.** Relator: SCAPINI, Marco Antônio Bandeira, 2004. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe-_documento.php/\ano2004&codigo=130532. Acesso em: 16 abr. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **A justiça restaurativa em Porto Alegre**. 2012. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1711>. Acesso em: 3 nov. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n.º 70033033358**, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, 30.06.2010. Disponível em: <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128111714/apelacao-criminal-acr-50026716420124047105-rs-5002671-6420124047105/inteiro-teor-128111722>. Acesso em: 22 ago. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Central de práticas restaurativas no Juizado Regional da Infância e Juventude de PoA.** Poder Judiciário. Estado do Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <www.justica21.org.br/imagens/dadosj21jij.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Resolução 822/2010 do Conselho da Magistratura**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 31 ago. 2014.

RIZZINI, Irene. 2006. Reflexões sobre pesquisa histórica com base em ideias e práticas sobre a assistência a infância no Brasil na passagem do século XIX para o XX. *In:* **Anais**, I Congresso Internacional de Pedagogia Social, I, São Paulo: Universidade de São Paulo.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa:** um caminho para a humanização do direito. Curitiba: Juruá, 2012.

ROLIM, Marcos. **Justiça restaurativa** – um caminho para os direitos humanos?. Porto Alegre: Palas Athena, 2004a.

ROLIM, Marcos. **Para além da punição.** Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos?. Porto Alegre: IAJ, 2004b.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta** – técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

ROXIN, Claus. Contribuição para a crítica da teoria final da acção. *In:* ROXIN, Claus. **Problemas básicos de direito penal.** 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1998.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y prevención en derecho penal.** Tradução de Muñoz Conde. Madrid: Ed. Réus, 1981.

ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. *In:* MAIER, Julio (Coord.). **De los delictos e de las víctimas.** Buenos Aires: AD-HOC, 2001.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal.** Traducción de Francisco Muñoz Conde. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal:** parte general, fundamentos, la estrutura de la teoria del delito. Tradução de Diego Manuel Peña, Miguel Diaz Conlledo e Javier de Vicente Renansal. Madrid: Civitas, 2008. v. 1.

ROXIN, Claus. **Fines de la pena y reparación del daño: de los delitos y de a las víctimas**. Tradução espanhola de Julio Maiery Elena Carranza. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal.** Tradução de Ana Paula dos Santos, Luís Natascheradetz Lisboa *et al.* Lisboa: Veja, 1986.

RUDOLPHI, Hans Joachin. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. **Nuevo Pensamento Penal**, Buenos Aires, v. 4, 2001.

RUGGE, Tanya; BONTA, James; CAPRETTA, Wallace. **Evaluation of the Collaborative Justice Project:** a restorativa justice program for serious crime. Report 2005-02, Ottawa Canada. Department of Public Safety and Emergency Preparendness Canada. Disponível em:

<https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/cllbrtv-jstc-prjct/index-eng.aspx>. Acesso em: 23 fev. 2015.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica:** introdução a uma leitura externa do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo.** Curitiba: Juruá, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais:** retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANDEL, Michel J. **Justiça** – o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTANA, Selma Pereira. **Justiça restaurativa:** reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da ração indolente:** contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino. **A criminologia radical.** 2 ed. Curitiba: ICPC / Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição federal.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

SCHEINVAR, Estela. Idade e proteção: fundamentos legais para a criminalização da criança, do adolescente e da família (pobres). *In:* NASCIMENTO, Maria Lívia do (Org.ª). **Pivetes:** a produção de infâncias desiguais. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 2002.

SCHEINVAR, Estela. **O feitiço da política pública:** escola, sociedade civis e direitos da criança e do adolescente. Rio de Janeiro: Lamparina / Faperj, 2009.

SCHMITT, Carl. **O conceito de político.** Petrópolis: Vozes, 1992.

SCURO NETO, Pedro. **Manual de sociologia geral e jurídica.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SCURO NETO, Pedro. Chances de entraves para a justiça restaurativa na America Latina. *In:* BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.ˢ). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça / PNUD, 2005.

SCURO NETO, Pedro. Justiça restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes em novas direções da governança da justiça. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos

Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.ˢ). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

SELIGMAN, M. E. P. **Authentic happiness:** using the new positive psychology to realize your potential for lasting fulfillment. New York: Free Press, 2002.

SHEARING, Clifford; FROESTAD, Jan. Prática da justiça – o modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.ˢ). **Justiça restaurativa:** coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

SHERMAN, Lawrence W; STRANG, Heather; WOODS, Daniel J. **Redicivism patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments (Rise).** Australian Nacional University, 2000. Disponível em: <www.restorativejustice.org>. Acesso em: 14 jan. 2015.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal.** O novo modelo de justiça criminal e gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SICA, Leonardo. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa**, jun. 2009. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/151/Bases%20para%20modelo%20brasileiro_Sica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 fev. 2015.

SICA, Leonardo. Justiça restaurativa críticas e contra críticas. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal,** Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 1, dez. 2007/jan. 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A expansão do direito penal.** Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Maria Coeli Nobre da. **Justiça de proximidade: instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima.** Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Roberto de Abreu e. A sentença criminal condenatória e a reparação de danos. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, 2010.

SOARES, Luiz Eduardo. **Justiça:** pensando alto sobre violência, crime e castigo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SOUZA, Herbert de. **Ética e cidadania.** São Paulo: Moderna, 1994. p. 22.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação.** Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Inijuí, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Escuta telefônica e os direitos fundamentais: o direito à interceptação e a interceptação dos direitos. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, Notadez, v. 44, n. 228, out. 1996.

STRECK, Lênio Luiz. **Criminologia e feminismo.** Porto Alegre: Sulina, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

THADEU, Geraldo. **Projeto de Lei 7.006.** Propõe alterações no Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>. Acesso em: 12 set. 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TOMKINS, Silvan. **Affect, imagery, consciousness:** the positive affects. New York: Springer, 1962. v. I.

TOMKINS, Silvan. **Affect, imagery, consciousness:** the negative affects: anger and fear. New York: Springer, 1991. v. II.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 9, v. II.

TRANJAN, Alfredo. **A beca surrada, meio século no foro criminal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Justiça Restaurativa em Porto Alegre**. Disponível em <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.Unrc_XC-pmM>. Acesso em: 6 nov. 2014.

VAN NESS, Daniel W; STRONG, Karen Heetderks. **Restoring justice:** an introduction to restorative justice. 4th ed. New Providence: LexisNexis Group, 2010.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VYGOTSKY, L. S. **A formação social da mente.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDMAN, Ricardo Libel. A teoria dos princípios de Ronald Dworkin. Direito e justiça: **Revista da Faculdade de Direito da PUCRS**, Porto Alegre, Ano XXIV, v. 25, 1. sem. 2002.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán.** Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Peréz. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

WINNICOTT, D. W. **Privações e delinquência.** Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** Tradução de José Carlos Bruni. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus.** Tradução, apresentação e ensaio introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Ed. USP, 2001.

YAROCHEWSKY, Leonardo Issac. A crise do sistema penal. *In:* GALUPPO, Marcelo. **O Brasil que queremos:** reflexões sobre o estado democrático de direito. Belo Horizonte: Editora da PUC-Minas, 2006.

YAROCHEWSKY, Leonardo Issac. **Da inexigibilidade da conduta diversa.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Reflexões de um criminalista.** Belo Horizonte, Editora da Letramento, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário** – crise, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. 2. ed. Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

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

ZIZEK Slavoj. **Violência:** seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. Cidade: Boitempo, 2014.

ANEXO A – Estágios do processo circular a partir das referências de Kay Pranis

1) Pré-círculo

Primeira etapa: determinação de sua aplicabilidade – verificar se o procedimento está adequado e se os envolvidos desejam participar.

Sugestão de perguntas: as partes principais estão dispostas a participar? A segurança física e emocional dos envolvidos pode ser garantida?

Segunda etapa: preparação – identificação das pessoas que devem participar e assinatura do termo de consentimento na participação para o ofensor e vítima.

Sugestão de perguntas: Quem sofreu os impactos da situação? Quem tem experiência de vida similar que possa representar uma contribuição?

Busca-se, nesta etapa, familiarizar as partes principais com o processo e a preparação da logística: quando e em que horário? Onde? Qual vai ser o objeto de fala? O que se colocará no centro? Que pergunta será usada para iniciar o diálogo a respeito dos assuntos-chaves? Que outras perguntas podem ser úteis se o grupo não estiver aprofundando-se no assunto-chave?

2) Círculo Restaurativo: encontro dos envolvidos com o grupo de apoio e desenvolvimento do processo circular.

3) Pós-círculo: acompanhamento do plano de ação – juntar relatório nos autos, se judicializado o conflito.

Busca-se, nesta etapa, avaliar o progresso dos acordos; examinar as causas de qualquer descumprimento de obrigações, esclarecer responsabilidade e identificar os próximos passos, caso o descumprimento persista. Pode ser realizada a adaptação dos acordos conforme a necessidade, com base em novas informações e acontecimentos.

Fluxo do círculo restaurativo:

Primeira parte: boas-vindas – acolhimento dos participantes pelo facilitador.

Cerimônia de abertura: Expor os princípios do procedimento circular e como o procedimento irá desenvolver-se. Explicar as regras da escuta e do respeito à fala do outro, sem interrupções, bem como apresentar o objeto de fala. Pode o facilitador deixar à disposição de cada participante papel e caneta para que, quando sentir a vontade de interromper o outro, escreva as pontuações para externá-las quando estiver com a palavra.

Um exemplo de explanação para o facilitador para esta etapa: o que queremos construir é um espaço seguro para falarmos sobre nossos sentimentos e necessidades e um espaço sem julgamento, em que cada um e todos juntos buscamos, de forma horizontal, as respostas para aquilo que nos afeta. Todos são responsáveis para garantir o desenvolvimento deste encontro. Para isto, utiliza-se o objeto da fala. Este objeto vai passando de um a um. Tem direito de falar quem estiver com o objeto de fala. E o convite é que os demais participantes ouçam. Só fala quem quiser. Caso não queira, é só passar o objeto. Este espaço é um espaço seguro, em que será preservado o sigilo. Faremos algumas rodadas de fala e isto depende do que vai acontecer. Portanto, o tempo em que estaremos juntos é o tempo que este círculo vai nos convidar a estarmos juntos.

Segunda parte: explorar valores e princípios – enaltecer o que a pessoa traz de melhor. Conectar as pessoas ao grupo e traçar a compreensão de que ninguém é mais importante que o outro.

Exemplo de práticas que podem ser utilizadas: pensar num lugar onde se sente bem, falar de uma pessoa que inspira sua vida, com fitas, contar a história de seu nome, pensar dois valores que expressem o melhor quando vocês estão no seu melhor e os expor, falar sobre uma pessoa que tenha inspirado o seu melhor, perguntar o que toca seu coração, o que dá esperança, o que seria demonstrar respeito.

Terceira parte: contar uma história – momento de criar a empatia, compartilhar desafios, enaltecer o ser humano que está por trás do ato, tirar as pessoas do lugar engessado de vítima e ofensor (espaço de transformação).

Exemplo de práticas que podem ser empregadas: pode ser uma história ruim que já se encontra no passado (como experiência de transformar o limão em limonada), compartilhar algo feliz de sua infância, compartilhar uma história engraçada de sua vida, ou ainda falar sobre se tivesse um dia livre, o que gostaria de fazer, um momento em que a pessoa se descontrolou, uma experiência de transformação quando, a partir de uma crise ou dificuldade, descobriu um atributo pessoal, uma experiência de ter causado dano a alguém e depois lidar com essa situação de maneira satisfatória. Outra técnica é pedir que cada um dos envolvidos leve um objeto que represente algo de bom e contar a história.

Busca-se com as histórias a desconstrução da situação para que a emoção saia do lugar do conflito para dar lugar a outro sentimento.

Quarta parte: começa a tratar de questões – o ambiente foi criado. Explorar questões, preocupações, impactos e sentimentos, gerar ideais para seguir em frente no foco do conflito. As perguntas não são preestabelecidas. A vítima pode elaborar as suas perguntas e o ofensor também. Pode o facilitador fazer a pergunta de como cada participante se sentiu com o conflito, como cada um contribuiu para essa situação e como cada um, assumindo a responsabilidade, agiria de forma diferente daqui para frente.

Quinta parte: determinar consensos, criar acordos, encorajar a tomar decisões, alternativas não punitivas. A vítima não tem o poder de ditar a pena. O acordo é construído coletivamente.

Ao final, o facilitador poderá elaborar a indagação sobre o que será preciso para restaurar a ação? O pedido de desculpa, por si só, não é um plano de ação, mas pode significar o começo de uma pacificação.

Sexta parte: fechamento: clarear quais serão os próximos passos. Pode haver a celebração com um café, ao final de cada encontro.

Observações:

O facilitador não omite opinião, tem compromisso com o grupo e, não, com a resposta. Ele poderá interromper a dinâmica se não for obedecido o respeito à pessoa que fala.

Na ausência de um dos envolvidos, pode alguém assumir seu lugar no círculo para que o outro possa externar seus sentimentos e mesmo receber apoio dos presentes.

ANEXO B – Projeto de Justiça Colaborativa em Ottawa, Canadá

PROJETO DE JUSTIÇA COLABORATIVA DESENVOLVIDO EM CASOS DE CRIMES DE MAIOR POTENCIAL OFENSIVO, NA ÁREA DE OTTAWA/CANADÁ, COM PUBLICAÇÃO DE DADOS COMPARATIVOS EM RELAÇÃO AO SISTEMA TRADICIONAL.[62]

Projeto de Justiça Colaborativa (CJP)

Opinião: Os participantes preencheram questionários que foram devolvidos selados aos seus facilitadores para ser encaminhados para o grupo de pesquisa ou enviado por correio, diretamente para os pesquisadores, com finalidade de coletar dados dos participantes sobre as opiniões a respeito do sistema de justiça criminal tradicional e o Programa de Justiça Colaborativa, além de perguntas relacionadas ao medo e in(segurança) das vítimas. Aos ofensores as perguntas estenderam-se à coleta de informações acerca da região em que residem, antecedentes criminais, avaliação de risco-necessidade.

Questionário antes do encontro: Para os casos em que foi realizado o encontro entre vítima–ofensor, um questionário foi montado para vítimas e agressores responderem, antes do início do encontro. Os participantes foram questionados sobre seus sentimentos em relação à outra parte as suas necessidades atuais, além dos seus objetivos em relação ao encontro.

Entrevista pós-programa: Cerca de duas semanas após a sentença, e uma vez que o caso foi considerado encerrado pela equipe, os pesquisadores contactaram-se com os participantes para agendarem outra entrevista pessoalmente. No entanto, quando os participantes expressaram uma preferência por uma entrevista por telefone, assim foram feitas. Esta entrevista durou, em média, 45 minutos, constituída por 62 questões para os infratores e 63 questões para as vítimas. Os participantes responderam a questões ligadas a respeito de suas atitudes e percepções (por exemplo, sobre o processo de justiça restaurativa, o processo tradicional de justiça penal etc.), a sua experiência com o programa CJP e suas percepções sobre os modelos de aplicação da justiça penal, além de indagarem sobre o medo, tanto para os ofensores quanto para as vítimas (por exemplo, mudanças de vida, pensamentos sobre a probabilidade de reincidência etc.). Aos facilitadores foram feitas perguntas de casos específicos em relação a suas opiniões sobre o caso, desafios que podem ter encontrado, e os seus pensamentos sobre os benefícios do processo para cada participante. Por último, entrevistas foram realizadas com voluntários da comunidade, promotores, advogados, juízes e outros indivíduos que tinham informações sobre o Projeto. As questões abordaram opiniões relativas ao CJP, e experiências com a justiça restaurativa e o tradicional sistema de justiça criminal.

Procedimento de encaminhamento para o Grupo de Justiça Colaborativa: Normalmente, os casos foram encaminhados para o Programa de Justiça Colaborativa, na fase denominada

[62] Disponível em: <www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/cllbrtv-jstc-prjct/index-eng.aspx>. *(Tradução da autora.)*

de Pré-Processual ou Pré-Trial (JPT) pela defesa, acusação ou pelo juiz. A JPT é uma reunião informal em que os responsáveis pela investigação, promotor, defesa e juiz discutem o caso e a viabilidade de um julgamento. Durante o curso da JPT, havendo indicação para o programa, podem, coletivamente, decidir remeter o caso à Justiça Restaurativa. A equipe contacta-se com os infratores, inicialmente, para determinar a adequação, antes de entrar em contato com a(s) vítima (s). Após verificada a situação do risco da segurança dos componentes da equipe, a(s) vítima(s) é(são) convidada(s) a participar. Mesmo no caso de haver mais vítimas, se apenas uma vítima aceitou, foi considerado apto a prosseguir.

Reincidência: A etapa final da avaliação envolveu a revisão dos registros de antecedentes criminais para determinar se os infratores voltaram a praticar crimes, dentro de um período de acompanhamento de três anos. Após este tempo, foram coletados dados daqueles que estavam no grupo de controle até julho 2004, e muitos desses ofensores ainda estavam encarcerados. À medida que esses infratores eram liberados, e o período de acompanhamento (de pelo menos um ano) tenha transcorrido, uma análise da reincidência ocorreu.

O Grupo de Controle: Medidas e Procedimento

Dois subgrupos de comparação foram constituídos. O primeiro grupo de comparação foi constituído por vítimas e infratores que preencheram os critérios do Programa e participaram minimamente, decidindo a participação e por aqueles que não quiseram participar.

O segundo grupo de comparação (o grupo de controle tradicional) constituiu-se de casos que foram processados por meio da justiça penal tradicional. Dentro desta análise, a comparação partiu de casos assemelhados pelo tipo de ofensa, idade, sexo e nível de risco. Ofensores e vítimas foram convidados a uma entrevista composta de 43 perguntas, com as mesmas indagações do outro grupo, com perguntas relacionadas a antecedentes criminais, problemas de educação, emprego, dados familiares, álcool, drogas, problemas pessoais, emocionais e sobre o sistema de justiça penal.

Procedimento para o Grupo de Controle: em relação ao segundo grupo de controle, a identificação das vítimas foi inicialmente feito pela Polícia de Ottawa, que solicitou permissão às vítimas para que os pesquisadores pudessem contactá-los.

A obtenção de uma amostra de tamanho suficiente para os grupos de controle dos ofensores foi um desafio. Em muitos casos, infratores não estavam dispostos a participar. A amostra dos pertencentes ao primeiro grupo, consistente naqueles que foram atendidos minimamente pelo programa, era tão pequena que as análises estatísticas não se tornaram possíveis. Os pesquisadores foram autorizados, pelo período de seis meses, a identificar casos apropriados. Casos judiciais foram revisados todas as manhãs para identificar os apropriados e, a partir deles, buscar a identificação das vítimas.

Resultados

Desde o início do programa (setembro de 1998) até o final do período de avaliação (dezembro 2002), a equipe contactou 676 indivíduos (230 infratores e 446 vítimas), informando-os sobre o Programa de Justiça Colaborativa, oportunizando a participação. Para os fins desta pesquisa, a participação foi classificada em três níveis: Nível 1, nenhuma participação; Nível 2, participação mínima e/ou descontinuada; e Nível 3, Participação completa. Na participação

mínima (Nível 2), foi definida como uma rodada de comunicação (a vítima pôde solicitar informações à equipe da CJP e expor o sentimento em relação ao ofensor e, em seguida, a equipe repassou ao autor do crime, entrando em contato com a vítima para retransmitir as informações). Se as participações continuaram além de uma rodada, o caso foi classificado como nível 3 de participação. Este nível de participação pode assumir a forma de mediação de transporte (ou seja, a troca de informações), uma carta de desculpas, por escrito, à vítima por parte do agressor, ou um encontro cara a cara.

Dos 230 infratores contactados, quase a metade (44,8%) participou plenamente do programa. Das 446 vítimas contactadas, 38,8% participaram plenamente e 8,5% participaram em menor medida, recebendo informações ou suporte. Das 173 vítimas que participaram totalmente do programa, 52,0% dessas vítimas tiveram um encontro cara a cara com o agressor. Ao examinar as taxas de participação, é importante notar que, das 446 vítimas contactadas, 45,5% (203/446) se recusaram a participar, 25,6% (n = 114) recusaram diretamente e 20,0% (n = 89) recusaram indiretamente por não responder às tentativas de contato. As razões para o declínio da participação foram examinadas e estão apresentadas mais adiante, neste relatório. Informações adicionais sobre as taxas de participação do programa são apresentadas a seguir na Tabela 1:

Tabela 1. Taxas de Participação e Resultados da CJP (N = 676)

Grupo	Nível de Participação (%, n)		
	Nível 1 Sem participação	Nível 2 Participação mínima e/ou descontinuada	Nível 3 Participação total
Vítimas	52.7% (235)	8.5% (38)	38.8% (173)
	<u>No nível 1:</u> Sem resposta = 37.9 (89) Vítima recusou = 48.5 (114) Ofensor recusou = 5.5 (13) Caso não apropriado = 3.8 (9) Problemas com o julgamento = 1.7 (4) Ofensor morreu = 1.7 (4) Desconhecido = 0.9 (2)	<u>No nível 2:</u> Só informações = 71.1 (27) Informações e suporte = 28.9 (11)	<u>No nível 3:</u> Carta de desculpas = 31.2 (54) Encontro = 47.4 (82) Carta e encontro = 4.6 (8) Mediação = 16.8 (29)
Ofensores	49.1% (113)	6.1 % (14)	44.8% (103)

No nível 1:	No nível 2:	No nível 3:
Ofensor recusou = 8.0 (9) Ofensor não apropriado = 6.2 (7) Problemas com o julgamento = 8.0 (9) Todas as vítimas recusaram = 60.2 (68) Vítimas não contactadas = 15.9 (18) Ofensor morreu = 1.8 (2)	Ofensor não mais apropriado = 71.4 (10) Vítimas desistiram = 21.4 (3) Colocado em outro serviço = 7.1 (1)	Todas as atividades relacionadas e necessárias ao programa

Avaliação das características dos participantes

Embora tenha sido feita uma tentativa de incluir todas as vítimas e agressores atendidos pelo Programa (n= 676, conforme apresentado, na Tabela 1) na avaliação, a amostra final incluiu 65 infratores e 112 vítimas. Uma vez que a avaliação foi voluntária, os participantes ocasionalmente escolheram participar de apenas algumas das investigações ou optaram por não responder às perguntas, portanto, muitos casos têm dados em falta.

Os dados apresentados deste ponto em diante são baseados nesta amostra de 65 infratores e 112 vítimas para o grupo de participação no projeto.

O Grupo de Controle: dos 257 possíveis ofensores identificados para o grupo de controle, constituído de infratores que passaram pelo sistema tradicional, entrevistas foram obtidas com somente 54 ofensores. 37 destes ofensores foram selecionados pela Corte e dezessete pela revisão de arquivos institucionais. Embora os dados fossem originalmente coletados em 54 infratores para o grupo controle, apenas quarenta infratores poderão ser correspondidos em todas as variáveis. Das 172 vítimas do grupo de controle, 109 foram identificadas para o grupo de controle tradicional e 63 para o grupo de controle minimamente servido, sendo que 42 vítimas do grupo de controle tradicional concordaram em participar e, do grupo minimamente servido, 29 concordaram em participar da entrevista.

Tabela 2. Características dos participantes (%, n)

Características		Participantes do CJP		Participantes do grupo de controle	
		Ofensores	Vítimas	Ofensores	Vítimas
		n = 65	n = 79-112*	n = 40	n = 69-71*
Idade:	Menor 18	10.8 (7)	8.4 (9)	5.0 (2)	7.2 (5)
	18–29	58.4 (38)	10.3 (11)	65.0 (26)	29.0 (20)
	30–39	15.4 (10)	33.6 (36)	12.5 (5)	21.7 (15)
	40–49	10.8 (7)	32.7 (35)	15.0 (6)	26.1 (18)
	50 em diante	4.6 (3)	15.0 (16)	2.5 (1)	15.9 (11)
Status dos ofensores:	Adulto	76.9 (50)	–	95.0 (38)	–
	Jovem	23.1 (15)	–	5.0 (2)	–
Gênero:	Homem	89.2 (58)	51.8 (58)	90.0 (36)	70.4 (50)

	Mulher	10.8 (7)	48.2 (54)	10.0 (4)	29.6 (21)
Raça:	Branca	73.8 (48)	91.1 (102)	72.5 (29)	81.7 (58)
	Aborígene	3.1 (2)	0.0 (0)	5.0 (2)	0.0 (0)
	Negro	4.6 (3)	2.7 (3)	10.0 (4)	0.0 (0)
	Outro/Desconhecido	18.5 (12)	6.3 (7)	12.5 (5)	18.3 (13)
Educação:	Menos que a 12ª série	50.9 (29)	26.5 (9)	65.0 (26)	21.4 (15)
	Diploma ensino médio	38.6 (22)	20.6 (7)	25.0 (10)	28.6 (20)
	Universidade	10.5 (6)	52.9 (18)	10.0 (4)	50.0 (35)
	Desconhecido	– (8)	– (78)	– (0)	– (1)
Empregados/Estudantes:	Sim	75.4 (49)	87.3 (69)	65.0 (26)	90.1 (64)
	Não	24.6 (16)	12.7 (10)	35.0 (14)	9.9 (7)
Estado Civil:	Solteiro	67.7 (42)	34.3 (37)	70.0 (28)	48.6 (34)
	Casado	22.6 (14)	53.7 (58)	17.5 (7)	42.9 (30)
	Separado/Divorciado/Viúvo	9.7 (6)	12.0 (13)	12.5 (5)	8.5 (6)
	Desconhecido	– (3)	– (4)	– (0)	– (1)
Experiência anterior com a JR:	Sim	10.0 (4)	8.9 (4)	5.0 (2)	11.8 (8)
	Não	90.0 (36)	91.1 (41)	95.0 (38)	88.2 (60)
	Desconhecido	(25)	– (67)	– (0)	– (3)

Notas. *O número para vítimas do grupo de controle variou de 69 a 71, e no CJP de 79 a 112, dependendo da falta de dados. Para os participantes do programa a idade era desconhecida para cinco vítimas e situação de emprego era desconhecida para 33 vítimas. Para o grupo de controle, a idade era desconhecida para duas vítimas. O elevado número de "desconhecido" é o resultado de alguns destes dados que não foram coletados diretamente dos participantes, nos dois primeiros anos da avaliação.

As vítimas do grupo de controle foram um pouco mais jovens do que as vítimas que optaram por participar da CJP; no entanto as diferenças não foram estatisticamente significativas. Significativas diferenças entre os dois grupos foram encontradas na estatística de gênero, em que a participação das mulheres vítimas é maior no CJP.

Para as vítimas do grupo de controle com participação mínima foi importante o contato para identificar as razões que as levaram a recusarem a participação no CJP. Um total de dezenove vítimas respondeu a esta pergunta. Quase um terço das vítimas (31,6%, n = 6) sentiu que tinha cicatrizado os rastros deixados pelo incidente e não sentiram necessidade de revisitá-lo; 26,3% (n = 5) sentiram tanta raiva que não tinham vontade de comunicar-se com o infrator e 15,8% (n = 3) não viram vantagem em participar, e ainda 15,8% (n = 3) citaram o tempo e energia que seriam envolvidos e, por último, 10,5% (n = 2) indicaram que eles não estavam prontos para o encontro com o infrator, no momento em que foram contactados.

Os tipos penais que foram encaminhados para o CJP, grande parte estava relacionada a crimes contra a pessoa (70,8%), incluindo nesta verificação crimes sexuais, lesão corporal grave. Os demais variaram em: 20,0% em crimes contra o patrimônio e 9,2% em delitos de trânsito, com vítimas. Estes grupos foram subdivididos para identificar quais tipos penais especificamente foram analisados: crimes sexuais, roubo, condução perigosa ou dirigir alcoolizado, causando lesão corporal ou morte.

Tabela 3. Índice de ofensas, sentença (%, n)

Características		Ofensores no CJP	Grupo controle de ofensores pareados	
		n = 65	n = 40	
Tipo de delito:	Pessoa	70.8 (46)	47.5 (19)	
	Propriedade	20.0 (13)	27.5 (11)	
	Direção	9.2 (6)	25.0 (10)	
Delitos em subgrupos:	Roubo	26.2 (17)	17.5 (7)	
	Assalto, com arma	20.0 (13)	15.0 (6)	
	Crime sexual	3.1 (2)	0.0 (0)	
	Assalto	6.2 (4)	15.0 (6)	
	Direção perigosa	16.9 (11)	15.0 (6)	
	Direção imprudente (embriaguês)	4.6 (3)	10.0 (4)	
	Patrimônio	20.0 (13)	27.5 (11)	
	Outros	3.1 (2)	0.0 (0)	
Sentença:*	Custódia	16.9 (11)	60.0 (24)	5.1
	Sentença condicional	46.2 (30)	(2)	
	Sentença suspensa	12.3 (8)	5.1 (2)	
	Livramento condicional	83.1 (54)	74.1 (20)	
	Multa	35.4 (23)	32.5 (13)	
	Serviços comunitários	52.3 (34)	10.3 (4)	

Notas. *As categorias não são mutuamente exclusivas. Além disso, informações sobre a sentença estavam incompletas, embora percentagens válidas são apresentadas; informações perdidas variam de um caso (serviços comunitários) a treze (liberdade condicional).

O fator que faz do CJP ser um projeto único é a aplicação de uma abordagem restaurativa na fase pré-sentença em casos graves de criminalidade. A grande maioria deles operacionalmente indicada para acautelamento. A posição do Ministério Público relativa à condenação foi examinada. A posição da indicação inicial de prisão estava pronta somente para apenas doze dos 65 criminosos. Nestes doze casos, o Ministério Público estava propondo pena de prisão em 58,3% dos casos (n = 7). Como resultado do pequeno tamanho da amostra, a interpretação é limitada. É importante notar que mais da metade dos infratores que participaram do CJP eram réus primários (58,5%, n = 38). Outro ponto analisado foi a probalilidade de os ofensores reincidirem. No início do programa, os facilitadores foram convidados a avaliar se eles sentiram que o ofensor estava genuinamente arrependido (sim, um pouco, sem saber, não). Percepções dos facilitadores e a reparação do dano são reanalisadas mais adiante, neste relatório.

O exame das questões de pesquisa: Questões de pesquisa foram feitas para tratar quatro categorias amplas de pesquisa: (1) as características dos participantes, (2) atividades do programa, (3) os impactos do programa, e (4) sobre o valor acrescentado. Sobre as características, perguntas específicas dizem respeito às características do agressor e das

vítimas que escolheram participar da CJP, o impacto que o crime teve sobre eles, o risco, as necessidades e as expectativas dos participantes.

Características dos participantes: Foram utilizados três métodos para analisar as necessidades dos participantes. Em primeiro lugar, os participantes foram convidados a identificar as suas necessidades no questionário antes da pré-reunião e pós-programa numa entrevista. Em segundo lugar, os facilitadores foram perguntados quanto à perspectiva sobre as necessidades dos participantes e quais as estratégias foram utilizadas para atender a essas necessidades. Em terceiro lugar, para os infratores, foi mapeada a área em que vivem.

As necessidades das vítimas: quando as vítimas ingressaram no programa, foi abordado sobre o que elas pretendiam com o processo restaurador, indicando a seguinte constatação: obtenção de informação (43,2%), localização do ofensor e reabilitação (31,1%), dizer ao ofensor como o crime impactou a vida deles (23,0%), obter um pedido de desculpas e reparação dos danos (20,3%), ter participação ativa (16,2%) determinar se o ofensor estava arrependido, (12,2%), receber uma compensação financeira, (8,1%), receber apoio emocional (6,8%) e uma sensação de cicatrização (4,1%). As vítimas, muitas vezes, expressaram mais do que uma necessidade. A partir das entrevistas pós-programa, 91,1% sentiram que suas necessidades foram satisfeitas pelo processo de CJP, das seguintes formas: 24,6% afirmaram que experimentaram a cura ou fizeram o encerramento do caso, 22,8% mencionaram que eles foram capazes de contar a sua história, 15,8% afirmaram que o ofensor aceitou a responsabilização e reparou o dano, 14,0% destacaram o apoio que recebeu durante o processo, 8,8% expressaram a importância de estar envolvidos na decisão do resultado para o ofensor e 5,3% mencionaram o pedido de desculpas que eles receberam por parte do infrator. Doze vítimas afirmaram que suas necessidades não foram atendidas. Quando questionadas sobre o que mais poderia ter sido feito para atender às suas necessidades, 33,3% (n = 4) sentiram que suas necessidades poderiam ter sido mais bem atendidas se facilitadores tivessem treinamento adicional e 16,7% (n = 2) sentiram que deveria haver um psicólogo presente durante todo o processo, especialmente durante a reunião vítima–infractor. Além disso, 25,0% das vítimas (n = 3) indicaram que, apesar de achar que suas necessidades foram atendidas, não tiveram um apoio adicional disponível para eles e 25,0% (n = 3) sentiram os atrasos no agendamento o dificultou o processo. Comentários de arquivos, incluindo avaliações dos facilitadores e outras documentações do caso, foram possíveis para apenas 88 das 112 vítimas. Entre os casos atendidos, foi recomendado o tratamento às vítimas em 21,6% dos casos. Nos dezenove casos em que foi recomendado tratamento, foi solicitado pelas próprias vítimas que identificaram uma necessidade de tratamento (52,6%, n = 10), sendo que o encaminhamento ao tratamento psicológico foi o mais comum. Avaliações indicaram que 11,6% das vítimas, na verdade, participaram de um programa de tratamento.

Necessidades dos ofensores. Os infratores também foram indagados sobre as necessidades que sentiam quando ingressaram no projeto. Entre elas foi constatado: pedir desculpas (24,4%), fornecer uma explicação (24,4%), reduzir a sua pena (24,4%), tentativa de reparar o dano causado (19,5%), reabilitar (19,5%), ficar cientes do impacto que o crime teve sobre a vítima (9,8%) e resolver fatos conflitantes com a vítima (7,3%). Dos 34 infratores que identificaram uma variedade de necessidades, 88,2% sentiram que suas necessidades foram preenchidas pelo processo de CJP. Ofensores indicaram que as suas necessidades foram satisfeitas: a) pelo o apoio que receberam (41,4%), b) por ter dada a oportunidade de pedir desculpas (20,7%) e c) pela oportunidade de explicar e responder as perguntas das vítimas (13,8%). Seis infratores sentiram que suas necessidades não foram atendidas e, quando questionados sobre o que mais poderia ter sido feito para atender às suas necessidades, 50,0% (n = 3) dos infratores citaram uma sentença mais branda e, nos casos em que o infrator e

vítima não se encontram, um ofensor relatou que suas necessidades não foram totalmente atendidas por não ter havido o encontro com a vítima.

Os dados foram colhidos de 65 ofensores. A coleta identificou algum tratamento; foi recomendado aos infratores em 69,2% dos casos. Nos 45 casos, (57,8%, n = 26), foram recomendados pela equipe do CJP, seguido por pedido dos próprios ofensores (26,7% dos casos, n = 12) ou a partir de outra pessoa (24,4%, n = 11). O tipo de tratamento recomendado é apresentado na Tabela 4.

Tabela 4. Áreas que precisam de tratamento no ofensor (n = 65)

Tratamento	% de ofensores a que foram recomendados o tratamento	% dos ofensores que realizaram o recomendado
Álcool	26.2 (17)	58.8 (10)
Drogas	20.0 (13)	53.8 (7)
Álcool e drogas	12.3 (8)	62.5 (5)
Educação	12.3 (8)	50.0 (4)
Profissionalização	4.6 (3)	33.3 (1)
Financeiro	4.6 (3)	33.3 (1)
Habilidades sociais	3.1 (2)	50.0 (1)
Acompanhamento psicológico	43.1 (28)	78.6 (22)
Total	69.2 (45)	75.6 (34)

Nota. Categorias não são mutuamente exclusivas.

Os facilitadores identificaram as necessidades dos participantes. As análises revelaram interessantes resultados. Foram identificadas mais necessidades para as vítimas do CJP do que para os ofensores. Em particular, mais vítimas indicaram maior necessidade do encontro com o ofensor, para externar o impacto do crime sobre elas e mais vítimas do que ofensores foram identificadas como tendo a necessidade de serem envolvidas em projetos da corte.

Tabela 5. Clientes: Necessidades identificadas pelos facilitadores do CJP e pelos participantes (%, n)

Necessidade	Ofensores		Vítimas	
	Facilitador Identificou	Ofensor Identificou	Facilitador Identificou	Vítima Identificou
	n = 37	n = 41	n = 35	n = 74
Desculpa	51.4 (19)	24.4 (10)	48.6 (17)	20.3 (15)
Contar sua história, explicar	16.2 (6)	24.4 (10)	62.9 (22)	23.0 (17)
Ouvir o outro lado/Obter informação	40.5 (15)	17.1 (7)	60.0 (21)	43.2 (32)
Reparar os danos	37.8 (14)	19.5 (8)	37.1 (13)	–

Reabilitação do ofensor	43.2 (16)	19.5 (8)	11.4 (4)	31.1 (23)
Envolvimento ativo no processo da corte	24.3 (9)	0.0 (0)	82.9 (29)	16.2 (12)
Influenciar na sentença	8.1 (3)	24.4 (10)	20.0 (7)	0.0 (0)

Notas. *Para as respostas dos participantes, muitas vezes, "desculpas" e reparar os danos foram combinadas.
** Para os infratores "ouvir o outro lado" significava ouvir o impacto que seu comportamento teve sobre a(s) vítima(s) ou obtenção de informações, a fim de resolver relatos conflitantes.

Perspectivas sobre reabilitação foram exploradas. Para os ofensores significava receber tratamento ou ajuda (reabilitação) e, para a vítima, ter a necessidade de garantir que o ofensor recebeu tratamento, de modo a prevenir que outras pessoas se tornassem vítimas do ofensor. Nas perspectivas dos facilitadores, os ofensores relataram esta necessidade (por 43,2% dos infratores) significativamente mais frequente do que as vítimas (11,4%). Em seguida, as respostas das vítimas e ofensores foram examinadas. Quando do preenchimento dos questionários, 19,5% dos infratores identificaram a necessidade de reabilitação e 31,1% das vítimas sentiram a necessidade de reabilitação do ofensor. Isto demonstra que a percepção dos facilitadores foi de um número menor de vítimas que tinham, entre as necessidades, a reparação do ofensor. Na amostragem dos questionários, esta necessidade foi maior do que a percepção dos facilitadores, enquanto que o oposto aconteceu com os ofensores. As visualizações dos facilitadores eram um pouco diferentes das constatadas pelos investigadores (ver Tabela 5). Essa diferença pode ser atribuída a um número de fatores. Em primeiro lugar, as avaliações e classificações dos facilitadores participantes foram obtidas em diferentes momentos durante o processo. Normalmente, a avaliação foi concluída depois de tanto ofensor quanto vítima estarem ingressados no programa (embora neste momento facilitadores possam ter tido várias conversas para identificar a perspectiva de cada participante, indagando o que eles esperavam para que um resultado restaurador acontecesse). Os participantes foram convidados a identificar as suas necessidades, tanto no questionário pré-reunião e na entrevista pós-programa (ou seja, quais eram as necessidades). Não houve diferenças significativas nas necessidades relatadas na fase de pré-reunião e na fase pós-programa. Em segundo lugar, é possível que as necessidades identificadas pelo facilitador fossem de fato diferentes. Aquelas identificadas pelos participantes podem não ter sentido se confrontadas no início do programa para divulgar plenamente as suas necessidades ou as razões para a participação.

As motivações que foram indicadas pelas vítimas e pelos infratores para participarem tiveram diferentes motivos e expectativas. Quando perguntadas, 33,3% das vítimas queriam aprender sobre as circunstâncias que rodearam o crime e receber respostas a perguntas, 26,7% das vítimas queriam conhecer os infratores numa tentativa de compreendê-los e suas ações ou as razões para cometer o crime, e 20,0% queriam explicar aos infratores o impacto do crime sobre eles. 16,7% das vítimas queriam obter um pedido de desculpas e sentir o arrependimento por parte do ofensor, e 16,7% gostariam de participar, a fim de tentar prevenir a reincidência (evitar que outras pessoas sejam vitimadas) e garantir que o infrator recebeu tratamento. Os ofensores pretendiam o seguinte: pedir desculpas à vítima (36,4%), assegurar a restituição / tentativa de reparar os danos causados / chegar a um acordo (27,3%), uma sensação de encerramento (27,3%), proporcionar uma explicação para a vítima (22,7%), ouvir a experiência da vítima (13,6%), conhecer a vítima / tornar-se conhecidos (13,6%). Razões para participar também foram examinados, utilizando as avaliações que foram completadas por facilitadores. Em muitos casos, mais de uma razão foram registradas, para que houvesse sobreposição entre as motivações apresentadas. Para 81,6% dos autores dos crimes, os

facilitadores sentiram que o agressor foi motivado à responsabilização pessoal e tiveram a oportunidade de comunicação e de reparar o mal que havia causado. Para 22 dos quarenta ofensores (55,0%), uma das motivações gravadas pelos facilitadores foi que o infrator estava participando para obter uma sentença mais branda. Em sete casos (17,5%), esta foi a única motivação gravada. De acordo com os facilitadores 97,1% das vítimas foram motivadas por quererem comunicar-se etc.

Níveis de medo das vítimas: As vítimas foram questionadas sobre seus sentimentos de (in)segurança e níveis de medo. Das 37 vítimas que responderam, 70,3% afirmaram que o crime havia afetado os seus sentimentos de segurança pessoal. Quando convidadas a avaliar o seu nível atual de medo numa escala de um a dez (1 = não medo nenhum e 10 = muito medo), a maioria colocou o seu nível de medo em cinco.

Responsabilidade dos ofensores: Em cada fase de avaliação, os facilitadores foram solicitados a avaliar o grau de responsabilidade (1 = não assumiu a responsabilidade, 2 = pouco responsável, 3 = completamente responsável). Exames pré-programa foram concluídas em quarenta infratores, e facilitadores identificaram em 52,5% de ofensores como completamente responsáveis (n = 21). A fim de compreender melhor o conceito de se responsabilizar pelo ato e pelos danos causados, nas justificações dos facilitadores, dois temas principais tornaram-se evidentes. 41,3% das justificações observaram que o agressor assumiu a responsabilidade por seu comportamento e não minimizou ou negou as suas ações. 30% das explicações indicavam que o agressor estava experimentando emoções como culpa, remorso, tristeza ou empatia com a vítima. Nos casos em que os ofensores foram considerados como "um pouco responsável pelo facilitador", a avaliação mais baixa foi relacionada a aspectos da negação, minimização, ou justificativa para o crime (68,8%).

Arrependimento do ofensor. Facilitadores avaliaram o nível de arrependimento (genuinamente arrependido, um pouco arrependido, não arrependido). Conforme indicado anteriormente, não há ofensores classificados como não arrependidos. Na fase de pré-programa, 85,7% dos agressores foram classificados como verdadeiramente arrependidos, assumindo a responsabilização pelo ato, e 14,3% foram classificados como pouco arrependidos. Para as justificativas destes últimos, 29,7% foram baseados na vontade de fazer o que a vítima solicitara. Em 16,2% dos casos, a evidência baseava-se no fato de mudança de comportamento, de atitude ou de vida. Essas mesmas emoções eram justificativas para a reparação dos danos, demonstrado em 30,4% dos casos. O indicador mais frequente de arrependimento por parte dos facilitadores foi o ofensor ter demonstrando sentimentos de culpa e vergonha (35,1%). Esta avaliação das justificações indica que os conceitos de responsabilidade e arrependimento estão interligados. É importante notar que, apesar da descrição dos facilitadores como genuinamente arrependidos, em muitos casos foram adicionadas ressalvas. Em 24,3% dos casos em que foi dada uma classificação de genuinamente arrependido, houve uma qualificação (mais comumente, a palavra "mas") fornecida na justificação / explicação.

Muitos desses casos estavam ligados às sugestões de que o infrator estava empregando várias estratégias de neutralização, minimização ou desculpas para o seu comportamento. Por exemplo, o infrator está genuinamente arrependido, mas não está plenamente consciente do alcance do impacto do crime, sentia-se mal..., nunca teve a intenção de ferir ninguém..., está genuinamente arrependido, mas sente o impacto que a vítima sofreu.

Atividades do programa: Perguntas sobre atividade do programa, seu funcionamento e papel do facilitador foram catalogadas. Quase metade (44,3%) dos casos foi encaminhada para o CJP na fase pré-processual ou Pré-Trials (JPT). O restante dos casos foi encaminhado para o CJP pelo advogado de defesa (27,9%), pelo promotor (18,0%), pelo juiz (6,6%), pela vítima (1,6%), ou por outra pessoa (1,6%). Os estudos demonstraram que o número de contatos face a face entre os facilitadores e ofensores variou de um a 25, com uma média de 7 (SD = 4,1). Contatos face a face entre facilitadores e vítimas variou de zero a oito anos, com uma média de 3 (SD = 1,8). Nos casos em que a vítima e o agressor não aderiram, mas a informação foi fornecida às vítimas, atualizações sobre a vítima (por telefone) variaram em número de 1 a 17, com uma média de 4 (SD = 3,6). O contato com a CJP continuou na fase de pós-sentença em 52,9% dos casos. Reuniões presenciais com o facilitador ocorreram com 26,5% com os participantes, e contato telefônico em 39,7% dos casos (em muitos casos, esta foi a maneira utilizada para monitorar as condições do contrato). O cumprimento médio da participação no programa, a partir da data de aceitação até a data do último contato, foi de 224 dias (7,5 meses, SD = 207,6).

Pré-encontro. Antes de um encontro entre vítima–ofensor, cada entrevistado foi convidado a relatar seus sentimentos em relação ao encontro com o outro. Das 55 vítimas que participaram de um de encontro, 28 responderam ao questionário na fase da pré-reunião. Destes, 78,6% relataram que estavam ansiosos para conhecer o agressor. 14,3% das vítimas sentiram-se receosos, mas, não preocupados. Dos vinte infratores que responderam ao questionário, 95,0% informaram que eles estavam ansiosos para encontrar-se com a vítima. 5% indicaram que eles estavam muito preocupados. Apesar de ansiosos para a reunião, 52,4% dos agressores e 33,3% das vítimas relataram ter reservas sobre encontro com o outro, face a face.

Encontros entre vítima-infrator. Nem todos os casos eram apropriados para um encontro vítima–infrator. Os facilitadores da CJP decidiram que um encontro entre vítima-infrator, ou círculo, seria benéfico em 72,3% (n = 47) de todos os casos, e o encontro, na verdade, ocorreu em 58,5% (n = 38) dos casos. Os encontros variaram de menos de uma hora para quase seis horas, na fase antes da sentença. O restante dos encontros aconteceu na fase da pós-sentença. Em algumas situações, as vítimas preferiram esperar até depois da condenação, ou até depois da sentença porque não queriam influenciar a sentença. Os encontros ou círculos variavam de tamanho, acontecendo com três pessoas (a vítima, o agressor e a assistente social da CJP) e até com catorze pessoas. Os participantes foram incentivados a trazer uma pessoa de apoio para os encontros, que incluíram cônjuges (infratores: 6,8%, vítimas: 10,8%), amigos (infratores: 3,4%, vítimas: 5,4%), parentes / outros 22 familiares (os infratores: 37,9%, vítimas: 8,2%), e os prestadores de tratamento (infratores: 3,4%). Apesar de serem incentivados a trazer apoio externo, 37,9% dos agressores e 16,2% das vítimas preferiram ter as pessoas que trabalhavam no caso como apoio. 6,9% dos infratores e 14,9% das vítimas indicaram que não havia ninguém para trazer como apoio, a não ser o seu assistente social da CJP como suporte.

A maioria dos agressores (71,4%) e vítimas (58,7%) relatou que a atmosfera dos encontros foi amigável e 96,6% dos agressores e 91,4% das vítimas responderam que eles foram tratados de forma justa durante o decurso das reuniões. Nos casos em que foram desenvolvidos planos de ação ou acordo de reparação (53,8%), todos os infratores e 91,4% das vítimas sentiram que o acordo era justo. O pedido de desculpas foi dado em 86,8% dos casos, embora seja possível que um pedido de desculpas nem sempre tenha sido gravado (apesar de o coordenador do Projeto ter relatado que um pedido de desculpas foi fornecido em todos os casos). Durante a entrevista, no pós-programa, 93,3% das vítimas indicaram que eles compreenderam como positivo conhecer o(s) agressor(es) e 86,2% dos agressores fizeram a mesma indicação.

Acordos de reparação. Embora os planos de reparação (também conhecidos como planos de ação) foram tipicamente desenvolvidos nos encontros vítima–ofensor, os planos ainda podem ser desenvolvidos por meio da mediação pelos facilitadores. Em 53,8% dos casos, um plano de reparação foi desenvolvido e acordado entre todos os participantes. Nos planos de reparação (n = 35), foram incluídas atividades como prestar serviços comunitários (50,0%), a restituição (39,2%), frequência e continuação do tratamento (38,8%), comparecimento à escola (22,0%) e manutenção do emprego (14,0%). Embora o Ministério Público (órgão acusador) não estivesse presente durante o desenvolvimento do plano de reparação, apoiou o plano de reparação em 85,4% desses casos.

No momento da sentença, o tribunal geralmente aprovou o acordo de reparação em 78,9% dos casos em que um plano foi construído. Contudo, algumas modificações foram feitas em 68,4% dos casos. Estas modificações incluíram o tipo da sentença (50,0%), condições de condenação (46,4%), as proibições (25,0%), prestação de serviço comunitário (17,9%), a restituição (3,6%) e planos de tratamento (28,6%). Nas informações sobre o cumprimento dos acordos, as análises conduziram a constatar que os ofensores que participaram de um encontro com a vítima (57,1%, n = 12) foram ligeiramente mais propensos a cumprir o acordo do que os infratores que não compareceram.

Reflexões dos participantes. Os participantes foram convidados a responder uma série de perguntas relacionadas ao programa. A maioria (80,5%) dos infratores e 93,3% das vítimas sentiu que tinham sido dadas informações suficientes sobre a CJP, antes de concordar em participar. Quando perguntado se a participação nos CJP foi mais fácil ou mais difícil do que o esperado, 41,3% das vítimas e 51,2% dos infratores identificaram como mais fácil, 26,7% das vítimas e 24,4% dos agressores indicaram que era o que eles esperavam, e 24,0% das vítimas e 19,5% dos agressores acharam mais difícil. 8,0% das vítimas e 4,9% dos infratores disseram que não sabiam o que esperar. A frequência dos encontros com a equipe do projeto criou problemas para 13,3% das vítimas e 7,3% dos ofensores.

Posteriormente foram questionados se sentiram que suas opiniões foram consideradas adequadamente. Para participantes que completaram a entrevista pós-programa, mais de oitenta por cento das vítimas (88,0%) e infratores (82,9%) sentiram que suas opiniões foram consideradas adequadamente.

Pontos fortes e dificuldades. As respostas dos infratores e vítimas foram semelhantes e, portanto, foram apresentadas em conjunto. Os participantes relataram que a maior força do programa foi envolver a todos (vítimas: 47,3%, e ofensores 43,9%); no entanto, de forma interessante, nos outros encontros (vítima / ofensor) foi identificado como o aspecto mais difícil para o processo (vítimas: 41,3%, os infratores: 40,0%).

Na entrevista feita com os facilitadores, foram feitos questionários acerca das dificuldades encontradas com os casos. As dificuldades mais citadas foram: a falta de participação / cooperação para trazer juntos todos os indivíduos envolvidos no caso (42,2%); problemas pessoais dos participantes, tais como mentais, saúde e abuso de substâncias (31,1%), e as dificuldades por causa dos atrasos de processo judicial e do tempo desde a incidente (17,8%). Em 13,3% dos casos, não houve dificuldades reveladas.

Tabela 6. Pontos fortes e fracos do projeto segundo os participantes (%, n)

Aspecto	Ofensores CJP	Vítimas CJP
Pontos fortes (%)	n = 41	n = 74
Encontro entre vítima e ofensor	43.9 (18)	47.3 (35)
Envolvimento ativo no processo	34.1 (14)	28.4 (21)
Sentimento de aproximação	26.8 (11)	23.0 (17)
Oportunidade de reabilitação	7.3 (3)	2.7 (2)
Facilitadores CJP	14.6 (6)	23.0 (17)
Conceito do programa	0.0 (0)	10.8 (8)
Pontos fracos (%)	n = 40	n = 75
Encontrar com o outro lado	40.0 (16)	41.3 (31)
Não saber o que esperar	10.0 (4)	6.7 (5)
Estresse emocional (para vítimas)	–	30.7 (23)
Desculpar-se com a vítima (para ofensores)	20.0 (8)	–
Ser responsabilizado (para ofensores)	20.0 (8)	–
Sentimento de injustiça (para vítimas)	–	17.3 (13)
Questões de agendamento/duração	2.5 (1)	10.7 (8)
Não citaram nenhuma	20.0 (8)	21.3 (16)

Nota. Alguns identificaram mais de um aspecto. Resposta única (n = 1) não foi incluída na tabela.

Apoiar as pessoas: quando os participantes foram questionados na entrevista pós-programa, sobre uma pessoa que pudesse identificar, uma pessoa-chave ou organização que lhes desse apoio durante todo o processo, 81,3% de vítimas (n = 61) e 90,2% dos infratores (n = 37) responderam positivamente. Entre aqueles identificados como apoio, 65,8% dos infratores (n = 25) e 81,2% das vítimas (n = 52) identificaram os profissionais do CJP. As outras pessoas de apoio mais citadas foram os membros da família (50,0% ofensores e 31,3% das vítimas). Os participantes puderam identificar mais de uma pessoa como apoio. O tipo de apoio predominante foi o apoio pessoal / emocional / moral (vítimas: 45,3%; ofensores: 57,9%), seguido de suporte informacional (vítimas: 34,4%; ofensores: 47,4%).

O impacto do programa: impactos e resultados da CJP foram medidos pela reação dos participantes e outros intervenientes fundamentais de justiça criminal para programar atividades. Em termos de impacto do programa, mudanças de atitudes em relação ao sistema de justiça criminal serão analisadas em primeiro lugar, seguidas de atitudes em relação ao processo de CJP.

Os seguintes objetivos foram apresentados aos participantes: (a) proporcionar um pedido de desculpas à vítima, (b) punir o infrator, (c) a obtenção de ajuda para o ofensor (reabilitação), e (d) restituir à vítima (restituição). As respostas foram classificadas a partir de 1 = muito importantes para 4 = não importante. Primeiro, as mudanças (pré-programa para o pós-programa) para as vítimas são apresentados, seguido por mudanças para o infrator CJP. A comparação entre os participantes do grupo de CJP e participantes do grupo de comparação é apresentada à frente. Em primeiro lugar foram identificados resultados das metas (ver Tabela 7). Vítimas classificaram a punição como a meta mais importante do sistema de justiça

criminal, tanto no início do programa quanto no final. Para examinar as mudanças no pré e pós-programa, participaram 24 vítimas que completaram os resultados.

Examinando apenas as avaliações do pré-programa, os resultados também indicaram que a punição foi classificada como significativamente mais importante do que os outros três objetivos (ver Tabela 7). Curiosamente a reabilitação do infrator foi classificada pelas vítimas como significativamente mais importante do que fornecer um pedido de desculpas.

Tabela 7. Objetivos do programa de justiça tradicional: *Rankings* e desvios padrão

Vítimas		Ofensores	
Pré-Programa	Pós-Programa	Pré-Programa	Pós-Programa
1. Punição (*M* = 1.79, *SD* = 0.78)	1. Punição (*M* = 1.38, *SD* = 0.82)	1. Reabilitação (*M* = 1.92, *SD* = 1.08)	*1.* Punição (*M* = 1.80, *SD* = 1.12)
2. Reabilitação (*M* = 1.88, *SD* = 0.95)	2. Reabilitação (*M* = 2.42, *SD* = 1.02)	2. Punição (*M* = 2.00, *SD* = 0.91)	2. Reabilitação (*M* = 2.52, *SD* = 1.08)
3. Desculpa (*M* = 2.75, *SD* = 1.03)	*3.* Desculpa (*M* = 3.08, *SD* = 0.88)	*3.* Desculpa (*M* = 2.00, *SD* = 1.12)	3. Desculpa (*M* = 2.88, *SD* = 1.13)
4. Restituição (*M* = 2.79, *SD* = 1.06)	4. Restituição (*M* = 3.13, *SD* = 0.80)	4. Restituição (*M* = 2.04, *SD*=0.84)	4. Restituição (*M* = 2.96, *SD* = 0.84)

Nota. Os desvios padrão estão contidos nas figuras 2 e 3. Avaliações são de: *1 =Muito Importante até 4 =Não importante.* As análises medidas repetidas foram realizadas nas 24 vítimas e 25 infratores que completaram tanto o pré-programa como no pós-programa pela ordem de importância.

Figura 2. Mudanças na visão da vítima sobre os objetivos do programa de justiça tradicional

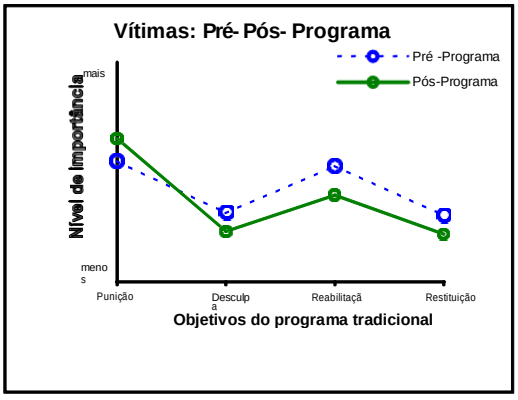
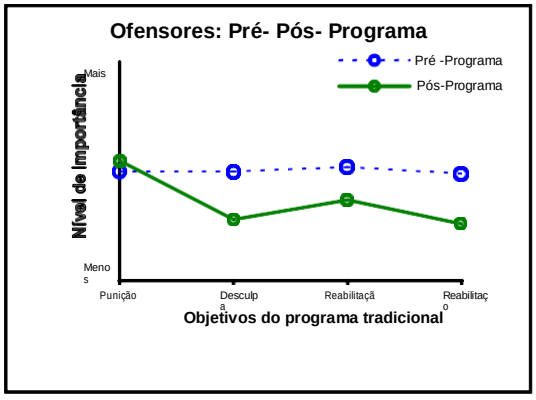


Figura 3. Mudanças na visão dos ofensores sobre os objetivos do programa de justiça tradicional



Os infratores também foram questionados antes e após a participação no CJP para avaliar a importância das metas do sistema de justiça criminal. A análise baseou-se nos 25 infratores que completaram as medidas tanto no pré-programa e pós-programa. Análises adicionais foram realizadas para assegurar que a amostra dos 25 que completaram o pré e o pós-programa foi a maior amostra de 45 infratores. No entanto, é importante reconhecer que o tamanho da amostra é ainda relativamente pequeno e o padrão dos desvios é grande (desvio padrão médio foi de uma em uma escala de quatro pontos).

Como mostra a Tabela 7, na fase pré-programa, os infratores deram classificação mais alta para a reabilitação. A restituição recebeu a classificação mais baixa de importância (M = 2,04; DP = 0,84).

No entanto, não foram encontradas diferenças estatisticamente significativas nas avaliações por parte dos infratores nas quatro metas do CJS. Os principais efeitos simples de tempo dentro de cada nível dos objetivos do CJS revelou significativa diferença em relação aos resultados de um pedido de desculpas à vítima (F (1, 24) = 7,66, p = 0,01), este objetivo foi considerado mais importante antes do programa que após o programa. Da mesma forma, a restituição à vítima (F (1, 24) = 28,47, p <0,01) foi avaliada por ofensores como mais importante antes do programa do que após o programa.

Em suma, os infratores classificaram os quatro objetivos como relativamente importante (média de pontuação variando 1,92–2,04) no início da CJP. Após a conclusão da CJP, o oferecimento de um pedido de desculpas, e a restituição, caiu em nível de importância.

Tabela 8. Participantes do CJP: Níveis de importância dos objetivos do CJP Pré- e Pós-Programa

Respostas	Vítimas:	Pré-Encontro	72.4 (21)	20.7 (6)	6.9 (2)
		Pós-Programa	81.3 (61)	8.0 (6)	10.7 (8)
	Ofensores:	Pré-Encontro	90.9 (20)	9.1 (2)	0.0 (0)
		Pós-Programa	87.8 (36)	7.3 (3)	4.9 (2)
Impacto	Vítimas:	Pré-Encontro	72.4 (21)	24.1 (7)	3.4 (1)
		Pós-Programa	82.7 (62)	4.0 (3)	13.3 (10)
	Ofensores:	Pré-Encontro	90.9 (20)	9.1 (2)	0.0 (0)
		Pós-Programa	87.8 (36)	2.4 (1)	9.8 (4)
Desculpa	Vítimas:	Pré-Encontro	51.7 (15)	27.6 (8)	20.7 (6)
		Pós-Programa	64.0 (48)	12.0 (9)	24.0 (18)
	Ofensores:	Pré-Encontro	86.4 (19)	13.6 (3)	0.0 (0)
		Pós-Programa	95.1 (39)	2.4 (1)	2.4 (1)
Circunstâncias	Vítimas:	Pré-Encontro	93.1 (27)	3.4 (1)	3.4 (1)
		Pós-Programa	70.7 (53)	12.0 (9)	17.3 (13)
	Ofensores:	Pré-Encontro	90.9 (20)	9.1 (2)	0.0 (0)
		Pós-Programa	87.8 (36)	7.3 (3)	4.9 (2)

Notas. Vítimas do Pré-Encontro: n = 29; Vítimas do Pós-Programa: n = 75; Ofensores do Pré-Encontro: n = 22; Ofensores do Pós-Programa: n = 41.

Mudanças na vida da vítima: As vítimas foram questionadas sobre os níveis de medo atuais, tanto no pré quanto no pós-programa. Curiosamente, das 69 vítimas que responderam às perguntas, na entrevista pós-programa, apenas 26,7% das vítimas declararam que tinham mais medo do crime do que o resultado deste crime. Após a conclusão da CJP, apenas 4,0% das vítimas sentiram que o ofensor iria cometer outro crime contra elas. No entanto, 21,3% das vítimas temiam que era provável que o infrator iria cometer outro crime contra alguém. Quando perguntado sobre o atual nível de medo, numa escala de um a dez (1 = não tem medo de todo a 10 = extremamente medo), a resposta mais frequente foi cinco, com uma média de 4,70 (SD = 2,4).

Um total de 25 vítimas completou a pergunta da avaliação do nível de medo, tanto no questionário pré-encontro quanto na entrevista pós-programa. A análise mostrou que as vítimas tiveram resultados um pouco mais baixos, após a participação no CJP do que antes (redução de 0,24), embora essa diferença não foi estatisticamente significativa ($F(1, 24) = 2,23$, $p = 0,64$).

As vítimas que participaram do programa do CJP e vítimas do grupo de controle foram questionadas sobre o que havia ocorrido de mudanças com o incidente. Estes resultados são apresentados na Tabela 9. Quase 80% das vítimas de CJP não tinham sofrido alterações para os comportamentos listados na tabela (por exemplo, evitar andar sozinho à noite). No entanto, quando perguntado se elas tinham feito quaisquer outras mudanças em suas vidas por causa do incidente, 93,3% afirmaram sim. Quando solicitadas a elaborar, 41,7% afirmaram que eram geralmente mais cautelosas e não confiavam em outras pessoas (mesmo se eles estavam familiarizados com eles). 16,7% afirmaram que agora fecharam as portas e 14,6% indicaram que as mudanças ocorreram em sua casa ou vida familiar como resultado do incidente. Significativamente mais vítimas do grupo de controle relataram estar mais desconfiadas de estranhos quando comparados com as vítimas CJP.

Tabela 9. Mudanças de vida das vítimas pós-incidente (% responderam sim, n)

Mudanças	Vítimas CJP	Vítimas controle
	(n = 69–75)	(n = 68–71)
Tem medo de o ofensor cometer outro crime contra você?	4.0 (3)	18.3 (13)
Tem maior medo de crimes?	26.7 (20)	47.1 (32)
Como resultado do incidente, ….		
Você evita andar sozinho à noite?	14.5 (10)	22.1 (15)
Você prefere ficar em casa?	15.9 (11)	17.1 (12)
Você instalou alarmes na sua casa ou carro?	17.4 (12)	14.3 (10)
Você liga todas as luzes quando chega em casa?	17.4 (12)	22.5 (16)
Você desconfia mais de estranhos?	33.3 (23)	74.6 (53)
Você fica inquieto dentro de veículos?	21.7 (15)	15.7 (11)
Você leva alguma precaução extra quando sai?	33.3 (23)	48.6 (34)

Mudanças no ofensor. O arrependimento foi classificado pelos facilitadores em três diferentes tempos. O número de ofensores considerados genuinamente arrependidos aumentou ao longo do tempo (no pré-programa: 85,7%; meados de programa: 94,7%; pós-programa: 100%).

Responsabilização pelo ato e reparação do dano: os resultados mostraram pelos facilitadores que o nível de responsabilidade aumentou ao longo do pré-programa. Curiosamente, o relatório apresentado pelos facilitadores não tiveram correspondência exata com as entrevistas das vítimas e ofensores. Por exemplo, na estatística de que 65,5% dos agressores e 69,1% das vítimas identificaram um pedido de desculpas como a atividade de reparação mais comum. Curiosamente, as vítimas foram convidadas especificamente (em outra pergunta) a responder se um pedido de desculpas foi dado e 84,9% disseram sim. A segunda resposta mais frequente foi a reparação material (identificado por 41,8% dos agressores e 38,3% das vítimas), seguido pela vontade do infrator à reparação do dano por meio de quaisquer meios foram identificados pela vítima (infratores 18,2%, vítimas de 30,9%) e de prestação de serviços comunitários (29,1% infratores, vítimas de 25,9%).

Quanto aos infratores, foram feitas na entrevista pós-programa perguntas sobre a responsabilização, se sentiram que tinham sido adequadamente responsabilizados pelo seu comportamento, 97,6% responderam sim e o mesmo número de infratores sentiu que os seus esforços para fazer reparação eram suficientes. Respostas das vítimas foram um pouco menor, com 85,3% das vítimas com a sensação de que foi realizada adequadamente responsabilização e 86,3% conclusão de que os esforços reparadores foram suficientes. Curiosamente, quando questionado se havia mais alguma coisa que o ofensor poderia ter feito numa tentativa de reparar os danos causados, 24,4% das vítimas sentiram que o ofensor poderia ter mostrado mais emoção durante a reunião.

Questões específicas foram elaboradas aos ofensores. No momento da entrevista pós-programa, apenas 7,5% dos infratores indicaram que teriam preferido ir por meio do sistema judicial tradicional, em vez da CJP. 95% dos infratores sentiram que o CJP foi um programa justo, 75,0% consideravam que o programa ajudou a identificar e lidar com seus próprios problemas, e 90,0% sentiram que o programa ajudou a compreender como suas ações impactam a(s) vítima(s). 80% dos criminosos sentiram que a CJP lhes ensinou lições valiosas que iria ajudá-los, abstendo-se de uma atividade criminosa e 82,5% sentiram que alguém pode entender seus problemas.

Além disso, 62,5% dos agressores sentiam que a vítima agora compreendia suas razões para cometer o crime e 87,5% achavam que melhor compreendeu as questões das vítimas e seus sentimentos.

Resultados do Programa: Pesquisas anteriores sugerem que os participantes dos programas de Justiça Restaurativa têm um resultado mais satisfatório do que aqueles tratados de modo tradicional pelo sistema de justiça. Na entrevista do pós-programa, as vítimas e os agressores foram especificamente questionados sobre sua satisfação com a CJP. As áreas em que as vítimas destacaram como mais satisfatórias foram quase idênticas, embora classificadas de forma diferente, com os aspectos que os infratores encontraram. O aspecto mais gratificante relatado por todos os participantes reflete a verdadeira base da justiça restaurativa – trazer todos os afetados pelo crime juntos, trabalhando coletivamente no sentido de uma resolução. Aspectos insatisfatórios são mais diversificados (por exemplo, a falta de todas as partes participarem no processo, o estresse emocional etc.). Além disso, houve um grande grau de

sobreposição entre as questões de satisfação e perguntas sobre os pontos fortes e dificuldades do programa.

Tabela 10. Pontos mais satisfatórios e insatisfatórios do CJP pelos participantes (%, n)

Aspecto	Ofensores CJP	Vítimas CJP
	n = 41	n = 73
Mais Satisfatório		
"Se encontrar"	41.5 (17)	47.9 (35)
Sentimentos de aproximação	36.6 (15)	27.4 (20)
Os facilitadores do CJP	17.1 (7)	9.6 (7)
Uma sentença mais branda	12.2 (5)	23.3 (17)
Envolvimento ativo no processo	7.3 (3)	32.9 (24)
Reabilitação do ofensor	2.4 (1)	6.8 (5)
Mais Insatisfatório		
Não saber o que esperar	12.2 (5)	0.0 (0)
Aspectos do círculo	0.0 (0)	11.0 (8)
Falta de participação de alguma das partes	9.8 (4)	8.2 (6)
Problemas de logística	9.8 (4)	8.2 (6)
Aspectos emocionais ex: (estresse, frustração, tristeza)	9.8 (4)	6.8 (5)
Duração do processo	7.3 (3)	6.8 (5)
Não receber qualquer seguimento	0.0 (0)	8.2 (6)
Maior suporte ao ofensor do que à vítima (para vítimas somente)	–	5.5 (4)
Outros	17.1 (7)	15.1 (11)
Nada insatisfatório	*34.1 (14)*	*30.1 (22)*

Nota. Alguns participantes identificaram mais de um aspecto.

95% dos agressores e 78,7% das vítimas sentiram que a justiça tinha sido feita no seu caso. Apenas 4,9% dos infratores e 5,3% das vítimas sentiram que o resultado teria sido mais satisfatório se tivessem prosseguido o seu caso no sistema de justiça criminal tradicional em vez de passar pelo CJP. De fato, 87,8% dos agressores e 86,3% das vítimas disseram que iriam escolher uma abordagem restauradora da justiça no lugar da abordagem tradicional de justiça criminal se eles novamente estivessem envolvidos em algum processo penal no futuro.

Encontro entre vítima e ofensor. Como noticiado anteriormente, pouco mais da metade dos casos (58,5%) resultou numa reunião vítima–ofensor; no entanto, a maioria dos participantes do programa estava satisfeita e sentiu que suas necessidades foram satisfeitas. Estes resultados sugerem que a mediação indireta e o intercâmbio por carta também podem satisfatoriamente atender às necessidades, e que um encontro não é sempre necessário. Isso levanta a questão de qual o efeito que um encontro entre vítima–ofensor tem adicionado em atender às necessidades dos envolvidos em níveis de satisfação. Os participantes que tiveram o encontro vítima–ofensor foram comparados com os que não tiveram para determinar se existiam diferenças em termos de necessidades, a satisfação de encontros e no medo da vítima.

Especificamente, os dois grupos foram comparados no que se segue: (1) se as suas necessidades foram cumpridas, (2) se eles acreditavam que a justiça tinha sido realizada no seu caso, (3) se eles sentiram se o resultado teria sido mais satisfatório se tivessem prosseguido o seu caso no sistema tradicional, e (4) se eles iriam recomendar a abordagem restaurativa para os outros. As vítimas também foram comparadas: (5) se estavam satisfeitas com o pedido de desculpas que eles receberam por parte do infrator, (6) o seu nível de medo, (7) se elas tinham medo de que o agressor cometeria outro crime contra eles, e (8) se eles achavam que o infrator iria cometer outro crime contra alguém. Não foram encontradas significativas diferenças nestas variáveis; no entanto, duas variáveis mostram uma diferença: as vítimas que conheceram seu agressor estavam mais satisfeitas com o pedido de desculpas que aquelas que não receberam (95,6%, 43/45 e 83,3%, respectivamente 20/24). Além disso, um menor número de vítimas que encontraram com o seu ofensor sentiram que este iria cometer outro crime contra elas (2,4%, 1/41 e 10%, 2/20, respectivamente). Por último, os tipos de necessidades articuladas pelos participantes do programa também foram comparadas, e não houve diferenças significativas entre que tiveram o encontro e as que não o tiveram. O pequeno tamanho da amostra limita a confiabilidade dessas análises; no entanto, em geral, parece que um encontro direto não tem um efeito substancial na satisfação dos participantes ou no medo da vítima.

Recomendações dos participantes. No pós-programa, foi indagado aos participantes se eles tinham alguma sugestão para melhorar o programa. 19,5% dos ofensores (n = 8) e 13,3% das vítimas (n = 10) sugeriram áreas específicas de melhoria. Áreas identificadas para melhoria incluídas, reuniões mais curtas e mais frequentes, locais de reuniões, tendo facilitadores mais bem qualificados durante as reuniões e de financiamento adicional para a formação de pessoal e áreas específicas para o sistema de justiça criminal (outra visão para a justiça criminal, tornando este tipo de programa de justiça restaurativa mais frequente etc.).

Opiniões e impactos do CJP. O impacto da CJP foi medido pelas reações dos participantes e também foram examinadas as opiniões fundamentais de justiça criminal. Um total de 47 entrevistas com informantes foi realizado e com nove promotores de justiça, doze advogados de defesa, seis juízes, cinco funcionários da justiça, dois policiais, membros do círculo consultivo do CJP e outros três indivíduos identificados como pessoas-chaves. De um modo geral, 71,7% dos entrevistados estavam com idade superior a quarenta anos, com formação em ensino superior e com uma média de dezoito anos de experiência no sistema de justiça criminal.

A primeira parte da entrevista consistiu de uma pesquisa de opinião geral semelhante à que foi administrada aos participantes do CJP. Não havia muita variação entre os resultados; sendo os resultados combinados (exceto em circunstâncias em que houve variação extrema). Destes questionados, 89,4% sentiram que a justiça restaurativa pode operar dentro do atual sistema de justiça criminal e 83,3% sentiram que um processo de justiça restaurativa foi uma abordagem justa à justiça criminal. Quando questionado acerca das suas opiniões sobre a justiça restaurativa, 80,4% acreditam na justiça restaurativa, mas, que ainda exigia aprimoramentos; 15,0% consideravam que a justiça restaurativa só deve ser usada em alguns casos. Vantagens da abordagem da justiça restaurativa, quando comparados com a abordagem tradicional, foram identificadas as seguintes: concentra-se na cura (55,3%), humaniza o processo (27,7%), reduz o encarceramento (21,3%), promove a responsabilização do agressor e reabilitação (17,0%), e economiza tempo de Tribunal (8,5%).

Os entrevistados foram, então, questionados sobre seus pensamentos a respeito da CJP. 65% daqueles que responderam indicaram que eles tinham dúvidas sobre a CJP, e 57,8% identificaram aspectos que poderiam ser melhorados. Embora a intenção da pergunta era indagar aos participantes se tinham dúvidas sobre o projeto, este foi frequentemente

interpretado como preocupações com o projeto, como evidenciado pela maior preocupação em relação ao financiamento e o apoio à CJP (91,0%). Quando perguntado sobre o que eles sugeriram de melhorias, 20,0% dos inquiridos consideraram que os critérios de inclusão do programa deviam ser ampliados e 6,3% citaram a necessidade de um processo melhor, mais eficiente para compartilhar informações dentro do grupo de apoio.

O valor acrescentado: A categoria final de pesquisa centrou-se em torno da questão do que foi agregado de valor na abordagem de Justiça Restaurativa, quando comparado com o sistema de justiça criminal tradicional. A primeira questão a ser analisada, nesta categoria, foi o êxito dos casos. Em segundo lugar, as comparações dos participantes do CJP com os participantes que experimentaram o sistema de justiça criminal tradicional foram apresentados. Por fim, conclui-se com uma discussão sobre os efeitos dessa abordagem restaurativa no futuro da reincidência.

Opiniões dos facilitadores sobre o êxito dos casos. Um método para determinar se a abordagem restaurativa agrega valor para além do sistema de justiça criminal tradicional foi solicitado aos facilitadores. As entrevistas de conclusão foram obtidas para 49 dos casos. Os facilitadores foram perguntados se avaliaram a caso como sucesso; a resposta foi sim em 85,7% dos casos (n = 42). Em contraste, apenas 10,2% dos casos foram considerados sem êxito. Em 91,8% dos casos, a equipe CJP sentiu que a participação na CJP foi válida para o agressor e para a vítima. Os facilitadores foram questionados se a participação da vítima desde CJP(s) garantia uma maior confiança no sistema de justiça criminal. De acordo com os facilitadores do CJP, 72,9% da participação das vítimas no programa forneceram-lhes maior confiança no sistema de justiça criminal. Em 41,3% dos casos, os facilitadores acreditam que a CJP ajudou a evitar a reincidência (em 39,1% dos casos, o facilitador não tinha opinião). Quando perguntado sobre o futuro do ofensor, os facilitadores acreditam que participação no programa impediria atividade criminosa futura em 61,2% dos casos, enquanto que, em 16,3% dos casos, consideraram que a participação não impediria a reincidência.

Comparação entre o CJP e o Grupo de Controle. Ao examinar o nível de medo das vítimas, era também importante examinar se as vítimas que completaram o CJP tiveram diferentes níveis de medo comparadas com as vítimas que passaram pelo sistema de justiça criminal tradicional. A análise de variável multivariada foi realizada para avaliar se as vítimas CJP (após programa) diferiam na classificação de medo do crime (avaliada na mesma escala de 1 = não tem medo de todo a 10 = muito medo), e o que pensam sobre as chances de o agressor cometer outro crime contra outra pessoa (classificados de 1 = muito provável a 5 = muito pouco provável).

As análises basearam-se em 69 vítimas do CJP e 69 vítimas de grupos de controle. As vítimas do CJP (M = 4,70, SD = 2,42) e as vítimas do grupo de controle (M = 4,54; SD = 2,40) não diferiram significativamente com respeito aos seus níveis de medo do crime. Foi encontrada uma diferença significativa entre os dois grupos de vítimas com relação à sua percepção da probabilidade de que o agressor poderia cometer outro crime contra outra pessoa ($F(1, 136) = 77,42$, $p < 0,01$). Especificamente, a pontuação da comparação indica que os agressores eram percebidos como mais propensos a cometer outro crime, enquanto a média para as vítimas do CJP indica uma tendência no sentido de pensar que era pouco provável que o agressor cometeria outro crime. Além disso, como mostrou a Tabela 9, significativamente, mais vítimas do grupo de controle (74,6%) do que vítimas de grupos de CJP (33,3%) relataram ser mais desconfiados com estranhos desde sua vitimização. Foram comparados para determinar se havia diferenças entre as vítimas de CJP e as vítimas do grupo de controle. Comparando 32 vítimas do CJP, na fase pré-programa, com outras vítimas, foram encontradas diferenças

significativas entre os dois grupos sobre os objetivos da punição, pedido de desculpas e de reabilitação (ver Tabela 11). As vítimas do CJP sentiram que a punição era mais importante do que as vítimas do grupo de controle. O pedido de desculpas foi identificado como mais importante entre as vítimas no CJP. No programa, houve diferenças estatisticamente significativas em relação ao objetivo da restituição. Em seguida, a comparação das análises foi duplicada, utilizando as vítimas CJP, no pós-programa. Mais uma vez, uma diferença significativa foi encontrada para o objetivo de punição, e agora para a restituição, mas não havia mais uma estatística diferença no objetivo de pedir desculpas e obter ajuda para o ofensor.

Tabela 11. Vítimas no CJP e vítimas do grupo controle sobre a importância dos objetivos do sistema criminal tradicional

Objetivo		Avaliação			
		Muito importante	Importante	Pouco Importante	Não Importante
Punição:	Vítimas CJP (Pré)	48.7 (19)	35.9 (14)	15.4 (6)	0.0 (0)
	Vítimas CJP (Pós)	55.9 (38)	14.7 (10)	8.8 (6)	20.6 (14)
	Vítimas controle	26.1 (18)	47.8 (33)	17.4 (12)	8.7 (6)
Desculpa:	Vítimas CJP (Pré)	12.5 (5)	25.0 (10)	35.0 (14)	27.5 (11)
	Vítimas CJP (Pós)	1.8 (1)	14.0 (8)	21.1 (12)	63.2 (36)
	Vítimas controle	13.8 (9)	18.5 (12)	15.4 (10)	52.3 (34)
Reabilitação:	Vítimas CJP (Pré)	50.0 (20)	22.5 (9)	22.5 (9)	5.0 (2)
	Vítimas CJP (Pós)	24.6 (15)	21.3 (13)	27.9 (17)	26.2 (16)
	Vítimas controle	25.4 (17)	29.9 (20)	22.4 (15)	22.4 (15)
Restituição:	Vítimas CJP (Pré)	23.7 (9)	23.7 (9)	31.6 (12)	21.1 (8)
	Vítimas CJP (Pós)	1.6 (1)	19.4 (12)	19.4 (12)	59.7 (37)
	Vítimas controle	19.7 (13)	21.2 (14)	22.7 (15)	36.4 (24)

Nota. n para as vítimas do programa CJP vai de 38 a 40 no pré-processo e 57 a 68 no pós-processo. n para vítimas do grupo de controle é de 65 a 69.

Comparações do CJP e do Grupo de Controle – Sentença e Processo. As diferenças entre os participantes do CJP e participantes do grupo de controle sobre os aspectos da condenação e de suas experiências com o sistema de justiça criminal tradicional foram examinados.

Vítimas: Em primeiro lugar, os dois grupos de vítimas foram comparados em suas opiniões a respeito do tradicional sistema de justiça criminal. No pré-programa, os resultados mostraram que 80,5% das vítimas do CJP identificaram que as decisões judiciais dos Tribunais não foram sempre justas, em comparação com 25,4% das vítimas que não participaram.

Curiosamente, apenas 14,6% das vítimas de CJP relataram que entendem que, ao decidir, o juiz, só considera a pena que vai dar a uma pessoa, só se preocupando com o crime cometido, em contraste com 37,1% de vítimas do grupo de comparação.

As vítimas foram comparadas em suas opiniões de como seu caso foi tratado, e se o agressor era adequadamente responsabilizado por seu comportamento. A maioria (88,0%) das vítimas do CJP sentiu que as suas opiniões a respeito do crime foram adequadamente consideradas no caso, enquanto que apenas 51,5% das vítimas do grupo de controle sentiram assim. As vítimas também diferiam nas percepções de justiça: 85,1% das vítimas do CJP relataram ter recebido um tratamento justo do sistema de justiça contra 54,7% das vítimas de grupos de controle. Mais que o dobro de vítimas do CJP (85,3%) comparadas a (34,3%) do grupo de controle sentiu que o agressor era adequadamente responsabilizado por seu comportamento, apesar do fato que 60,3% das vítimas do grupo de controle não sabiam o desfecho do caso.

Em termos de satisfação com o sistema de justiça tradicional, 47% das 71 vítimas do grupo de controle, após questionadas, ficaram satisfeitas com o processo (39,4% não estavam satisfeitos e 13,6% indicaram que não tinham ainda formulado uma opinião). Quando perguntado sobre aspectos de sua experiência, de 56,9% de vítimas de controle identificaram o seu contato com a polícia satisfatório, e um adicional de 20,0% identificou a rápida resposta e tratamento global do seu caso. Quando questionados sobre os aspectos de insatisfação, 31,8% destacaram a falta de informação. Por fim, 35,3% das vítimas do grupo de controle sentiram que justiça tinha sido realizada no seu caso (33,8% disseram não saber) em comparação com 78,7% de vítimas do programa CJP que sentiram que a justiça tinha sido feita.

Ofensores. A análise multivariada foi utilizada para comparar combinados infratores do CJP com infratores do grupo de controle para determinar se as suas opiniões diferem. As análises são baseadas em quarenta ofensores; no entanto, as percentagens das amostras integrais são apresentadas (ver Tabela 12). Os infratores foram comparados nas quatro seguintes afirmações: (1) indagar se o juiz, na sentença, só considera o crime cometido, (2) se o Tribunal entende suas questões, (3) se as sentenças servem apenas para puni-los, (4) se as decisões são sempre justas. As diferenças significativas entre os dois grupos eram evidentes em todas as quatro declarações.

Tabela 12. Opinião dos ofensores sobre a sentença da corte (% responderam concordo, n)

Opinião	Ofensores CJP	Ofensores do controle
	(n = 40-45)	(n = 40)
Na decisão da sentença, o juiz pensa somente no crime cometido.	17.5 (7)	50.0 (20)
Ninguém no Tribunal entende suas questões.	2.5 (1)	30.0 (12)
As sentenças são dadas apenas como punição.	37.5 (15)	65.0 (26)
Decisões do Tribunal são sempre justas.	15.6 (7)	50.0 (20)

Notas: Respostas do pós-programa a partir da CJP dos infratores foram utilizadas na análise para as três primeiras declarações. Estimativa da resposta foi utilizada para a última declaração (como esta declaração não foi incluída na entrevista pós-programa); um t teste foi conduzido para esta análise.

Comparações do CJP e do Grupo de Controle sobre as metas do processo:

Os participantes do CJP foram questionados sobre os objetivos do processo (respostas, impacto, desculpa, e circunstâncias) tanto no pré-programa quanto no pós-programa. Estas mesmas perguntas (com a exceção das circunstâncias) foram apresentadas para infratores do grupo de controle, mas, não, para as vítimas. A intenção era determinar se os ofensores do CJP classificaram as metas com mais importância do que os infratores do grupo de controle. Em primeiro lugar, as respostas foram do pré-programa comparadas com as respostas do grupo de controle para determinar se as diferenças, antes do início no CJP, poderiam distinguir os grupos. Foi encontrada uma diferença significativa entre os infratores do CJP (quando indagados no pré-programa) e os infratores do grupo de comparação sobre o objetivo de descrever o impacto do crime (ver Tabela 13). Não houve diferenças significativas sobre o objetivo de fornecer respostas ou o objetivo de fornecer um pedido de desculpas.

Tabela 13. Ofensores do CJP e ofensores do grupo controle sobre a importância dos objetivos do CJP (%, n)

Objetivo do CJP		Avaliação		
		Importante	Incerto	Não Importante
Respostas:	Ofensores CJP (Pré)	90.9 (20)	9.1 (2)	0.0 (0)
	Ofensores CJP (Pós)	87.8 (36)	7.3 (3)	4.9 (2)
	Ofensores controle	72.5 (29)	2.5 (1)	25.0 (10)
Impacto:	Ofensores CJP (Pré)	90.9 (20)	9.1 (2)	0.0 (0)
	Ofensores CJP (Pós)	87.8 (36)	2.4 (1)	9.8 (4)
	Ofensores controle	76.9 (30)	5.1 (2)	17.9 (7)
Desculpa:	Ofensores CJP (Pré)	86.4 (19)	13.6 (3)	0.0 (0)
	Ofensores CJP (Pós)	97.5 (39)	0.0 (0)	2.5 (1)
	Ofensores controle	80.0 (32)	0.0 (0)	20.0 (8)

Nota: Ofensores CJP pré-programa: n = 22; ofensores CJP pós-programa: n = 40-41; Ofensores controle: n = 39–40.

A reincidência. Registros criminais foram obtidos por 62 dos 65 ofensores que participaram do CJP. Para os outros três indivíduos, uma vez que eles não tinham uma certidão de antecedentes criminais, assumiu-se que não havia ocorrido a reincidência (eles receberam absolvição dos crimes que os trouxeram à CJP, o que resultaria em não ter um registro).

Uma nova infração foi escolhida como verificação da reincidência. Duas estatísticas de reincidência apresentadas, o primeiro com um ano de acompanhamento, após a liberação, e o segundo, com um período de três anos. Para infratores que não foram condenados à prisão, o período de verificação começou, a partir de: (1) a data da sentença, ou (2) a data de conclusão do programa, consoante a data que foi mais tarde. Se uma pena de prisão foi imposta, o período de acompanhamento começou da data da soltura.

Dos 65 infratores do CJP que participaram da avaliação, 15,4% deles (n = 10) reincidiu com nova condenação no primeiro ano (ver Tabela 14). Na marca de três anos, a taxa de reincidência aumentou para 32,3% (n = 21). O objetivo, ao longo prazo, foi comparar os índices de reincidência dos que participaram do CJP com o grupo de controle dos infratores que passaram pelo sistema de justiça criminal tradicional. Neste ponto, o tempo não foi suficiente para permitir a análise do mesmo grupo de controle, por muitos ainda estarem presos. No entanto, os índices de reincidência foram examinados com um grupo diferente de correspondência de infratores. Os pesquisadores tiveram acesso a um grande banco de dados, a partir do qual cinquenta infratores foram selecionados para a análise de comparação. A análise consistiu na aproximação de gênero, tipo de delito, a idade e o nível de risco. Dados a partir do sistema foram classificados de acordo com casos praticados de maneira semelhantes, com mesmo tipo de ação, e, em seguida, combinados de um para um com cada infrator, no banco de dados.

As taxas de reincidência para os infratores pertencentes ao grupo de controle foram de 28,0% em um ano e 54,0% no prazo de três anos. Esses percentuais foram comparados com os índices de reincidência dos participantes do grupo de CJP, sendo que neste a taxa foi de (18,0%) no prazo de um ano e 36,0% em três anos. O coeficiente sugere que o CJP está tendo um impacto sobre a reincidência em cerca de 18% a menos durante o período de acompanhamento de três anos.

Tabela 14. Estatística de reincidência (%, n)

Estatística de reincidência de:	Ofensores CJP	Ofensores controle
Todos os ofensores CJP:	n = 65	
Reincidência em até 1 ano	15.4 (10)	–
Reincidência em até 3 anos	32.3 (21)	–
Ofensores compatíveis do controle:	n = 50	n = 50
Reincidência em até 1 ano	18.0 (9)	28.0 (14)

Discussão

Esta avaliação examinou uma série de diferentes elementos e medidas de resultados. Em primeiro lugar, verificou-se que os participantes que vivenciaram processos de justiça restaurativa estavam mais satisfeitos do que indivíduos que experimentaram o sistema de justiça criminal tradicional. Estes índices de satisfação elevados são consistentes com a literatura da justiça reparadora (Braithwaite, 1999; Latimer *et al.*, 2001). Numa meta-análise de 35 programas de justiça restaurativa, Latimer e seus colegas (2001) relataram taxas mais elevadas de satisfação para as vítimas e agressores que passaram por processos de justiça restaurativa do que aqueles que experimentam o sistema de justiça criminal tradicional.

No entanto, além do resultado de satisfação, os outros resultados desta avaliação foram menos mapeados. É importante ressaltar que, em muitos casos, o tamanho das amostras era pequeno e os resultados não podem ser generalizados para outros programas de justiça restaurativa.

As vítimas que participam de Justiça Restaurativa:

Embora qualquer vítima pudesse aproximar-se do CPJ, somente nos casos em que o ofensor se aproximou primeiro do programa, preenchendo os critérios de aceitação, é que as vítimas entraram nas pesquisas. Portanto, apenas um seleto grupo de vítimas respondeu às perguntas. Em muitos outros programas de justiça restaurativa, as vítimas aproximam-se do programa e, posteriormente, o ofensor é procurado, neste caso, as vítimas iniciam o procedimento, sendo provável que estas são vítimas distintas das vítimas do CJP. As vítimas são motivadas a buscar esses programas ao passo que, no CJP, foram oferecidos os serviços. Claramente, os fatores de seleção das vítimas são diferentes nestes dois casos.

Menos da metade (47,3%) de todas as vítimas contactadas aceitaram participar do CJP. Os dois motivos mais comuns para não participação foram que as vítimas sentiram que já tinham encerrado o incidente e que não havia nenhum desejo de comunicar-se com o agressor. Os resultados de outra avaliação, em que as vítimas também foram abordadas para a participação, foram semelhantes aos encontrados nesta avaliação. Na avaliação do programa Resoluções restauradora (Manitoba), 38,2% das vítimas envolvidas participaram em algum tipo de encontro como a mediação e 12,0% de todas as vítimas contactadas escolheram realmente construir um plano de ação com o seu agressor (Bonta *et al.*, 2002). No CJP, os números das interessadas em participar do plano de ação com o seu agressor (Bonta *et al.*, 2002) foram ligeiramente superiores; de todas as vítimas da CJP contactadas (446), 47,3% das vítimas envolveram em alguma forma de reparação ou troca de informações e 18,4% encontraram seu ofensor. Curiosamente, a participação da vítima não foi um problema no experimento RISE, na Austrália, em que a taxa de participação de 80% foi relatada (citado em Braithwaite, 2002). Mais pesquisas devem ser realizadas para explorar os motivos que levam as vítimas a não quererem participar e outras vítimas que ainda têm necessidades pendentes que desejam abordar.

Os facilitadores do CJP identificaram que as vítimas têm mais necessidades a serem supridas do que para os infratores. Esta constatação pode sugerir que as vítimas que participam em programas de restauração podem ser de maior necessidade (classe mais pobre), considerando que as vítimas que não participam podem ter encontrado outros locais para resolver suas necessidades. É possível que algumas vítimas participaram da CJP na esperança de ter uma ampla gama de necessidades satisfeitas, e para além dessas necessidades que surgiram a partir do próprio crime. Considerando que programas de justiça restaurativa podem ser expandidos para lidar com um número maior de vítimas sendo atendidas, seria necessário ampliar os serviços. Para tanto, uma série de programas às vítimas está disponível por meio da polícia, dos tribunais e vários programas comunitários sem fins lucrativos. Mais de seiscentas agências de serviços de apoio à vítima estiveram em operação no Canadá, em 2003 (Kong, 2004). Muitas vítimas não conheciam esses serviços; um aumento da visibilidade dos serviços da vítima pode permitir que os programas de justiça restaurativa se concentrem apenas em elementos restauradores, que envolvam a vítima e o agressor. Pode ser útil para a justiça restaurativa programas de parceria com agências de serviços às vítimas, para garantir que estas tenham uma variedade de serviços à sua disposição, como também, entre as opções, satisfazer às necessidades dos ofensores.

A vítima, mesmo quando opta por participar, é geralmente com alguma hesitação e cautela. Os diálogos entre o facilitador e vítima(s), no início, geralmente focam nos danos que foram

causados; portanto, facilitadores são desafiados a encontrar o momento adequado para fazer a avaliação. Em alguns casos, os participantes do CJP inicialmente recusaram a participação, mas, em seguida, solicitaram a oportunidade de participar na entrevista pós-programa, como um *feedback* para o avaliadores.

Infratores que participam de Justiça Restaurativa

Os infratores que participaram do CJP foram direcionados por ter cometido crimes graves e ficou claro que a aceitação em participar do programa vinha da expectativa de beneficiar-se-iam com a abordagem restaurativa.

A maioria dos programas de justiça restaurativa concentra-se em crimes de menor potencial ofensivo. Em crimes graves, são poucos resultados mapeados. Este projeto conclui que em casos graves, há grande perspectiva de apoio pelo programa. Não é gravidade do crime que está relacionada ao futuro da reincidência. Quando infratores do CJP foram medir o nível de risco, de reincidência, o resultado indica que um ofensor que comete um crime grave não é necessariamente um criminoso de alto risco. Constatação que é consistente com a pesquisa passada (Webster *et al.*, 1994). Muitos infratores do CJP iriam receber o acautelamento pela gravidade do crime, no parâmetro da justiça tradicional, no entanto, menos de 20% receberam pena privativa de liberdade na sentença. Embora os infratores possam ter recebido uma sentença mais branda, constata-se que ficar frente a frente com a vítima, comprometer-se a reparar o dano pode ser mais difícil do que cumprir um período de encarceramento.

Profissionais do CJP também mapearam que o tratamento foi recomendado a 40% dos infratores. A maioria dos programas de justiça restaurativa não utiliza instrumentos de avaliação para auxiliar na identificação das necessidades dos ofensores e áreas-alvos do tratamento.

Diversidade da Justiça Restaurativa

Programas de justiça restaurativa diferem em sua estrutura e participantes. Por exemplo, em alguns programas, a vítima, o infrator e a comunidade podem participar, em outros admitem substitutos, e ainda há os que a comunidade pode ou não participar. Apesar da diversidade de programa, as metas são muitas vezes semelhantes. Braithwaite (2002) afirma que o processo de justiça restaurativa reúne todas as partes interessadas para discutir uma injustiça e como as consequências dessa injustiça podem ser reparadas. Todas essas iniciativas são classificadas como tipos de justiça restaurativa

Embora se possa argumentar que os processos de justiça restaurativa devam trazer a vítima e o agressor juntos em um encontro cara a cara, isso não foi sempre o caso do CJP. Na realidade, apenas metade dos casos resultou numa reunião vítima–ofensor. Mediação por carta foi usada em substituição ao encontro, para atender às necessidades dos participantes, em muitos casos obteve resultado positivo, o que sugere que uma reunião nem sempre é necessária para a satisfação das necessidades. As necessidades mais comuns expressas pelas vítimas foram obter informações sobre o crime, ouvir a explicação dos ofensores e comunicar o impacto que o crime teve sobre eles.

Os ofensores queriam pedir desculpas, tentar reparar o dano causado e fornecer uma explicação para o seu comportamento. De acordo com os resultados, alguns participantes sentiram que suas necessidades foram satisfeitas sem o encontro. Este dado é interessante e

deve ser mais explorado com os vários métodos de atendimento das necessidades e como esses métodos se relacionam com o desfecho. Especificamente, a pesquisa futura deve examinar se face a face agrega valor ao processo restaurativo e, em caso afirmativo, em que grau.

O exame da prestação de contas (reparação) do ofensor e de seu arrependimento indicou que mais investigação sobre estes dois conceitos se torna necessária a ausência de mudança no nível de medo da vítima poderia sugerir que o nível de intervenção restauradora não era tão intensa como ele precisava ser para demonstrar a mudança. Ou, talvez, programas de justiça restaurativa não afetem esta área. Usando o medo como exemplo, embora vítimas do CJP fossem menos temerosas de seu agressor, esta diminuição não se estendeu ao seu medo geral de crime. Especificamente, os processos de justiça restaurativa podem auxiliar na redução do medo do agressor, mas, não, na redução do medo geral de crime (ou seja, todos os outros delinquentes). Esta descoberta levanta questões sobre a possibilidade de representantes dos infratores para as vítimas, em termos de diminuir o nível de medo. A pesquisa adicional está sendo realizada para analisar se a variável do medo muda ao longo do tempo, no contexto de um processo de justiça restaurativa.

Na conclusão dos seus processos, a maioria das vítimas de CJP sentiu que suas opiniões foram consideradas, e que elas foram tratadas de forma justa, que o agressor foi responsabilizado, e que a justiça tinha sido feita. Os ofensores também estavam mais satisfeitos do que os infratores que foram processados pelo sistema tradicional.

No entanto, os resultados indicaram que os ofensores do grupo de controle receberam mais penas privativas de liberdade, e isto pode ter influenciado os níveis de satisfação do agressor.

As análises de reincidência indicaram que os ofensores do CJP tiveram uma taxa de reincidência inferior, depois de três anos de acompanhamento, comparada com os infratores do grupo controle (36% e 54%, respectivamente). Embora a limitação desta análise foi de pequeno tamanho (cinquenta infratores em cada grupo), a tendência sugere que o CJP teve um efeito positivo sobre a reincidência (cerca de 12% em um ano e um efeito de 18% em relação a três anos), uma diferença que se aproximou de significância estatística.

No entanto, o efeito de 18% encontrado nesta avaliação é coerente com as conclusões de análises anteriores de outros projetos como relatado por Latimer *et al.* (2001) na análise de Bonta *et al. (in press)*, que tanto concluíram que as intervenções de justiça restaurativa tiveram um impacto estatisticamente significativo sobre a reincidência (a redução de 7%). Bonta e seus colegas descobriram que os estudos mais recentes, em que os programas tinham uma forma mais definida e modelo desenvolvido, com elevada adesão aos princípios da justiça restaurativa, tiveram maiores efeitos (média de 12%) do que no início, os programas menos desenvolvidos tiveram (média de 4%). Em linha com esses resultados, o CJP utilizou uma abordagem estruturada, em que a lógica do programa foi claramente articulada, e que tinha uma alta adesão aos valores da justiça restaurativa, proporcionando uma avaliação favorável de 18% deste efeito. Além disso, apesar de um maior número de infratores do CJP ser composta de ofensores primários, a diferença estatística entre os grupos só permaneceu com o grupo de baixo risco, entre os réus primários. Coincide com análise de Bonta *et al. (in press)*, de que a justiça restaurativa parece ser mais eficaz com os infratores primários.

Síntese e Conclusões

Um dos objetivos do CJP foi determinar se uma abordagem restaurativa poderia ser, com sucesso, aplicada a casos graves de criminalidade na fase pré-sentença. Esta avaliação indicou que este objetivo é atingível. No entanto, fundamental foi a colaboração dos promotores de

justiça, advogados e juízes. A CJP tem sido bem-sucedida na implementação de um programa que traz uma abordagem humanística, operando paralelamente, em parceria como uma corrente ligada ao sistema de justiça criminal. Além disso, os resultados sugerem que o CJP conseguiu resultados satisfatórios. O projeto CJP ofereceu tanto às vítimas quanto aos ofensores a oportunidade de participarem ativamente do processo de tomada de decisão, no desenvolvimento de um plano para reparar os danos causados (na medida do possível), e, em alguns casos, para proporcionar uma recomendação à sentença. Proporcionar capacitação para todas as partes é um valor fundamental da justiça reparadora. O CJP ofereceu um ambiente de apoio, inclusive, em que os participantes puderam ter as necessidades atendidas. Quando comparado com o sistema de justiça criminal tradicional, a abordagem restaurativa parece fornecer valor e benefício adicional para as vítimas e os agressores. A avaliação mostra o valor da abordagem restaurativa, quando comparado com a justiça tradicional; no entanto, os resultados não podem ser generalizados a todos os participantes da justiça restaurativa, ou a todas as vítimas e agressores que experimentem o sistema de justiça criminal tradicional. Embora a pesquisa justiça restaurativa seja encorajadora, deve ser ampliada em tamanho da amostra. Ainda há muita pesquisa a ser feita. São necessárias conclusões que explorem as diferenças entre aqueles que participam em iniciativas de restauração e aqueles que não o fazem, bem como para determinar as condições ideais para valores da justiça restaurativa e abordagens para prosperar. Por último, a fim de examinar a mudança dos participantes ao longo do tempo, estudos futuros precisam ser incorporados. O principal objetivo deste programa foi capacitar os indivíduos afetados pelo crime a conseguirem satisfazer, dentro do sistema criminal, uma abordagem restaurativa. Os resultados desta avaliação sugerem que este programa cumpriu seu objetivo principal de maneira eficaz.

Referências

Andrews, D. A., & Bonta, J. (2003). *The psychology of criminal conduct* (3rd ed.). Cincinnati, OH: Anderson Publishing.

Andrews, D. A., & Bonta, J. (1995). *Level of Service Inventory – Revised*. Toronto: Multi-Health Systems, Inc.

Andrews, D. A., & Bonta, J. (1998). *Level of Service Inventory – Screening Version*. Toronto: MultiHealth Systems, Inc.

Bazemore, G., & Dooley, M. (2001). Restorative justice and the offender: The challenge of reintegration. In G. Bazemore & M. Schiff (Eds.), *Restorative community justice: Repairing harm and transforming communities* (pp. 101-126). Cincinnati, OH: Anderson.

Bonta, J., Jesseman, R., Rugge, T., & Cormier, R. B. (in press). Restorative justice and recidivism: Promises made, promises kept? In D. Sullivan & L. Tifft (Eds.), *Handbook of restorative justice: A global perspective*. England: Routledge.

Bonta, J., Wallace-Capretta, S., Rooney, W., & McAnoy, K. (2002). An outcome evaluation of a restorative justice alternative to incarceration. *Contemporary Justice Review, 5 (4)*, 319-338.

Braithwaite, J. (1999). Restorative justice: Assessing optimistic and pessimistic accounts. In M. Tonry (Ed.), *Crime and justice: A review of research* (pp. 1-127). Chicago: University of Chicago Press.

Braithwaite, J. (2002). *Restorative Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press.

Chatterjee, J. (1999). *A report on the evaluation of RCMP restorative justice initiative: Community justice forum as seen by participants*. Ottawa: Royal Canadian Mounted Police.

Church Council on Justice and Corrections (1998). *The Collaborative Justice Project Funding Proposal*. Ottawa, Ontario.

Cormier, R. B. (2002). *Restorative Justice: Directions and Principles – Developments in Canada*. User Report 2002-02. Ottawa: Department of the Solicitor General Canada.

Department of Justice. (1998). *A Program for Nova Scotia: Restorative Justice*. Nova Scotia.

Douglas, K. S., Cox, D. N., & Webster, C. D. (1999). Violence risk assessment: Science and practice. *Legal and Criminological Psychology*, 4 (2), 149-184.

Grove, W. M., & Meehl, P. E. (1996). Comparative efficiency of informal (subjective, impressionistic) and formal (mechanical, algorithmic) prediction procedures: The clinicalstatistical controversy. *Psychology, Public Policy, and Law, 2,* 293-323.

Kong, R. (2004). Victim services in Canada, 2002/03. *Juristat, 24 (11)*. Statistics Canada. Catalogue no. 85-002-XPE.

Latimer, J., Dowden, C., & Muise, D. (2001). *The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis*. Ottawa: Department of Justice Canada.

Nuffield, J. (1997). *Evaluation of the adult victim-offender mediation program Saskatoon Community Mediation Services*. Regina, Saskatchewan: Saskatchewan Justice.

Roberts, T. (1995). *Evaluation of the Victim-Offender Mediation Project, Langley, B.C*. Ottawa: Solicitor General Canada.

Umbreit, M. S. (1995). *Mediation of Criminal Conflict: An Assessment of Programs in Four Canadian Provinces.* Minnesota, U.S.A.: The Center for Restorative Justice and Mediation, University of Minnesota.

United Nations (2002). *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*. The United Nations document containing this resolution is titled: Resolutions and decisions adopted by the Economic and Social Council at its substantive session of 2002, E/2002/INF/2/Add.2. Available online: http://www.un.org/esa/coordination/ecosoc/doc2002.htm.

Vandoremalen, J. (1998). Pushing the envelope of human rights through innovation and creativity in Aboriginal corrections. *Let's Talk (Correctional Services of Canada), 23*, 18-19.

Webster, C., Harris, G., Rice, M., Cormier, C., & Quinsey, V. (1994). *The Violent Prediction Scheme: Assessing Dangerousness in High Risk Men*. Toronto: University of Toronto.

Wilson, R. J., & Picheca, J. E. (2005). *Circles of support and accountability – engaging the community in sexual offender management.* In B. Schwartz (Ed.), *The Sex Offender, Vol. 5.* New York: Civic Research Institute.