

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA DE FLEXIBILIZAÇÃO E COMPLEMENTO AO SISTEMA JUDICIAL PENAL COMUM.

RESTORATIVE JUSTICE AS A FORM OF FLEXIBILIZATION AND COMPLEMENT
TO THE COMMON CRIMINAL JUDICIAL SYSTEM.

Monique Marçal Azevedo¹
Kerton Nascimento e Costa²

RESUMO

A reforma do sistema prisional e de suas práticas de penalização, execução, reabilitação e busca pela satisfação das necessidades da vítima, ofensor e da comunidade, tem dado espaço, nas últimas décadas, para o desenvolvimento de medidas e práticas que visam a flexibilização não só das formas punitivas, como também do seu modelo de execução e aplicação. Nesse contexto, temos o advento da Justiça Restaurativa e dos seus processos e práticas restaurativas. Para compreendermos esse “fenômeno” e sua origem, foi necessário realizar seu estudo de forma retroativa, passando por vários avanços e retrocessos, até que se chegasse, finalmente, na definição do seu conceito. Deste modo, ao analisarmos as práticas restaurativas, tentamos demonstrar quais são as melhores formas de se desenvolver esta matéria no bojo do processo penal vigente, bem como, buscar algo novo que possa vir a ser inserido nele, de forma a complementá-lo. Entendemos que a justiça restaurativa, em especial as soluções baseadas no consenso, podem ser uma excelente alternativa à ideia da retribuição tão fixa na mentalidade da sociedade, para resolver conflitos na pequena e média criminalidade, assim como da grave. Portanto, as reflexões aqui apresentadas não visam o afastamento, tão pouco a substituição, do sistema penal tradicional e de suas normas pelas práticas restaurativas. Busca-se demonstrar que as práticas restaurativas são na verdade um complemento a este modelo de justiça, e que quando realizadas corretamente, conseguem ser perfeitamente eficientes, legais e satisfatórias.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; Direito Penal e Processual Penal; Flexibilização; Resolução Alternativa de Conflitos.

ABSTRACT

¹Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Barão de Mauá. Bolsista na Universidade do Porto, no ano de 2015.

²Advogado; Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP – Bolsista Capes; Professor na Graduação do Centro Universitário Barão de Mauá, Professor no Curso de Pós-Graduação da UNIARAXÁ – MG, Professor em Cursos Preparatórios para Concursos Públicos; Coautor de obras voltadas para a preparação para concursos públicos, Coautor da Obra “Retrocesso Legislativo: o meio ambiente em Risco”, da Editora Prismas, Revisor *ad hoc* da Revista Opinión Jurídica de La Universidad de Medellín (ISSN 1692-2530/ISSNe 2248-4078).

The reform of the prison system and its practices of penalization, execution, rehabilitation and the search for the satisfaction of the needs of the victim, offender and the community, in the last decades, has given space for the development of measures and practices that aim at the flexibilization not only of the Punitive forms, as well as its execution and application model. In this context, we have the advent of Restorative Justice and its restorative processes and practices. In order to understand this "phenomenon" and its origin, it was necessary to carry out its study retroactively, through various advances and setbacks, until finally arriving at the definition of its concept. Thus, in analyzing restorative practices, we try to demonstrate the best ways to develop this subject in the existing criminal process, as well as to seek something new that can be inserted in it in order to complement it. We believe that restorative justice, in particular consensus-based solutions, can be an excellent alternative to the idea of retribution so deeply embedded in the mentality of society to resolve conflicts in small and medium-sized as well as serious crime. Thus, the reflections presented do not seek to distance, so the replacement of the traditional penal system and its norms by restorative practices, what is sought is to demonstrate that restorative practices are in fact a complement to this model of justice, and that when performed correctly they can be perfectly efficient, legal and satisfactory.

Keywords: Restorative Justice; Criminal Law and Criminal Procedure; Flexibilization; Alternative Dispute Resolution.

1 INTRODUÇÃO

A análise crítica do “controle social” e do seu desenvolvimento desde os primórdios nos mostra a necessidade que o homem sempre teve, uma vez que passou a viver em sociedade, de constituir regras disciplinadoras que fossem capazes de gerir o convívio, bem como as relações entre os indivíduos que a compõe. De tal necessidade, tivemos o surgimento do Direito Penal e dos seus diversos meios de coerção, que passou e ainda passa do castigo físico até, em última instância, à suspensão da vida.

Atualmente, em decorrência das diversas linhas críticas que se tem quanto ao modelo de Justiça e de Direito Penal existentes, tais como as correntes abolicionistas e minimalistas, surge uma proposta chamada “Justiça Restaurativa”, que nasceu como uma nova via para o tratamento e a resolução dos conflitos sociais.

Seu crescimento foi alavancado pela ineficiência do modelo atual de Justiça Penal, em decorrência dos resultados obtidos, nem sempre benéficos, mesmo quando vítima e ofensor possuem uma participação ativa; seja pelo ponto de vista da vítima, quanto à necessidade de ser assistida e recompensada pelos danos suportados, seja pelo ofensor quanto

à sua necessidade de também ser assistido e realocado novamente ao seio social, bem como nas funções que recaem sobre o Direito Penal, que vão, além da simples aplicação da pena, até a busca pela ressocialização e reintegração do ofensor.

Diante de tal quadro, os defensores da Justiça Restaurativa propõem um novo modelo de resolução de conflitos, que visa converter esse atual sistema visto tanto pela vítima como pelo ofensor como repressivo e punitivista, cuja prisão para ambos parece, não só gerar, como dar condições e contribuir para que a delinquência se desenvolva cada vez mais.

Assim, pretende-se com este trabalho demonstrar os benefícios que o modelo de justiça restaurativa poderá trazer (tanto nas práticas realizadas na pequena e média criminalidade, como também - mesmo que com algumas limitações - na criminalidade tida como grave), em contrapartida com o modelo retributivo, que, muito embora não sendo as práticas restaurativas priorizadas pelo nosso sistema, é aquela que melhor atende as necessidades dos envolvidos em todos os aspectos da prática delituosa.

Vale ainda ressaltar que não se pretende a abolição do nosso sistema de justiça, mas sim a evolução do mesmo, integrando novas formas de resolver os conflitos às práticas já realizadas.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para que se tenha uma melhor abordagem e compreensão das diferenças entre a Justiça Penal tradicional e a Justiça Restaurativa no plano atual, faz-se necessário rever certos caminhos que foram traçados na criminologia durante as últimas décadas.

Partindo dos anos 50 e do seu desenvolvimento, predominava a Criminologia Positivista e suas teorias, que almejavam explicar o crime e o porquê ele era cometido.

A primeira é a Teoria Endógena do Duplo Y e Antropometria, defendida por Cesare Lombroso, Rafael Garofalo e Enrico Ferri; a segunda é a Teoria Exógena, defendida por Muller e Merton.

Para a primeira, os crimes eram cometidos somente por pessoas com certas características biológicas e fisiológicas, enquanto que para a segunda, as circunstâncias sociais que cercavam o indivíduo é que eram estímulos para o cometimento ou não de delitos.

Todavia, tais teorias não se mantiveram, principalmente em decorrência do trabalho desenvolvido por Edwin Sutherland quanto aos crimes de colarinho branco, o que fez cair por terra a ideia de que apenas determinados tipos de pessoas poderiam cometer crimes.

Adentramos a década de 60, com o advento da Criminologia Crítica, que tem como fundamento a nocividade da intervenção penal (uma vez que a mesma não cumpre o seu papel de ressocialização), ou seja, tem como principal meta o esclarecimento do impacto real que a pena tem sobre quem a cumpre, bem como fazer com que a sociedade perceba que o crime não é um problema único e exclusivo do sistema legal, mas de todo o complexo social.

Já na década de 70, surgem no cenário Norte-Americano a Criminologia Marxista (cujo argumento de defesa era o fim do sistema capitalista, tendo em vista que era ele o responsável pelos crimes, por se tratar de um sistema segregacionista, onde o crime é criado e utilizado como forma de apartar certos grupos do contexto social) e o Abolicionismo Penal.

Entretanto, tais correntes entram em crise nos anos 80, devido ao aumento significativo dos crimes organizados, voltados à prática de contrabando de álcool, drogas, tráfico de pessoas, dentre outros, bem como pela passagem do Estado Social para o modelo de Estado Redutor.

Somente no final dos anos 90 surge a Criminologia de Integração. Esta passa a estudar o crime com uma visão global, ou seja, estuda o comportamento delituoso do agente, a justiça penal e a vítima. Tal modelo de criminologia traz uma nova perspectiva não só para o crime, mas para o conflito existente entre as partes, nascendo então à ideia da Justiça Restaurativa.

3 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Devido a relevância que a Justiça Restaurativa apresenta no cenário social, nacional e internacional para a resolução dos conflitos entre as partes, sabe-se, de início, que ela é direcionada para uma alternativa à sistemática da resolução do conflito. Mas afinal, o que ela significa?

Embora tenhamos ainda certa dificuldade teórica para definir o que é a Justiça Restaurativa, e delimitarmos um conceito, tem sido comum e aceita a definição que nos é dada por Tony Marshall: “A justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que

tem interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras.”(MARSHALL, 2006, p. 24).

Por outro lado, o Projeto de Declaração da ONU quanto aos princípios fundamentais que devem nortear as práticas de Justiça Restaurativa apresenta o seguinte conceito: “um processo no qual a vítima, o infrator e/ou outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime participam ativamente e em conjunto na resolução das questões resultantes daquele, com a ajuda de um terceiro imparcial”.(C. E. S. N. U./2012)

Podemos notar que as definições se cruzam em determinados pontos, sendo então, as mais utilizadas e aceitas para definir o que vem a ser a Justiça Restaurativa atualmente.

Então, a partir de tais definições, entendemos que a Justiça Restaurativa deve ser vista como uma proposta metodológica através da qual se procura a reparação material e moral ao dano causado, via encontro “frente a frente” de vítima e ofensor e, quando benéfico, à comunidade, com objetivo de estimular não só a adequada responsabilização pelos atos lesivos, como também a assistência material e moral da vítima, a reinserção do ofensor na comunidade, o respeito mútuo entre todas as partes envolvidas e a restauração das relações sociais eventualmente desfeitas em decorrência do conflito.

Em outras palavras, a Justiça Restaurativa é a forma mais eficiente para que a vítima e ofensor tenham voz ativa e participativa no sistema penal, uma vez que ela baseia-se em um procedimento de consenso em face de um conflito intersubjetivo, em que vítima e ofensor, e quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pela prática criminosa, participam coletiva e ativamente, visando a solução para os danos, traumas e perdas causadas pelo crime, sem a intervenção autoritária e heterônoma do Estado.

Em suma, o que se busca é o resultado restaurativo, via reparação da vítima de forma mais satisfatória do que aconteceria, e acontece na maioria dos casos, em âmbito da Justiça Penal. Ao ofensor, uma melhor forma de abordagem da sua responsabilização pelo ato praticado, o que lhe proporcionaria uma reintegração social mais efetiva, com o reestabelecimento dos laços quebrados pela prática do crime.

Conforme nos diz Howard Zehr (ZEHR, 1990), o crime é uma violação das relações existentes entre o infrator, vítima e a comunidade, cabendo, por tal motivo, à Justiça identificar as necessidades e obrigações decorrentes dessa violação e do trauma causado, apurando aquilo que deve ser restaurado.

Cabe ainda a ela oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e chegarem a um acordo, tendo ela – a Justiça - somente a função de investigação dos fatos, de gerar a facilitação e as condições para que as partes possam dialogar, a segurança dos processos, com a garantia do respeito aos direitos fundamentais das pessoas envolvidas, bem como a satisfação das necessidades da vítima e do ofensor, geradas a partir da prática criminosa.

Nils Christie, em seu artigo “Conflicts as Property” (CHRISTIE, 1977), discute a razão central da prática restaurativa, e entende que no âmbito da penal temos um “roubo de conflito” das pessoas envolvidas na questão criminal, em que o Estado, por meio da justiça penal e de seus agentes, intervindo de forma imperativa na resolução dos conflitos, retira das partes o poder que elas possuem para resolvê-lo.

Assim, podemos entender, conforme Nils comenta e critica, que o grande problema da justiça penal tradicional é que ela utiliza de seus agentes de forma demasiada ativa, retirando das partes e da comunidade o poder que possuem de dirimirem seus conflitos, como também, apontam para uma perspectiva amparada unicamente no passado, e não para uma visão do futuro. Em suma, um conceito de culpa que leva o ofensor a entender que negar a responsabilização pelo ato que cometeu seja a forma mais fácil de se livrar de uma punição.

4 ELEMENTOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa norteia-se através de certos elementos, sendo que ainda não temos um total consenso quanto a eles, sobretudo, no que diz respeito ao seu núcleo principal, que são seus princípios e o modo como ela deve ser inserida e conduzida no seio social.

Todavia, elencamos alguns princípios considerados como essenciais, sendo eles, por exemplo, os de caráter social, participativo/democrático e reparador. Com destaque para os elementos de empoderamento e o de reconhecimento.

Assim, vamos passar a cada um deles, com o intuito de analisá-los e extrair de tais princípios aquilo que melhor se aplica ao processo restaurador.

4.1 Social

A visão do crime na Justiça Restaurativa, a priori, não seria enxergada como um delito, ou seja, como uma violação da lei, mas como uma perturbação nas relações humanas

entre os indivíduos que convivem em sociedade. Tal visão implica em uma mudança de abordagem no tocante a análise entre a prática delituosa realizada e o bem jurídico tutelado, pois, quando temos uma redefinição do conceito de crime dentro desse entendimento de abordagem social, passamos a vê-lo e entendê-lo como um ato praticado por uma pessoa contra a outra, que gerou violação no seio de uma comunidade (entendida como a sociedade na qual o indivíduo está inserido e que se sentiu afetada pela prática do ato), e não como um ato praticado contra o Estado.

4.2 Participativo

Ele é o cerne das práticas de Justiça Restaurativa e inerente às partes afetadas, uma vez que cabe às mesmas a busca por uma resolução do conflito presente em suas vidas, de modo que atenda às suas necessidades e interesses.

Isso só é possível com o envolvimento ativo de vítimas, ofensores e da comunidade (quando convier), cabendo ao Estado, conforme dito anteriormente, proporcionar o suporte e ajuda necessária para tal mister.

4.3 Reparador/restaurador

Todo o processo restaurativo inicialmente é voltado à reparação da vítima, uma vez que nele busca-se que o ofensor repare os danos causados a ela em decorrência da prática do seu ato, podendo ser esta uma reparação moral, material ou mesmo simbólica.

Por outro lado, mesmo que de forma secundária, o fato de ofensor, vítima e comunidade estarem envolvidos no processo, permite a todos externar e buscar as suas reais necessidades e interesses, possibilitando o restabelecimento dos laços quebrados entre as partes envolvidas nessa relação conturbada.

4.4 Empoderamento

Tal elemento relaciona-se com a participação das partes, ou seja, ele nasce do entendimento de que a participação no processo restaurador requer que todas as partes envolvidas tenham as mesmas oportunidades de se defenderem, de falarem e de serem ouvidas, sendo a elas permitido concordar ou discordar sobre alguma questão, sem que qualquer uma delas esteja em patamar superior na defesa de seus interesses.

Para que tal igualdade se faça presente, é preciso que as partes tenham poder de decisão, liberdade e estejam abastecidas de informações suficientes que lhes permitam tomar as melhores decisões e participar do processo ativamente.

4.5 Reconhecimento

Ele é decorrente da interação e do fato de reconhecer a outra pessoa, entender e compreender as suas palavras e ações. Entretanto, para que seja efetivo é necessário que certas observações sejam realizadas, tais como: a natureza e os danos que aquele delito gerou socialmente, o relacionamento da vítima com o ofensor e o grau da agressão sofrida, por exemplo.

Como dito anteriormente, embora não se tenha um consenso geral quanto a estes princípios e elementos, há um potencial crescimento quanto ao uso deles em âmbito internacional, tanto em documentos da ONU, como da União Europeia, a exemplo da Recomendação (99) 19 que valida e recomenda as práticas de Justiça Restaurativas para todos os países.

Tais documentos nos dizem que o processo restaurativo, como pré-condição, requer que o ofensor reconheça a culpa pelo ato praticado e que esta admissão seja realizada de forma voluntária, com respeito e observância de todas as garantias do processo mediador, como a livre desistência do procedimento a qualquer momento, o amplo acesso à justiça e o respeito ao devido processo legal.

Quanto ao resultado do acordo realizado pelas partes, deve este estar balizado dentro do que chamamos e entendemos como razoável e proporcional, ou seja, aquilo que não macule a dignidade da pessoa humana, que seja plausível e em grau suficiente para promover a reparação do dano.

Necessário ressaltar que tal meio de solução orienta que a participação no processo restaurativo, bem como o que nele for acordado, não venha a ser usado como meio de provas em um futuro processo judicial, caso a prática da justiça restaurativa seja infrutífera.

Deste modo, vemos que a Justiça Restaurativa é regrada por princípios e elementos que devem ser respeitados, sob pena da mácula à finalidade desta.

5 PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

5.1 Princípios orientadores das relações entre os processos de justiça restaurativa e a sociedade.

5.1.1 Justiça participativa

A justiça participativa e/ou elemento participativo, são fundamentais em qualquer processo restaurativo, pois, tem como fim, diferentemente do que ocorrem no sistema penal tradicional, dar voz ativa as partes no processo, possibilitando que possam falar livremente sobre os fatos ocorridos, explicando e clarificando os motivos pelos quais ele ocorreu, e quais consequências foram geradas.

Pelo princípio da justiça participativa, as próprias partes buscam a solução para os conflitos que as envolvem, dentro dos recursos e capacidades que dispõem, atendendoas suas necessidades e interesses concretos.

Tal prática gera uma melhor conscientização dos danos causados, e também dos reais prejuízos sofridos, tanto por parte do ofensor quanto pela vítima, bem como a reparação dos “laços sociais” que foramrompidos.

5.1.2 Restaurativo

Quando falamos em tal princípio na Justiça Restaurativa, principalmente no âmbito penal, o conceito de “restaurador” vislumbra além da mera reparação material.

A Justiça Restaurativa desenvolveu-se como um movimento que desafia o uso retributivo e violento utilizado no modelo de justiça penal tradicional. O elemento restaurador aqui é marcado pela necessidade de atender os reais interesses das pessoas em conflito, em que até um simples pedido de desculpas já pode ser o suficiente para que os laços quebrados, em decorrência da prática do ato criminoso, sejam refeitos.

É ainda um processo que tenta responder ao sentimento de raiva e de sofrimento da vítima, não pela punição, mas sim pela instigação à busca da restauração. Então, em “troca” ao mal, com a conseqüente raiva e sofrimento experimentados pela vítima, que seja

viabilizada a compensação emocional, e proporcionado o amparo a essas experiências negativas vividas.

5.2 Princípios orientadores das relações entre os processos de justiça restaurativa e o sistema de justiça criminal

5.2.1 Voluntariedade

Princípio derivado do elemento participativo, participação ativa das partes, sendo em conjunto com este, o princípio cerne da Justiça Restaurativa.

Tal princípio deve estar presente em todos os processos restaurativos, tendo em vista que qualquer um dos modelos ou práticas restaurativas não devem ser impositivos e unilaterais, mas sim que sejam processos onde as partes são livres para participarem, e ainda, que possuam livre esclarecimento acerca dos seus direitos.

O caráter voluntário faz com que o ofensor compreenda e se responsabilize mais facilmente pela prática do ato e as consequências produzidas por este, o que gera, quanto ao ofensor, uma maior facilidade em reabilitá-lo e reintegrá-lo.

Essa responsabilização nos mostra de forma clara que, diferentemente daquilo que temos no sistema penal comum, não vigora o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que um dos pré-requisitos para que se tenha a prática restaurativa é a mínima responsabilização do ofensor pela prática do ato.

Vale ressaltar a importância que se tem de encorajar às partes a participar de forma plena no processo restaurativo, devendo existir entre ambas um consenso quanto aos fatos essenciais relativos ao ato delituoso e a respectiva responsabilização por parte do ofensor.

Por outro lado, o princípio da voluntariedade possui certas limitações, pois devemos observar o papel de cada um dos indivíduos em tal processo para compreendê-los e identificá-los.

A limitação deste princípio se dá quanto à predisposição das partes em discutirem e estarem frente a frente para tentarem uma resolução para o conflito em que estão envolvidas. Caso esta não seja viável, não será possível também a concretização dos objetivos que o processo restaurador visa, tendo em vista que “forçar” essa situação, do ponto de vista da vítima, levaria a uma vitimização secundária.

Entretanto, no tocante à matéria penal, temos o confronto deste princípio quanto ao papel do ofensor, ou seja, se a sua participação se deu de forma concreta e real ou se optou pela prática restaurativa em decorrência das consequências que um processo penal lhe traria.

No tocante a essa questão, é preciso que se tenha garantido ao ofensor (como também a vítima) o devido processo legal e as garantias processuais, a fim de protegê-lo de qualquer pressão indevidamente exercida, bem como a garantia de que as consequências, caso o processo restaurativo seja infrutífero, não sejam mais graves do que as que este teria caso tal modelo nem existisse ou não viesse a ser possível de ocorrer naquele caso.

5.2.2 Complementarismo

Os processos restaurativos nem sempre estiveram presentes no processo criminal, pois em certos crimes (principalmente os de natureza mais grave) a prática de processos restaurativos ainda não ocorre em decorrência da relevância ao bem jurídico tutelado em tais casos.

Entretanto, mesmo nestes, os mecanismos de Justiça Restaurativa se mostram viáveis, tendo em vista que um processo restaurativo poderá vir a ser vantajoso na medida em que proporcionará a possibilidade de realizar a reparação dos danos extrajudicialmente à vítima, sendo aplicada ao ofensor, conseqüentemente, uma pena de prisão menos grave e longa.

Assim temos presente um mecanismo complementar ao processo crime e a sua penalização, diminuindo por um lado à massa carcerária e o tempo de reclusão dos ofensores (que tem sido um dos principais problemas atuais do sistema prisional), e por outro, vem a dar melhores condições de reabilitação e ressocialização do ofensor, em decorrência de como o crime é abordado e como a sua conscientização será materializada.

5.2.3 Direitos Humanos

As práticas restaurativas são mecanismos que vão além da definição e proteção da participação das partes, pois exigem pré-condições para sua aplicação, sendo, dentre elas: a

admissibilidade da culpa pelo ofensor que deve ser realizada de forma livre, voluntária e consciente.

Segundo o princípio da presunção da inocência, consagrado no Artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal/88, bem como o Artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, remete-nos ao entendimento de que nenhuma decisão deve ser tomada sem que sejam respeitados os devidos processos legais, capazes de disponibilizar as partes o amplo acesso à justiça e a assistência jurídica necessária (em caso de menores dá-se a assistência também de seus responsáveis) devendo ser estas, entre outras, as garantias do processo restaurador. Insta salientar que a relação entre os processos restaurativos e os direitos humanos não se limitam somente às garantias processuais.

A Justiça Restaurativa e seus processos devem ser entendidos como contributos para a promoção e a prática real da participação democrática das partes (participação que deve se dar de forma ativa e igualitária), cuja finalidade está em auxiliar as partes envolvidas na busca da resolução de seus conflitos, bem como quanto a sua preocupação com as necessidades reais das vítimas e seu esforço em evitar o uso da retribuição e da violência, como forma de punição.

Todos esses elementos devem ser considerados, como demonstração da preocupação com que os processos restaurativos têm acerca do respeito aos Direitos Humanos, promovendo o respeito no âmbito penal, como forma de se garantir uma existência digna à todos os indivíduos.

5.3 Princípios orientadores da Estrutura dos Processos de Justiça Restaurativa

Dentre os princípios existentes, devemos destacar dois, essenciais para a prática restaurativa:

5.3.1 Confidencialidade

Ela uma reserva aos participantes de qualquer procedimento restaurador, sendo garantida a confidencialidade de todas as informações transmitidas no desenvolvimento do procedimento. Nenhuma informação poderá a ser divulgada ou usada em um futuro procedimento penal, caso o processo restaurador fracasse.

Por isso, requer-se, por exemplo, que em caso de fracasso do procedimento restaurador, seja pela impossibilidade de se realizar o que foi acordado ou pelo descumprimento do acordo estabelecido, seja transmitido à esfera do sistema penal comum o mínimo de informações possíveis.

Há de se destacar que certa divergência foi levantada quanto a esta garantia, pois resta dúvida em delinear até que ponto a confidencialidade deve ser mantida sobre o que aconteceu ou acontece em um processo restaurador. Ou ainda, até que ponto as autoridades judiciais devem ser comunicadas daquilo que se passou nos processos restauradores?

A Recomendação (99) 19 do Conselho de Ministros da Europa em seu parágrafo 30 abre uma exceção quanto a este princípio, e estabelece que em casos de quaisquer informações sobre crimes graves iminentes, que possam vir à luz durante o procedimento restaurativo, o mesmo deverá ser comunicado às autoridades judiciais e/ou às pessoas em causa, a fim de garantir e assegurar a segurança e integridade dos participantes.(PELIKAN, 2002).

5.3.2 Imparcialidade

Este é um dos mais importantes princípios que devem estar presentes no processo restaurador, materializando-se na figura do facilitador.

O facilitador é tido como o elemento neutro no processo restaurador e sua função é assistir as partes, assim como facilitar a comunicação entre elas, não cabendo a ele decidir absolutamente nada quanto à forma como o conflito será solucionado. Contudo, só isso não basta, pois é preciso entender o que vem a ser essa imparcialidade/neutralidade e como ela deve ser tratada.

Em seu artigo,ChristaPelikan nos diz que o professor de direito Heike Jung, conceitua a imparcialidade em sentido estrito, ou seja, o facilitador não tende a nenhuma das partes, como também não toma posição quanto ao assunto tratado. Todavia, em processos restaurativos em matéria penal estamos sujeitos a certas “tensões”, sendo essencial encontrar formas de “resistir” as mesmas, possibilitando que os facilitadores tenham o real poder de criar condições favoráveis às partes, para que elas possam ouvir e serem ouvidas, onde ambos sejam capazes de exercitar a compreensão, a aceitação e o respeito. (PELIKAN, 2002).

Portanto, temos que entender que a imparcialidade é diversa da indiferença. Ou seja, a exigência desta não quer dizer que o facilitador deva ser indiferente ao ato praticado e as consequências que ele causou a ambas as partes, mas sim que, durante o processo restaurativo, ele deve ao mesmo tempo “estender a mão” ao ofensor, e por outro lado tentar refazer os laços sociais quebrados entre este, a vítima e a comunidade.

5.3.3 Celeridade

Inversamente ao conceito atribuído os mecanismos judiciários comuns (caracterizados, em especial, pela sua morosidade) a Justiça Restaurativa dá ao conflito uma resposta rápida, célere e eficaz, tal como impõe o próprio sentido da justiça. Isso é possível, pois, nos processos restaurativos temos uma simplicidade na forma de praticar os atos e de buscar uma resolução para o conflito, o que não significa que tal procedimento não tenha regras que devem ser seguidas, pelo contrário, elas existem sim, mas são somente regras essenciais para o andamento do trâmite, cuja finalidade é evitar procedimentos e atos desnecessários ou inúteis que venham a prolongá-lo demasiadamente.

Quanto ao tempo da duração dos procedimentos restaurativos, orienta-se para que o mesmo seja realizado de forma razoável, ou seja, nesse sistema as partes possuem discricionariedade para controlá-lo consoante à natureza, o tipo e a complexidade de cada caso; todavia esta deve se balizar, bem como se limitar ao tempo que normalmente aquele mesmo procedimento se resolveria no sistema penal comum.

5.3.4 Economicidade

Apesar de em certos casos tal princípio não se verificar devido à complexidade do caso, já que o Estado financia as instituições e aqueles que realizam as práticas restaurativas, este modelo pode não ser tão econômico quando analisado, porém, ainda assim ele se mostra menos oneroso que o tradicional, isso quando analisamos o seu tempo de duração e seu trâmite.

Sendo assim, a Justiça Restaurativa traduz-se em uma redução também de custos, tanto para a máquina judiciária, como para as partes envolvidas.

6 OS MODELOS DE PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Mylène Jaccound, nos apresenta três modelos de aplicação da justiça restaurativa, sendo eles:

6.1 Modelo centrado nas finalidades

Este primeiro modelo é um modelo centrado nas finalidades. Nele a justiça restaurativa está direcionada para a “correção” das consequências. A pedra de toque deste modelo está em evidenciar que as finalidades restaurativas são centrais e prioritárias frente aos processos utilizados para atingir o fim. O modelo se enquadra dentro do que Walgrave chama de perspectiva máxima de justiça restaurativa. (WALGRAVE, 1999).

Os processos, como são secundários, fazem com que seja possível a aceitação de processos diversos de Justiça Restaurativa no âmbito penal, tal como a arbitragem. É neste modelo que se pode pôr em questão, por exemplo, as sanções restaurativas impostas por um Juiz em um caso onde uma das partes está ausente ou se recusa a participar da negociação.

Assim, o modelo centrado nas finalidades é uma aplicação tendente das correntes abolicionistas, onde temos como exemplo de aplicabilidade prática desse modelo centrado nas finalidades o modelo Neozelandês para adultos, onde nele é possível que a vítima ou sua família, sequer compareça às seções, estando presentes somente a comunidade e o ofensor (MAXWELL, 2005).

6.2 Modelo centrado nos processos

Este segundo modelo é aquele que considera as finalidades restaurativas como secundárias, sendo, assim, os processos que definem o modelo de justiça restaurativa.

Nesta concepção, todo o processo que seja fundamentado sobre a participação (seja das partes ligadas pelo ato, ou por toda a comunidade) se insere no modelo restaurativo.

Embora as finalidades ligadas ao processo sejam de cunho retributivo, somente a fato de que foram previamente negociadas, onde as partes foram consultadas e envolvidas, já são suficientes para que sejam consideradas como práticas de um processo restaurador.

Todavia, tal entendimento sofre críticas especialmente dos abolicionistas, uma vez que no processo cujas partes optam pela prisão ou mesmo por penas humilhantes ao ofensor,³ não cumprirão com a finalidade ressocializadora e não são compatíveis com os princípios fundamentais da justiça restaurativa.

Como cita Mylène Jaccound “Uma justiça participativa ou comunitária é uma justiça restaurativa se, e somente se, as ações expandidas objetivam a reparação das consequências vivenciadas após um crime.” (JACCOUND, 2005).

6.3 Modelos centrados nos processos e nas finalidades

Por fim, a terceira corrente doutrinária define que uma justiça será considerada restaurativa se os processos forem negociados e apresentarem finalidades restaurativas.

Assim, este terceiro modelo adota uma visão mais restrita da justiça restaurativa. Isso impõe condições à justiça restaurativa (meios negociáveis e finalidades restaurativas) que concentram todas as possibilidades de serem aplicadas à situações que requeiram boa vontade de ambas as partes no que diz respeito à infração. Entretanto, introduzir a boa vontade como critério absoluto de encaminhar os casos aos programas restaurativos conduz inevitavelmente a confinar a justiça restaurativa à administração de infrações sumárias o que, evidentemente, reduz seu potencial de ação.

Este terceiro modelo corresponde ao que Lode Walgrave (WALGRAVE 1999 e 2003) designa através da perspectiva minimalista ou diversionista (no sentido de encaminhamento alternativo) e se inscreve nas práticas de mecanismos civis e não de mecanismo jurídicos.

Neste aspecto, fica claro que o segundo modelo tratado (centrado nos processos) é aquele que mais se afasta dos princípios consagrados pela justiça restaurativa. Isso porque uma justiça participativa e comunitária somente terá caráter restaurativo se nascer como resultado da prática restaurativa a devida reparação as partes dos danos sofridos com o ato.

Neste sentido, um círculo restaurativo só será propício se as decisões obtidas forem voltadas a adoção de medidas restaurativas, até porque, se a decisão se voltar ao

³ Como exemplo temos um caso que ocorreu no Canadá em que o grupo de sentença chegou à conclusão que a pena ideal para o ofensor seria que este utilizasse uma camisa escrita: “eu sou ladrão”.

encarceramento e a práticas de medidas vexatórias para o ofensor, não teremos um modelo restaurador.

Aqui, conforme o exposto, podemos observar duas tendências doutrinárias, uma maximalista e outra minimalista.

A vertente minimalista propõe a justiça restaurativa como um modelo alternativo ao sistema de justiça estatal, sendo que se limita a voluntariedade das partes para estarem em tal processo, devendo o Estado estar afastado do mesmo.

Já por outro lado, os maximalistas, como Walgrave (WALGRAVE, 1999), considera os modelos restaurativos como uma nova proposta para alterar o modelo retributivo-punitivo adotado atualmente, e que para ser melhor cumprindo deve ser integrado ao sistema estatal. E ele assim entende, pois, se restringirmos os processos restaurativos a processos estritamente voluntários, seu campo de aplicação poderia vir a ser reduzido e aplicado somente no campo das pequenas causas. Segundo Jaccound, e os minimalistas, para que ampliem seu campo de ação a delitos mais graves, é necessária a imposição de tais processos com aplicação de sanções restaurativas. (JACCOUND, 2005).

Embora certas iniciativas restaurativas sejam aplicadas atualmente dentro do sistema penal, a perspectiva minimalista é a dominante, por exemplo, nos EUA.

7 MODELOS: MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO, REUNIÃO DE GRUPO FAMILIAR E CÍRCULOS DECISÓRIOS

Passadas as perspectivas gerais e o momento de inclusão do procedimento restaurativo como forma de obtenção para a resolução do litígio, nos deparamos com uma importante questão prática. Qual será o modelo ideal para a utilização?

Em resposta, conforme se observa da própria resolução da ONU e dos desenvolvimentos teóricos, podemos dizer que é possível delimitar 04 modelos práticos principais da Justiça Restaurativa, quais sejam: a Mediação (modelo de utilização majoritária), a Conciliação, a Reunião de Grupo Familiar ou Comunitária (Family GroupConferences ou Conferencing) e os Círculos Decisórios ou Grupos de Sentença (SentencingCircles).

Entretanto, apesar da existência de várias outras técnicas e modelos práticos relacionados pela Resolução da ONU, aqui abordaremos somente três dessas práticas

(Mediação, Reunião Familiar ou Comunitária e os Círculos), tendo em vistas que tais modelos são os mais realizados dentre as práticas restaurativas.

7.1 Mediação entre vítima e ofensor (V.O.M.–victim-offendermediation)

Assim, o primeiro modelo abordado é a Mediação. Está é a prática mais adotada entre os países que receberam as práticas de Justiça Restaurativa. As análises desses programas tem mostrado um aprimoramento na relação estabelecida entre vítima-ofensor, a redução do medo na vítima e a maior probabilidade do cumprimento do acordo pelo ofensor.

É, ainda, uma das práticas com mais tempo de aplicação, por volta de 30 anos em países como os Estados Unidos e o Canadá, sendo que seu primeiro programa implantado ocorreu em 1974, no Canadá, pela comunidade Mennonite.

As práticas de mediação, bem como as demais, para serem aplicadas não exigem, a priori, uma previsão legal específica no âmbito penal, requerem somente que a presença de dispositivos legais que as recepcionem como modelo de soluções consensuais, afastando a possibilidade de pena ou que venha a ser um mecanismo de atenuação dela.

Em suma, para que as práticas restaurativas (como a Mediação) não venham a ser tidas como meros paliativos à crise do sistema judicial, é preciso que estas sejam implementadas como meios de ampliação dos espaços democráticos e como construção de novas modalidades de regulação social, pois se não estiverem pautadas em tais fundamentos, aos poucos tal modelo passará a apresentar os mesmos problemas que temos no atual modelo de justiça penal comum.

A mediação entre a vítima e o ofensor disponibiliza à vítima a oportunidade de encontrar-se com o ofensor em um ambiente seguro e estruturado, uma vez que ambos estarão sob o amparo de um facilitador – que aqui se apresenta na figura do mediador - e assim detém a real possibilidade de construir um plano de ação reparador para a abordagem do conflito e resolvê-lo.

Mais recentemente, temos observado a permissão da participação de familiares da vítima e do ofensor como forma de proporcionar-lhes um maior apoio emocional, porém, nem sempre o encontro entre as partes é possível, e por tal fator, temos uma variação desta prática, denominada como “shuttlediplomacy” ou “mediação indireta”.

Nessa variante, o mediador encontra-se com a vítima e com o ofensor separadamente, sem que ambos se encontrem durante todo o processo restaurador – o encontro ocorrerá somente no momento de assinatura do acordo firmado por ambos. Neste caso a comunicação entre vítima e ofensor não é realizada diretamente e sim por intermédio do mediador.

Esse fator dependerá do país em que a prática de Mediação vem a ser desenvolvida, e o caso poderá ser encaminhado para o processo mediado por Juízes, pelo Ministério Público, advogado das partes envolvidas, Polícia e até mesmo pelas partes, bem como sua aplicação, que poderá se dar em várias fases do processo.

O processo de mediação entre vítima-ofensor visa possibilitar o encontro entre ambos, em um ambiente seguro, estruturado e capaz de facilitar o diálogo. Antes de se encontrarem, vítima e ofensor passam por entrevistas separadas com um mediador treinado que explica e avalia se ambos encontram-se preparados para o processo.

Caso exista preparo emocional, evolui-se para o encontro entre ambos, no qual o mediador pede para que a vítima diga ao ofensor os impactos (físicos, emocionais e financeiros) suportados por ela em razão do delito e o ofensor tem então a possibilidade de assumir sua responsabilidade no evento, enquanto a vítima recebe diretamente dele respostas sobre por que e como o delito ocorreu. Depois desta troca de experiências, ambos acordam uma forma de reparar a vítima (material ou simbolicamente).

Portanto, a mediação representa uma dada exigência daqueles que dela participam, pois exige que os indivíduos, isoladamente ou como membro da comunidade, encarem e reconheçam os interesses do outro como fator condicionante das suas próprias ações ou omissões, sendo este não um meio para que se atinja um fim, mas o objetivo em si do processo mediador.

Os requisitos para qualificar a mediação penal são bem próximos dos requisitos da Justiça Restaurativa, sendo eles: (I) voluntariedade; (II) confidencialidade e oralidade, (III) informalidade; (IV) neutralidade do mediador; (V) ativo envolvimento comunitário; (VI) autonomia em relação ao sistema de justiça.

Contudo, vale ainda ressaltar a importância e o grande desenvolvimento que as práticas restaurativas tiveram em localidades problemáticas, em que há carência, por alguma forma, da presença Estatal e da regulamentação social que venham a estabilizar as relações e

convivências daquela determinada comunidade, como, por exemplo, ocorre na França, Nova Zelândia, Estados Unidos e Austrália.

Todos esses projetos foram frutos não só da crise do formalismo, mas surgiram principalmente por força de outra razão: numa sociedade fragmentária e anômica, os cidadãos não têm quase mais nada em comum, a não ser um determinado conflito que os opõe. Assim, cada conflito é visto como uma oportunidade a ser aproveitada, até porque inevitável, de estabelecer laços sociais e de evidenciar relações de cidadania que só emergem da ocorrência de um conflito (SICA, 2007).

Quanto às propostas de regulação legal, em síntese, podemos dizer que qualquer proposta deve enfrentar três aspectos principais: (I) os critérios de envio do caso para mediação; (II) as formas jurídicas para recepção da mediação pela justiça penal; e (III) a definição de um modelo organizativo implementável.

O que é certo, é que as pesquisas realizadas demonstram de forma geral uma satisfação grande entre os envolvidos quanto às práticas e seus resultados, tanto dos ofensores quanto das vítimas, diminuindo o número de reincidentes e a vitimização dos ofendidos. Por fim, a possibilidade de reparação e a democratização do diálogo existente na mediação contribuem para a diminuição do impacto da atividade delituosa realizada.

7.1.2 Reunião de grupo familiar (Family Group Conferencing – FGC)

Este modelo foi desenvolvido com base nas observações indígenas de solução de conflitos, com base nas comunidades existentes na Nova Zelândia, na Austrália e em partes do Canadá.

Na Nova Zelândia, as reformas judiciárias efetivadas na segunda metade da década de 80 levantaram a questão da violência praticada contra e dentro do povo Maori, bem como a importância de se ter uma resposta da justiça criminal apropriada, em especial, para os jovens.

A solução encontrada foi a proposta dos encontros restaurativos em grupos de familiares, que foram introduzidas como parte do programa nacional. A intenção era evocar e utilizar as tradições dos Maoris de resolução de problemas que incluíam as famílias estendidas (MAXWELL, 2005). Essas reuniões foram introduzidas tanto como uma alternativa aos tribunais, como na forma de um guia para as sentenças.

A elas, geralmente, comparecem os infratores, sua família, as vítimas, seus partidários, a Polícia, um assistente social e outras pessoas importantes da comunidade. Aos jovens se proporciona um advogado. As vítimas comparecem a cerca de metade das reuniões e os procedimentos foram modificados para encorajar sua participação (McCOLD, 2001). As reuniões são informais e espera-se que a tomada de decisões ocorra de forma aberta e consensual.

Os encontros restaurativos na Nova Zelândia são usados principalmente para infratores que cometeram infrações mais graves e para os reincidentes. Os acordos, frequentemente, incluem sanções reparadoras, como desculpas, restituição ou serviços comunitários. Uma característica significativa dos procedimentos é o “tempo de planejamento privado” oferecido ao infrator e à sua família durante o processo, para considerar e sugerir um plano de ação para o infrator assumir a responsabilidade pelo crime e fazer indenizações à vítima (FROESTAD & SHEARING, 2005).

Nessas práticas temos críticas no que se refere à ênfase que se dá na teoria da “vergonha reintegradora” e como ela é desenvolvida (BRAITHWAITE, 1989). Enquanto, que por um lado, alguns a consideram como um elemento central da justiça restaurativa (RETZINGER e SCHEFF 2002), por outro, temos quem a considera oposta à filosofia básica de restauração (MORRIS e MAXWELL 2000).

Podemos dizer que existem dois modelos básicos dessa prática: o primeiro chamado de courtferred, modelo no qual os casos são desviados do sistema de justiça sempre que forem possíveis (caso neozelandês); e o segundo chamado police-based, em que a polícia ou a escola facilitam o encontro entre as partes e familiares (caso da Austrália e da maioria dos Estados Norte-Americanos).

Vale ressaltar, como já dito, que este modelo surgiu para ser aplicado a casos de delinquência juvenil, contudo, na Austrália seu uso foi direcionado para incluir casos envolvendo adultos, sendo estes encaminhados pelo sistema judicial.

Normalmente esta prática tem aplicabilidade para delitos de pouca gravidade, tendo exceção a essa regra os casos da Nova Zelândia, onde tais práticas são estendidas a crimes severos e práticas reiteradas. (PALLAMOLLA, 2009).

Assim, como na mediação, os casos podem ser submetidos para o processo de RGF por Juízes, pelo Ministério Público, advogados das partes envolvidas, Polícia e até

mesmo as partes (em alguns casos) possibilitando que o procedimento seja aplicado em diversos estágios do processo criminal.

O procedimento da reunião é similar ao da mediação vítima-ofensor e tem como objetivos: envolver a vítima na construção da resposta ao delito; conscientizar o infrator a respeito da maldade de seus atos e restabelecer os laços entre a vítima, o ofensor e comunidade.

7.1.3 Círculos Decisórios (sentencingcircles / peacemakingcircles / communitycircles).

Essa prática começou a ser utilizada em 1991, por juízes no Canadá, e em 1995 passou a ser utilizada em um projeto piloto nos EUA. O procedimento é voltado para casos de práticas de delitos cometidos por jovens ou adultos, para delitos classificados como graves, disputas da comunidade, em escolas e em casos envolvendo o bem estar e proteção da criança (SCHIFF, 2003). Sua abrangência não se limita ao fim restaurador, mas visa também à promoção do cuidado e suporte para vítimas e familiares, bem como para a reintegração de ex-detentos na comunidade.

Sua decisão pode ser aplicada como sentença, sendo assim, admitindo nesse processo que a implementação pré e pós sentencial tenha caráter restaurador necessário, uma vez que poderá dar suporte não só as vítimas e ofensores, como também a seus familiares que estão diretamente envolvidos, em casos em que tivemos a aplicação de penas restritivas de liberdade – quanto aos familiares do ofensor, e desvios psicológicos ou mesmo problemas relacionados ao delito sofrido– no caso da vítima.

Nos círculos participam as partes envolvidas no conflito (vítima-ofensor), seus familiares, pessoas que são ligadas à vítima e ao ofensor que os queiram prestar-lhes apoio, bem como qualquer pessoa da comunidade que tenha interesse em participar, e ainda pessoas vinculadas ao sistema de justiça criminal (promotores, juízes, conselheiros, policias, etc) (PALLAMOLLA, 2009, p. 120). Sendo este um processo estruturado para gerar um consenso compartilhado entre as partes que figuram o processo.

Importante se faz aqui é frisar que esta prática é nova, e ainda não se tem muitos estudos formulados com métodos satisfatórios, porém com base nas escassas pesquisas encontradas o mesmo mostra-se um procedimento que gera a satisfação comunitária e uma insatisfação, não corriqueira, por parte dos ofensores, pois se veem em número desigual

diante do grande número de representantes da comunidade e poucos ao seu lado. Contudo, é tida como uma experiência válida e apresenta bons índices, tais como a baixa reincidência dos ofensores.

Pallamolla apresenta um estudo de caso com esses resultados, com base em pesquisa de Raye e Roberts:

Por serem uma forma mais recente de procedimento restaurativo, não existem muitos estudos a seu respeito. Todavia, vale referir uma pequena investigação feita por meio de entrevistas com participantes de círculo de sentença em Milaca e Princeton (Minesota). O estudo refere que 5 entre 6 ofensores sentiram-se satisfeitos com a experiência, tendo sido apoiados pela comunidade e recebido confiança. Alguns ofensores, contudo, contestaram a equidade do círculo, alegando que não puderam se expressar livremente. Já a comunidade parece ter percebido efeitos mais positivos, pois muitos referiram ter experimentado forte impacto com o processo. (PALLAMOLLA, 2009).

Um dos importantes programas de Justiça Restaurativa que utilizam os Círculos como forma de uma abordagem restaurativa, é o programa de São Caetano do Sul em São Paulo. O programa, em atividade desde 2005, tem como público alvo adolescentes autores de atos infracionais.

Trata de um trabalho conjunto da Justiça Paulista com a Promotoria da Infância e Juventude, sendo essa a responsável por selecionar os casos, encaminhando ao círculo restaurativo, fiscalizando os termos de acordo e o seu cumprimento, bem como a eventual aplicação de medida socioeducativa (MELO, E. R; EDNIR, M. e YAZBEK, V. C., 2008)

8 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E SEU DESENVOLVIMENTO E APLICAÇÃO NO BRASIL

O período que seguiu ao fim da II Guerra Mundial, início dos anos 50, foi marcado pela tendência da grande preocupação com a vítima. Nagel, criminólogo alemão, discutia a necessidade do sistema de justiça garantir à vítima uma justa reparação, e ao ofensor uma defesa adequada, e, a ambos, a restauração dos laços sociais quebrados. Assim, segundo Nagel, “ajudaria a desbravar o trilho onde haveria de passar a Justiça Restaurativa e os seus mecanismos operativos”. (FERREIRA, 2006)

Deste modo, começou o desenvolvimento dos modelos de Justiça Restaurativa por todo o mundo, sendo que a prática inicial se deu de forma pioneira na Nova Zelândia, em 1989, e sucessivamente no Reino Unido, França, Estados Unidos e no Brasil.

A partir do seu desenvolvimento, vemos que a Justiça Restaurativa e seus processos primeiramente afloraram nos países cujo sistema adotado é o da *Common Law*, isso porque neles o princípio da oportunidade é inerente ao seu sistema de justiça e este é compatível com o ideal restaurativo, tendo em vista que o promotor possui discricionariedade em encaminhar ou não um processo para esta prática.

Diferentemente ocorre nos sistemas da *Civil Law*, onde vigora o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, não existindo essa discricionariedade por parte do Fiscal da Lei.

O Debate acerca da Justiça Restaurativa foi introduzido no Brasil com a Carta de Araçatuba, redigida no I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, ocorrido no ano de 2005.

Nela delimitavam-se os princípios e atitudes iniciais para implementação das práticas restaurativas em solo nacional. Logo após, foi ratificada pela Carta de Brasília, em uma conferência internacional, já apresentando valores e princípios a serem aplicados. Finalmente, em 2006, na Carta do Recife, ratificaram-se as estratégias que deveriam ser adotadas pelas iniciativas restauradoras em curso, bem como sua consolidação.

Todos esses movimentos foram inspirados na Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, na qual estão definidos os princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em âmbito criminal.

Todavia, é necessário ressaltar que o modelo restaurativo brasileiro não é uma cópia dos modelos estrangeiros, pois o nosso modelo ainda é restritivo, e carece de muitas transformações legislativas para a sua aplicação integral. Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, a reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente e, principalmente, com a Lei 9.099/1995, e com base no princípio da oportunidade, possibilitou-se a aplicação do modelo restaurativo no sistema jurídico brasileiro, saliente-se, em determinados casos.

A intervenção restaurativa pode ocorrer em qualquer estágio do processo criminal, entretanto, como já dito, em algumas instâncias são necessárias alterações legislativas.

Em termos gerais, temos 4 (quatro) fases na qual o processo restaurativo pode ser iniciado:

- Nível Policial (pre-charge);
- Nível Acusatório (post-charge but usually before a trial);
- Nível Processual (either at the pre-trial or sentencing stages);
- Nível Executório (as an alternative to incarceration, as part of or in addition to, a noncustodial sentence, during incarceration, or upon release from prison).

Assim sendo, nos crimes em que a ação penal é de iniciativa privada (ação penal privada ou ação pública condicionada à representação da vítima), uma vez sendo disponível e cuja provocação da prestação jurisdicional é inteiramente realizada por parte do ofendido, é possível que as partes optem pelo procedimento restaurativo para lidarem com o conflito.

Por outro lado, a lei 9099/95 prevê dois institutos restaurativos em casos de crimes com menor potencial ofensivo, sendo eles: a composição civil (art. 74 e parágrafo único), e a transação penal (art. 76).

Temos ainda um terceiro Instituto que possibilita a prática restaurativa em crimes de médio potencial ofensivo, instituto este chamado de suspensão condicional do processo (art. 89).

Em ambos os casos, nos termos da Lei nº 9.099/95, tanto na fase preliminar quanto durante o procedimento contencioso, o processo restaurativo pode vir a ser realizado, sendo que, nos crimes de ação penal privada e pública condicionada à representação da vítima, temos a possibilidade de despenalização via extinção da punibilidade, através da composição civil e, nos casos de ação pública, utilizando-se o encontro para, além de outros aspectos da solução do conflito, se discutir uma sugestão de pena alternativa para o conflito que seja adequado, dentro do contexto restaurativo.

Ou seja, a experiência restaurativa pode ser aplicada na conciliação e na transação penal a partir do espaço do consenso por ela introduzido, que permite o diálogo restaurativo, inclusive abordando outros conteúdos trazidos pelas partes e que podem vir a ser colocados, como os emocionais, por exemplo, algo que não seria possível de ser realizado no sistema penal comum.

Observa-se ainda a possibilidade de aplicação das práticas restaurativas nos crimes contra idosos, uma vez que o art. 94 da Lei nº 10.741/2003 prevê o procedimento da Lei nº 9099/95 para os crimes contra idosos, cuja pena privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também impulsiona as práticas restaurativas, uma vez que em seu art. 126 admite o instituto da remissão. Assim sendo, nesse caso o processo poderá ser excluído, suspenso ou extinto, desde que a composição do conflito seja obtida de forma livre e consensual entre as partes.

Desta forma verificamos que a Justiça Restaurativa, e suas práticas, são perfeitamente compatíveis com o sistema penal brasileiro, bem como necessárias, pois a sua implementação representa uma oportunidade para o alcance de uma Justiça Criminal mais democrática; que vise a real transformação, abrindo caminhos para uma nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, além da inclusão e da pacificação social com dignidade.

Entretanto, como dito anteriormente, há certas barreiras e “preconceitos” jurídicos que impedem sua consolidação, aplicação efetiva e evolução.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvidas o aumento da criminalidade e a especialização de alguns grupos criminosos revelam a fragilidade do nosso sistema penal atual. Uma das grandes falhas consiste na aplicação de uma justiça penal equitativa e democrática, onde não se observam diversos fatores, tais como a formação do indivíduo, o aumento da violência, a crise de legitimidade do sistema judicial e a mudança do papel do Estado na solução de conflitos e na formação e políticas públicas.

As grandes diferenças entre os tratamentos dispensados à vítima e ofensor fazem com que haja por parte dos mesmos um alto índice de insatisfação e, no caso do ofensor, a reincidência. A resposta das sanções voltadas à privação da liberdade do indivíduo é aplicada de forma indiscriminada, e não apresentam caráter ressocializador capaz de tornar o indivíduo que praticou o ilícito novamente apto ao convívio social.

Uma prática de punição que possibilite o indivíduo tornar-se um cidadão, com responsabilidade e humanidade, em que há lugar também para se atender aquele que sofre

com o ato delituoso (vítima), faz com que a ressocialização seja mais eficiente e correta. E é isso que a Justiça Restaurativa propõe.

Assim, podemos afirmar que a Justiça Restaurativa e suas práticas apresentam uma alternativa, e até uma solução, à justiça criminal, tendo em vista que se propõe a solucionar questões que vão e estão além da simples punição proposta pela justiça criminal.

Os princípios que a norteiam primam pela construção de uma sociedade mais solidária e capaz de olhar para o crime, não como um mal, mas como uma ocorrência natural da humanidade, em que será necessário proporcionar momentos de reflexão como forma de procurar soluções viáveis e satisfatórias para todas as partes envolvidas.

Contudo, vale salientar, mais uma vez, que não se tem a intenção de abolir totalmente o sistema da justiça criminal, mas o que se busca esclarecer é que as práticas restaurativas e o modelo retributivo podem coexistir desde que o direito penal tradicional volte, novamente, a ser visto como última *ratio*, ou seja, subsidiário aos métodos alternativos.

Por fim, é necessário que se caminhe no sentido de adotar outros métodos de resolução de conflitos, que, posteriormente, ajudem na diminuição dos níveis de reincidência criminosa e que sejam capazes de dar à vítima a resposta que ela realmente procura.

Nesta medida, a comunidade, em geral, também voltaria a ter, não somente, uma nova perspectiva das coisas, como um novo modo de pensar sobre elas.

A realidade que a justiça restaurativa visa trazer é aquela em que se acredita ser a mais viável e próspera para o futuro.

REFERÊNCIAS

BRAITHWAITE, Jon. **Restorative Justice & Responsive Regulation**. Ed. Oxford University Press: Oxford, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1, 17ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://lelivros.online/book/download-tratado-de-direito-penal-parte-geral-1-cezar-roberto-bitencourt-epub-mobi-pdf/>>. Acesso em: 23 mar 2016.

CHRISTIE, Nils. **Conflicts as Property In British Journal of Criminology**. Vol. 17, nº 1: Oxford, 1977.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Reimpressão da 1ª Edição de 1974. Coimbra Editora, 2004.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra Editora, 2006.

FROESTAD, Jan, SHEARING, Clifford. 2005. **Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos**, IN **JUSTIÇA RESTAURATIVA**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 30 mar 2016.

JACCORD, M. (2005). **Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa**. (C. Slakmon, R. C. De Vitto, & R. S. Gomes Pinto, Eds.) Brasília, Distrito Federal, Brasil: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 30 mar 2016.

MARSHALL, Tony. **Restorative Justice on Trial in Britain In Restorative Justice on Trial**. Org. MESSMER, H/OTTO, H.U.: Dordrecht, 1992.

MAXWELL, G. (2005). **A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia**. (C. Slakmon, R. C. De Vitto, & R. S. Gomes Pinto, Eds.) Brasília, Distrito Federal, Brasil: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>> Acesso em: 30 mar 2016.

McCOLD, P. (2001). **Primary Restorative Justice Practices**. In: M. MORRIS, & G. MAXWELL, **Restorative Justice for Juveniles**. Conferencing, Mediation (pp. 45-46). Oxford: Hart Publishing.

MORRIS, A e G. MAXWELL, 2000. “**The Practice of Family Group Conferences in New Zealand: Assessing the Place, Potencial and Pitfalls of Restorative Justice**”, in A. CRAWFORD e J. Goodey, eds., **Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice** (Aldershot: Ashgate).

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. (Monografia, 52).

PELIKAN, Christa. **The Council of Europe Recommendation n° (99) 19 concerning Mediation in Penal Matters**. Academic Of European Law Forum, Trier, v. 1, p. 22-27, 2002.

MELO, E. R; EDNIR, M. e YAZBEK, V. C. (2008). **A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf>. Acesso em 23 mar 2016.

RETZINGER, S. M. e T. J. SCHEFF, 1996. “**Strategy for Community Conferences: Emotions and Social Bonds**”, in J. Hudson e B. Galaway, eds., **Restorative Justice: International Perspectives** (Monsey: Criminal Justice Press).

SICA, L. (2007). **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SCHIFF, M. (2003). **Models, Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies**. (A. VON HIRSCH, J. ROBERTS, A. BOTTOMS, K. ROACH, & M. SCHIFF, Eds.). *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, 315-338.

WALGRAVE, L. (1999). “**La justice réparatrice: à la recherche d’une théorie et. Criminologie**, 32 (1), pp. 7-29.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Ed. Palas Athenas, 1ª Ed., trad. Tônia Van Acker: São Paulo, 2012.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 04 abr 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 04 abr 2016.

CONSELHO DA EUROPA. **Recomendação nº (99) 19 da Comissão de Ministros aos Estados Membros relativa à Mediação em matéria penal**. Comité de Ministros, 1999.

Submissão: 13.06.2018

Aprovação: 29.11.2018