



**ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ –
ESMEC
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL PENAL**

MARIA VALÉRIA DE LIMA FEITOSA

**A VIABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL E OS
BENEFÍCIOS PARA OS ENVOLVIDOS NO CRIME**

**FORTALEZA
2014**

MARIA VALÉRIA DE LIMA FEITOSA

A VIABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL E OS
BENEFÍCIOS PARA OS ENVOLVIDOS NO CRIME

Monografia apresentada ao Curso de Direito Processual Penal da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Processo Penal.

Orientador: Prof. Ms. Magno Gomes de Oliveira.

FORTALEZA

2014

MARIA VALÉRIA DE LIMA FEITOSA

A VIABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL E OS
BENEFÍCIOS PARA OS ENVOLVIDOS NO CRIME

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de pós-graduação em Direito Processual Penal da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Processo Penal.

Aprovada em: 25/02/2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Magno Gomes de Oliveira, Me (Orientador)
Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Prof. Michel Pinheiro, Me
Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

Prof. Flávio José Moreira Gonçalves, Me.
Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC)

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte imanente de toda vida, saúde e renovação, que pela palavra do seu poder fez todas as coisas, pois sem ele nada se realiza, nada do que foi feito se fez.

Aos professores da turma de Processo Penal II e orientadores, ao Dr. Magno Oliveira Gomes, pelo apoio e compreensão na pesquisa, aos demais Doutores e Mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos, e à Coordenação e Diretoria da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará - ESMEC, pelo apoio institucional e pelas facilidades oferecidas.

Ao meu querido esposo, Arnaldo Feitosa, pelo companheirismo de todas as horas, que me deu o suporte necessário, e aos meus filhos, Rodrigo e Larissa, pelo simples fato de existirem como crianças maravilhosas, que, por sua inocência encantadora, me proporcionaram a alegria supridora para vencer os momentos difíceis. Pela capacidade de gerarem em mim uma disposição nova a cada dia para permanecer firme até o fim.

“Uma mente que se abre para uma nova ideia
nunca mais voltará ao seu tamanho original”.
(Albert Einstein)

RESUMO

O crime reflete um conflito social que inflige danos e consequências às partes envolvidas em vários aspectos, rompendo e desequilibrando as relações na sociedade. O Estado, na titularidade do poder de punir, utiliza-se do sistema penal tradicional, que se funda no paradigma retributivo de justiça, que, para seu mister, se apodera dos conflitos das partes a quem pertencem essencialmente. Relegando sua participação no processo punitivo. Durante o caminho persecutório, as agências penais se utilizam das partes como informantes em alguns procedimentos sem, entretanto, acolher-lhes a humanidade e singularidade. A infligência da pena de privação de liberdade, principal meio de retribuição do sistema, é cumprida num precário sistema prisional que imprime dor, sofrimento e desrespeito ao condenado, sem, no entanto, cumprir o papel de ressocialização. Apenas marca a presença do poder estatal no monopólio da justiça, caracterizando ainda mais a ineficácia do atual sistema. Frente à situação caótica de todas as particularidades que deflagram a crise, surge o novo paradigma de justiça, apresentando uma proposta restaurativa, fundada na responsabilização do agressor e reparação dos danos às vítimas e sociedade. Garantindo e buscando por essa via o reequilíbrio das relações comunitárias. Estrutura-se primordialmente no método do diálogo, reflexão sobre o delito e empoderamento das partes, para que resolvam seus próprios conflitos. Por essa metodologia a Justiça Restaurativa consolida um modelo penal mais humano, legítimo e democrático, respaldado na garantia dos direitos fundamentais das partes envolvidas e na edificação de um modelo societário, próprio do Estado Democrático de Direito, que se funda nos valores da liberdade e solidariedade. O sistema jurídico brasileiro possui vários dispositivos que possibilitam a inserção de práticas restaurativas na resolução de conflitos. A sociedade por sua vez, tem demonstrado aceitação das formas alternativas de composição de conflitos já desenvolvidas nos programas existentes. Onde as práticas restaurativas têm sido implementadas pela sociedade civil organizada com o poder público. A exemplo das que se encontram em andamento na perspectiva do projeto piloto, desde 2005, em São Caetano do Sul/SP, Porto Alegre/RS e Brasília/DF, os quais demonstram que as hipóteses levantadas na presente pesquisa são viáveis, no sentido que a Justiça Restaurativa encontre espaço de realização no nosso país. Oferecendo inúmeros benefícios aos envolvidos como agressores, vítimas e comunidades envolvidas, sobretudo no que tange ao resgate da dignidade perdida e reinserção social. Carecendo ainda a Política Criminal brasileira de uma re-direção no sentido de expandir o ordenamento jurídico, para possibilitar uma aplicação mais abrangente e completa da Justiça Restaurativa, que não propõe uma substituição do sistema atual, mas uma complementação que visa à conquista dos objetivos de promoção da justiça, reinserção do delinquente e retorno da paz social.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Responsabilização. Reparação de danos. Agressores. Vítimas. Comunidades envolvidas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL.....	12
1.1 Conceito.....	12
1.2 Meios.....	15
1.2.1 Direito penal.....	16
1.2.2 Política criminal.....	23
1.2.3 Sistema criminal.....	25
1.3 Resultados.....	27
2 A VIABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL – CONCEITO, GÊNESES, ESTRUTURAS E RESULTADOS.....	32
2.1 Conceito.....	32
2.2 A gênese.....	35
2.3 Estruturas.....	40
2.4 Resultados.....	44
3 JUSTIÇA RESTAURATIVA – ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS PARA ENVOLVIDOS.....	49
3.1 Resultados benéficos para a vítima.....	50
3.2 Resultados benéficos para o ofensor.....	54
3.3 Resultados benéficos para comunidade.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

A difícil realidade do precário sistema penal brasileiro, só esclarece o quão longe estamos do ideário de sua concepção.

Já de muito, o descrédito do tradicional sistema criminal se apoia na morosidade dos processos no judiciário, e nas superlotações dos presídios. Verdadeiras, “faculdades do crime,” onde as penas, cumpridas sob rasas condições de saúde e higiene, aviltam qualquer noção de dignidade, expondo os presos à completa submissão ao sistema de proteção e especialização do crime, mantido entre eles próprios.

O que nada recupera, só embrutece e fomenta, cada vez mais, a violência, sem jamais coibir a reincidência que é, na verdade, o desejo da sociedade, que, já de muito, vem sofrendo os horrores da violência urbana. Porém, nesse contexto, a sociedade pouco se apercebe do seu importante papel, a ser desenvolvido num sólido processo de recuperação e reinserção daqueles que praticam crimes.

Destarte, numa espécie de estado de letargia sociopolítica, clama pelo enrijecimento das leis e real eficiência do judiciário para abreviar o tempo dos julgamentos e execução penal. No entanto, o que se verifica é que, a cada nova reforma na legislação, o resultado colhido de sua aplicação é o rastro de frustração, pela veiculação dos novos e mais elevados números da violência.

O Estado assume o monopólio da justiça, o exercendo através de um processo de mera punição, fundado no enquadramento da conduta típica que, em regra, desconsidera as necessidades do ofensor e alija também a participação da vítima.

Com efeito, as estatísticas apontam que, daqueles que saem dos presídios, o percentual menor é dos que conseguem abandonar o crime, e, menor ainda, é o dos que conseguem ser re-inclusos na sociedade. A maioria sai mesmo é “pós-graduada”, para engordar os números do crime mais especializado.

O perfil dos ex-presidiários é de alguém que abriga em seu interior a revolta de uma punição que, por todos os meios ignora ou resolve ignorar, guardando só a alienação intelectual, social e econômica. Com isso, volta à sociedade com maior ímpeto de continuidade na conduta delitiva, porque, além de não vislumbrar outras perspectivas socioeconômicas, percebe na sua desgraça uma aprovação tácita da sociedade.

No entanto, os conceitos de Psicologia sinalizam que a simples punição, por si só, não é fator determinante para mudança no comportamento transgressor das regras sociais. A violência e a repressão negam eficácia contra conduta indesejada, pois estudos comprovam que a aplicação das penas conforme postas no sistema brasileiro, em regra, embrutece e estigmatizam o ofensor, infringindo aos presos a idéia de violência sofrida pelo Estado contra eles. Não as vêem como forma de punição pela transgressão e que vá motivá-los a uma mudança de comportamento, esta, só poderia advir, segundo estudiosos do assunto, se a punição encontrasse um significado particular dentro do transgressor. Possibilitando um olhar em que se veja dentro de uma relação que ofendeu o outro e, assim, poder reelaborar suas vivências antigas, dentro de um complexo de conceitos e valores, onde possa vislumbrar novas possibilidades, inclusive a de mudança.

O Direito Penal se mostra contrário e impotente em atender questões de tal grau de subjetividade, oferecendo o frio instrumento do processo judicial, onde tanto as implicações subjetivas do ofensor, como as necessidades do ofendido, são, na sua maioria, desconsiderados. Culminando, àqueles, penas que somente são cumpridas pela imposição. Ausentes da promoção de qualquer consciência de responsabilidade ou mudanças comportamentais.

A proposta de um processo colaborativo, em que participam todos os diretamente envolvidos no crime, é apresentada pela Justiça Restaurativa, como um caminho alternativo ao Direito Penal. Uma mudança de paradigma se coloca na proposta, que busca, o quanto antes, o envolvimento do transgressor no processo judicial, em que é proporcionado um espaço de reflexão e avaliação para vítimas, ofensor e pessoas relacionadas. Buscando não a mera punição, mas a assunção da responsabilidade por parte do transgressor e a reparação dos danos à vítima, trazendo, assim, uma ação completamente nova na esfera da dignidade de ambos, que, nesse processo, só acrescenta ganhos e não perdas.

O processo é voluntário e promove oportunidade de ouvida tanto das dificuldades ou necessidades do transgressor, como do sofrimento causado pelo dano à vítima, podendo a discussão ser estendida a pessoas da comunidade envolvidas ou mesmo ONGs.

A abordagem do crime e suas consequências, numa discussão compartilhada entre os mais de perto interessados, é fator essencial para se alcançar a responsabilização espontânea e proporcional pelo ofensor e a reparação do dano mais próximo do ideal para a vítima, com vistas a concretizar a restauração das relações na comunidade.

Diante da atual realidade da criminalidade e suas consequências, seria a Justiça Criminal Tradicional capaz de promover o controle social com bons resultados de ressocialização e redução dos números do crime?

Seria a Justiça Restaurativa aplicável no contexto jurídico brasileiro, como alternativa ao sistema punitivo a fim de promover melhores resultados?

Que benefícios poderia, o novo modelo de justiça, oferecer, em especial, no campo da efetividade do direito fundamental e dignidade da pessoa do transgressor, da vítima e comunidade?

A justificativa para a realização do presente trabalho reside no interesse pessoal pelo tema, despertado já de muito tempo e aguçado durante o Curso de Direito Processual Penal II. Pelo encontro mais profundo, na sala de aula, com os problemas do sistema penal, que conduziu à percepção da urgência na necessidade de se oferecer uma alternativa a resolução de conflitos, vigente no sistema atual. E, também, pelo entendimento que se deve expandir ainda mais as pesquisas e a discussão sobre um tema de tal relevância para sociedade, visto que, a busca de alternativas para minimizar o problema do aumento do crime é interesse compartilhado por todos.

No âmbito científico, o trabalho contribuirá ampliando a pesquisa e bibliografia na área. Alargando a visão dos interessados através de maior divulgação dos conteúdos sistemáticos defendidos pelos teóricos, bem como, apresentando a implementação de algumas práticas de Justiça Restaurativa em alguns estados brasileiros, e estatísticas de satisfação nas áreas de implantação dos projetos mencionados.

O trabalho tem como objetivo de oferecer um rápido olhar sobre a ineficácia do Sistema de Justiça Tradicional, assim como caracterizar e analisar a Justiça Restaurativa como alternativa parcial ao paradigma tradicional. Sua aplicação e os resultados alcançados, traçando sua trajetória e características até o surgimento no Brasil. Investigar o grau de aplicação nos estados brasileiros no contexto jurídico atual e pesquisar os possíveis benefícios advindos à dignidade dos agressores e vítimas de crimes, bem como os conquistados pela comunidade envolvida.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de pesquisa bibliográfica. Em relação à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada com o intuito de aumentar o conhecimento, buscando,

entretanto, uma transformação na compreensão sobre a prática da justiça penal tradicional e as vantagens do sistema restaurativo para as partes envolvidas e sociedade. Segundo a abordagem, é qualitativa, à medida que se aprofundará na compreensão das ações e relações humanas e nas condições e frequências de determinadas situações sociais. Em relação aos objetivos, a pesquisa é descritiva, posto que, buscará descrever, explicar, classificar, esclarecer e interpretar o fenômeno observado e exploratória, objetivando aprimorar as idéias através de informações sobre o tema em foco.

No primeiro capítulo, é apresentada uma análise conceitual de Justiça Criminal Tradicional, e as implicações do crime frente ao poder de punir do Estado. Abordando-se a eficácia dos meios do Direito Penal, Política Criminal e Sistema Criminal, utilizados para a redução dos índices da violência, bem assim os resultados alcançados.

No segundo capítulo, discute-se o novo paradigma da Justiça Restaurativa, como proposta alternativa aos números da violência, não contidos pelo sistema tradicional, demonstrando o conceito, sua gênese, estruturas utilizadas, sua compatibilidade com ordenamento jurídico brasileiro e a produção dos resultados.

No terceiro capítulo, aborda-se a utilização dos meios restaurativos pelos três grupos envolvidos no conflito, agressores, vítimas e comunidades de apoio, esclarecendo que os resultados benéficos poderão ser usufruídos também no aspecto da dignidade e relações humanas.

O foco central do trabalho reside em demonstrar a proposta da Justiça Restaurativa como uma alternativa viável no Brasil, embora ainda tímida, frente à legislação vigente, para minimizar os números de reincidência no crime e os benefícios adquiridos pelas partes envolvidas e respectivas comunidades, no campo das relações e dignidade humanas, como fator indispensável à promoção da ressocialização e conseqüente redução da violência.

1 JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL

Uma súbita abordagem a respeito da Justiça Criminal, a princípio, remete nossa percepção à veiculação dos altos índices de violência, à insegurança pública daí decorrente, e à capacidade preventiva e repressiva do Sistema Criminal, em vigor, de conter o avanço do crime. Entretanto, somente num segundo momento é que se pensa na figura do criminoso, no delito em si, na vítima imediata e mediata, a sociedade, bem como nos danos causados pelo crime. Sem ignorar, outrossim, que tudo isso faz parte de um único conjunto integrado que compõe um objeto central, sem o qual não haveria delito que ensejasse necessidade de se operar a justiça.

O delito, se visto, não somente como um simples descumprimento do direito posto, mas também, como um fato social, permite o entendimento que por existirem vários interesses e universos em questão, que se posicionam de forma contraposta, elucida a idéia que a administração da Justiça Criminal é muito mais complexa do que parece, e exige do Estado uma macro estrutura legislativa, organizacional e executiva para fazer justiça.

1.1 Conceito

Em matéria de conceituação de justiça criminal, um dos fatos, em princípio, a ser considerado, é que, em havendo um crime, ao Estado resta à legitimidade formal, remanescente desde o Contrato Social, para manifestação do direito a persecução penal, contra aquele que se desviou da conduta padrão e violou a lei, uma vez que a esse Estado pertine o *jus puniendi*.

Para concretização desse mister, o Estado brasileiro se utiliza de todo um sistema de Justiça Penal Criminal, tradicionalmente, adotado a partir dos meios da Política Criminal, Direito Penal e Processual Penal, penas e sistema penitenciário para organização e funcionamento do macro sistema, que se funda, essencialmente, na aplicação das penas restritiva de liberdade ou de direitos ao criminoso. O objetivo é a retribuição e punição pelo mal causado a vítima e a sociedade, a fim de garantir a coexistência social pacífica pelo caráter exemplificativo e inibidor da criminalidade que julga alcançar.

O crime, entendido no sistema vigente, limita-se aos atos que violem a lei penal, persistindo que este, na verdade é praticado contra a sociedade, estando o topo desse sistema

ocupado pelo Primado do Interesse Público, defendido pelo Monopólio Estatal através do instrumento da Justiça Criminal.

A Justiça Criminal Retributiva, assim chamada, faz uso dogmático do Direito Penal Positivo, onde os ritos solenes e públicos oferecem, durante a perseguição da prova de culpabilidade do suposto autor do delito, um procedimento contencioso e contraditório cujos militantes operam por linguagem formal e complexa. De um lado as autoridades que representam o Estado na defesa da sociedade, e do outro os profissionais do direito a favor da proteção dos bens e interesses do infrator.

A resposta social, pelo instrumento do sistema penal passou a selecionar condutas, grupos sociais ou pessoas para quem seria canalizada a punição, é o que alude Saliba (2009), afirmando que desde então o fenômeno da criminalização se cristalizou não genericamente, mas selecionando e pontuando um esteriótipo, escolhido dentre a classe menos privilegiada para arcar com o ônus de uma conduta estipulada para ostentar maior visibilidade. Com o propósito de proteger condutas “perpetradas por camadas sociais imunes à repressão do sistema.” As quais ocupam lugar em um grupo social detentor de alguma parcela especial de poder. Essa atribuição seletiva fomenta um sistema excludente, própria da sociedade moderna alinhada com a eliminação do desviante do seu círculo, aprisionando-o e afastando do convívio social.

A culpabilidade do acusado é apurada de forma individual, vislumbrando o crime realizado no passado, isto quer dizer, anteriormente a lei, ou seja, nos termos do referencial constitucional do artigo 5º, XXXIX, CF/88 (BRASIL, 2014, *on line*): “Não há crime sem lei ulterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A consequência é a estigmatização do apenado, que uma vez condenado pela lei e tendo cumprido a pena, ou pelo menos sido acusado como infrator da lei, será rotulado como parte diferente da sociedade, sofrendo a partir de então uma censura excludente, que, por vezes, se mostrará velada, contudo real, por parte do sistema social. A repercussão se verá em todo contexto de vida social do ex detento. Não há, durante essa trajetória processual, um momento específico e especial voltado para utilização de instrumentos que motivem o acusado a um repensar o crime cometido. Uma internalização das consequências reais dos danos causados à vítima e sua extensão a sociedade.

Participando dessa percepção, Zerh (2012, p. 51) sintetiza que:

O próprio processo penal não dá espaço para o arrependimento, muito menos para o perdão. Além disso, pela sua própria natureza, ele estimula os ofensores a negarem sua culpa e se concentrarem na sua própria situação. Busca ativamente manter vítima e ofensor separados, realçando sua condição de adversários e desestimulando a busca de um entendimento comum sobre a ofensa e sua resolução.

O sistema trabalha visando acima de tudo dar uma resposta à sociedade e cumprir um direito posto, que, em regra, alija do processo decisório agressor e vítima. É o que comprova, por exemplo, a indisponibilidade da ação penal, característica do sistema. Ela protege prioritariamente o interesse social, no momento em que, à exceção dos casos previstos em legislação específica, é claro, é defeso ao Ministério Público, nos termos do art. 42 do CPP, desistir da ação penal, visto que age em nome do Estado, na defesa dos interesses da sociedade a quem cumpre representar.

No exercício desse mister, lhe é negado, porém, a propriedade da ação. Daí porque após, intentada a ação penal pública, o referido dispositivo veda a desistência. Todo o processo de decisão é realizado por autoridades como juízes, promotores, delegados, policiais, outros serventuários e profissionais do direito, os quais trabalham na ação no sentido de considerar o infrator em seus ilícitos, sem, contudo, chamá-lo a responsabilização, mas somente puni-lo, ignorando suas necessidades, somente permitindo-lhe participação pessoal de forma rara e mínima, diante de procedimentos preestabelecidos.

A exceção dos casos de Composição de Danos, Suspensão Condicional do Processo previsto nos artigos 72, 76 e 89 da Lei 9.099/95, ou ainda por ocasião do interrogatório no exercício da ampla defesa, onde é possível a manifestação pessoal do acusado, em regra, não lhe é permitido ou motivado a dialogar com a vítima, que por sua vez também é alijada do processo punitivo. Ficam ambos isolados no sistema, durante quase todo curso da ação penal.

O acusado não se comunica diretamente no processo, mas através de seu advogado. Durante o transcurso da ação que responde lhe são asseguradas as garantias constitucionais do princípio da Legalidade, Devido Processo Legal, Presunção de Inocência, dentre outras. No entanto, ao ser condenado, em sendo a pena privativa de liberdade, estará passível de ser submetido ao cumprimento de penas, tantas vezes desarrazoadas e desproporcionais.

A proposta da justiça que se imprime, nesse contexto, tem caráter de retribuição e combate às ações entendidas como crimes, posicionando Estado e cidadão em polos opostos de um conflito, onde prevalecem os ditames do Estado como aquele que detém maior parcela do poder, e o utiliza para subjugar a parte mais suscetível, o cidadão, que perde parcela significativa dessa cidadania pela ocorrência do crime. Impõe-se-lhe, então, uma dinâmica de regras e processos que ignoram suas necessidades, e culmina penas que, se apreciadas sob um olhar mais detido, certamente seriam qualificadas como, desumanas, infamantes e cruéis. É o que também salta aos olhos de Lemgruber (2001, p. 244), quando salienta:

Ninguém mais desconhece que as condições de cumprimento de pena no Brasil são cruéis, desumanas e degradantes. Os níveis de superlotação são absolutamente dramáticos e as condições sanitárias, vergonhosas. A violência entre os presos é comum e os espancamentos de presos por guardas são rotineiros, mesmo em unidades para adolescentes infratores. As assistências médica e jurídica são deficientes, e os estados não têm sido capazes nem mesmo de dar trabalho ao preso. Aliás, ao contrário do que se imagina, o preso busca o trabalho, já que para cada três dias trabalhados ele pode descontar um dia de pena. Vestuário e artigos básicos de higiene, como sabonete, pasta de dente e papel higiênico são raramente distribuídos. Completando o quadro, um elevadíssimo número de fugas, a fácil entrada de drogas, armas e telefones celulares, aponta para níveis de corrupção muito preocupantes.

É somente através desse sistema que o Estado, em meio a um quadro de crescentes números da criminalidade, gozando de legitimidade para o exclusivo exercício do poder-dever de punir, busca oferecer resposta ao anseio social de proteção e paz.

Entretanto, antes de adentrar a seara da obtenção de resultados, faz-se necessário passar ao exame mais detido dos meios utilizados por este sistema de justiça.

1.2 Meios

Muitos casos de violência exacerbada, de repercussão nacional têm mobilizado a opinião pública a pressionar os governos brasileiros a canalizar investimentos para elevar o poder de repressão do sistema punitivo, eleito como principal fonte de realização do controle social.

Entretanto, a margem de qualquer investimento no aparelhamento da polícia e outros órgãos que compõem o sistema, este que deveria responder, na mesma proporção, às estatísticas veiculadas, ao contrário, mais desperta a atenção para um exame mais acurado sobre a eficácia dos meios de que se vale para consecução da justiça.

Conduzindo a sociedade a uma constante busca de vislumbrar alguma resposta sobre a coerência de sua aplicabilidade, a partir da compreensão das estruturas de funcionamento e objetivos desses meios.

1.2.1 Direito penal

Dentre os micro-sistemas normativos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, surge o direito penal como meio de compor a justiça, na função de corpo de normas coercitivas que visa à manutenção da paz social, incumbindo-lhe à matéria conceitual relativa ao crime, tipificações seguidas das respectivas sanções e desenvolvimento das atividades dos vários organismos que, conjuntamente, formarão o Sistema de Justiça Criminal Brasileiro. O acervo da matéria penal consubstancia a base e o reflexo da política criminal nacional, devendo com ela guardar consonância. Numa definição tradicionalmente aceita, a conceituação de Nucci (2012, p. 53) para direito penal: “É conjunto de normas jurídicas, voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação.”

Na visão mais recente de Brandão (2010, p. 05), que entende não se poder dissociar o conceito de direito penal de seus três institutos base, o crime, a pena e as medidas de segurança, afirmando que: “Direito Penal é um conjunto de normas que determinam quais ações são consideradas como crimes e lhes imputa a pena – esta, como consequência do crime –, ou medida de segurança.”

No que tange as origens do Direito Penal, que se desvincula do terror das penas cruéis e se preocupa com a pessoa humana é relativamente recente. É dos postulados de Montesquieu e Beccaria que se chega ao Direito Penal clássico, que desponta como ciência a época do movimento iluminista no século XVIII, quando na Europa as idéias de alguns pensadores se contrapunham as idéias e práticas de excessiva crueldade, ante as penas de castigos corporais e pena de morte.

O direito como instrumento gerador de privilégios, possibilitava aos magistrados, usando de toda arbitrariedade quanto possível, realizar julgamentos fundados na condição social do indivíduo. A partir da obra de Beccaria lançando os fundamentos para posterior sistematização do Princípio da Legalidade, o direito penal assume novos contornos de razão e humanidade, característico do movimento iluminista, tutelando os direitos subjetivos do cidadão a fim delimitar o exercício do poder do Estado, para prevenir arbitrariedades que

antes eram comuns. Inicia-se, verdadeiramente, a fase científica do Direito Penal a partir da formulação sistematizada do Princípio da Legalidade com Fuerbach, posteriormente, a Beccaria.

Em estreita relação com o Princípio da Legalidade, o princípio-valor basilar da dignidade da pessoa humana começa a ser disseminado com o advento das liberdades e garantias herdadas do movimento revolucionário francês, que foram espalhados pelo mundo e finalmente chega ao Brasil infante.

Antes, porém, no Brasil do descobrimento, com características da época, vigia penas aleatórias, com a aplicação da violência desmedida das penas, caracterizando aquele período de terror pré-iluminista, sem que houvesse uma preocupação com a humanização da repressão penal. Daí passou-se a vigência das leis imperiais decorrentes da legislação portuguesa que reduziu a violência, mais ainda impunha penas cruéis e desproporcionais. Mais adiante, já no século XVIII foi editado o Código Criminal do Império em 1830, que absorvendo influência do movimento iluminista conseguiu sistematizar uma legislação penal, essencialmente, brasileira, imprimindo-lhe certo caráter humanitário nos tipos de penas.

Veio o Código Penal Republicano em 1890 que se manteve até 1940, quando cedeu lugar ao atual Código Penal, que, a pesar de outras tentativas de reforma, sofreu de fato uma grande reforma em 1984. Com advento da Constituição Federal de 1988 e a consequente consolidação do Estado Democrático de Direito, sob a égide do Princípio da Legalidade, expressão maior desse Estado, o Código Penal brasileiro reformado de 1940 foi recepcionado e continua a vigor auxiliado por outras leis penais especiais.

Desde a última grande reforma, apesar de outras mais pontuais, sofreu mais recentemente uma reforma relativa aos crimes sexuais, acrescida pela lei n. 12.015/2009, estando ainda a padecer de outras, na opinião de legisladores e doutrinadores. Na opinião de Nucci (2012, p. 66) o Código Penal não goza mais de total harmonia sistêmica entre suas prescrições, expondo situações contraditórias, que em ocorrendo um caso específico, serão dirimidas pelo juiz, o que poderá gerar insegurança no sistema. A legislação penal brasileira não se restringe somente ao Código Penal, mas inclui outras especiais, que durante a trajetória legislativa, foram editadas para regulamentar situações que foram omitidas pelo código. Isto visando atender os problemas mencionados, na busca da conformação de legislação tão antiga a novas e amplas realidades. Nesse intento de adequação, tramita até hoje no Congresso

Nacional, desde 2001, o projeto de reforma tanto do Código Penal, como da Lei de Execuções Penais.

No que pese ao Direito Penal ser esse corpo de normas reguladoras da atividade punitiva, deve atuar através das leis que lhe dão suporte em consonância com os referenciados princípios norteadores daqueles que operam com o direito no processo de conhecimento. Como qualquer outro ramo do direito brasileiro, possui seus especiais princípios e legislações das quais importa destacar o Código Penal, Processo Penal, a Lei de Execuções Penais. Dentre várias leis especiais, destacam-se, pela abrangência de suas demandas, as que regulam a violência doméstica, o crime organizado, os crimes hediondos, o desarmamento e Juizados Especiais. A estas se somando outras, e sobre todas elas se lançando o dever de consonância com os referenciados A formalização do Direito Penal, que efetiva sua vinculação as normas e princípios, tem o objetivo de limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em razão dos direitos individuais do cidadão.

Princípio da Legalidade, basilar no atual Direito Penal, cujo enunciado se funda no artigo oitavo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, só veio ser consolidado juridicamente como dogma em 1801, pela obra de Feuerbach citado por Brandão (2010, p. 36). Aquele formulou, cientificamente, o princípio, demonstrando que a pena no Estado, decorre de lesão jurídica. Ele defendia sua aplicação em razão da preservação de um direito face a um mal sensível. O autor defende a Teoria da Coação Psicológica pela qual o Estado recorre à pena para exercer a coação, inibir a índole e refrear os impulsos ensejadores da lesão indesejada. Entretanto, para a doutrina atual a substância do Princípio da Legalidade subsiste na finalidade do Direito Penal que é o exercício do *Jus Puniendi*.

Ao aplicar a pena o Estado tolhe do indivíduo os bens que lhe são mais caros: a vida, excepcionalmente, a liberdade e o patrimônio. Dada à significação da intervenção estatal na esfera dos direitos individuais essenciais, demarca o Princípio da Legalidade, nesse instante, a linha divisória entre os direitos da pessoa humana e o direito do Estado de punir. Segundo Brandão (2010, p. 38), “O papel da Legalidade é proteger os direitos pessoais ante o *jus puniendi* do Estado.” O entendimento que daí emana é que, em tendo o Princípio da Legalidade a função precípua de delimitar a intervenção estatal no âmbito de aplicação da pena, visa a proteção do indivíduo contra as arbitrariedades da punição do Estado. Concomitantemente, garante e coloca esse mesmo indivíduo no centro do ordenamento penal

cujo usufruto lhe é garantido. Assim, passa a haver uma fundamental valorização da dignidade humana.

Em elevada consonância com esse entendimento a Constituição Federal de 1988, a chamada cidadã, arbitra em seu art. 1º a dignidade da pessoa humana como um dos princípios norteadores da República Federativa do Brasil.

Nesse ponto, é preciso construir um pensar que se o Direito penal brasileiro absorveu o Princípio da Legalidade, significa que passou a respeitar a dignidade da pessoa humana, desvinculando-se das penas cruéis e aviltantes do passado. Impondo-se dessa feita a soberania da legalidade, de onde decorre que, para ser legal, a intervenção estatal deve limitar-se ao direito posto, ou seja, ao Direito Penal incumbe o papel de garantir os direitos mínimos, assegurados pela Constituição e os seus específicos princípios. Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem exercer a função de faróis norteadores, para a interpretação acertada, a fim de se alcançar a justa aplicação das normas penais e evitar uma aplicação estritamente mecânica dos tipos incriminadores, infringindo a tais normas o esvaziamento de uma apreciação dos valores da democracia.

Dessa feita, julga-se relevante apontar nesse momento da pesquisa as garantias oferecidas por alguns dos mais importantes princípios constitucionais, quais sejam: Princípio da Legalidade – Art. 5º, XXXIX - determina que só se admitirá a existência de um crime quando houver perfeita correspondência entre a conduta praticada e a norma legal, que deverá, previamente, ser editada depois de seguir o devido processo legislativo; Princípio da Anterioridade – Art. 5º, XXXIX - determina a vedação de se aplicar uma lei sobre um caso concreto se o fato não tiver ocorrido posterior a lei, não podendo esta retroagir para punir condutas já realizadas; Retroatividade da lei penal benéfica – XL - Consubstancia uma exceção em que se admite que a lei penal possa retroagir se for para beneficiar o réu, que, em regra, não poderia estar sob efeitos de lei posterior ao delito cometido, podendo isto acontecer até mesmo se já houver sentença transitada em julgado; Personalidade ou responsabilidade pessoal – XL - não deve por este princípio a pena ultrapassar da pessoa do condenado, evitando assim a punição de terceiros inocentes; Princípio da Individualização da pena – XLVI - a partir deste, entende-se que a pena não deve ser padronizada, sendo cada um punido na medida de sua culpa, admitindo-se as penas de: privação ou restrição de liberdade; perda de bens; multas; prestação social alternativa; Suspensão ou interdição de direitos; Humanidade – XLVII - o direito a pena que deve primar pela benevolência, no que toca

também ao condenado, em função disso, admite-se pena de morte somente em caso de guerra declarada e não se admite penas cruéis, de caráter perpétuo, trabalhos forçados, de banimento, devendo-se assegurar o respeito a integridade física e moral do preso; Intervenção mínima – art. 1º da CF e 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - implica dizer que o direito penal deve ser a última opção buscada para resolver o conflito, ou seja, que o direito penal deve interferir o mínimo possível na autonomia e liberdade do indivíduo; Fragmentariedade- O Direito Penal deve sancionar apenas condutas mais graves praticadas contra bens mais importantes; Culpabilidade – Art. 18, CPB - dita que não deverá haver punição se não houver dolo ou culpa na conduta praticada; Taxatividade – XLVI, XLVII – determina que a lei ao tipificar uma conduta como crime deverá fazê-lo de modo claro, para não deixar dúvida quando a conduta for praticada; Proporcionalidade – significa dizer que as penas devem proporcionais a gravidade da infração cometida sem chegar ao extremo de punir exageradamente ou usar de liberalidade na imputação da pena; Vedação da dupla punição – ao delincente não pode ser cominada mais de uma pena pelo mesmo crime. Este não se funda em nenhum dispositivo, mas na doutrina. Da dignidade da pessoa humana – Art. 1º da CF/88 (BRASIL, 2014, *on line*) - de fundamental importância para orientar o legislador na definição das condutas típicas. Emanam dos fundamentos do Estado do Estado Democrático de Direito.

Trata-se por evidente que para realizar a justiça de forma ampla, para além da arbitrariedade ou simples formalidade, precisa-se associar às leis a uma interpretação evolutiva, fundada nos costumes, ordens normativas locais, erigidas sobre padrões culturais, morais e sociais de determinada coletividade, consubstanciando seus princípios. Buscando-se por eles a garantia de uma aplicação humanizada da lei penal.

A finalidade do Direito Penal (BRASIL, 2014, *on line*) moderno funda-se, primordialmente, na limitação do poder punitivo do Estado e a garantia dos direitos individuais do cidadão. Isso remete a que ao Estado cabe punir, mas também prevenir, cabendo estímulos e políticas públicas para motivar o cidadão a se manter afastado de uma conduta reprovável estabelecida pelas normas. À sua função ético social atribui-se a grande finalidade de acobertar os bens jurídicos mais valorados para a permanência do corpo social, como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, a dignidade, dentre outros que a Carta Magna eleva ao patamar soberano de bens jurídicos a serem tutelados com prioridade. Tais direitos pertencem à cada indivíduo, inclusive ao criminoso.

Entretanto, uma concepção tão somente pragmática e privilegiadora que, em detrimento da busca da reprovação da conduta inidônea, se detenha apenas aos resultados, posiciona o Direito Penal como simples propagador do medo e coerção. Furtando-se, assim, o papel de garantidor dos valores fundamentais à coexistência pacífica, no contexto político-social. Arrisca-se a partir desse momento o compromisso ético de proteção dos valores fundamentais de todos. Por essa razão, o mesmo Estado que valorou os direitos em forma de normas protetoras, deve executar a punição dentro dos fundamentos que aprova, para que sua omissão ou punição negligente não desmotive a submissão às leis que criou.

Independentemente da orientação a ser seguida, no que se refere à missão/função que decorre das atribuições do Direito Penal, se subordina, entre outros fatores, à forma de Estado, seja ele absoluto ou de direito, esse imperativo condicionará toda produção legislativa na seara penal, inclusive e principalmente no que se refere à regulamentação das penas.

O direito penal brasileiro se utiliza, primordialmente, da pena de prisão, a qual nos remete a idéia inicial que ela abriga um mal. Isso em virtude de importar necessariamente a perda, ou renúncia de um bem. Porque aquele que comete crime sofrerá a consequência jurídica da pena. Acrescenta a doutrina de Capez (2013, p. 358) que conceitua pena como:

Sansão penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Assim, admitindo que a pena é a sanção mais grave e violenta, deve por isso o Estado menos aplicá-la, impondo a consequência de culminá-la apenas para a violação de bens jurídicos mais relevantes. É o que confirma a visão mais ampliada sobre o assunto de Cesare Beccaria (1764), quando afirma que toda pena que não derive de absoluta necessidade é tirânica, pelo fato de decorrer da imposição do poder estatal.

As lições da doutrina majoritária não nos distanciam de reconhecer no Direito Penal, nascido na modernidade, o exercício de sua função de fundamento teórico para realização da justiça. Ao utilizar-se da figura das penas, deve restringi-las ao mínimo necessário, para cumprir a missão do Estado de punir o desvio, caso contrário, se esvairia sua legitimidade.

No caso Brasil atual as penas privativas de liberdade tem sido cada vez mais utilizadas. Embora sua relevante contribuição para o fim das penas aflitivas dos castigos

corporais, é a pena de prisão vista como exigência amarga e imprescindível, tendo deixado, na visão de Mirabete (2008, p. 252): “de efetivar sua finalidade de recuperação do criminoso, especialmente pelas profundas contradições que guarda seu sistema de aplicação”. Ressaltando o autor a inviabilidade de recuperar alguém que seja colocado em meio onde impera valores contrapostos aos do ambiente que ele deverá se integrar quando de sua liberdade. Isso agravado pelas condições de constantes agressões da dignidade humana, a que se submete o preso em meio à triste realidade dos presídios. Zaffaroni (2011, p. 60) considera que:

Cada um de nós se torna aquilo que os outros vêem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo aparato do sistema penal está preparado para essa rotulação e para o reforço desses papéis.

A despeito de todas as críticas e reflexões que ressaltam o fracasso da pena privativa de liberdade, no que tange ao papel educativo e recuperatório, há que se considerar o vigor das asseverações de Foucault, que, embora ferrenho crítico do instituto, reconhece ser recurso singular adequado a delinquentes que ofereçam alto risco a sociedade. Na mesma direção se manifesta Pimentel citado por Mirabete (2008, p. 253): “A prisão precisa ser mantida, para servir como recolhimento inicial dos condenados que não tenham condições de serem tratados em liberdade”. O próprio Mirabete ao se reportar em defesa da pena de prisão, afirma a necessidade de se reconhecer a prisão como insuprimível, dada sua instrumentalidade a favor da repressão e defesa social, muito embora, pela própria indicação da exposição dos motivos da Lei n. 7.209/84, que altera o Código Penal, deve ser evitada para culminações de curta duração.

Dessa feita, o Código Penal brasileiro consagra em seu artigo 33 a pena de reclusão e detenção como penas privativa de liberdade para os seguintes casos: a reclusão, aplicável para crimes com pena superior a oito anos, que em princípio deverá iniciar o cumprimento em regime fechado, a ser cumprida em estabelecimento de segurança máxima, podendo evoluir para semi-aberto, que deve ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e o aberto, para cumprimento em casa de albergue ou estabelecimento adequado. A detenção que poderá ter o início do cumprimento em regime semi-aberto, para apenados não reincidentes e cuja pena cominada não ultrapasse os oito anos. No caso do condenado ser inimputável, faculta-se ao juiz a aplicação da medida de segurança.

O fracasso tão explorado das penas privativas de liberdade, face ao não alcance da ressocialização, impulsionou a busca de penas substitutas para àquelas, no que se refere aos crimes de menor potencial ofensivo e aos condenados de menor risco social. Essa busca por alternativa tem ocorrido no mundo todo em virtude da ampla crise das penas privativas de liberdade desde os anos 70.

Há uma tendência mundial a seguir orientação para restringir essas penas ao limite da necessidade. Aplicando-se somente aos casos mais graves. Por essa razão, como medidas despenalizadoras, o Código Penal brasileiro prevê em seus artigos 43, 44, 45, 46 e 47 as penas alternativas que visam restringir somente os direitos do condenado, dando ao juiz maiores possibilidades de evitar quando possível o encarceramento, dentre as quais tem-se a prestação pecuniária implementada pela Lei n. 9.714/98; a perda de bens e valores, outra inovação da nova redação do antigo artigo 44 do CP, que hoje na previsão do artigo 45, § 3º permite ao juiz mandar apreender bens e valores do condenado que somem até o limite do prejuízo da vítima, a ser revertido em prol do Fundo Penitenciário Nacional; a prestação de serviços a comunidade ou a entidades públicas, equivalente à previsão constitucional do art. 5º, XLVI, d de prestação social alternativa; a prestação de serviço a comunidade prevista hoje, artigo 46, § 1º, CP; a interdição temporária de direitos, previstas no artigo 47 do CP; a limitação de fim de semana, prevista no artigo 43, VI e 48, consiste no abrigo somente durante período de repouso nos sábados e domingos, quando poderão ser ministradas palestras visando a reeducação, possibilitando o convívio com a família nos demais dias. Ainda no artigo 44, § 2º, CP, a pena de multa como alternativa para os casos em que a infração cometida tenha pena igual ou inferior a um ano. O que possibilita ao juiz a substituição da pena privativa de liberdade. Deve o juiz, em atendimento as ampliações das oportunidades de utilização das penas restritivas de direitos trazidas pela Lei n. 9.714/98, efetivar na maior medida possível a substituição das penas.

1.2.2 Política criminal

Considerando o fato que as condições econômicas possibilitem diferentes maneiras de proteção contra a criminalidade, há que se considerar também que elas não são suficientes para superar a força e a capacidade de exercer proteção que disponibiliza o Estado. Daí porque se constituir uma Política Criminal bem elaborada é importante meio de promoção da justiça estatal. Muito embora as formas de proteção, diante da criminalidade, sejam variantes na medida das condições sócio-econômicas de cada indivíduo, elas comungam num

aspecto, o anseio social de posicionamento mais rigoroso de intervenção estatal, com objetivo de enfrentar ao aumento da violência e proporcionar segurança social.

Por essa razão, na medida em que são cometidos crimes, que impactam a coletividade ou que o aumento dos números do crime supera o limite do suportável, as autoridades são questionadas sobre as ações efetivadas pelos órgãos públicos com o propósito de conter e punir os infratores da lei. Nesse momento, surge a Política Criminal como um meio que se utiliza o sistema de justiça para, através de suas decisões, desenvolver métodos e técnicas para minimizar e controlar a atividade criminosa na sociedade. Nesse sentido, para Zaffaroni (2011, p. 122) “A Política Criminal a 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”.

Por tal serviço constitui-se a política criminal meio da maior relevância para a atividade do sistema tradicional de justiça criminal, por agregar as diretrizes e princípios a serem adotadas, para que a partir deles se efetive a produção e modificação legislativa penal. Assim também, a implementação dos institutos necessários ao aparelhamento da administração da justiça.

Embora existam diversos entendimentos para a noção conceitual do que seja política criminal, variando entre ciência, técnica ou método de olhar e apreender criticamente o Direito Penal, vale acrescentar a balizada opinião de Nucci (2006, p. 54), que entende ser a política criminal uma maneira de estudar e entender de forma questionadora o direito posto. Pode-se assentir que a política criminal está presente antes, durante e depois da edição da norma penal, estendendo-se à aplicação e seus reflexos, já que traça as linhas básicas do direito em todo tempo.

O Brasil vem implementando uma Política Criminal de repressão e uso contínuo do encarceramento. O que só se amplia cada vez mais, à medida que cresce também a violência e a pressão social por segurança. Tal postura segundo, Pastana (2007, p.29), vem consolidando o “Estado Punitivo” no país, o que constitui elemento fundamental e necessário ao projeto liberal que os poderes do capital vêm disseminando mundialmente e que chegou ao Brasil, hoje com a roupagem de Neoliberalismo.

Ainda no século XX, a criação da Lei de Execuções Penais – Lei n. 7.210/84 – fincou marco de fundamental importância para a realização da Política Criminal no país. O instituto visava à normatização da execução das penas no que tange as disposições de

sentença, decisão criminal, e as condições de proporcionar a integração social do condenado e do internado de forma harmoniosa. Com a previsão dos artigos 63 e 64 dessa lei que cria o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, responsável por propor as diretrizes e constante avaliação da Política Criminal. Importantes passos são dados na tentativa de desenvolver o controle social.

Após a criação, o Conselho, que atua subordinado ao Ministério da justiça, tornou-se responsável pela elaboração de planos nacionais de desenvolvimento e aprimoramento da política criminal no país inteiro, podendo traçar metas e prioridades da política criminal penitenciária. Também trabalhando na edição de resoluções para consecução das suas diretrizes.

Em detrimento da existência de várias críticas relativas à notória e discutida contradição entre os postulados teóricos do direito penal e sua prática, os pesquisadores se posicionam indicando que o caráter acentuadamente repressivo se justifica na pressão da população, fomentada pela mídia que atenderia interesses capitalista, interessados no desenvolvimento de uma cultura de medo, com fins na expansão da indústria de segurança. O que contraria sobremaneira os interesses do Estado Democrático de Direito de ressocialização do preso.

1.2.3 Sistema criminal

Por meio do Sistema Criminal vigente é que o Brasil busca executar sua política de combate aos elevados índices do crime. Daí porque, em se tratando da atuação do Sistema Criminal, uma das temáticas mais relevantes, no que se refere ao direito em ação, é relativa à capacidade do sistema judicial de processar e executar as sentenças daí provenientes, na medida satisfatória das demandas que chegam ao seu conhecimento.

Nesse cenário, as organizações policiais, as promotorias e os tribunais de justiça emergem com particular importância, uma vez que são esses os órgãos responsáveis pela aplicação do direito penal.

O advento da Constituição Federal de 1988 acrescentou ao sistema, o modelo bifásico, onde atua pela via administrativa, horas pela via judicial. A fase administrativa ou extrajudicial, inicia-se pela atividade preventiva da polícia fardada, no sentido de, a princípio, evitar o cometimento dos delitos, e, em sendo frustrado esse esforço, o Estado

mobilizará outros meios através da ação do Delegado de Polícia que realizará o Inquérito para identificar o autor do delito e sujeitá-lo aos procedimentos de competência do judiciário.

A partir desse momento, percorre-se a 2ª fase, dita judicial, quando concluído o inquérito, nos termos da legalidade, as provas da existência de indícios de autoria e materialidade do fato criminoso irão embasar a denúncia ou a queixa crime, oferecida pelo Promotor para fins de promoção da ação penal conforme seja de ação privada ou pública, ou ainda condicionada a representação do ofendido. Caso falte a representação em tempo hábil ou os indícios necessários a propositura da ação, o inquérito será arquivado, a critério do juiz interligado a ação do Promotor.

O réu durante a ação poderá ser absolvido ou condenado pelo juiz, conforme prova nos autos e a promoção da ampla defesa e contraditório, feito por defensor particular ou público. Em havendo condenação do acusado utilizar-se-á o sistema prisional como um subsistema do sistema criminal, afim de que o condenado cumpra a pena de detenção ou reclusão.

No contexto moderno ainda prepondera para delitos mais graves a pena de prisão, devendo o sentenciado, uma vez aportando no meio carcerário, se amoldar aos padrões e regras da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo é singular. A necessidade premente é a manutenção da vida, tanto quanto possível, deverá buscar ser aceito no grupo para evitar represálias. Portanto, longe de estar sendo *ressocializado* para a vida livre, está, na verdade, sendo *socializado* para viver na prisão. É evidente que por ser questão de vida ou morte o preso aprende urgentemente as regras disciplinares da prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Entendendo por essa razão muitos doutrinadores não refletir a prisão justa punição.

As características de função repressiva, retributiva, humanitária e ressocializante do condenado tem se limitado a teoria, não alcançando a dura realidade da aplicação da pena. Reconhecendo-se seu deslocamento tão-somente no sentido de expiar a culpa. Portanto, de pouco sentido útil, já que inobserva os dogmas ético, humano e ressocializador.

Retornando a realidade que envolve a colocação e permanência desses sentenciados, ou em grande parte presos provisórios que estão aguardando decisão judicial, à disposição do sistema carcerário, torna-se inconteste que a dura realidade da super-lotação presente em todas as unidades do sistema penitenciário brasileiro, aliada a segregação social sem nenhum ou quase nenhum trabalho, constantemente expostos a convivência diária com o

cometimento de vários tipos de crimes pelos companheiros de cela, somado a outros fatores de violência, encontrados no interior das prisões, condiciona ao fracasso o objetivo essencial e humanitário de reintegração dos apenados. Tal situação coloca a sociedade frente a agudo problema social, de origens e resolução complexa, que demanda urgência de políticas sociais e ações múltiplas encabeçadas pelos órgãos estatais, bem como outras formas de justiça que possam minimizar as demandas de tais problemas.

1.3 Resultados

Ao passar à análise sobre as possibilidades de atuação e funcionamento da Justiça Criminal Tradicional através de todo Sistema de Justiça Criminal que dispõe, bem como os resultados dos paradigmas adotados pelos quais se pode abordar o tema da criminalidade, resta, para determinar sua capacidade preventiva e de controle, identificar de que maneiras sua atuação é em prol da prevenção e repressão. Muito embora, haja um escasso número de pesquisas sobre seus resultados e ações da justiça realizada no país, estudos realizados por técnicos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, no ano de 2008, trazem algumas perspectivas de análise sobre um dos setores do sistema, o prisional. Entende-se aqui, que a atuação do Sistema de Justiça Prisional não é o único fator responsável pelo aumento ou redução dos índices de criminalidade, já que o crime é um fenômeno social de vasta complexidade, que em muitos casos não pode ser alcançado somente por uma mobilização estatal, necessitando da associação de esforços da sociedade. No entanto, suas posturas e dinâmica de atuação são de fundamental importância, já que lida mais diretamente com o tema de justiça que qualquer outra organização do governo, especialmente no que tange a execução da pena. Para tanto há um respaldo normativo para a política criminal que se funda nos princípios constitucionais e penais e nos seus próprios princípios.

O macro sistema em que se move a Justiça Criminal Brasileira, se viabiliza pelas “mãos” do Poder Judiciário que, por sua vez, em regra, age pautado aos trâmites do processo positivado das mencionadas leis, bem como ao código de organização judiciária, e para sua dinâmica dispõe dos vários organismos e institutos como a polícia judiciária, a atuação investigatória das delegacias nos inquiridos, o Ministério Público, o organismo dos fóruns para realização de todo procedimento das ações e, finalmente, o complexo e precário sistema carcerário para as execuções das sentenças. Isso sem abordar os institutos despenalizadores da Lei de Juizados Especiais e penas alternativas com seus núcleos executores.

O substrato do que se quer construir é que a despeito dos escândalos de corrupção e mau funcionamento nos vários órgãos executores da justiça, o Brasil tem leis específicas e, em regra, de inegável conteúdo humanitário, visto o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana que vige no atual Estado Democrático de Direito; tem uma Política Criminal com princípios e diretrizes próprias; dispõe de um macro órgão executor do processo e este submetido ao Devido Processo Legal, que é a máquina do Poder Judiciário; e, fechando, tem um subsistema executor das sentenças, que, de todos, demonstra as piores condições, mas existe, que é o complexo penitenciário. Existe também os micro sistemas e institutos punitivos alternativos que se realizam extra-penitenciária. Todos eles com suas complexas dificuldades.

Existem de fato e funcionam, e realizam a “justiça” no país, e se assim é, cabe então a análise do outro extremo da “Justiça”, os resultados. Para isso cabe questionar em que estado esse sistema, portador de toda uma gama de material jurídico, procedimentos e organismos, se encontra, e que resultados tem conseguido produzir no aspecto do controle, reabilitação e paz social.

Desde décadas passadas, entretanto, o que os criminólogos observam é a elevação das estatísticas dos crimes violentos e de suas variações, mudando o perfil do delinquente. Como exemplo, em proporção assustadora, o crime organizado cresce desenfreadamente, segundo os moldes empresariais e com bases transnacionais. Vai-se impondo, dominando e conectando diferentes formas de criminalidade.

A violência e corrupção dos agentes públicos, peculiar desse tipo de crime, desestruturam e rasgam o tecido social, desorganizando as formas convencionais de controle social. Como resposta, a exceção de algumas medidas despenalizadoras adotadas, já mencionado anteriormente, o que prevalece no sistema punitivo do país, a despeito do discurso humanitário e ressocializador, é a orientação crescente de suas ações para um movimento de penalização, criminalização e carcerização.

O extremo que se pode observar dessa política é a outra vertente do problema, a superlotação. O abarrotamento dos presídios brasileiros se confirma pelas estatísticas fornecidas pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN segundo as quais abriga 469 mil detentos, mas o número de vagas disponíveis no país é suficiente somente para 299 mil presos. Apontando um déficit de aproximadamente 170 mil vagas. Os dados coletados pelo

departamento e que foram finalizados em 30 de junho deste ano, incluem os 60 mil presos em delegacias de polícia do país. Segundo o Ministério da Justiça, o país tem 1.771 estabelecimentos no sistema penitenciário, sendo que 1.172 estão sob coordenação das secretarias de Justiça dos estados. O restante está sob coordenação das secretarias de Segurança Pública. Segundo informações do DEPEN a dificuldade em quantificar melhor a população carcerária do país, reside no fato dos estados não informarem com precisão ou nem sequer informarem sobre os verdadeiros números de detentos no sistema e nem mesmo as vagas disponíveis. Informações coletadas em (<http://in360.globo.com/mg/index.php>)

A superlotação do complexo penitenciário e das cadeias brasileiras tem sido indicada como um dos principais fatores do fracasso do objetivo essencial do sistema penal, o de reintegração dos apenados. O excesso de detentos nas celas gera forte tensão, violência e constantes rebeliões. Chegou-se a utilizar até contêineres como celas na tentativa de minimizar o problema superlotação no estado do Espírito Santo. Os direitos e garantias individuais dos detentos, nesse e em outros momentos saem de cena. Como objetos imprestáveis os presos são tratados como lixo humano, diante da omissão da maior parcela alienada da sociedade que nem se dá conta que um dia o “lixo” vai voltar. A situação coloca a sociedade diante de um grave problema, cujas origens são complexas e determinam a urgência de ações nas mais diversas vertentes.

Às vésperas de se despedir da magistratura, o ministro Carvalhido (2014), membro do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, declara sua esperança que a sociedade e o poder público ao refletir sobre os problemas que envolvem o sistema penal brasileiro pensem sobre o sistema que temos, o que desejamos e, sobretudo, aquele que venha realmente cumprir o que se propõe: reinserir o infrator na sociedade. Pois admite ele: “o que se vê hoje é um índice de reincidência criminal de ex-presidiários, ainda que os dados sejam imprecisos e estejam na mira de uma pesquisa do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, na casa dos 70%”.

Privado da liberdade de locomoção, ainda resta ao apenado o direito de ser tratado como cidadão. Devendo o presídio oferecer condições para tanto, isto na vigência da reprimenda penal, com vista a sua ressocialização. O Estado, nesse aspecto, detém a obrigação de lhe oferecer condições mínimas de sobrevivência, de lazer, de cultura, de

educação orientada e da cura de doenças contraídas fora e dentro do presídio, sobretudo as decorrentes de dependência química.

Outra faceta a se considerar sobre os resultados da Justiça Criminal é o descrédito do judiciário, no tange a falta de agilidade nos processos. O descaso das autoridades em implementar políticas verdadeiramente consistentes em realizar o objetivo de conceder os benefícios da progressão de regimes, para aqueles que preenchem os requisitos legais, é outro fator que agrava a situação de superlotação e ofensa aos direitos e garantias dos presos.

A ociosidade do preso durante o tempo de reclusão é outro fator de suma importância para marcar o desenvolvimento das organizações criminosas no interior dos presídios. Além do que os presos que não trabalham, e são a maioria, não dispõe de chances de ressocialização, uma vez que o trabalho é condição fundamental a dignidade da pessoa humana.

Outro resultado negativo da execução da justiça no sistema prisional é a completa ausência de assistência a saúde dos presos, segundo Censo Penitenciário Nacional, realizado em 1994. Os dados apontam um índice de 1/3 da população carcerária é portadora do vírus HIV. Acrescente-se a isso as condições de insalubridade, falta de atendimento médico, uso de drogas, relações sexuais de toda espécie sem as devidas precauções, dão ensejo ao surgimento de várias doenças como tuberculose, hepatite, dermatose, doenças sexualmente transmissíveis, dentre outras, segundo estatísticas do Ministério da Saúde veiculadas na mídia. O caso da saúde nos presídios é caótico, chegando a atingir a saúde 200 mil funcionários que mantêm contato direto com os encarcerados e com a coletividade também.

Os resultados ora apresentados dentre outros, são de fácil verificação, uma vez que frequentemente são veiculados pelos meios de comunicação do país. Estes só demonstram que apesar da Justiça Criminal Tradicional dispor de amplo e complexo sistema de execução de justiça, apresenta grandes contradições entre sua finalidade e os meios que utilização na realidade para consecução dessa justiça. Os resultados apresentam-se negativos, sendo alvo de muitas críticas cujas mais coerentes apontam como solução, além de mais investimentos do governo para correção das estruturas deficientes, a implementação de políticas sociais que contemplem o desenvolvimento da educação e outras que visem reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Entretanto, a questão envolve tal profundidade que além das

possibilidades aventadas, indica comportar ainda outras que venham alargar o entendimento de propiciar o objetivo da paz social.

2 A VIABILIDADE DO NOVO PARADIGMA RESTAURATIVO NO BRASIL – CONCEITO, GÊNESES, ESTRUTURAS E RESULTADOS

A abordagem da Justiça Restaurativa transita necessariamente pela ocorrência do crime que, nessa seara, é entendido como o reflexo de um conflito social, cujas consequências imediatas são a causa de danos às partes e o rompimento do equilíbrio das relações entre os sujeitos envolvidos e a comunidade.

Entretanto, ocorrendo o crime no contexto da Justiça Penal Tradicional, esta, fundada no paradigma retributivo, vê o crime apenas como uma infração da lei penal e que por isso gera um conflito entre o criminoso e o Estado. Por tal razão, as agências que representam o poder do estatal efetuam o confisco do conflito de seus verdadeiros donos os quais são alijados do processo punitivo. A dinâmica própria desse sistema desrespeita a humanidade e as características peculiares das partes, no momento em que as agências executoras do poder estatal impõem a dor e aflição das penas sem, contudo, resolver os conflitos. Pelo contrário, ainda os agravando.

A partir dessas premissas, emerge a Justiça Restaurativa, apresentando uma nova proposta para intervenção no conflito, com o fim de reparação dos danos e o restabelecimento das relações sociais. O novo paradigma baseado num processo, guiado pela ética da alteridade que visa promover a interação e facilitar o diálogo, de modo a levar um a se colocar no lugar do outro, busca uma reflexão sobre o crime e suas implicações, colocando ao alcance das partes o poder para que elas próprias resolvam seus conflitos.

2.1 Conceito

O cenário de flagrante impotência do Sistema Penal tradicional se confirma frente ao fato que a criminalidade cresceu e a qualidade de vida do cidadão foi sobremaneira afetada, de forma negativa, obviamente. Sem que a resposta obtida pelo Sistema de Justiça Tradicional, a despeito de todos os investimentos, possa reverter ou mesmo minimizar os números alarmantes. Confirma-se a já tão alardeada, ineficácia do modelo de justiça adotado em nosso país. É nesse contexto que surge a idéia, ou volta-se a falar, pensar e discutir o paradigma de Justiça Restaurativa. Não como solução do problema da criminalidade, ou mesmo em substituição ao atual sistema, mas como um viés a essa questão. A proposta consiste em uma forma diversa de abordar o crime e fazer uma justiça criminal mais humana,

na busca de melhores resultados de ressocialização para o criminoso, e satisfação da vítima imediata do crime.

O modelo da Justiça Restaurativa define uma nova abordagem para a questão do crime e das transgressões que possibilita um referencial paradigmático na humanização e pacificação das relações sociais, envolvidas num conflito.

Por essa via, acredita-se oferecer oportunidade de se executar uma justiça capaz de assegurar o gozo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, durante o processo restaurativo, que são inerentes, não somente ao cidadão que não delinuiu, mas também àquele que, apesar de rotulado no atual sistema por todas as implicações do crime cometido, ainda conserva a qualidade de ser humano e, como tal, continua portador de uma dignidade que não deve ser desprezada pelo simples fato de ser acusado ou detento.

Face ao entendimento que a criminalidade, em regra, se atrela aos relacionamentos conflituosos que se desenvolvem descontroladamente, as práticas restaurativas que consignam uma composição parcialmente informal dos conflitos dentro dos princípios da Justiça Restaurativa, têm se mostrado instrumento poderoso na promoção da paz social pela humanização do sistema aplicado, devido o caráter de valorização tanto do agressor como da vítima.

Dentro dessa visão, o que a dinâmica da justiça Restaurativa buscaria evitar, seria as práticas apenas punitivas ou a mera retribuição do crime, as quais tendem a estigmatizar as pessoas rotulando-as indelevelmente de forma negativa, ou meramente permissivas, buscando proteger as pessoas das consequências de suas ações erradas.

Confirma Ortegá (2008, p. 121) que essa filosofia, diversa da Justiça Tradicional, aliada a forma comunitária de resolução dos conflitos, imprime um caráter essencialmente humanitário a Justiça Restaurativa.

Nesse aspecto, é necessário despertar para o fato que, ao se repudiar a acomodação de um sistema tradicional que, indiscutivelmente, embrutece mais do que recupera o encarcerado, toda abordagem e discussão sobre justiça criminal deverá considerar a via da humanização. Outro informe que importa ressaltar, é que o novo paradigma de justiça não objetiva a função de operar uma forma alternativa absoluta. Não possui condão substitutivo à justiça tradicional, mas propõe um caminhar na via paralelo na solução de conflitos, dado o seu caráter peculiar de atuação. Condicionados ao consentimento dos

principais envolvidos, por meio do qual aquele que praticou a ofensa deverá admitir a verdade dos fatos, sendo assim um processo totalmente voluntário, muito embora motivado.

Entretanto, a juventude da matéria, e o fato de ser algo que não é, comumente exposto, difundido e discutido com frequência, sobretudo, face ao modelo tradicional, remetem-nos antes de qualquer outro conceito inicial, ou em fundamento deste, à necessidade de fazer uma abordagem de Justiça Restaurativa de cunho legal e caráter internacional.

A Resolução n. 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas recomenda a Justiça Restaurativa para prática em todos os países, com a seguinte definição: “Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos”.

Acrescenta Ortegá (2008, p. 130) que:

O significado dado pelo Conselho para processos restaurativos é que correspondem àqueles onde vítima, ofensor, e todos os outros atingidos pelo conflito, inclusive membros da comunidade, com a ajuda de um facilitador, possam ter participação ativa na construção restaurativa de uma solução para o conflito, ou, pelo menos, uma redução das consequências.

Seguidamente, sobre o processo comunitário para resolução de conflitos, a abordagem geral de Marshall (2005, p. 270 *apud* Moura e Costa, 2008, p. 615) ressalta outro fator importante no que tange a promoção de benefícios dele decorrentes:

Justiça Restaurativa é um termo genérico para todas as abordagens do delito que buscam ir além da condenação e da punição e abordar as causas e consequências (pessoais, nos relacionamentos e sociais) das transgressões, por meios que promovam a responsabilidade, a cura e a justiça.

Em síntese, o que se concebe pelos exploradores do assunto, é que sempre que se pratique a resolução de conflitos de forma não adversarial, oportunizando as pessoas implicadas tomarem decisões conjuntamente, interagindo na busca de solução cooperativa para seus conflitos, de tal maneira a atingir um resultado justo, no entendimento das partes e de um consenso comunitário, estar-se-á praticando justiça restaurativa na perspectiva de alguma de suas nuances.

Na justiça tradicional retributiva, os indivíduos se colocam em lados opostos, como adversários, em posição de ofensor e ofendido, onde um procede à queixa contra o outro, ingressando no processo como criminoso e vítima e, assim, permanecendo rotulados e alijados até o fim da demanda punitiva. Dessa forma, há uma busca de fazer-se justiça a

vítima, pela condenação do réu. Na justiça restaurativa desaparecem os rótulos, passando vítima e criminoso, coexistirem simplesmente como “partes envolvidas”, que estão interessadas na reparação dos danos a vítima, na não rotulação. Prima-se não pela punição do agressor, mas sua reinserção e pela restauração das relações sociais na comunidade a que pertencem às partes.

Quanto a um conceito definido, não há uma uniformidade entre os doutrinadores, segundo Saliba, que afirma estar em processo de discussão e desenvolvimento, havendo divergência até na definição da terminologia. Prevalendo como o que vem se fortalecendo, entre os termos de justiça conciliadora, justiça reintegradora, reparadora, o de justiça restaurativa. Entretanto, apesar da amplitude conceitual, como afirma Azevedo (2007, p. 34) citado por Saliba, ser a justiça restaurativa uma fusão de duas correntes que encerra

Proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral de vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.

A importância dos conceitos e definições do que seja Justiça Restaurativa, ainda que, de forma genérica, justifica-se no fato que a história aponta para diversidade de práticas, tempos e lugares de suas origens, sem, contudo, pré-conceber regras que lhe dê o mesmo molde em todos os países em que é praticada, mas em todos externa uma quebra do distanciamento entre as partes envolvidas, reprivatizando assim o conflito e promovendo grande parcela de soberania e cidadania comunitária.

Em suma, como já referido, o conceito, segundo Pinto (2007, p. 88): “ainda está em construção e a denominação Justiça Restaurativa teria sido obra de Albert Eglash em 1977”. Por essa razão, importa antes de explorar o conhecimento da consolidação das estruturas que resultam da evolução do processo de implementação de práticas restaurativas, percorrer a gênese desse processo até nossos dias.

2.2 A gênese

A Justiça Restaurativa como abordado, por ser um conceito inacabado, ao longo de sua trajetória pelos tempos e países em que tem sido adotada, conduz um caráter controvertido e divergente na forma como é pensada e utilizada. A existência de diferentes

origens das chamadas práticas restaurativas, dificultam o discernimento de quais delas originaram de fato os moldes do processo que temos hoje. Importando que, apesar da ausência de um único e definitivo conceito, prevalece no Oriente ou Ocidente, independente do contexto sociocultural, uma essência comum nas várias concepções do que se deva entender por justiça restaurativa e do papel societário a desempenhar.

As práticas restaurativas de tão antigas, remontam às sociedades comunais e pré-estatais. Para a solução dos conflitos era utilizado o método da conversa e negociação, ou outro meio idôneo que promovesse a pacificação, evitando métodos meramente punitivos. A estruturação dessas sociedades abrigava uma cultura de valorização do indivíduo, que indicava que, a partir do cometimento, um delito por qualquer deles, o julgamento deveria se dar de maneira a somar esforços no sentido de mantê-lo no exercício de suas atividades sociais, para que não houvesse nenhuma ruptura na ordem social. Essa concepção de justiça diametralmente oposta ao julgamento tradicional, que prioriza as penas do cárcere, favoreceu as práticas restaurativas no seio dessas comunidades, é o que informa Ortegá (2008). Ressaltando-se, já ser tais práticas conhecidas em todos os continentes desde a era pré-cristã, transcendendo até os códigos de Hamurabi, Ur-Nammu e Lipt-Ishtar, datados de dois mil anos antes de Cristo.

Na Europa pré-moderna os processos comunitários eram admitidos concomitantemente à justiça particular, como afirma Rolim (2004, p. 11):

Antes da “Justiça Pública”, tal como a conhecemos, não teria existido tão-somente a “Justiça Privada”, mas, mais amplamente, práticas de justiça estabelecidas, consensualmente, nas comunidades e que operavam através de processos de mediação e negociação, ao invés da imposição pura e simples de regras abstratas.

Muitos autores têm chamado a atenção para o fato de que o movimento de Justiça Comunitária, em direção ao sistema público, pôde ser observado na Europa ocidental a partir dos séculos XI e XII, com a revalorização da Lei Romana e com o estabelecimento, por parte da Igreja Católica, da Lei Canônica.

A trajetória das práticas restaurativas chega à idade contemporânea, e ressurgiu na figura da mediação entre o autor do delito e a vítima, com características do modelo restaurativo antigo, com encontros dirigidos pelo facilitador, onde a vítima relatava sua experiência e o impacto do crime para ela, oportunizando ao autor se explicar.

A despeito das práticas restaurativas serem tão remotas, não se observa eventos isolados, mas um movimento, que possibilitou a ocorrência, simultânea, de Programas Restaurativos em vários países dada influência do paradigma pós-moderno.

O conceito de Justiça Restaurativa, na concepção atual, conta quase 40 anos quando no Canadá, foram registradas as primeiras manifestações do pensamento. Ficando, entretanto, o marco inicial da prática restaurativa para o início dos anos 70, nos presídios dos EUA, segundo afirma Leoberto Brancher: “O marco inicial dessas idéias está relacionado à pratica de mediação entre réus condenados e as vítimas de seus crimes, promovida por movimentos de assistência religiosa em presídios norte americanos a partir dos anos 70”.

As práticas restaurativas de mediação, durante esses movimentos de assistência religiosa, que ocorreram dentro do maior instrumento de repressão do sistema punitivo tradicional, os presídios americanos, marcaram um momento em que grandes teóricos do assunto iniciaram um movimento restaurativo mundial, culminando uma ampla reforma no conceito de crime e justiça, que se tinha até então.

Mas a propulsão decisiva do movimento se deu, com a relevante contribuição, pela introdução, na Nova Zelândia, de práticas restaurativas no seu sistema de justiça, conhecidas e herdadas das tribos Maori.

As principais contribuições foram as características estruturais: a) da participação daqueles diretamente envolvidos no conflito, juntamente com o maior número daqueles que, entre a comunidade, desenvolveram alguma relação com o fato; b) o foco das discussões deixar de ser ocupado por ofensor e vítima, mas se concentrar no fato ocorrido; c) a importância da discussão centrada na avaliação e reparação sobre todos os aspectos do dano ocorrido, sobretudo os relativos ao fator psicológico, com precedência sobre os materiais.

A participação Nova Zelanda na construção da Justiça Restaurativa, ultrapassando os limites das contribuições conceituais, se estendeu ao pioneirismo da experiência de institucionalização das práticas restaurativas em um sistema jurídico oficial. Em 1989 introduziu definitivamente na legislação infanto-juvenil a previsão que os menores envolvidos em crimes de maior potencial ofensivo, excetuando-se os homicídios, seriam levados, invariavelmente, aos encontros restaurativos.

Agressores, vítimas e comunidade, reunidos nas chamadas *Family Group Conferences*, consolidando a primeira experiência internacional de institucionalização das práticas restaurativas num Sistema Oficial de Justiça.

Em 2002, a recomendação feita pela resolução nº 12 da ONU, sugerindo aos países membros a adoção em seus sistemas oficiais de programas de Justiça Restaurativa, foi fundamental para propagação ainda maior do movimento pelo mundo, influenciando a tomada de decisão pela Europa de atender a recomendação em todos os seus países, a partir de 2006, complementação de várias práticas restaurativas, inclusive associando os encontros restaurativos aos procedimentos próprios da justiça tradicional, ampliando expressivamente a adoção do novo modelo.

Segundo dados do Instituto de Direito comparado e Internacional de Brasília (IDCB), o atual modelo de Justiça Restaurativa, no curto espaço de sua existência, tem chegado a países como Estados Unidos, Canadá, Senegal, Irã, Irlanda, Nova Zelândia e Colômbia. Informa, ainda, que alguns desses países já introduziram a Justiça Restaurativa em sua legislação.

A Colômbia, por exemplo, inscreveu o programa na Constituição (artigo 250) e na legislação ordinária (artigo 518 e seguintes, do novo Código de Processo Penal). A experiência da Nova Zelândia, como já exposto, em 1989, já introduziu as estruturas da Justiça Restaurativa na legislação infanto-juvenil. Lá, o tribunal é considerado a última opção para quem comete um crime, diferente de muitos países onde a Justiça Retributiva é buscada com prioridade.

Para resolução dos casos neozelandeses é feita uma análise e encaminhado para uma conferência restaurativa. No Canadá, a influência da cultura dos nativos também pode ser observada pelo modelo adotado. Os atores do delito compõem um círculo onde se utiliza a técnica de passar um objeto pelas mãos dos presentes significando o poder da palavra, objetivando canalizar as percepções para solução do conflito.

Os dados do Instituto apontam que em Bogotá, cidade considerada uma das mais violentas da América Latina, os índices de homicídios já regrediram em 30% desde a adoção do modelo restaurativo.

No Brasil as primeiras práticas de Justiça Restaurativa ocorreram ainda em 2002, através do professor Scuro Neto, primeiro estudioso e divulgador da Justiça Restaurativa no

país. Em razão de suas pesquisas, o Presidente da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e Juventude (ABMP), o Juiz Leoberto Brancher, realizou a inclusão de alguns textos sobre JR em duas importantes publicações da associação, distribuídas nacionalmente e posteriormente neste mesmo ano realizou o primeiro caso prático em Porto Alegre.

As experiências brasileiras ganharam formato mais definido em 2005, quando a Secretaria da Reforma do Judiciário (SRJ) apoiada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), ligado a ONU, entrando em contato com alguns juízes, buscou suporte para projetos experimentais, o que conquistado possibilitou, pouco tempo depois, neste mesmo ano, as experiências de Justiça Restaurativa em São Caetano do Sul, e em Brasília, já que o de Porto Alegre já estava em andamento. Os projetos de Porto Alegre e São Paulo vêm trabalhando os processos restaurativos voltados para a Infância e Juventude, sendo que o primeiro, junto aos que estão cumprindo medidas sócio-educativas e, o segundo, junto às escolas, e o de Brasília focando os Juizados Especiais Criminais no trabalho com a comunidade em geral, vinculado ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Para a difusão do movimento no Brasil, ao longo desses quase dez anos, foram de suma importância a tradução da obra do professor Howard Zehr, publicada pela Editora Palas Athena, e várias monografias como a do professor Leonardo Cicca.

Assim também, a realização de Seminários e Encontros Científicos, como o ocorrido em Porto Alegre, em outubro de 2004, em parceria entre as ONGs, Instituto de Acesso a Justiça (IAJ) e a congênere inglesa Justice, evento apoiado pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS. Igualmente contribuiu no desenvolvimento das práticas de Justiça Restaurativa no Brasil a realização, em abril de 2005, do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado em Araçatuba, São Paulo, com o decisivo apoio e liderança da Associação Palas Athena e o importante Seminário Internacional que reuniu a presença de teóricos e operadores (mediadores) da Justiça Restaurativa do Canadá, Nova Zelândia, Chile, Argentina e Brasil, promovido pelo Ministério da Justiça.

Desde então, muitos resultados tem sido alcançados com perspectiva de ampliação dos núcleos em outras cidades do país. Sabe-se que há ainda muito a ser feito para se alcançar a aplicação ideal da Justiça Restaurativa, mas os passos estão sendo dados, e as iniciativas que têm ocorrido são valiosas.

2.3 Estruturas

Na base de qualquer estrutura da Justiça Restaurativa encontra-se um processo de decisão comunitário, inclusivo de ofensores e vítimas, como aqueles afetados mais diretamente pelo crime, e que são intermediados por um facilitador ou uma equipe, durante um fórum, que possibilita o empoderamento da vítima e a assunção da responsabilidade pelo agressor. Isso com finalidade de reparação dos danos as pessoas e aos relacionamentos. Nesse sentido, afirma Damásio de Jesus (2008, p. 15): “O crime causa danos às pessoas e a justiça exige que o dano seja reduzido ao mínimo possível.”

Defensores da Justiça Restaurativa, como Moura e Costa (2008), Paul McCold e Ted Wachtel, do Instituto Internacional por Práticas Restaurativas, criaram uma teoria para definir as estruturas básicas da Justiça Restaurativas que marcou sua importante participação no XIII Congresso Mundial de Criminologia, no Rio de Janeiro em 2003. Essa Teoria preceitua três estruturas básicas intrínsecas às formas de aplicação da Justiça no Brasil, quais sejam:

a) A janela de Disciplina Social que objetiva se afastar de procedimentos meramente punitivos, estigmatizadores, que atuam negativamente causando marcas difíceis de ser removidas. Por essa janela se busca a proteção dos indivíduos de seus próprios erros;

Essa estrutura se desenvolve cercada pela dinâmica do alto controle e alto apoio, proporcionado pela equipe de profissionais que atuam durante um processo não aleatório mais direcionado e pela presença dos que apoiam, tanto vítimas como agressores. O foco é a desaprovação do delito e afirmação da valorização da personalidade do transgressor.

b) O papel das partes interessadas é a estrutura que possibilita a identificação do dano e a sua relação com as necessidades de ambos, no momento em que durante o processo colaborativo, discute-se quais respostas podem ser dadas a estas necessidades. Nesse ponto, são entendidos como diretamente atingidos pelo delito, aqueles que mantêm estreita ligação emocional com os atores principais, como pais, filhos, cônjuges, irmãos, amigos. Estes, portanto, têm grande potencial de ajuda, inclusive na identificação das necessidades de agressores e vítimas, exercendo o papel de comunidade de assistência. Aqueles que sofrem o dano de forma indireta constituem as partes secundárias, que são a sociedade representada pelo Estado, vizinhos, os representantes de entidades religiosas, educacionais, sociais e empresas que foram palco do delito, ou aqueles que de alguma maneira foram afetados pelo

crime. Tendo em vista sua afetação indireta e impessoal, admite-se sua participação em caráter de apoio genérico do processo. Todos com o fim de colaborar para que a vítima readquira o sentimento de poder pessoal, perdido por ocasião do crime e que o transgressor restaure suas relações com sua comunidade de apoio, rompidas pela sua atitude de quebra do pacto tácito de confiança.

c) A tipologia das Práticas Restaurativas é aquela estrutura que permite todas as partes interessadas direta ou indiretamente se reunirem somente de forma consensual, para discutirem e encontrarem juntos a melhor forma de solucionar o conflito e satisfazer suas necessidades emocionais. A depender da forma como seja permitido, esse processo, pela legislação adotada, poderá ser classificado como: parcialmente restaurativo, na maior parte restaurativo e, idealmente, restaurativo, conforme se permita a participação dos três grupos envolvidos.

Em síntese, segundo Moura e Costa (2008), o que a teoria de Paul McCold e Ted Wachtel defende é que a estrutura da Janela da Disciplina conduz a transformação do conflito em cooperação entre as partes; A estrutura do Papel das Partes Interessadas revela que a reparação do dano em função dos sentimentos e relações só ocorrerá mediante o fortalecimento das partes interessadas principais. A estrutura da Tipologia das Práticas Restaurativas vai explicar que: Para que haja Justiça Restaurativa na sua totalidade deve haver necessariamente a participação de todas as partes interessadas direta ou indiretamente.

A partir dessas estruturas e da vigência no Brasil do Princípio da Indisponibilidade da Ação, que impede a discricionariedade do Promotor em processar ou não o acusado, é evidente a conclusão que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não dispõe de completo suporte para implementação de um amplo programa de Justiça Restaurativa. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, associado à Lei 9.099/95 com as alterações promovidas pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001 (BRASIL, 2014, *on line*) que trata dos Juizados Especiais Criminais, a quem compete as infrações penais de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes cuja pena máxima não exceda 2 anos, ou multa), abriu-se uma possibilidade de efetivar práticas de processos restaurativos, ainda que parciais. A referida lei que, como forma de medidas despenalizadoras, primando pelo princípio fundamental de busca da aplicação de medidas alternativas, prevê nos artigos 72(ss), 76 e 89 os institutos da composição de danos, transação penal e suspensão condicional do processo. Através destes em havendo acordo entre as partes, opera-se compensação à vítima,

o agressor poderá se livrar de uma condenação em troca da reparação do dano ou prestação de pena alternativa.

O Código Penal brasileiro, criado pelo Decreto - Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, sofreu várias modificações, entre elas destacando-se a de 1984, Parte Geral do CP, (BRASIL, 2014, *on line* trazendo profundas alterações, inclusive a criação das penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana). Estas foram consideravelmente ampliadas em 1998, por meio da Lei n. 9.714, não só no que se refere à previsão a um número maior de infrações penais, abarcando os crimes culposos e dolosos, cuja pena não ultrapasse 4 anos, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, como também a ampliação do leque de penas restritivas de direitos: prestação pecuniária, prestação inominada, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdições temporárias de direitos, acrescida a proibição de frequentar determinados lugares e limitação de fim de semana (arts. 45 a 48 do CPB).

Outra possibilidade de experiência de práticas restaurativas na legislação brasileira é através do Estatuto da Criança e Adolescentes, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, aplicável a menores de 18 anos que são infratores. O art. 126 dessa lei prevê o instituto da remissão, mecanismo utilizado para exclusão, suspensão ou extinção do processo cuja condenação implique uma aplicação de medidas sócio-educativas.

Vê-se por esses dispositivos que a Justiça Restaurativa, pelo menos na forma parcial, poderá caminhar paralelamente à Justiça Tradicional, pois se vislumbra aí típicos casos de práticas restaurativas. De maneira geral, os procedimentos comumente usados na Justiça Restaurativa são precedidos de entrevistas individuais com a vítima e ofensor, facultada a presença do advogado, onde normalmente são esclarecidos sobre os objetivos do trabalho e a forma de participação de ambos o qual, frise-se, se dará obrigatoriamente de forma voluntária.

São três os procedimentos clássicos utilizados nessa modalidade de processo. Eles diferem quanto ao número de participantes, quanto à qualidade de participação do terceiro imparcial, quanto ao alcance social e quanto aos procedimentos. A Mediação Penal ou mediação agressor-vítima que consiste num processo que possibilita a atuação dos principais interessados, agressor e vítima, os quais se encontram e desenvolvem um diálogo presencial, estes participando ativamente, se permitem livremente ser ouvidos, buscando juntos a solução

das questões negativas resultantes do delito, com a ajuda de um terceiro alheio ao conflito que atuará como mediador. O processo mediatório entre vítima e ofensor não precisa, necessariamente, da presença dos familiares para abalizar as decisões tomadas.

Dentre as estrutura de execução da Justiça Restaurativa, a mediação de conflitos tem sido o instrumento mais divulgado e utilizado nos programas de Justiça Restaurativa, haja vista os claros efeitos já conquistados. A depender da cultura palco da sua utilização, os resultados são direcionados para o juiz competente para o caso, o qual sentenciará considerando ou não os resultados do processo de mediação já realizado.

Outro procedimento clássico é a Conferência familiar a qual é comumente utilizado para trazer familiares, amigos e outros membros da comunidade que podem oferecer a vítima e ofensor o suporte necessário para participação no processo e, principalmente, o cumprimento do acordo, e busca de mudança de comportamento. Nesse tipo de procedimento, admite-se a participação de representantes do Estado durante o diálogo, para o qual a facilitação do terceiro imparcial é imprescindível para o atendimento às necessidades de vítima e agressor.

Os Círculos de Construção de Consenso ou construção da paz são aqueles em que se utiliza o instrumento da conversa dirigida por um mediador ou facilitador, para fins de construção de um consenso entre um número maior de pessoas, dentre vítimas, agressores, seus apoiadores, que são os familiares, parentes, amigos, membros da comunidade e operadores do direito (juízes, advogados), envolvidos num círculo. Esses círculos que produzem observações sobre o delito e monitoramento das ações, visam à construção da sentença dentro de um processo de diálogo que envolve consenso em questões comunitárias e institucionais.

Em todos eles o objetivo é um acordo restaurativo com responsabilidade de reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, entre outras soluções, ou compensações que advierem do diálogo. Caminha-se no sentido de suprir as necessidades individuais e coletivas das partes visando à reintegração.

Todos os que trabalham na construção dos valores da justiça restaurativa quais sejam: encontro, inclusão, reparações, e reintegração – com destaque para a restauração dos danos causados pelo crime, conduzem o indivíduo a responsabilização por suas próprias ações. De tal forma que o processo da justiça restaurativa, ausente de procedimentos solenes, de caráter mais particular, canaliza o controle do crime às partes. Isto não significa, no

entanto, que não existam regras a serem seguidas ou que não há direitos que devem ser protegidos.

Todos esses processos se fundam na ferramenta do diálogo e se concentram no entendimento dos danos sofridos por cada um dos presentes, depois passando ao planejamento de como sanar esses danos ou males atendendo as necessidades, na medida do possível. Permitem que todos falem e compartilhem suas histórias, num ambiente que prioriza o respeito por todos.

Os processos estão condicionados ao reconhecimento do fato motivador da denúncia ou queixa-crime pelo ofensor. Ele tem que assumir a autoria e a responsabilidade. Sendo a voluntariedade condição vital, para permitir a participação de ambas as partes. No caso do ofensor poderá se dar num grau de aceitação menor.

Como se vê, há um canal de acesso à prática restaurativa no ordenamento brasileiro, tanto que possibilitou os projetos de São Caetano, Porto Alegre e Brasília. Porém para que haja a incorporação de programas restaurativos pelas agências que exercem o controle social no país, é necessário ainda um longo caminho de aperfeiçoamento e adaptação dogmática.

2.4 Resultados

O exame das estruturas em que se funda a práxis restaurativa permite a conclusão que, embora a legislação brasileira não preveja expressamente a adoção do sistema, é possível a aplicação de várias práticas restauradoras acobertadas pela legislação vigente. Entretanto, para que o novo sistema surta seus reais e bons resultados, necessário se faz atentar para o caráter estritamente voluntário do processo.

O que implica um nivelamento dos participantes que lá estão de livre e espontânea vontade, para juntos construírem uma solução do conflito, já que a eles pertence o conflito. Por essa mudança do centro do poder, a intervenção dos operadores jurídicos requer um discernimento e sensibilidade muito maior. Uma capacitação especial para lidar com os conflitos num contexto de pluralismo jurídico, que varia entre o senso jurídico comum e a extensão das decisões, até o complexo universo da vítima, infrator, familiares e comunidades, que agora na qualidade de verdadeiros donos do conflito vão lançar diversos olhares na direção dos valores a trabalhar.

Ressalta considerar que, qualquer que sejam os resultados dos acordos restaurativos, não de se submeter aos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais, inclusive e, fundamentalmente, aos princípios da legalidade em sentido amplo, bem como ao princípio da dignidade humana, da razoabilidade, da proporcionalidade, da adequação e do interesse público. Certos princípios fundamentais, aplicáveis ao direito penal formal, tais como o da legalidade, intervenção mínima, lesividade, humanidade, culpabilidade, entre outros, devem ser levados em consideração. Isso para fins de reconhecimento de suas condições de existência, validade, vigência e eficácia jurídica.

As decisões fundamentadas dos juízes e promotores que acatarem ou não os acordos realizados, deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Isso como parte de boas práticas de justiça restaurativa. O procedimento restaurativo utiliza técnicas de mediação, conciliação e transação, que já são permitidas na legislação, mas que no contexto do método restaurativo não alija, mas inclui a participação da vítima e infrator no processo decisório.

É muito importante que, independente de aprovarem o acordo restaurativo, ou não, as autoridades se esmerem na fundamentação exigida para respaldar suas decisões, para fins de evitar a produção de um ato vulnerável juridicamente. Pois uma vez frustrada a tentativa restaurativa, ou seja, falharem o juiz, o promotor o advogado, ainda resta ao cidadão, segundo Pinto (2007), a via judicial, que caminha paralelamente, nos termos do art. 5º XXXV, CF/88, por meio do qual poderá questionar por ofício a existência de requisitos essenciais do acordo restaurativo em juízo.

Frisando que nenhuma das partes está obrigada a aceitar acordo com o qual não concorde, devendo as partes ser informadas claramente sobre o instrumento de justiça que passarão a utilizar. Outro aspecto de suma importância para atingir os resultados que a justiça restaurativa propõe é a existência de uma sólida gestão administrativa, que prime pela atuação séria e comprometida de profissionais capacitados e sensíveis que compõem a equipe multidisciplinar. Ela deverá manter um padrão de responsabilidade e empenho para atender prontamente todos os critérios, princípios e valores que vão orientar a consecução dos procedimentos de: consulta prévia e prioritária ao encontro, sobre o interesse do agressor, com prioridade, e depois do ofendido, em participarem do procedimento, para que assim não aconteça nem no início, nem do decorrer do processo, a revitimização do ofendido ou vitimação do agressor. Evento que frustraria desde logo os objetivos do processo; e por fim a

busca de facilitadores igualmente responsáveis, capacitados e habilidosos, preferencialmente psicólogos ou assistentes sociais, não obstante a admissibilidade do cargo ser ocupado por alguém da própria comunidade, desde que devidamente preparado. Tudo a fim de que às partes se garanta o gozo do princípio constitucional da eficiência – art. 37, CF/88.

No que se refere à análise jurídica sobre a viabilidade e aceitação dos acordos promovidos pelas partes a fim de resolverem traumas e necessidades mútuas, é imprescindível que promotores, juízes e advogados mantenham um olhar sensível, desprovido de um dogmatismo exacerbado, para compreender que o que se constrói nesses encontros não é, e nem poderia ser uma pretensa “verdade real”, decorrente dos processos criminais tradicionais, mas de uma verdade consensual, que é aquela possível de ser compreendida pelas partes. Nessa linha de pensamento e entendimento se coloca Silvina e Silvana Paz (*apud* Pinto Sócrates 2006, p. 23): Nestes últimos tempos vêm aparecendo propostas que podem significar a possibilidade de mudar a verdade material por uma verdade consensual. Isto se denota pela idéia de considerar o consenso como uma forma alternativa para a solução de casos especiais, evitando a pena, simplificando ou acelerando a sua imposição ou pactuando a sua extensão.

A verdade consensual vai ter a total aceitação e desenvolvimento dentro do processo de mediação penal que, como processo comunicativo, vai nos levar a verdade do acontecido, com seus sentimentos e consequência que afetam as partes e toda a comunidade.

Os resultados que se vislumbram advir das decisões consensuais de todo esse processo restaurativo restarão, em grande parte, frustrados se não houver um sólido apoio da rede social de assistência, representado pelo governo, organizações e empresas não governamentais, aos núcleos de justiça restaurativa que deverão atuar em íntima relação para viabilizar às vítimas e infratores a realização dos programas indicados para as medidas, decorrentes do plano traçado no acordo restaurativo.

Em síntese, observa-se que a postura restaurativa adotada em toda essa dinâmica consensual de substituir culpa por responsabilidade, perseguição por encontro, imposição por diálogo, castigo por reparação do dano, coerção por coesão social, tem conquistado resultados promissores nos estados onde foi implantada. Em especial no Rio Grande do Sul, onde a Justiça Restaurativa tem se expandido, desde 2005 quando foi implantada, conforme relato do coordenador do Núcleo de Estudos em Justiça Restaurativa da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul e idealizador do Programa Justiça para o século XXI, Leoberto Brancher. Segundo ele, em Porto Alegre, as práticas restaurativas já vêm sendo

utilizadas antes mesmo que se realize as medidas oficialmente restaurativas, quando no contexto das instituições de atendimento a adolescentes em conflito com a lei, comunidades e escolas, profissionais treinados vêm trabalhando na área da mediação de conflitos, com o fim de prevenção da judicialização. Afirma Brancher que o sucesso tem sido alcançado, na medida em que pesquisas de monitoramento e avaliação do projeto indicam que a maioria, ou seja 80%, dos adolescentes que reincidem no crime não completaram o círculo de atendimento na Central de Práticas Restaurativas, porém para aqueles que cumpriram todos os procedimentos dos círculos a reincidência é apenas 23%. Já nas pesquisas de satisfação entre as partes, os índices se elevam chegando a 95 % o grau de satisfação das vítimas e 90 % para os infratores. Os resultados foram extraídos dentre um universo 380 casos, onde participaram 2853 pessoas, distribuídas entre infratores, vítimas e pessoas da comunidade, num período entre 2005 e 2007.

Além das escolas contempladas com o sucesso das práticas restaurativas em Porto Alegre, os resultados animadores também fazem parte do projeto de São Paulo capital, e São Caetano, interior de São Paulo, onde os índices dos casos que chegam a acordo é de 90% e de 97% aqueles que são cumpridos. Na capital de São Paulo os mesmos índices variam de 80% para realização de acordos e 85% para indicar aqueles que são cumpridos (TONASSE, 2009, *on line*).

O objetivo em todos os casos apontados, entretanto, não era a punição em si, mas evitar a reincidência através da conscientização dos agressores. A visão de Brancher é que a Justiça Restaurativa não veio substituir a Justiça Tradicional, apenas acrescentar-lhe qualidade. Sendo, portanto, admissível a suspensão do processo criminal na hipótese do infrator reconciliar-se com a comunidade, admitir os danos causados e comprometer-se a repará-los. O projeto em parceria com o PNUD vem oportunizando os debates com acusados e vítimas, durante os círculos restaurativos, contribuindo assim com a redução dos casos de violência no contexto escolar, através de ações educativas integradas entre as áreas do Poder Judiciário e da Secretaria de Estado da educação. Contando com a colaboração dos educadores nas práticas da Justiça Restaurativa, que oferecem o fim dos conflitos pela participação nos círculos restaurativos. Restando de maior importância para Brancher que um único caso realizado nessa linha de ação, seja num juizado ou escola. Fato que colecionará aprendizado de suma importância, com influência sobre todo o contexto de relacionamento dos envolvidos, repercutindo sobre suas formas a atuação na resolução de outras demandas,

mesmo no contexto da justiça tradicional. Compreensão que acrescentará, na prática, uma possibilidade de escuta de um caso, sem limitar-se aos extremos da busca da culpa, nem o afrouxamento da desresponsabilização, mas uma análise permeada de respeito e atenção acarretando uma parcela maior de humanização do sistema (RIBEIRO, 2008).

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA – ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS PARA OS ENVOLVIDOS

A observância do Direito posto e consagrado em nome da modernidade como detentor de legitimidade formal, respalda o agir do operador do direito fundamentado no princípio da legalidade e sujeição à lei. Entretanto, a legitimação consistente haverá, somente, em função de haver também o Direito fundamental do cidadão, o qual deve ser tutelado e garantido, sobretudo no aspecto da dignidade da pessoa humana, visto que esta é critério aferidor da legitimidade substancial de determinada ordem jurídico-constitucional, é o que se depreende da visão de Sarlet (*apud* Saliba, 2009).

Na mesma linha, Gomes defende que o processo legislativo ao seu final, por si só não oferece legitimidade ao Direito Penal, a não ser que:

Na construção de um sistema que, para além de proteger a sociedade, por intermédio da tutela dos valores e interesses fundamentais do homem (considerando em sua dimensão individual e comunitária), conte com as garantias intrínsecas ao Estado Constitucional e Democrático de Direito (cf. Constituição brasileira, art.1º e 5º, basicamente), fundados nos valores da dignidade, liberdade, justiça e tantos outros. Mas vale o conteúdo da norma (legitimação substancial do produto legislativo, que deve guardar coerência com os direitos fundamentais) que a vontade das maiorias ou mesmo a observância do procedimento formal (legitimação formal da lei).

Por conseguinte, vê-se que o sistema construído e em constante processo de sedimentação e, em especial, a aplicação da lei penal não de observar as necessidades essenciais da pessoa humana para uma vida digna, o que consubstancia fundamento irrefutável para a legitimidade do sistema. Vinculando tanto o Estado, como detentor do poder punitivo, na pessoa de seus órgãos e esfera de suas atividades e funções, bem como a ordem comunitária. Mas o que se vê, já de muito, é que há desrespeito pelos direitos humanos e dignidade da pessoa humana, praticado comumente pelo Estado e “ordem comunitária”.

Os Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana são princípios basilares, do sistema penal, e seu contumaz desrespeito eiva sua legitimidade, exigindo-se mudança de rumo do sistema retributivo no contexto do Estado Democrático de Direito.

3.1 Resultados benéficos para a vítima

O sistema tradicional de justiça vê o crime primordialmente como ato de violação dos interesses do Estado, fundado na desobediência à lei com o pressuposto de ter havido, no mínimo, a culpa. Como resposta dos profissionais que representam o Estado, vem a pena.

O professor Howard Zehr (2008 *apud* Silva 2010), faz uma abordagem da Justiça Restaurativa apresentando-a como uma nova forma de se enxergar o crime e suas consequências. Assim, com esse novo olhar, encontra-se a violação contra pessoas e relacionamentos, gerando uma necessidade de correção dos erros e conseqüente reparação dos danos. Nesse entendimento, imprime-se que, em cada caso, a vítima imediata, pessoas envolvidas ou, a própria comunidade, não poderão permanecer alijadas do processo decisório. Por essa razão, um dos mais relevantes benefícios recebidos pela vítima, em decorrência desse novo olhar restaurativo, é o empoderamento sobre a decisão do fato, consolidando o resgate do que o delito lhe tirou. O fato de poder participar ativamente dos destinos do conflito gera para os envolvidos profunda importância. Especialmente para a vítima que, no contexto do crime e suas consequências para todos aqueles que, de alguma forma, vão amargar seus efeitos, ela é aquela que de maneira mais drástica, vai sentir ou se ressentir na sua dignidade de um sentimento de perda mais imediato e intenso.

Assim, focando o tratamento histórico dispensado à vítima no contexto do estudo penal, observa-se que houve uma neutralização do poder da vítima em função do monopólio estatal para reação ao crime, o que confirma o pensamento de Amaral (2005) “a Escola Positivista é emblemática para estampar o esquecimento no qual a vítima caiu, pois tentou explicar o crime unicamente a partir do estudo sistemático e científico do delinquente”. Os direitos da vítima, segundo Saliba, atingiram tal grau de abandono, que chega a ser, esta, mero objeto de utilização do infrator, numa posição de marginalização. Posição que não sofreu mudança considerável, em virtude de ter havido uma revalorização da vítima no processo penal hodiernamente. Pois o Estado elevado à categoria de garantidor da ordem pública, apropriou-se da vontade dos envolvidos no conflito, sob a idéia de que o desvio atinge a coletividade, implicando uma resposta independente da vontade da vítima. Nisto há um processo de despersonalização, onde a vítima é relegada a uma posição subsidiária.

Em assistência ao delinquente é apresentado um aparato judicial com várias garantias, dentre as quais, penais, constitucionais e processuais. Restando ao ofendido o abandono pela esfera estatal, a ínfima posição de narrador dos fatos, conduzindo-o a nova

vitimização com os procedimentos do sistema penal em função dos danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos adicionais durante a reação formal e informal proveniente do delito.

Diante da justiça tradicional, mesmo que haja uma condenação do réu, a vítima, que sempre permaneceu distante na maioria dos processos, não auferirá nada em decorrência desta condenação, exceto a suposta satisfação com a penalização do réu e se esta acontecer.

Com o modelo restaurativo, uma enorme vantagem é conduzida à vítima, por devolver-lhe um papel relevante na futura definição alternativa da resposta estatal ao delito. Na medida em que realiza a reparação dos danos sofridos, minimizam-se as consequências do fato, o que, desde logo, evita a famigerada vitimização secundária.

No que se refere ao papel da vítima, que no sistema penal punitivo, via de regra, ocupa segundo ou terceiro plano. Ausente da possibilidade de interferir no procedimento, no contexto da Justiça Restaurativa é admitida e até requerida. Seu interesse não é mais esbulhado, mas considerado. O seu problema volta a lhe pertencer, abrindo caminho para manifestação de sua vontade sobre desfecho final do conflito, retomando-lhe a dignidade. Ocorre, então, uma real revitalização da vontade da vítima, que no entendimento de Saliba (2009) é a devolução ou privatização do conflito ao limite particular, com o fito de dispor e discutir livremente sobre os interesses disponíveis de ambos.

Do ponto de vista social, o modelo inova e avança em direção à solução efetiva do conflito, no caso concreto, reiterando o comprometimento das partes na busca de uma solução negociada, reduzindo os efeitos estigmatizantes de uma eventual vitória ou derrota processual. O que proporciona um enorme potencial de pacificação social. Na mesma esteira, ratifica o professor Scuro Neto (2013) que a realização da justiça na ótica restaurativa significa oferecer uma resposta aos delitos e suas implicações, sistematicamente adequada que ressalte a cura das feridas na sensibilidade, dignidade ou reputação, com a colaboração da vítima, infrator e comunidade, de maneira a sanar o dano, a dor, a ofensa, a mágoa, decorrentes do delito.

O que ocorre é que práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos à vítima e as consequências ao agressor, que também são vítimas de um sistema, de maneira que essas descobertas venham influenciar na sua reparação, isso envolve pessoas e transforma suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, trazendo um significado de trabalho para restaurar, reconstituir, reconstruir; de tal forma a oportunizar que todos os implicados e afetados pelo crime ou infração tenham liberdade de participação no processo restaurativo.

A pesar de não ser expressamente previsto em lei, para Scuro Neto, a aplicação do modelo restaurativo é o que mais se aproxima de uma efetiva intervenção do Estado em reação ao crime. Pelo caráter de justiça na aplicação da pena que decorre da conciliação entre os implicados como vítima, infrator, Estado e a sociedade. Tendo como benefício principal a pacificação social. A exceção dos crimes sexuais e de violência doméstica, pelo risco da reincidência, segundo estudiosos do assunto, o modelo restaurativo é passível de aplicação em qualquer tipo de conflito. Por conseguinte, tem-se o paradigma restaurativo atuando, por tais razões, na substituição da cultura da violência pela cultura de paz. Corroborando com o afã de uma cultura de paz, critica o pensamento de Saliba (2009) que essa apropriação da vontade da vítima não se restringe ao interesse da persecução penal, mas chega ao ponto de despojá-la do seu interesse de conciliar ou se reconciliar com o autor do fato.

Além do que, o fato de poder a vítima participar ativamente do caso é de suma importância para resgatar novamente a ela o sentimento de posse que perdeu através do delito. Tal critério é observado a partir do movimento vitimológico, o qual exerceu forte influência no movimento restaurativista. Evidenciando-se, assim, a necessidade de inclusão da vítima na justiça penal, que, tal como atua hoje, consome o confisco do conflito dos seus verdadeiros donos pelo poder público e opera, por conseguinte, uma desumanização sistemática da vítima. Negando-lhe a condição de sujeito de direito, tratando-a simplesmente como objeto, útil em algumas ocasiões da ingerência estatal, atingindo diretamente sua dignidade. A justificativa para tal apropriação segundo a crítica de Batista *apud* Saliba (2009) “é que o confisco do conflito foi um processo histórico e dependente das condições econômicas e políticas que concretamente determinem o emprego do poder punitivo por ele represado”. Diante do que não se pode negar que essa apropriação do conflito se deu em desinteresse pela vítima e conforme os interesses e necessidades daqueles que detinham e detém o capital.

A via contraposta assumida pela Justiça Restaurativa de adotar um sistema que legitimamente introduz a vítima no processo decisório do conflito, restitui o poder sobre algo que lhe diz respeito; seus valores; sua dignidade; seus queridos; seu patrimônio. Algo que, de alguma forma, por ocasião do delito foi violentamente retirado. O direito usurpado pelo ofensor, se não estivesse no âmbito da Justiça Restaurativa, lhe seria tirado novamente pelo Estado por ocasião do processo, ou seja, o direito de atuar no conflito sobre a perda do seu direito originário.

O empoderamento da vítima, por meio da sua inclusão em procedimentos de práticas de diálogo restaurativo, promoverá a reintegração da vítima, refletindo diretamente na sua auto-estima de forma positiva. Outro aspecto a considerar é que, no sistema retributivo, onde ocorre à exclusão da vítima do processo decisório, o fato, automaticamente, a estigmatiza com uma implícita visão de debilidade e fragilidade. Fator que o empoderamento, oferecido pelo novo paradigma, suplanta, devolvendo-lhe a dignidade.

Assim, se verifica que a redescoberta da vítima significa, fundamentalmente, a busca pelo reequilíbrio das relações sociais, sem que o seu sofrimento seja compensado com o de outrem. Entretanto, entenda-se que a “inclusão da vítima” não impõe a renúncia do Estado sobre o controle penal. Refere-se somente ao benefício de permitir a vítima participar ativamente do processo decisório, e que, para conferir um caráter realmente justo ao processo, haveria de se incluir nas previsões do sistema processual tradicional procedimentos que permitissem à vítima o desenvolvimento dessas posturas.

Muito embora não se possa desconsiderar que existe uma tendência revitalizadora da vontade da vítima, como por exemplo com o advento da Lei 9.099/95, observa-se que a manifestação da vítima em nada interfere nos procedimentos já determinados pelo sistema penal, visto que o enfoque principalmente visa a reparação do dano e menos em proporcionar a reconciliação ou a pacificação dos conflitos, ressaltando a ausência de mudanças na estrutura formal do sistema pela referida Lei.

Num segundo momento, o sistema restaurativo viabiliza alternativas, possibilidades e decisões sobre a melhor forma de atender àqueles que mais são afetados pelo crime, posição ocupada com prioridade pelas vítimas, e secundariamente por infratores e comunidade. Nesse sentido, como principal personagem sobre quem recai o dano, deverá também, em detrimento disso, ser ressarcida, ficando o mais próximo possível da satisfação, na medida do que o ofensor poder arcar, num acordo coletivo.

Advém daí, um segundo benefício para a vítima que é a reparação do dano, que ela, a exceção dos casos previstos de composição de dano, não tem no processo tradicional, no qual funciona como mera espectadora, completamente ignorada, exceto o seu chamamento eventual para funcionar como testemunha. Contra isso, defende Saliba (2009) que:

A crise do sistema penal se deve, em parte, ao desinteresse e afastamento da vítima e seu resgate é imprescindível para sua legitimação. A superação do paradigma retributivo pelo paradigma restaurativo passa pela revitalização da vítima e de seus interesses.

Outro aspecto de resultado beneficiador para todos os envolvidos, proporcionado pela Justiça Restaurativa e, em particular para a vítima, que ocorre no contexto de todos os modelos e estruturas de práticas restaurativas, seja na mediação, círculos de paz, conferência familiar ou qualquer outro meio restaurativo, é o espaço para fala. Através deste, ela pode expressar sua visão do fato, dos danos que ela sofreu, sua dor, seus sentimentos e tentar definir como gostaria ou acha que deveria ter o seu mal reparado. É um momento delicado, que necessita ser muito bem conduzido pelos profissionais da equipe multidisciplinar e carece da perícia dos facilitadores e mediadores, para evitar a desvirtuação do procedimento e o perigo de vitimização do ofensor, ou outros problemas que possam decorrer da memória dos fatos, a depender da intensidade da agressão ou ofensa.

Contudo, resta de fundamental importância para o objetivo da Justiça Restaurativa, a restauração, a cura e reinserção, não só do ofensor, mas também da vítima. Sem que se atinja a satisfação dessa etapa, a vítima não gozará da sensação de alívio e não se sentirá a vontade para prosseguir a um acordo. Nesse momento também, ela terá oportunidade de ouvir o agressor a respeito dos seus questionamentos sobre o crime, e poderá desenvolver um comportamento de alteridade em relação a ele, o que facilitará ausentar-se de um desejo arraigado de vingança. A fala abrirá um caminho para a cura, maior legado que possa a vítima alcançar dentro do processo de restauração.

3.2 Resultados benéficos para o ofensor

Ao se cogitar a respeito de qualquer benefício para o autor do delito no âmbito da Justiça Restaurativa, há que se reportar ao pilar de sustentabilidade de todo o sistema que é o binômio responsabilização-reparação. Sem que se erga essa coluna no entendimento do autor, que o convença a reparar os danos sofridos pela vítima, outros benefícios serão bloqueados ou em extremo minimizados. A responsabilização funciona como porta de entrada para os demais.

Para fins de compreender a extensão desse benefício, cabe analisar que durante o monopólio estatal sobre o exercício do processo penal, o indivíduo é meramente punido, embora o discurso seja de caráter ressocializador.

Cometido o crime, ocorre o enquadramento da conduta típica. É feita a apuração e a consequente e “justa” punição é imputada no contexto do ordenamento jurídico. E o sistema de cumprimento de pena arca com o que lhe couber. O processo na prática encerra-se aí, pois com o desfecho da condenação, o apenado é lançado nos antros do sistema carcerário e, lá, tantas vezes, esquecido.

Na ótica restaurativa, a oportunidade para que o delinquente se manifeste para com a vítima, no sentido de alcançar a resposta adequada para sua conduta, não pode ser negada ou censurada. Ao delinquente, obrigatoriamente, deve-se oportunizar um espaço de reconciliação com a vítima, no intuito de preservar os interesses dos envolvidos no conflito. Na hipótese de ser do interesse das partes uma conciliação sem a devida reparação ou ressarcimento, tal não deve ser interpretado como contrário à ressocialização ou reinserção social. O que, para Saliba (2009), não constitui ilegalidade, abusos ou arbitrariedade, apenas uma inversão da pena pela reconciliação entre as partes, com o fito de conquistar maior parcela de igualdade no caso.

Em suma, O sistema não se legitima sem oportunizar a efetiva manifestação da vítima e do autor da conduta desviada, entregando-lhes o respeito e preservação do ser humano, frente aos direitos humanos e a própria dignidade da pessoa humana.

Durante todo percurso de entrada e duração do processo, o agressor vê-se ignorado em sua subjetividade e necessidades das mais diversas. Quando não foge ou morre na prisão, recebe e cumpre a pena, no couber. Compreendendo o fato como uma violência do Estado contra ele. Além de outras questões, assiste à impunidade de outros crimes, que atingem a parcela privilegiada da sociedade, fapós algum tempo, sai desse sistema sem sofrer a menor mudança interior, sob qualquer aspecto que reflita um comportamento positivo. Porém, estudos no âmbito da psicologia relacionados por Zehr (2008 *apud* Moura e Costa, 2008, p. 611) indicam que a mera punição, por si só, não reflete fator determinante para mudança no comportamento transgressor das regras sociais. Dessa feita, a violência e a repressão do cárcere, sofridas pelo apenado, negam eficácia contra a conduta indesejada.

O detento não entende a pena da forma como lhe é imposta. O padrão ético que prima pelos valores do respeito e direitos do outro, fazem parte de universo que lhe é, na maioria das vezes, distante, valores que, embora façam parte da sociedade em que vive, mas que por questões de político-social ou escolha pessoal, estão distantes da sua comunidade

imediate. Que, por essa, dentre outras razões, a punição não encontra um significado particular dentro do transgressor.

Na forma de punição tradicional, ele não consegue alcançar um olhar que lhe permita ver-se dentro de uma relação que ofendeu o outro e, de então, poder reelaborar suas vivências antigas, dentro de um complexo de conceitos e valores onde possa vislumbrar novas possibilidades, inclusive a de mudança. Nesse contexto, ausente de boas perspectivas, é que o transgressor tem a opção de se envolver na dinâmica de um dos procedimentos do paradigma restaurativo que a ele se abre. E, através do encontro com a vítima, após ouvi-la e partilhar da sua dor, poderá também falar. Fazer-se ouvir, com a oportunidade de entender as consequências do seu ato. Ocasão em que terá também suas necessidades consideradas, avaliadas e supridas, na medida do possível, sobretudo no aspecto emocional e psicológico dentro dos efeitos que o diálogo possa proporcionar com a assistência da equipe multidisciplinar, nos casos em que houver.

Poderá ao final, assumir sua responsabilidade, dispondo-se a realização de um acordo reparador, que entende ser justo. Esse espaço de compreensão sobre toda dinâmica da assunção da responsabilidade, que implica sua contribuição na reparação, mediante um processo colaborativo inclusive acompanhado pela comunidade envolvida, permite-lhe assumir seus delitos com dignidade, fundamental no processo de restauração. Daí o reflexo da responsabilização nos demais benefícios. Uma vez que ela não seja alcançada, as práticas restaurativas restarão infrutíferas e o caso passará ao processo tradicional que oferece um caminho antagônico.

Ao delincente, por sua vez, estigmatizado, morto socialmente no sistema punitivo, cabe considerar por relevante outro benefício do sistema restaurativo, qual seja o livrar-se das “garras” do método tradicional; De um encontro com um processo frio em que o agressor, apesar das garantias do princípio do Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa, dentre outros pertinentes ao direito processual penal, não é considerado em sua subjetividade e necessidades enquanto ser humano.

Cabendo ressaltar que, em virtude da ineficiência da justiça, no que concerne à morosidade dos processos, e a escassez de assistência judiciária, pode o acusado passar anos, provisoriamente, submetido a regime carcerário em condições subumanas, antes mesmo de ser condenado por sentença.

Um modelo de justiça que ofereça uma alternativa para desviar um infrator de um sistema penitenciário cruel e desumano que funciona, na prática, como “oficina do crime” é, por demais, valioso, no campo do gozo de benefícios e da não regressão da condição intelectual, emocional e espiritual do condenado. Afastar o ofensor do encarceramento o livrará também da rotulação, do estigma de criminoso, do qual não se livrará, mesmo que não volte a reincidir no crime.

Outra grande importância em se disponibilizar esse canal de comunicação pelas práticas restaurativas, reside no fato de que o encontro facilita a exposição dos sentimentos e situações peculiares às partes. Tal fato, vem revelar por diversas vezes que os estereótipos apresentados pelos agressores não condizem com a realidade, rompendo-se a partir daí uma suposta verdade que se mostrou irreal, mas que havia sido construída acerca do ofensor. Desse momento em diante a vítima terá a oportunidade de enxergá-lo como um indivíduo real, livre de mitos. A visualização do ofensor em sua humanidade potencializa a sua aproximação da vítima, e contribui para o processo de redução do medo e insegurança causados pelo crime.

O objetivo da reconciliação buscado pela justiça restaurativa para vítimas, infratores e suas comunidades se dá por meio de acordos, estes ajudam a lidar melhor com o ocorrido, o que se mostra outro fator que beneficia a todos, mas em especial ao agressor, que pelo gesto delitivo seria, no contexto do rompimento das relações, hostilizado ou rejeitado veladamente por muitos na comunidade que está inserido.

A reconciliação vai atuar, também, em buscar promover a reintegração e reinserção das vítimas e dos infratores nas comunidades, tentando evitar a reincidência. Corrigir o que está errado é central. Além do mais, o infrator tem a vantagem de discutir sobre o crime cometido e suas implicações, numa atmosfera cuja intenção não é de vingança ou insulto, mas é criar um ambiente livre de humilhação, onde impera o respeito, proporcionando a liberdade para as partes envolvidas sintam-se à vontade para falar dos seus sentimentos e impressões; se mostrar para o outro.

Por esse processo pode o infrator chegar à assunção da responsabilidade, que lhe permitiria, na visão de Zehr (2008 *apud* Silva 2010, p. 122), um olhar pela "Lente Restaurativa", isso o conduziria a que: dos erros surgirão dívidas, e estas acarretarão obrigações, distribuídas em graus de responsabilização de uma dívida concreta, admitindo-se

a remissão da culpa pelo arrependimento do autor e o perdão da vítima. Agindo aquele, a partir desse momento de forma correta com a vítima.

A ideia é que o infrator deve responder por seus atos, assumindo a responsabilidade e as consequências deles. Segundo a visão de Saliba (2009), atingindo-se a reparação e a reintegração social que é resultado desejado, haverá também uma entrega de ofensor e vítima sem estigma ou marginalização, mais conscientes à sociedade.

Um outro sentimento decorrente do empedramento e diálogos decorrentes dos encontros restaurativos, tanto para agressores como vítimas, é o de inclusão social e satisfação com a justiça realizada. A vantagem do agressor, nesse caso, é o reconhecimento de sua posição no contexto social, sem, contudo, negar sua responsabilidade pessoal.

Na seara da Justiça Restaurativa o agressor tem o benefício de ter os direitos humanos reconhecidos, e as consequências de possíveis injustiças sociais consideradas. E aquelas que, por ventura daí decorram, poderão ser minimizadas ou resolvidas por ocasião do círculo de consenso.

Morris (2004) diz que a justiça restaurativa também destaca os direitos humanos e a necessidade de reconhecer o impacto das injustiças sociais e, de alguma forma, a necessidade de resolver esses problemas. Ressaltando-se seu objetivo de: "restituir à vítima a segurança, o auto-respeito, a dignidade e, mais importante, o senso de controle" (MORRIS, 2004, p. 244).

No aspecto do desenvolvimento emocional e intelectual, os agressores são ajudados, após a assumirem a responsabilidade, a perceberem que são capazes de agir corretamente, corrigindo o mal que fizeram, concreta ou simbolicamente à vítima ou a comunidade. O diálogo sobre as implicações do crime é, segundo o citado autor, instrumento mais eficaz para comunicar ao delinquente que sua atitude é grave, do que o método da prisão.

3.3 Resultados benéficos para comunidade

A conduta do desviante traz uma realidade em que a sociedade é sempre ofendida, mesmo que indiretamente, no momento em que há o atentado contra suas regras. Por essa razão, defende a justiça restaurativa que não deve haver um distanciamento da comunidade

nas decisões da justiça, mas uma efetiva participação dos que estão diretamente envolvidos. Em face da impossibilidade do rompimento com o monopólio estatal, este deve ser minimizado ao máximo, calhando aos representantes da comunidade a direção do procedimento restaurador, uma vez que é a comunidade que padece da ofensa ou lesão pela conduta criminosa. A ela pertencem as partes que sofrem os contragolpes da conduta e os dissabores da lide penal, surgindo de então legítimo interesse na pacificação social.

A justiça restaurativa ao conduzir a participação da comunidade na solução do conflito, não espera uma representatividade quantitativa, e sim qualitativa, no sentido de alcançar líderes, em vista destes, portarem real legitimidade, face à consciência que detém de seu papel como representante da sociedade no que se refere às responsabilidades desta e a necessidade de observância dos direitos humanos. Tornando-se, assim, o processo de justiça restaurativa um agente disseminador da cidadania, trazendo a vantagem de renovar a representação e fortalecer a representatividade.

A participação da comunidade visa além da pacificação entre delinquente e vítima, constituir oportunidade de pacificação interna, no contexto de uma reflexão sobre as causas, motivos, as razões que impulsionaram todos àquele encontro restaurativo. Calhau (2000) reconhece a importância dessa reunião comunidade e partes envolvidas como instrumento de conscientização de todos como partes de um mesmo corpo social, e diz: “uma sociedade que não protege e não presta assistência às vítimas de seus crimes não obtém níveis de cidadania dignos para o momento histórico em que a humanidade se encontra.”

Entretanto, no contexto dos benefícios decorrentes das práticas restaurativas para as comunidades, é importante esclarecer que, para que aquelas atinjam maior êxito, vai demandar uma sólida base comunitária, pois durante os processos restaurativos irão atuar conjuntamente com as partes, facilitadores e órgãos da justiça, quando houver.

O senso comunitário tenderá a crescer, à medida que participar da discussão do conflito e auxiliar na construção do consenso para reparação. Assim, a comunidade, também é edificada na construção de um senso comum de comunidade. Porém, seu papel não é decidir as penalidades, mas oferecer idéias e sugerir recursos dentro da comunidade que podem ser trazidos para ajudar a solucionar um problema.

Outro aspecto que se observa no campo dos bons resultados para a comunidade é que, no momento em que a comunidade é chamada a discussão do conflito, é também convocada, num caráter implícito, porém prático, a construir ou reconstruir uma concepção

ampliada de justiça; para aplicar efetivamente o contexto significativo da inclusão social como elemento fundamental da democracia, com o fim de ressaltar o valor da responsabilidade como padrão ético desse novo modelo de justiça. Assim concorda Pereira (2002) que:

A imputação de parcela da responsabilidade da resolução de conflitos penais às partes, considerando que o respeito à dignidade humana significa respeitara capacidade dos membros da sociedade de solucionar estes conflitos, quando envolvidos, significa a adoção de um Direito Penal de características mais humanitárias; considerando este conflito como um agir comunicativo, que obtém solução mais adequada no acordo entre os diretamente envolvidos, atendendo assim aos reclamos da vítima e disponibilizando uma chance de reparação ao autor.

Diante do desenvolvimento das relações sociais, o acesso à justiça passou a ser um direito de todos. Elementar para todas as sociedades civilizadas. O interesse no que se refere à distribuição da justiça tem sido uma preocupação constante, porém as iniciativas são inexpressivas. Cabe ao Estado cumprir sua missão de viabilizar o acesso para todos à justiça nesse novo contexto social. Fazendo-o de maneira que todos possam gozar de igualdade, democracia, pluralidade; primando pelo princípio da cidadania, não podendo se furtar ao seu papel, relegando-o ao interesse da sociedade.

Pela ótica dos sistemas jurídicos modernos, se impõem o atendimento aos novos direitos e às necessidades daqueles que, por muito tempo, não tinham possibilidade de conhecer e reivindicar os direitos abordados. No contexto do novo paradigma restaurativo a comunidade, seja ela próxima ou distante, tem acesso livre, democrático e participativo à justiça. Uma das grandes vantagens do sistema para a comunidade é a proximidade que terá da justiça que estará sendo feita aos seus pares, podendo colaborar com a pacificação social no seu âmbito de atuação, aspecto que, por sua vez, cabe reafirmar, contribuirá com uma maior sensação de segurança.

Os índices reduzidos de reincidência é outro fator que proporciona não só a sensação, mas também uma parcela considerável de efetiva segurança, à medida que for crescente nas comunidades, sejam elas de apoio ou não, os núcleos restaurativos. A participação ativa nos círculos restaurativos permite o exercício da cidadania, pelo acesso à justiça e resgate da dignidade da comunidade, que, além da participação ínfima quanto as políticas sociais, também tinha sua participação ignorada no desenvolvimento da justiça. Seu papel no âmbito do sistema tradicional é estritamente utilitário.

Através da atividade na resolução dos conflitos, pela assistência prestada, ocorre o empoderamento também da comunidade da parte que lhe cabe na resolução do conflito do qual não é mais alijada. Ocorre também o aprendizado do respeito mútuo, valor fundamental e que deve estar presente na promoção de qualquer meio de justiça.

Com a participação da comunidade nessa forma de justiça, ocorre o resgate de parte da legitimidade do sistema e, principalmente maior nível de comprometimento social na sociedade. O trabalho de ressocialização ou reinserção na sociedade, tal como a busca de solução do conflito, em vez de ser uma imposição cega, proveniente de um poder distante, passa a ser encarado como algo que possui bases verdadeiras, que gerará uma confiança necessárias as relações sociais. Na visão de Karan (2002), existe uma necessidade de “aproximação e solidariedade entre as pessoas” enquanto se exerce a jurisdição, isso em função de “dar maior eficácia aos mecanismos tradicionais de funcionamento do Estado Democrático de Direito”.

Pensando em Estado Democrático, ressalta que lhe é condição inerente o respeito ao ser humano e sua capacidade de autodeterminação, tanto do indivíduo como da coletividade. O que, por sua vez, embasa a dignidade da pessoa humana. E a Justiça Restaurativa, por conseguinte, está alinhada com o princípio fundamental da dignidade conforme suas características: processo dialogado, participação das partes, acordos restauradores e apoiada nos seus princípios, que, segundo Saliba (2009, p. 149), foram enunciados em Araçatuba, por ocasião do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa em abril de 2005, quais sejam:

1. Plenas e precedentes informações sobre as práticas restaurativas e os procedimentos em que se envolverão os participantes;
2. Autonomia e voluntariedade na participação em práticas restaurativas, em todas as suas fases;
3. Respeito mútuo entre os participantes do encontro;
4. Co-responsabilidade ativa dos participantes;
5. Atenção às pessoas envolvidas no conflito com atendimento às suas necessidades e possibilidades;
6. Envolvimento da comunidade, pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação;
7. Interdisciplinaridade da intervenção;
8. Atenção as diferenças e peculiaridades socioeconômicas e culturais entre os participantes e a comunidade, com respeito à diversidade;
9. Garantia irrestrita dos direitos humanos e do direito de direito à dignidade dos participantes;
10. Promoção de relações equânimes e não hierárquicas;
11. Expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito;
12. Facilitação feita por pessoas devidamente capacitadas em processos restaurativos;

13. Direito ao sigilo e à confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo;
14. Integração com a rede de políticas sociais em todos os níveis da federação;
15. Desenvolvimento de políticas públicas;
16. Integração com sistema de justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com bases comunitárias;
17. Promoção da transformação de padrões culturais e a inserção social das pessoas envolvidas;
18. Monitoramento e avaliação contínua das práticas na perspectiva do interesse dos usuários internos e externos.

Outra das principais características do processo restaurativo que se liga intimamente com a dignidade humana é intersubjetividade, que se assenta num processo de discussão e integração social, em busca do consenso. A discussão alcançada por meio do diálogo entre vítima constitui assim princípio fundamental do qual outros decorrem ou se relacionam.

Assim, no propósito de buscar alternativas que viabilizem o usufruto da justiça e efetive o exercício da cidadania, a Justiça Restaurativa encerra a concepção, o método e avaliação, que nasce para implantar um caráter mais humano a justiça e conter o avanço de um sistema que, via de regra, só criminaliza e pune, de forma cada vez mais severa, tendo em vista que as medidas despenalizadoras, na prática, não têm causado muitas mudanças. Contexto onde agressores e vítimas continuam efetivamente sem lugar para protagonistas do conflito, mas somente encontram lugar para ausência de suas faces humanas e das suas responsabilidades para com o todo. Nesse sentido, a justiça restaurativa, sob muitos aspectos, parece atingir o estado de paz anterior ao conflito individual e coletivo nos benefícios que tem a oferecer.

Dessa forma, a implementação da Justiça Restaurativa no Brasil de forma mais abrangente representa uma oportunidade para uma Justiça Criminal mais democrática, que efetive verdadeira transformação, trilhando o caminho de uma maior promoção dos direitos humanos e da cidadania, inclusão e paz social sem prescindir da dignidade. Contudo, os obstáculos e preconceitos jurídicos se opõem a promoção de maior aplicação e evolução da Justiça Restaurativa no Brasil, necessitando-se ainda uma mudança de antigas opiniões, arraigadas em mentes que tendem a recusar uma mudança de opinião mais profunda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise dos mecanismos de funcionamento e os resultados alcançados pelo sistema tradicional de justiça, conclui-se por sua flagrante ineficácia em promover a redução da criminalidade. A abordagem da reabilitação dos condenados com a estrutura do Direito Punitivo não surte os efeitos desejados, ainda funcionando como fator criminôgeno contribuindo para o aumentando da violência.

A execução da pena privativa de liberdade num contexto de superlotação, péssimas condições de saúde e higiene, corrupção dos agentes públicos, prática criminosa no interior dos presídios, sistema de sevícia entre os presos, dentre outras mazelas a que são submetidos, só contribui para a especialização do crime.

Nesse contexto a dignidade dos encarcerados é aviltada e frustra-se maiores possibilidades de ressocialização. Não sendo, portanto, adequado determinar um enrijecimento das penas, mas, transformar as bases de entendimento e cultura do que seja realmente justiça.

À concepção retributiva de justiça necessita associar-se um caráter de humanidade para tratar as relações retificadas que nela existem, para, então se alcance uma outra concepção de justiça que conceba o crime como uma violação às relações na comunidade como um todo.

Dessa feita, é imprescindível reconhecer a necessidade da participação das partes envolvidas no litígio como pessoas que pertencem aos espaços da teia de relações sociais. Que sofreram percas, inclusive de dignidade e precisam recuperá-las, para que haja legítima ressocialização e paz social. Nesse ponto da discussão é que encontra a Justiça Restaurativa o seu lugar privilegiado de aplicação.

A proposta de devolução do conflito aos seus legítimos donos, que são as partes interessadas, parece muito adequada para os fins de satisfação dos envolvidos no crime. A idéia que esse conflito implica prejuízo para ambas as parte, e, que por isso, deve-se promover o diálogo assistido por facilitadores responsáveis e qualificados, atende ao princípio constitucional da eficiência, art. 37, CF/88 (BRASIL, 2014, *on line*) e promove, em grande parte dos casos, submetido ao processo restaurativo, um acordo de responsabilização do agressor e reparação de danos à vítima, considerando as necessidades de ambos. Isso interfere

positivamente na promoção da dignidade perdida, colaborando com a restauração das relações sociais.

Quanto à compatibilidade com a legislação brasileira, a conclusão é que não há previsão expressa determinando a sua aplicação, entretanto algumas portas na Lei 9099/95, dos Juizados Especiais Criminais, no Código da Infância e da Juventude, dentre outros dispositivos espaços da legislação penal, permitem respaldar procedimentos restaurativos, numa tentativa comedida de abrir espaço para esse democrático e legítimo método alternativo de pacificação de litígios no Brasil. Confirmando essa conclusão os projetos de práticas restaurativas, implantados no país desde 2005, nos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e em Brasília, desenvolvem-se a cada ano, segundo avaliação da AJURS, com resultados extremamente positivos, com números baixíssimos de reincidência dos assistidos pelos programas restaurativos.

A conclusão que se chega não é pela total supressão do paradigma tradicional, até porque essa não é a apologia da principal doutrina no Brasil. O novo modelo reparativo é algo que pode e deve coexistir com o modelo retributivo, impondo-se para tanto a admissão do direito penal tradicional como *ultima ratio*. Subsidiário aos métodos alternativos, visto que estes são essencialmente voluntários, podendo ser rejeitados pelas partes, momento em que não se poderia prescindir da aplicação do modelo tradicional, sob pena de impunidade. Entretanto, conclui-se que a aplicação das práticas restaurativas no país ainda são muito tímidas, restando à legislação brasileira um longo caminho até que possibilite sua aplicação de forma mais ampla.

Entretanto, num país como Brasil, onde as condições de vida da maioria são extremamente penosas, dadas as imensas desigualdades sociais, não se deve atribuir o controle da violência e a promoção da paz social a simples implementação de um modelo de justiça, por mais adequado que possa parecer.

Sob pena de omitir a responsabilidade do Estado, risco iminente na vigência do neoliberalismo brasileiro, de se empenhar na implantação de políticas públicas que visem minimizar os conflitos atrelados a miséria e de produzir espaço de conhecimento entre as diversas organizações da sociedade civil, a fim de se rediscutir os meios de (re)inserção, (re)educação e emancipação dos indivíduos em conflito com a lei, com a sociedade, ou com o próximo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos de Arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jan. 2014.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 21 jan. 2014.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código Processo Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 21 jan. 2014.

_____. **Lei n. 7.209**, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 21 out. 2013.

_____. **Lei n. 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 21 out. 2013.

_____. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 21 out. 2013.

_____. **Lei n. 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 21 out. 2013.

_____. **Lei n. 9.714**, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 21 out. 2013.

_____. **Lei n. 12.015**, de 07 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 21 out. 2013.

_____. (ONU). **Resolução 12**, de 24 de julho de 2002. Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal, na qual o Conselho requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal que considere a desejável

formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/12/1387585-assembleia-geral-da-onu-aprova-resolucao-antiespionagem.shtml>>. Acesso em: 21 out. 2013.

_____. (MJ/DF) **Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**. Brasília: PNUD, 2005.

_____. Justiça restaurativa. O paradigma do encontro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1496, ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10238>>. Acesso em: 02 Fev. 2014.

CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. **Revista brasileira de ciência criminais**. São Paulo, n. 31, set. 2000. 230 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/declaracao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidadao/>>. Acesso em: 02 Fev. 2014.

FOUCAULT, Michel, **Vigiar e punir**. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

JESUS, Damásio de. Justiça Restaurativa no Brasil. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, v. 1, n. 21, ago. 2008. 15 p.

KARAN, Maria Lúcia. O processo de democratização do Estado e o Poder Judiciário. Discursos sediciosos. **Crime, Direito e sociedade**. Rio de Janeiro, v. 38, n. 12, nov. 2002. 147 p.

LEMGRUBER, Julita. **Controle da criminalidade: mitos e fatos**. São Paulo: Think Tank, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOURA, Marília Lobão Ribeiro de. COSTA Helena Maria. A Eficácia da Justiça Restaurativa nas Varas Criminais. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, v. 1, n. 21, ago. 2008. 625 p.

_____. MARSHALL. A eficácia da Justiça Restaurativa nas Varas Criminais. In: GHESTI-GALVÃO, I. & ROQUE, E. C. B. **A aplicação da Lei em uma Perspectiva Interprofissional: Direito, Psicologia, Psiquiatria**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Carolina Porto. Sociedade do Risco e Moderno Direito Penal: tendências da política criminal no Brasil após a Constituição de 1988. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**. Vitória da Conquista, n. 6, set. 2006. 213 – 235 p.

ORTEGAL, Leonardo. Justiça Restaurativa: Um caminho alternativo para resolução de conflitos. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília. v. 1, n. 21, ago. 2008. 121-132 p.

OSNA, Gustavo. O enrijecimento das sanções penais frente à problematização da criminalidade – Análise das possibilidades de redução da violência por meio de um asseveramento das punições. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília. v. 1, n. 21, ago. 2008. 261-274 p.

PEREIRA, Caio Mario Silva. **Instituições de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de justiça criminal. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 11, n. 1432, jun. 2007. Disponível em: <jus2.vol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9878>. Acesso em: 21 out. 2013.

ROLIM, Marcos; SCURO NETO, Pedro; DE VITTO, Renato Campos Pinto e PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa – Um Caminho para os Direitos Humanos? Ed. IAJ – **Instituto de Acesso à Justiça**. Porto Alegre, 2004.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. 1. ed. Paraná: Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCABIN, Cláudia Silva. Endurecimento da Legislação Penal: (IN)EFICAZ? **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, v. 1, n. 21, ago. 2008. 231 – 244 p.

SCURO NETO, Pedro. A Justiça como Fator de Transformação de Conflitos: Princípios e Implementação. **Restorative justice**. Disponível em: <www.restorativejustice.org/rj3/Full-ext/brazil/EJRenato_Nest_.pdf>. Acesso em: 21 out. 2013.

TONASSE, Bernardo. **Um outro paradigma de justiça**. Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org/pt-br/MATERIA-um-outro-paradigma-de-justica>. Acesso em: 21 out. 2013.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 4.ed. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

ZERH, Howard. **Justiça Restaurativa: Teoria e prática**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. 1. ed. São Paulo: Palas Athena, 2008.