

SOBRE A JUSTIÇA PENAL RESTAURATIVA

José Ourismar Barros de Oliveira¹

Revista
Científica
Fagoc

Jurídica

ISSN: Consultar em
revista.fagoc.br

RESUMO

A Justiça Restaurativa é um processo que envolve as pessoas afetadas diretamente por um crime, chamadas de “partes interessadas principais”, para determinar qual a melhor forma de reparar o da-no causado por tal infração. Desse modo, o presente trabalho contém uma discussão sobre o impacto da Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal brasileiro, com uma introdução conceitual sobre os seus fundamentos e as diferenças entre ela e a justiça criminal convencional. Ao demonstrar as formas de resolução de conflitos e chegar à Justiça Restaurativa, procura-se provar que, se observados os seus princípios, valores e procedimentos e as peculiaridades jurídicas do País, é viável implementá-la em casos de crimes de baixo potencial ofensivo e nas contravenções penais.

Palavras-chave: Justiça. Restaurativa. Resolução de Conflitos.

INTRODUÇÃO

A elaboração do presente artigo nasce de uma dúvida quanto aos discursos deslegitimadores do Direito Penal, juntamente com a questão do futuro deste, em que se veem críticas quanto à não rigidez das penas, ou quanto à possível falência do sistema penal, por não conseguir

proteger a sociedade da criminalidade.

Num sentido, o Direito Penal caminha numa tendência despenalizante, com efeitos positivos no ordenamento jurídico, como a lei dos juizados especiais, a suspensão condicional da pena, as penas pecuniárias, as penas restritivas de direitos e o livramento condicional. Nesse sentido, também podem ser citados alguns princípios que norteiam o Direito Penal, com intuito minimizador da coerção penal, como o da intervenção mínima, o da insignificância, etc.

Ao mesmo tempo em que nasce no Direito Penal uma humanização, uma racionalização da pena por parte de seus pensadores, cresce na sociedade o desejo de se criminalizar, penalizar, instigada, talvez, por uma sufocação dos meios de comunicação, por sua vez motivados por um sentimento econômico segregador.

Dois pensamentos circundam a política criminal – de um lado, a humanização das penas; de outro, a irracionalização destas –, os quais resultam em atos praticados por conveniência e oportunidade a acatar a forma mais populista, que talvez não seja a mais criteriosa. Outrossim, o objetivo deste artigo não é a defesa descabida de uma revolução da justiça criminal, mas sim o intuito de colocar na pauta do mundo acadêmico mais uma forma de resolução de conflitos penais, diante da problemática que passa o sistema penal hoje no Brasil e no mundo.

Assim, num primeiro momento, faremos a enunciação das bases gerais em que o Direito Penal funciona, na qual explicitaremos as funções de cada ciência criminológica, de acordo com o horizonte de projeção de cada uma.

Já no terceiro capítulo, abordaremos o horizonte de projeção da Justiça Restaurativa

1 Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Penal e habilitação para o Ensino Superior pela Universidade Potiguar. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Santos. Professor de Direito Penal e Criminologia. Assessor Jurídico na Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais (CIMOS) do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

como mais uma forma de resolução de conflitos. Desse modo, não devemos tratar a justiça restaurativa como um processo de desjudicialização nem de privatização da justiça criminal, mas de *participação* no processo judicial, que teria, na justiça restaurativa, um complemento – uma ferramenta disponível para certos casos, segundo critérios definidos em lei, em que as partes passariam ao centro do processo, deixando de ser meros espectadores, para apropiar-se de um conflito que lhes pertence.

O quarto capítulo será a parte inicial para tratarmos da Justiça Reustaurativa, iniciando o estudo pelas diversas formas de resolução de conflitos. Nesse capítulo, será tratada cada forma de resolução de conflito paralelamente à teoria que a fundamenta, discorrendo sobre a influência do pensamento político-filosófico nas teorias das penas e apresentando as falhas e méritos de cada uma delas de modo crítico e profundo.

Serão mostradas as formas de composição social e suas subdivisões até chegarmos à transação penal, passando por autocomposição, conciliação, para ao final tratar das formas de conciliação positivadas no nosso ordenamento com a Lei 9.099/95.

A forma da feitura do presente trabalho será através de reflexões a partir das doutrinas sobre a matéria, palestras e aulas de Direito Penal. Além desse aspecto intelectivo, as premissas normativas serão de suma importância para a abordagem do tema. Ainda serão consultados artigos e opiniões na rede internacional de computadores, artigos de revistas, jornais, dentre outros, como alicerce de opiniões próprias.

Para chegar à conclusão geral, far-se-á uso do método indutivo, com a coleta de dados específicos e o estabelecimento de relações entre as informações colhidas, além do uso do método expositivo, descrevendo-se o funcionamento da Justiça Restaurativa e a sua relação com as novas formas de coerção penal.

HORIZONTE DE PROJEÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O modelo restaurativo de conflitos sociais relevantes vai além do conflito jurídico

apenas, a fim de, numa atuação interdisciplinar, dissecar esse conflito e agregar-lhe outros mecanismos para procurar restabelecer a paz social, restaurando as relações, mediante ajustes restaurativos entre vítima, infrator e pessoas da comunidade, conduzidos por profissionais capacitados.

O conflito, segundo Zaffaroni (2004, p. 215), envolve respostas punitivas, reparatórias, conciliatórias e terapêuticas. A justiça restaurativa pode contemplar todas essas perspectivas, embora a punição seja adotada, pela via do procedimento tradicional, só se não se lograr o acordo restaurativo.

Hulsman (1999, p. 45) diz que cada vítima, dentro de um determinado grupo de pessoas, terá uma forma de ter seu direito reparado. Para o autor, cada pessoa terá uma forma diferente para a restauração da lesão sofrida, de modo a restabelecer a ordem dentro de todo o grupo.

Trata-se de propor a abertura de uma nova porta para responder adequadamente não a todos, mas a algumas infrações penais, que se disponibilizaria às partes como uma opção voluntária.

Essas infrações penais seriam os crimes de pequeno potencial ofensivo e as contravenções penais. Isso porque, é nessas espécies de infração penal que, justamente uma intervenção estatal violenta, como é a pena privativa de liberdade, não resolve o litígio, portanto o Direito Penal não se faz eficaz. Ao contrário, faz gerar prejuízos ainda maiores para o Estado.

É só pensarmos que da maioria dos crimes ocorridos sequer se sabe a sua autoria, ou que a hostilidade peculiar de um presídio que faz com que o autor desses tipos de delitos esteja propício a se delinquir ainda mais.

Já existem práticas restaurativas em muitos juizados especiais criminais, embora sem a especificidade dos princípios, valores e procedimentos recomendados por Resolução da ONU, e há meritórias iniciativas experimentais – projetos pilotos.

A Justiça Restaurativa tem um grande potencial de proporcionar maior satisfação à vítima, ao infrator e às comunidades, podendo

até reduzir consideravelmente a reincidência e fazendo com que o criminoso possa continuar sua vida em sociedade, de modo a não estar maculado, tornando-se, assim, um eterno ex-presidiário.

Não se trata de desjudicialização, nem de privatização da justiça criminal, mas de democracia participativa no processo judicial, que teria, na justiça restaurativa, um complemento.

Obviamente não se pode transferir do Estado para o particular a responsabilidade de manter a paz social, ou seja, o Estado não pode transferir para a sociedade o ônus ou dever de prover a coerção penal.

O Direito Penal provê a segurança jurídica por meio da coerção penal, tutelando bens jurídicos penalmente relevantes. Em outras palavras, a coerção penal pressupõe a existência de um ato que feriu um bem jurídico relevante, que envolve interesse social, interesse coletivo. Assim, deve permanecer com o Estado a responsabilidade de prover a coerção penal, por meio de suas instituições, *verbi gratia*, polícia, justiça penal, ministério público, etc.

De outra banda, a Justiça Restaurativa, como uma forma de resolução de conflitos penais, não teria apenas uma função – função aqui entendida como sendo o objetivo final do poder jurisdicional – de prover a paz social para os envolvidos e para a comunidade, mas também uma função transformadora. Assim, o objetivo das práticas restaurativas é proporcionar a transformação existencial dos sujeitos envolvidos no conflito social penalmente relevante.

FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Há três modelos de resolução dos conflitos penais, segundo Garcia-Pablos de Molina (2002, p. 398), os quais serão abordados a seguir.

Modelo diassuasório clássico

O modelo dissuasório clássico, fundado na implacabilidade da resposta punitiva estatal, seria suficiente para a reprevação e prevenção de futuros delitos. A pena contaria, portanto,

com finalidade puramente retributiva.

Nesse Direito Penal punitivista-retributivo não haveria espaço para nenhuma outra finalidade à pena (p. ex. ressocialização, reparação dos danos, etc.). Ao mal do crime o mal da pena. Nenhum delito pode escapar da inderrogabilidade da sanção e do castigo. Razões de justiça exigem um Direito Penal inflexível, duro, inafastável, porque somente ele seria capaz de deter a criminalidade, por meio do contrasteísmo da pena.

Essa forma de resolução baseia-se nas teorias retributivas da pena. A pena, então, encontra em si mesma a sua justificação. O Estado, diante do mal (crime) causado pelo autor, deve realizar outro mal (pena) que compense o dano causado pelo criminoso, e isto se dá com a aplicação da pena, que, com isso, buscará a ideia da justiça. O Estado era considerado o guardião da justiça terrena.

Tal teoria entende que a pena se aplica, quia peccatur est, porque delinquiou, ou seja, a pena é uma consequência jurídico-penal do crime praticado. A execução da pena imposta ao condenado basta para retribuir o ato injusto por ele cometido. A pena se explica plenamente pela retribuição jurídica. Nega-se qualquer forma de fim utilitarista da pena.

As teorias absolutas ou retributivas nascem concomitantemente com a ideia do Estado liberal contratualista, que consiste em dizer que o homem, ao nascer, é pactuante de um contrato pré-existente, o qual ele tem o dever de cumprir. Nesse sentido, preceituam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli que, “se a própria sociedade é estabelecida mediante um contrato, o homem que pretende alcançar riqueza por uma via não autorizada por aquele, viola aquilo que o contrato preceitua” (2004, p. 251).

Tal paralelismo entre as teorias absolutas e a concepção do Estado liberal se deu pela necessidade de transpor das justificativas apresentadas anteriormente com o Estado absolutista para o novo Estado burguês. Nesse período ocorre o aumento da burguesia com um considerável acúmulo de capital em suas

mãos e a migração da população rural para as grandes cidades. Acrescenta Bitencourt: “Obviamente, diante do efetivo desenvolvimento que essa nova classe social estava experimentando, fazia-se necessária implementação de meios para proteger o capital” (2004, p. 107).

Das teorias absolutistas, dois pensadores alemães se destacaram: Immanuel Kant e Hegel, sobre os quais passaremos a expor:

Immanuel Kant - Tem sua teoria baseada na fundamentação da ética e parte da premissa de que a lei penal é um imperativo categórico, ou seja, um dever que representa uma ação em si mesma, sem referência a nenhum fim. Diferentemente ocorre nos imperativos hipotéticos, que são aqueles que representam a necessidade prática de uma ação possível.

Kant afirma que o homem não pode ser considerado como um meio, e sim como um fim em si mesmo. Essa é uma formulação do imperativo categórico: a proibição de mediatizar o homem. A fundamentação do direito por Kant é estabelecida (de acordo com seu pensamento) em nível metafísico e racional, que exclui o nível teológico ou da fé.

Da mesma forma, Kant afirma que a pena não pode ser considerada como um meio, pois, se assim for, mediatiza o apenado, o homem; então, não admite que a pena possa ter qualquer finalidade de ressocializar o indivíduo.

A pena, de acordo com Kant, era mais bem quantificada e qualificada como a do *ius talionis*, e justificava-se da seguinte forma: “o mal não merecido que fazes a teu semelhante, o fazes a ti mesmo; se o maltratas ou o matas, maltratas-te ou te matas a ti mesmo” (ZAFFARONI, 2004, p. 168).

Hegel - Também com uma contribuição talional, e com uma fundamentação de ordem jurídica, Hegel justificou a necessidade da pena. Assim, ele se aproximou da teoria de Kant, pois buscou no próprio ordenamento jurídico a fundamentação de sua teoria.

A pena, para Hegel, seria uma forma de restabelecimento da *vontade geral*, a qual é representada na ordem jurídica. Ou seja, quando a *vontade geral* for negada pela vontade do

delinquente, ter-se-á que restabelecer novamente a primazia da *vontade geral*, e isso se dará com a aplicação do castigo penal, de acordo com a intensidade da negação feita pelo criminoso.

As análises da teoria de Hegel devem partir de sua afirmação: “o que é racional é real e o que é real é racional”. A *vontade geral*, segundo Hegel, é o direito expressado racionalmente, uma vez que, sendo o direito uma organização racional, significa uma libertação da necessidade. Com isso, a racionalidade e a liberdade servem de base para o pensamento hegeliano no Direito.

Conclui Hegel:

Somente através da aplicação da pena trata-se o delinquente como um ser racional e livre. Só assim ele será honrado, dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu Direito: contrariamente ao inadmissível modo de proceder dos que defendem princípios preventivos, segundo os quais se ameaça ao homem como quando se mostra um pau a um cachorro, e o homem, por sua honra e sua liberdade, não deve ser tratado como um cachorro. (BITENCOURT, 2004, p. 113).

Ao analisarmos a teoria retributiva, vemos que o Direito Penal será altamente incapaz da prática da justiça, pois uma pena que se fundamenta em castigar e penitenciar nunca alcançará o meio termo aristotélico, e sim um mal duplamente injusto, pois é a soma de um mal (crime) com outro mal (pena).

Modelo ressocializador

O modelo ressocializador atribui à pena a finalidade (utilitária ou relativa) de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva). Acreditou-se que o Direito Penal poderia (eficazmente) intervir na pessoa do delinquente, sobretudo quando ele estivesse preso, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade.

Esse modo de resolução de conflitos está baseado nas teorias relativas, ou preventivas da pena. Alerta-nos Antonio Garcia-Pablos de Molina (2002, p. 397-400): “Prevenir equivale a dissuadir o infrator potencial com a ameaça do castigo, a contramotivar-lhe”.

Este mesmo autor divide a prevenção em: primária, secundária e terciária. A primeira é a genuína prevenção, que atua de médio a longo prazo, pois o faz *etiologicamente*, ou seja, atua conjuntamente com o estudo das causas e fatores do delito; a segunda não atua na causa, mas posteriormente, é ação policial ou controle dos meios de comunicação, a qual se baseia nos interesses da prevenção geral; e a terceira tem como destinatário o recluso, com o objetivo de se evitar a reincidência.

Prevenção Geral

A prevenção geral baseia-se na justificativa de se prevenir crimes com o caráter coativo (ou dissuasório real da pena, a ameaça ou a própria efetivação da pena) que a pena causa nos possíveis delinquentes. Ou seja, espera-se que a pena e a sua execução sirvam para intimidar aqueles que não cometem crime (prevenção geral *stricto sensu*), além de contribuir para o fortalecimento da consciência jurídica da sociedade (prevenção geral *lato sensu*). Na primeira afirmação, tem-se a configuração da ameaça para a sociedade; já na segunda, é o manifesto disposição de se cumprir a ameaça.

Vários pensadores fundamentaram a pena como uma prevenção geral, entre eles: Bentham, Beccaria e Shopenhauer. No entanto, foi Feuerbach (pensador, legislador e posteriormente juiz) o divisor da função preventiva da pena, em sua defesa à prevenção geral, com a teoria da “coação psicológica”.

A prevenção geral opera baseada nos mecanismos do inconsciente da multidão anônima e funcionará como um meio exemplificativo, ou seja, a pena aplicada a um indivíduo servirá de exemplo para o inconsciente coletivo, que alcançará, assim, uma repressão intimidatória (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 102).

A presente teoria é contemporânea a um segundo momento do início do sistema capitalista, em que as teorias das penas se libertavam de uma concepção metassocial, passando a ser uma concepção de fundamento material ou sócio-empírico, em que o Estado passou a ser um vigilante. Esse era o sistema adequado para

o novo Estado burguês – é mais eficaz e mais rentável vigiar que punir. Foi o que percebeu a economia do poder, quando, a partir do fracasso que era a pena de prisão (pois esta só “fabricava” delinquentes e não os ressocializava), enxergou-se que a massa de delinquentes beneficiava para o domínio econômico e político.

Importante é a observação feita por Roxin (1976, p. 18): “Cada delito já é pelo fato de existir, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”. E se falarmos em delinquentes habituais (ou criminalidade organizada), é duvidosa a afirmação de que sofrerão a coação da norma penal. Quanto ao homem de comportamento médio, observa-se que, por circunstâncias fáticas ocasionais, estará determinado ao cometimento de um delito. E também não terá sobre ele (no momento que ocorre as circunstâncias fáticas ocasionais) a força intimidadora da norma penal.

Obviamente, a lei penal, mesmo voltada à prevenção especial, sempre exercerá uma função simbólica intimidadora, o que é salutar; porém, o que não pode ocorrer é que o sistema jurídico-penal se baseie unicamente na prevenção geral.

Prevenção especial

A concepção sobre a legitimidade da pena de acordo com essa teoria é de que a prevenção agirá, especificadamente, sobre o apenado, ao contrário da prevenção geral, que agirá sobre os não apenados.

Roxin (1976, p. 15) diz que a prevenção especial pode ocorrer de três maneiras: *i* – na forma de correção do apenado, a ressocialização; *ii* – na forma de intimidação; *iii* – na forma de inoculação, para os que não podem ser corrigidos nem intimidados. Nesse sentido, a pena não retribui um mal, senão prevene novos delitos de um mesmo autor.

Várias correntes defendem a pena como um meio preventivo-especial. Inicialmente se deu com Franz von Liszt, na Alemanha; posteriormente, na França, com Marc Ancel, com a teoria da “Nova Defesa Social”; na Espanha, como uma resposta ao hegelismo, surgiu o correlacionismo de Friederich Krause (que teve seu pensamento totalmente ignorado na

Alemanha, e posteriormente teve suas ideias difundidas na Espanha). Mas foi o pensamento de Liszt que deu origem ao que hoje conhecemos. Explicitaremos cada uma dessas ideias.

Liszt, de base positivista do Direito, acreditava que a política criminal vivia num permanente conflito com o Direito Penal, pois este último servia para a defesa dos interesses individuais. Quanto o primeiro, servia para o amparo dos interesses sociais.

A necessidade da pena, segundo Liszt, será determinada por critérios preventivo-especiais, baseados em critérios de reeducação. Ou seja, é o critério preventivo-especial que determinará aplicação da ressocialização de acordo com o apenado; ou a intimidação daqueles que não necessitam ressocializar-se (pois cometeram crime em circunstâncias especiais); ou a neutralização dos que são incorrigíveis. Foi nessa divisão de Liszt que Roxin baseou-se para a sua posterior classificação, como acima expusemos (apesar de suas críticas frequentes ao pensamento de Liszt).

A prevenção especial tem seus méritos, mas talvez o principal deles seja colocar o indivíduo no centro da problemática do Direito Penal, isto é, o indivíduo passa a ser o ente de proteção do Estado, em vez de ser um ente de constituição deste.

Ou como diz Antonio Garcia-Pablos:

O modelo ressocializador, em virtude da sua orientação humanista, altera o centro de gravidade do debate sobre as funções do sistema: do efeito preventivo-dissuasório passa-se para seu impacto positivo e ressocializador na pessoa do condenado. O homem, pois, e não o sistema, passa a ocupar o centro da reflexão científica. (2001, p. 467).

O Estado é constituição refletida de seu povo; e não o povo que é o reflexo da constituição do Estado. Tal entendimento é fruto das reações provocadas pelas fundamentações do Estado elaboradas por Hegel.

Hassemer (1984, p. 358), contudo, alerta-nos quanto à problemática da ressocialização. Para ele, a prevenção especial, num conceito de ressocialização, pressupõe uma divisão da sociedade em classes, formando assim uma

hierarquia, na qual as posições superiores se manterão no controle das posições inferiores. Sendo assim, o sistema penitenciário incumbe-se da função de definir quais são as classes inferiores; o problema está no fato de o Direito penal atua seletivamente, neutralizando o recluso, social e politicamente, formando assim um sistema de controle e não de ressocialização.

Com o fracasso da teoria da ressocialização, temos uma grave consequência – o sentimento de retorno ao retribucionismo –, que se dá de maneira irracional. Talvez a crítica mais acertada quando à ressocialização seja a impossibilidade de sua aplicação, o que faz da teoria preventiva especial uma simples carta de intenções, pois, como todos sabemos, é impossível reeducar alguém para a sua liberdade em condições de não liberdade.

Modelo consensuado (ou consensual)

Está fundado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação. Subdivide-se em outros dois submodelos bem diferenciados.

É nesses dois submodelos que a justiça restaurativa encontra as suas formas de atuar para resolver os conflitos penais, principalmente no “modelo pacificador” e na “mediação” da “justiça negociada”.

Modelo pacificador (ou restaurativo)

Trata-se da Justiça restaurativa, que visa à solução do conflito social penalmente relevante, à reparação dos danos à vítima, à satisfação das expectativas de paz social da comunidade, etc.

Modelo da Justiça criminal negociada

Tem por base a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena, etc.

Diante do que acaba de ser exposto, parece correto (e necessário) distinguir, no âmbito da Justiça criminal, atualmente, o “espaço de consenso” do “espaço de conflito”.

O “espaço de consenso” resolve o conflito

penal mediante conciliação, transação, acordo, mediação ou negociação. Já o “espaço de conflito” não admite qualquer forma de acordo, ou seja, exige o clássico devido processo penal (denúncia, processo, provas, ampla defesa, contraditório, sentença, duplo grau de jurisdição, etc.). O modelo consensual pertence ao primeiro espaço (do consenso); os modelos punitivistas (dissuasório e ressocializador) integram o segundo espaço (do conflito).

O modelo consensual tem aplicação, conforme dito anteriormente, para os crimes de pequeno potencial ofensivo e as contravenções penais. É nessas espécies de infração penal que ocorre justamente uma intervenção estatal violenta como é a pena privativa de liberdade, em que o Direito Penal não se faz eficaz. Ao contrário, faz gerar prejuízos ainda maiores para o Estado.

Mas não existe um só modelo consensual de Justiça penal. Em outras palavras, dentro do espaço de consenso (da Justiça consensual), impõe-se bem definir e distinguir as múltiplas formas de resolução dos conflitos penais: i – conciliação; ii- mediação; iii- negociação.

É importante identificar, neste momento, as formas de composição de litígios. Vejamos: a primeira é a autotutela, que se caracteriza pela ausência de uma terceira pessoa para compor o litígio e pela imposição da decisão por uma das partes à outra. Temos alguns exemplos em nosso ordenamento, como a legítima defesa, a prisão em flagrante, o estado de necessidade, etc.

Num segundo momento, temos a autocomposição, na qual uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou parte dele. São três as formas de autocomposição: a) desistência; b) submissão; e c) conciliação.

A lei processual civil expressamente admite essas três formas de autocomposição. A Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.09/1995) também admite, para a composição civil dos danos, as três formas de autocomposição. Contudo, para a autocomposição penal, só admite a conciliação.

A conciliação é típica dos juizados criminais no nosso País. Ela é dirigida pelo juiz (ou conciliador) e visa, sobretudo, à reparação dos danos em favor da vítima. Busca-se pela

conciliação, e esta, por sua vez, subdivide-se na reparação ou composição civil como e a transação penal (que são as espécies).

Essa forma de resolução de conflitos só é apropriada para as infrações penais menos graves, denominadas, em nosso País, como “infrações penais de menor potencial ofensivo” (legalmente são as infrações punidas com pena máxima não superior a dois anos, nos termos das Leis 9.099/1995 e 11.313/2006).

A referida lei adotou como princípio fundamental a busca da aplicação de medidas alternativas, mediante consenso entre os principais envolvidos (vítima e autor do fato). Acrescenta o Professor Damásio de Jesus (2007, p.77):

Nesse sentido, ela estabelece que haverá uma audiência preliminar (art. 72 e ss.), na qual se procurará a realização de um acordo civil, com vistas à composição financeira de eventuais prejuízos experimentados com a prática do ilícito penal, e, em seguida, um acordo penal, caso o primeiro seja frustrado, ou, independentemente do resultado da composição civil, quando se tratar de crime de ação pública incondicionada.

Já a mediação é, na atualidade, a forma predileta de resolução de conflitos da chamada Justiça restaurativa. Por meio dela, que deve ser dirigida por terceiros imparciais (mediadores profissionais), objetiva-se a integração social de todos os envolvidos no problema, a preservação da liberdade, a ampliação dos espaços democráticos dentro da Justiça penal, a redução do sentido aforitivo e retributivo da pena, a superação da filosofia do castigo a todo preço, a restauração do valor da norma violada, da paz jurídica e social, etc.

A mediação não pode ser concebida como uma panaceia, porque parece válida apenas para alguns delitos (normalmente de média gravidade), excluindo-se os fatos de alta ou altíssima potencialidade lesiva.

JUSTIÇA PENAL RESTAURATIVA – PRINCIPAIS ASPECTOS E DIFERENÇAS

Nos países do sistema *common law*, onde a justiça restaurativa teve início há aproximadamente três décadas, o sistema

jurídico é mais receptivo à derivação de casos para a justiça restaurativa (*restorative diversion*), principalmente pela grande discricionariedade do promotor em processar ou não (*prosecutorial discretion*), segundo o princípio da oportunidade.

Naquele sistema há, então, grande abertura para o encaminhamento de casos a programas alternativos mais autônomos, ao contrário do nosso, que era e continua sendo mais restritivo, em virtude do princípio da indisponibilidade da ação penal pública.

Com as inovações da Constituição de 1988 e com o advento, principalmente, da Lei 9.099/95, abre-se uma pequena janela, no sistema jurídico brasileiro, ao princípio da oportunidade, permitindo a introdução do modelo restaurativo em nosso País.

No entanto, a abertura existente para uma maior reflexão sobre a justiça restaurativa como política criminal, estaria – acredita-se – no espaço de consenso aberto a partir de 1988, na área criminal.

Com a inovação da Constituição de 1988, pode-se dizer que o princípio da oportunidade passou a coexistir com o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

A lei dos juizados especiais cíveis e criminais regula o procedimento para a conciliação e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo – é nela onde está a principal janela – com a composição civil (artigo 74 e parágrafo único), a transação penal (artigo 76) e a suspensão condicional do processo (artigo 89).

A metodologia restaurativa poderá, assim, ser empregada na conciliação e na transação penal, a partir do espaço de consenso por ela introduzido, que permite o diálogo restaurativo, até mesmo ampliado para contemplar outros conteúdos.

A persuasão é o principal ponto da justiça restaurativa, pois acredita-se que ela tenha muito mais poder de mudança que a coerção. A coerção gera insatisfação, fazendo com que aqueles a ela submetidos se tornem rebelados.

A justiça restaurativa também tem procedimentos informais e comunitários, tendo como personagens as próprias pessoas envolvidas.

Trata-se de um procedimento informal com confidencialidade.

A estigmatização e a discriminação, as penas privativas de liberdade com carcerização desumana, cruel e degradante ou as penas restritivas de direitos e multa ineficazes ou absolvições baseadas no princípio da insignificância que só realimentam o conflito são as principais críticas oferecidas à justiça retributiva. Assim, a justiça restaurativa tenta consertar, com uma abordagem do crime e suas consequências e com foco nas relações entre as partes, objetivando restaurar as lesões causadas pelo conflito.

A vítima aqui ocupa o centro do processo, com um papel e com voz ativa. Participa e tem controle sobre o que se passa, diferentemente da justiça restaurativa, na qual a vítima tem pouquíssima ou nenhuma consideração, ocupando lugar periférico e alienado no processo. Não tem participação, nem proteção, mal sabe o que se passa.

As vítimas são prejudicadas pela falta de controle que sentem em consequência da transgressão. Elas precisam readquirir seu sentimento de poder pessoal. Esse fortalecimento é o que transforma as vítimas em sobreviventes. Os transgressores prejudicam seu relacionamento com suas comunidades de assistência ao trair sua confiança. Para recriar essa confiança, eles devem ser fortalecidos para poderem assumir responsabilidade por suas más ações.

Suas comunidades de assistência preenchem suas necessidades, garantindo que algo será feito sobre o incidente, que tomarão conhecimento do ato errado, que serão tomadas medidas para coibir novas transgressões e que vítimas e transgressores serão reintegrados às suas comunidades. As partes interessadas secundárias, que não estão ligadas emocionalmente às vítimas e transgressores, não devem tomar para si o conflito daqueles a quem pertencem, interferindo na oportunidade de reconciliação e reparação.

Assim, a justiça restaurativa é conseguida idealmente através de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas principais na determinação da melhor solução para reparar o

dano causado pela transgressão. A teoria conceitual apresentada possibilita uma resposta abrangente que explica o como, o porquê e o quem do paradigma da justiça restaurativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça Restaurativa é um novo paradigma de justiça penal, diante da atual há necessidade de que a justiça ofereça a resposta mais adequada e justa para o delito. Esse novo modelo coloca a vítima dentro do cenário da justiça penal, dando-lhe a possibilidade de influenciar no julgamento. Poderíamos dizer que se trata de uma evolução da problemática penal, , num primeiro momento, somente interessava a punição do criminoso – é o que se verifica, por exemplo, com as teorias retributivistas. Num segundo o momento, o próprio criminoso passou a ter um papel importante no conflito penal, passando-se a reconhecer a necessidade de se ressocializar o criminoso. Assim, numa terceira etapa da evolução, coloca-se a vítima como um ator importante dentro da solução do conflito penal.

Uma crítica se faz necessária ao fato de que em nenhum momento se fala da necessidade da presença efetiva do Estado na Justiça Restaurativa, o que poderia resultar em grandes injustiças, pois a própria existência do Estado se justifica pelo seu poder em não deixar que fracos sejam subjugados pelos mais fortes. Em outras palavras, onde o Estado é ausente, a lei do mais forte tende a imperar.

Assim, se não houver a intervenção do Estado – notadamente do Ministério Públíco, por ser o titular da ação penal e defensor da sociedade – poderá haver desequilíbrios nas resoluções dos conflitos, o que, em última análise, é na verdade uma injustiça.

Recomendado pela ONU e já implementado em algumas nações, esse novo modelo diminui os índices de violência e aumentou a participação da comunidade na resolução da problemática penal.

É sabido por todos que o atual modelo de justiça criminal não tem conseguido atingir seus objetivos, haja vista o aumento con-

siderável dos índices de violência, bem como o fato de a ressocialização dos presos tem se revelado uma utopia.

Diante desses fatos, alguns doutrinadores, assim como a ONU, recomendam a Justiça Restaurativa como uma nova proposta para a justiça criminal. Esse tipo de justiça foi criado na Nova Zelândia e já funciona também na Austrália, na Inglaterra e no Canadá, podendo ser implementado também no Brasil.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- _____. **Tratado de direito penal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes; com a colaboração de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antonio Siqueira Pontes e Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1451, 22 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10051>>. Acesso em: 01 dez. 2007
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal.** Trad. e notas Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Imprenta Glaraso S.A., 1984.
- HENTIG, Hans von. **La pena.** Madrid: Espasa-Calpe, 1968, v. 2.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.
- _____. Justiça restaurativa no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 819, 30 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7359>>. Acesso em: 01 dez. 2007.
- JOLIVET, Régis. **Curso de filosofia.** Trad. Eduardo Prado de Mendonça. 20. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2001.
- LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Janeiro: Revista Forense, 1955, v. 2.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Trad. Rubens Enderle e Leonerdo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NORONHA, Magalhães E. **Direito penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 1.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema de Justiça criminal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1432, 3 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9878>>. Acesso em: 03 dez. 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sergio M. de Moraes. **Penas e medidas de segurança no novo código**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ROXIN, Claus. **Problemas básicos del derecho penal**. Trad. Diego-Manuel Luozon Peña. Madrid: Reus S. A., 1976.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SHECAIRA, Sergio Salomão, CORRÊA Jr., Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **Manual de direito penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.