

## RESUMO

A presente dissertação, situada na Área de Concentração Direito Público e Evolução Social, na Linha de Pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo, do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, analisa perspectivas de implantação da Justiça Restaurativa no Brasil, à luz de fundamentos legais, teórico filosóficos e sociológicos, analisando igualmente algumas experiências em desenvolvimento com esse intuito no território pátrio. Para alcançar este objetivo, consultaram-se fontes legais e doutrinárias brasileiras e estrangeiras que tratam do Estado Democrático de Direito, de problemas do sistema penal no Brasil e de perspectivas do neoconstitucionalismo, bem como relatórios alusivos a experiências realizadas no campo da Justiça Restaurativa em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, Brasília e São Caetano do Sul, São Paulo, e projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, que constituem marcos teóricos e práticos à reflexão sobre o tema. Ao final, apresentam-se considerações e sugestões, tendo em mente contribuir para avanços no sentido da concretização da Justiça Restaurativa, tendo em vista colocar em prática possibilidades de solução de conflitos penais, de forma coerente com a perspectiva do neoconstitucionalismo, trazendo a lume igualmente os interesses da vítima nesse contexto.

**Palavras-chave:** Processo Penal – Neoconstitucionalismo – Justiça Restaurativa

## **ABSTRACT**

This study, situated in the Area of Public Rights and Social Developments, in the line of research Access of Justice and Efficiency of Process, in the Master in Law at the Estacio de Sa University, examines perspectives of the implementation of Restorative Justice in Brazil, in the light of legal foundations, philosophical and sociological theory. It also takes a look at some developing experiences with this aim in homeland. To achieve this goal, Brazilian and foreign legal and doctrinal sources that deal with the democratic rule of law, the Brazilian penal system problems and the perspectives of neoconstitutionalism, reports referring to experiences about Restorative Justice that took place in Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasilia and São Caetano do Sul, São Paulo, and a project of law in the National Congress, which are theoretical or practical reflection on the subject were consulted. Finally, we present considerations and suggestions in mind to contribute to progress towards the implementation of restorative justice in order to put into practice advances that embodies the possibility of criminal conflict resolution, consistent with the view of neoconstitutionalism, bringing to light the interests of the victim in this context.

**Keywords:** Criminal Proceeding -- Neoconstitutionalism – Restorative Justice

## SUMÁRIO

Páginas

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>CAPÍTULO 1 - JUSTIÇA RETRIBUTIVA FUNDAMENTOS TEÓRICOS À SUPERACÃO DE PROBLEMAS DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 2 - JUSTIÇA RESTAURATIVA: FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS ESOCIOLÓGICOS.....</b>	<b>39</b>
<b>CAPÍTULO 3 - O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA.....</b>	<b>65</b>
<b>CAPÍTULO 4- A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL.....</b>	<b>89</b>
<b>4.1.PROCEDIMENTOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.....</b>	<b>93</b>
<b>4.2. A EXPERIÊNCIA NAS VARAS DE INFÂNCIA E JUVENTUDE – PROJETO.....</b>	<b>98</b>
<b>4.2.1. SÃO CAETANO DO SUL.....</b>	<b>100</b>
<b>4.2.2. 3ª. VARA DO JUIZADO DE INFÂNCIA E JUVENTUDE DE PORTO ALEGRE.....</b>	<b>105</b>
<b>4.3. BRASÍLIA - PROJETO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.....</b>	<b>109</b>
<b>4.4 – DISSEMINAÇÃO DO PROJETO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL.....</b>	<b>111</b>
<b>4.5– O PROJETO DE LEI N.O. 7006/2006.....</b>	<b>113</b>
<b>CAPÍTULO 5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS E SUGESTÕES.....</b>	<b>118</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>123</b>
<b>ANEXO 1</b>	
<b>ANEXO 2</b>	
<b>ANEXO 3</b>	

## INTRODUÇÃO

Atualmente, vive-se uma etapa da civilização em que se privilegia a participação do cidadão em todos os setores que dizem respeito não só aos seus interesses, mas também daqueles que se dirigem ao bem comum. A rigor, após longo tempo de submissão ao poder do ente estatal ou de quem desfrutasse poder de mando, ou advindo do conhecimento, o cotidiano do cidadão em diferentes partes do mundo é marcado por esforços de ampliação do diálogo, por uma relação de respeito e acolhida ao outro.

É evidente que persistem guerras e outros conflitos no plano individual e coletivo. Mas, ainda assim, não se pode negar a tentativa de solução dos embates pela via dialógica.

No Processo Penal não é diferente. Após longo tempo de ênfase à aplicação de penas implacáveis, de encarceramento e destaque às masmorras, muitos estudiosos da área jurídica, da Sociologia, da Filosofia, da Antropologia trazem à baila importante contribuição para que se compreendam as origens do crime e reavalie a eficiência do Estado que privilegia a punição, sem preocupação com medidas preventivas dos delitos e de reparação do dano e reforço à paz social, em lugar da mera vingança.

É nesse passo que emergiram as iniciativas voltadas à Justiça Restaurativa, cuja original abordagem tem por acréscimo a inclusão da vítima na busca de solução dos conflitos.

A despeito da relevância do assunto, ele ainda é pouco difundido e analisado na doutrina brasileira, o que talvez explique a falta de legislação específica no direito pátrio regulamentando o tema.

Em face do que se expôs brevemente nesta Introdução, desenvolveu-se a presente Dissertação de Mestrado em Direito, cujos objetivos foram os seguintes:

Analisar fundamentos teóricos que subsidiem a reflexão sobre medidas alternativas concretas ao sistema penal punitivo, o qual, sem sombra de dúvidas, está ultrapassado, no contexto de um Estado Democrático de Direito.

Identificar e examinar fundamentos filosóficos e sociológicos à justificativa da Justiça Restaurativa como instrumento mais justo e humano de tratamento de conflitos interpessoais e entre grupos.

Situar o neoconstitucionalismo como contexto jurídico e político de reforço às propostas de Justiça Restaurativa no Brasil.

Examinar algumas experiências de Justiça Restaurativa no cenário brasileiro, conferindo ênfase a seus resultados e repercussão em termos de reversão do tratamento historicamente conferido aos conflitos sociais.

O estudo, que faz parte da Linha de Pesquisa *Acesso à Justiça e Efetividade do Processo* do Mestrado em Direito Público e Evolução Social da Universidade Estácio de Sá, pretende contribuir para preencher lacunas na doutrina e legislação brasileira acerca da justiça restaurativa no Brasil.

Adicionalmente, tem-se a expectativa de cooperar com nova abordagem dos conflitos, com destaque à composição e restauração da situação que foi abalada com o litígio, trazendo a vítima para o cenário da relação dialógica na busca de solução dos problemas.

A Dissertação está organizada em cinco capítulos, cujos conteúdos são expostos em síntese a seguir:

O capítulo 1, intitulado *Justiça Retributiva fundamentos teóricos à superação de problemas do sistema penal*, apresenta algumas considerações necessárias à compreensão das possibilidades e limites do sistema penal brasileiro. Para tanto, sem pretender um estudo histórico ou extensivo, analisa-se o Direito Penal e do Processo Penal brasileiro, com o intuito de entender a evolução do sistema penal que dá origem a práticas contemporâneas que nem sempre se coadunam com o Estado Democrático de Direito e a Constituição da República de 1988.

A pena, o autoritarismo e o papel dos meios de comunicação também são abordados, além do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, que trata da Reforma do Código de Processo Penal.

O capítulo 2 designado como *Justiça Restaurativa: fundamentos filosóficos e sociológicos* focaliza alicerces teóricos para a implementação Justiça Restaurativa, considerando-se o ideal de sociedade democrática, a qual deve favorecer a criação e implementação de políticas pluralistas, que respeitem isonomicamente os direitos de todos. Com esse propósito, analisa-se a questão da cidadania, disposições constitucionais, o conceito de Justiça Restaurativa, com seus princípios, valores e novas possibilidades de tratamento aos envolvidos em conflitos de interesses, particularmente, a vítima e o ofensor, dentro do contexto da comunidade, além de enumerar alguns documentos de organismos internacionais e brasileiros que respaldam as práticas restaurativas.

O capítulo 3, nomeado como *Neoconstitucionalismo e Justiça Restaurativa*, tem como principal temática a necessidade de busca de novo significado teórico e prático para justiça, abrindo espaço para novas práticas que priorizem a liberdade e princípios baseados na dignidade humana. Nessa linha, incluem-se perspectivas de inclusão de aspectos vinculados à comunicação humana, com base em pensadores como Hannah Arendt e Habermas, situando a importância da visão neoconstitucionalista sobre o papel da constituição e do Direito. Nesse momento, a ênfase recai no exame da relação vítima/ofensor/comunidade, destacando a importância da comunicação nas relações sociais, visando à concretização de princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

O capítulo 4, com o título de *Justiça Restaurativa no Brasil*, analisa os procedimentos restaurativos, destacando projetos piloto desenvolvidos em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, Brasília e em São Caetano do Sul, São Paulo. Essas experiências têm contribuído para a disseminação da Justiça Restaurativa no Brasil, indicativo de real necessidade de criação de lei, regularizando o procedimento, ainda aplicado em caráter experimental. Nesse sentido, contempla-se brevemente o projeto de lei em tramitação na Câmara Federal referente ao tema

Ao final, apresentam-se algumas considerações e sugestões, buscando coerência com os propósitos e resultados principais da investigação.

## **CAPÍTULO 1 -**

### **JUSTIÇA RETRIBUTIVA FUNDAMENTOS TEÓRICOS À SUPERÇÃO DE PROBLEMAS DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Para contextualizar a análise das possibilidades e limites da implementação da Justiça Restaurativa no Brasil, é importante tecer algumas considerações sobre o sistema penal brasileiro e o uso da forma de justiça que define a pena como castigo, retribuindo o mal causado. Com esse propósito, neste capítulo, trata-se brevemente do sistema penal, em seus desdobramentos históricos no Direito Penal e Processual Penal brasileiro atual, bem como do Projeto de Lei sobre Justiça Restaurativa, em trâmite no Congresso Nacional.

De pronto, cumpre ressaltar que o Direito penal tem sido empregado como forma pela qual o Estado exerce controle social, através de regras estabelecidas principalmente pelas pessoas que detêm o poder, onde o respeito aos direitos fundamentais é relegado a segundo plano.

A legislação específica referente ao Direito Processual Penal em vigência data de 1941, ano em que o Código de Processo Penal foi instituído pelo Decreto-Lei 3.689, de três de outubro de 1941, refletindo a filosofia do Estado Novo, a qual priorizava o interesse autoritário e controlador do Estado<sup>1</sup> em relação ao indivíduo. Com essa orientação ideológica, identificava-se o Direito com o complementar conceito de sanção. Sem sombra de dúvidas, essa concepção afasta-se decisivamente da principiologia emanada da Constituição da República de 1988.

Quando se reflete sobre o Processo Penal atual e sobre o significado da aplicação das penas e os efeitos de uma justiça retributiva, observa-se que o combate ao delito, por meio de castigos, na maioria dos casos com crueldade, não alcança solução para o conflito social; na prática, constata-se a estigmatização de pessoas, quase sempre oriundas de classes socialmente excluídas. Com essa tendência que se prolonga durante a história da sociedade, a pena não se restringe ao condenado, mas atinge toda sua família mantendo, dessa forma, um círculo vicioso, no qual reincidência e filhos desassistidos são a tônica.

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição*. Princípios constitucionais do Processo Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1.

Os estudos de Foucault<sup>2</sup> são valiosos na compreensão do problema em foco, particularmente quando denuncia o uso da justiça penal/prisional como forma de estigmatização e exclusão de determinados grupos de indivíduos do convívio social. Entre muitos aspectos vinculados ao assunto, ele esclarece que a preservação poder ocorre por intermédio da repressão e também de uma *rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais que uma instância negativa que tem por função reprimir*.

O filósofo em comento também questiona a produção da verdade, que se efetiva com o recurso às coerções. É a verdade que regulamenta o poder, admitindo-se que *cada sociedade tem seu regime de verdade, ou seja, tipos de discursos que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros*. Nesse sentido, a verdade opera conforme *o estatuto dos que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro*.

Foucault<sup>3</sup> enfrentou o tema da justiça usada como aparelho do Estado, o que faz com que a história tenha sido mascarada, sem que se contemplem as causas dos fenômenos. Eis porque, segundo o autor, *a história da justiça, da prática judiciária, do que foi efetivamente um sistema penal, do que foram os sistemas de repressão raramente são relatados*.

Conforme análise desse pensador, na Idade Média o sistema penal cuidava principalmente da questão fiscal e, aos poucos, assumiu outro papel: *a luta anti-sediciosa*. O que antes era tarefa militar passou a ser prevenida pelo *sistema justiça-polícia-prisão*, sistema configurado por triplo papel, desempenhado em coerência com a conjuntura. Do final da Idade Média até o século XVIII a justiça foi usada como fator de “proletarização”: foi quando se criaram as leis contra os ociosos, mendigos e vagabundos, os quais podiam ser expulsos das cidades e até mesmo presos e obrigados a trabalhos forçados. Por óbvio, essas pessoas, estigmatizadas por sua condição social, tinham que aceitar sua situação. Cumpre assinalar que tal prática não foi privilégio europeu, uma vez que foi adotada também no Brasil. Outra forma adotada pelo sistema penal foi a perseguição de pessoas consideradas perigosas ao Estado, que compreendiam: camponeses, operários acusados de roubo, pequenos proprietários endividados e descontentes com a injusta cobrança de impostos. Todos deviam ser “isolados” com o objetivo de não encabeçarem movimentos de revolta. Para tanto, eram usadas prisões, galés, colônias e até mesmo o Hospital Geral. Conforme Foucault, diante dessas ameaças

---

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e trad. de Roberto Machado. 20ª ed.. Rio de Janeiro: Graal, 2004, p.7-8.

<sup>3</sup> Idem, 49-51.



concretas, o medo cresceu entre os segmentos sociais mais pobres, mesmo depois da Revolução Francesa e durante o Século XIX.

O terceiro papel desempenhado pelo sistema penal, tão bem visualizado por Foucault, guardando-se as devidas proporções, ainda está em voga nos dias atuais. Segundo o autor, o sistema penal faz com que a classe de baixa renda seja vista como perigosa, imoral, marginal, uma ameaça para a burguesia. Em paralelo à formulação de leis, do encarceramento dos que supostamente representavam risco ao sistema vigente, criaram-se barreiras ideológicas através *da imprensa, da literatura, da antropologia do criminoso (século XIX)*.

Foucault conclui que, no desempenho do terceiro papel, o sistema penal contribui para a separação entre as classes. Dessa forma, são exercidas pressões que beneficiam a burguesia, a qual, em busca do domínio do proletariado, transforma pessoas da classe mais pobre como soldados, vigilantes do proletariado. Procurando demonstrar sua tese, Foucault declara que: (...) *A justiça penal não foi produzida pela plebe, nem pelo campesinato, nem pelo proletariado, mas pura e simplesmente pela burguesia, como um instrumento tático importante no jogo de divisões que ela queria introduzir.*

Com efeito, a burguesia durante algum tempo ofereceu à plebe caminhos tortuosos, a saber: prisão ou exército, prisão ou ir para as colônias, prisão ou entrar para a polícia. Isto influenciou o comportamento das pessoas que durante muito tempo sofreram na pele tal tratamento, fazendo com que elas assumissem, quando sua posição permitisse, papel semelhante, ao qual Foucault<sup>4</sup> chama de *efeitos ideológicos*. Ele exemplifica com clareza: a plebe assume atitude *racista quando desempenha função colonizadora; chauvinista, quando militar ou fascista, quando policial.*

O comportamento das pessoas que, apesar de estigmatizadas, ao assumirem algum “poder” passam a estigmatizar seus semelhantes, pode ser explicado também com os estudos de Freud<sup>5</sup> em “Totem e Poder”. Segundo o Pai da Psicanálise, o termo tabu, de origem polinésica, significa sagrado, misterioso, proibido, perigoso. Pode ser visto como um código de leis não escrito, com objetivos que vão desde a proteção dos chefes, como também a dos mais fracos, da família, da religião, da própria vida.

O tabu serve como controle social, que se fez necessário à medida que povos primitivos deixaram de ser nômades, passando a viver agrupados; da maior proximidade

---

<sup>4</sup>FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. *Opus cit.*, Idem, p. 57

<sup>5</sup>FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu* e outros trabalhos. Vol XIII. Tradução sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 2006.

decorreu a premência de mecanismos de defesa psíquica e sexual. Desejos individuais eram reprimidos em função dos tabus e dos dogmas religiosos, que não deviam ser violados. A repressão concretizava-se através do medo, pois a quebra do tabu abria espaço a severos castigos neste ou no outro mundo.

Freud evidencia a necessidade da ética na conduta humana, pois, se os desejos humanos não forem controlados, prejudicam a organização social. Nesse passo, a repressão, não raro, é socialmente considerada como mal necessário.

Conforme o pensamento freudiano<sup>6</sup>, o desenvolvimento da civilização impõe restrições à liberdade e a justiça exige que ninguém fuja a essas restrições. Como a liberdade não é dom da civilização, esse impulso pode ser dirigido *contra exigências específicas da civilização ou contra a civilização em geral*.

Freud<sup>7</sup> acrescenta que a insegurança da vida é responsável pela união dos homens em sociedade, que *proíbe ao indivíduo matar*, reservando-se o direito de decretar a morte comunal a quem violar a proibição, que *resulta em justiça e castigo*.

Como ressaltado, nas origens do Direito Penal, encontra-se a prática de buscar a justiça através da punição dos crimes. Hassemer<sup>8</sup> situa essa origem no Iluminismo, na forma como legitimou o Direito, pois o contrato social fortaleceu a idéia de que o homem, em busca de segurança, aceitou limites ao exercício da própria liberdade. Essa aceitação permitiu que o Direito Penal interferisse na vida dos cidadãos, em alguns casos, de forma excessiva, até mesmo cruel. É o que o autor chamou de *risco de excessos*.

Em *Vigiar e Punir*, Foucault<sup>9</sup> apresenta exemplo da evolução do processo de humanização, descrevendo o último dia do condenado Damiens, ano de 1757 e os suplícios a que foi submetido, em praça pública, até ser esquartejado. Depois, apresenta o regulamento da *Casa dos jovens detentos em Paris*, em vigor, três décadas depois do suplício de Damiens. No citado regulamento, estabeleceram-se os horários das atividades desenvolvidas pelos presos, desde o acordar, até o recolhimento às celas. Com esses exemplos, Foucault<sup>10</sup> demonstra as mudanças ocorridas, declarando: *a punição pouco a pouco deixou de ser uma*

---

<sup>6</sup> FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos*. Vol. XXI. Trad. sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago. 2006, p. 102 – 103.

<sup>7</sup> Idem, p. 49.

<sup>8</sup> HASSEMER, Winfred. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles [et. al.]. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p.35.

<sup>9</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis – RJ: Vozes, 2006, p. 9 – 11.

<sup>10</sup> HASSEMER, Winfred, op. cit, p. 12

*cena*. Segundo o pensador, com a evolução da sociedade, o carrasco foi substituído por uma infinidade de técnicos como guardas, médicos, psiquiatras, capelães, psicólogos e educadores.

Todavia, como se sabe, o Estado de Direito deve exercer a regulação penal e, ao mesmo tempo, proteger os direitos fundamentais. Hassemer<sup>11</sup> afirma que a Política criminal só deve proteger aos denominados bens jurídicos; por isso, “concepções morais ou idéias de ordem” não devem fazer parte de avaliação penal.

O mesmo doutrinador<sup>12</sup> afirma que o Direito Penal tem como atividade precípua formalizar o controle social, que é, nas palavras do autor, *condição fundamental e irrenunciável para a vida em sociedade*. Como partes do controle social, cita: norma, sanção e processo, os quais são responsáveis por assegurar no dia a dia os limites de ação na vida em sociedade, o que, em outras palavras, constitui a liberdade de cada indivíduo dentro de seu contexto social.

Por esse motivo, o legislador penal não pode estabelecer regras ao seu bel prazer; ele deve ater-se ao que o autor em tela denominou como “molduras” para a tomada de decisões. Desrespeitados tais limites, a regulamentação penal não deve ser aplicada. Além disso, as leis penais têm dispositivos criados com o objetivo de proteger os cidadãos e evitar abusos ou injustiças no exercício do poder de punir. Tratam-se de precauções, que visam a proteger o acusado, tais como: o direito de ficar calado, a proibição de provas obtidas de forma ilícita, a proporcionalidade das sanções e a presunção de inocência. Conforme o autor, a regra do jogo da tutela penal deve ser “cartas na mesa”, jogo declarado, sempre com a possibilidade de correção de falhas, uma vez que qualquer punição estabelecida pelo controle penal não é branda, interferindo diretamente no que a pessoa tem de maior valor: sua liberdade.

Zaffaroni e Nilo Batista<sup>13</sup> definem sistema penal como *o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção*. Acrescentam que, para uma análise do sistema penal, é preciso que se considerem as agências que lidam com a questão penal, a saber:

---

<sup>11</sup> HASSEMER, Winfred, op. cit, p. 36

<sup>12</sup> HASSEMER, Winfred. *Direito penal libertário*. Trad. de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 209 – 211.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, [...et.al]. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Vol.* 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 60. Conforme os autores, sistema é empregado como conjunto de entes e não de órgãos no sentido biológico. Assim, essas agências realizam atividades de forma independente, com conceitos até mesmo contraditórios.

- agências políticas, como ministérios, poderes executivos, partidos políticos;
- agências judiciais, da qual fazem parte juízes, auxiliares, funcionários, defensoria pública, organizações policiais;
- agências policiais, incluindo todos os tipos de agências com atividade que incluam segurança e vigilância, sejam públicas ou privadas;
- agências penitenciárias sejam; as prisionais ou as de vigilância;
- agências de comunicação social, incluindo rádio, televisão e imprensa escrita;
- agências de reprodução ideológica, como universidades e institutos de pesquisa jurídica;
- agências internacionais como órgãos especiais da ONU e OEA, fundações, etc.

Na definição apresentada, fala-se em criminalização primária e secundária<sup>14</sup>. Os mencionados pesquisadores chamam atenção para a diferença entre ambas, esclarecendo que criminalização primária compreende *o ato ou efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas*. Consiste, portanto, na elaboração de leis penais, que disciplinam condutas e atos, através de sanções pré-estabelecidas. A criminalização secundária abrange a aplicação dessa lei e de suas respectivas sanções, quando restar comprovado que a conduta do indivíduo as infringiu.

A criminalização primária está diretamente ligada às agências políticas; porém, recebem influência de outras agências, principalmente das agências de comunicação social, de reprodução ideológica e internacionais. A criminalização secundária liga-se, principalmente, às agências policiais e penitenciárias. Asseveram os autores<sup>15</sup> que a criminalização primária é um programa que atinge dimensões incalculáveis, sendo que nenhum país consegue exercê-la totalmente. Em contrapartida, a criminalização secundária que tem sua ação limitada pelos dispositivos legais criados pela criminalização primária, quase sempre, é altamente seletiva, discriminadora e injusta.

---

<sup>14</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, [et.al]. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Vol. 2. Opus cit.*, p. 43.

<sup>15</sup> Idem, p. 43-44.

Zaffaroni e Nilo Batista<sup>16</sup> concordam com a explicação de Aniyar de Castro<sup>17</sup>, sobre o cumprimento dos direitos humanos na América Latina e afirma que na América Latina existe um sistema penal subterrâneo. E justifica, denunciando que as constituições determinam um direito igual para todos; contudo, não se pode concordar com essa igualdade, uma vez que “não há direito igual para homens desiguais”. Segundo a autora, a articulação do Direito penal substantivo com o adjetivo demonstra um controle seletivo, apresentando *procedimentos como juízos prévios, imunidades, sanções e tribunais diferenciados e não estigmatizantes*.

No entanto, para Zaffaroni e Nilo Batista<sup>18</sup>, o sistema penal subterrâneo não é prerrogativa da América Latina; pelo contrário, é característica de sistemas penais do mundo inteiro, constituindo-se, infelizmente, numa universalidade. Apontam como exemplos: expulsões informais de estrangeiros e a existência de grupos especiais de inteligência que operam fora da lei. A ação dessas agências (legais, que operam fora da lei) é responsável por execuções sem processos, desaparecimentos, torturas, prisões realizadas de forma ilegal, e abusos similares. Impedir a ação de tal sistema não é fácil, pois requer controle efetivo entre os poderes.

Aniyar de Castro<sup>19</sup> é contundente ao apontar as mazelas do sistema penal subterrâneo. Ela denuncia que o sistema penal normal, aparente proíbe procedimentos diferenciados, mas o sistema subterrâneo constantemente lança mão dos mesmos, principalmente quando os acusados fazem parte das classes subalternas. Conforme palavras textuais da autora em tela:

[...] violações de domicílio, violências policiais; violação do direito à própria imagem no tratamento informativo; prisões e detenções preventivas por prazo indeterminado; execução penal à margem dos direitos humanos; carência de condições dignas de vida, de acesso à informação, à comunicação, a atividades culturais ou esportivas, etc., e sofrimentos físicos e morais que ultrapassam os previstos pela lei.

---

<sup>16</sup> Idem, p. 69 – 70.

<sup>17</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005, p. 128.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, [et.al]. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Vol. 2*. Op. cit, p. 70.

<sup>19</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. Op.cit, p. 128 – 132.

Reitera-se que a aplicação de algumas leis ocorre de maneira seletiva, servindo para encaminhar ao sistema penal pessoas socialmente excluídas do processo de desenvolvimento.

No que tange ao poder de seletividade das leis, já Rudolf Von Ihering<sup>20</sup> assinalava que o Direito Penal traz à tona a escala de valores dos diversos institutos, que variam, de acordo com os interesses do Estado. O clássico pensador ao seu tempo já denunciava que: *Qualquer Estado pune com maior rigor os crimes que ameaçam seus princípios peculiares de vida enquanto, nos demais, prevalece uma brandura muitas vezes extraordinária*. Como se pode depreender, a justiça do Estado<sup>21</sup> é mais violenta quando se sente ameaçada concretamente eis que atua com base em preconceitos e estereótipos.

Também é forçoso admitir que os conflitos sociais podem ser resolvidos, com satisfação às partes, com reparo do dano; ou por decisão de autoridade, mediante a imposição de mecanismos de coerção a quem for julgado culpado. De igual maneira, não se pode esquecer que existem modelos decisórios aplicáveis conforme a área do conflito, que pode ser de natureza civil, comercial, administrativa, entre outras.

Zaffaroni e Nilo Batista mencionam como principais modelos decisórios: o reparador, o conciliador, o corretivo, o terapêutico e o punitivo que, segundo os autores, não combina com os demais, pois não soluciona realmente o conflito; apenas o *dissolve*, fazendo com que se apague no tempo. Além disso, o modelo reparador e o conciliador solucionam o conflito, com a vantagem que não excluem a vítima.

Tratando da missão do Direito Penal, Nilo Batista<sup>22</sup> confere destaque à proteção dos bens jurídicos e, com esse desiderato, comina, aplica e executa a pena pré-definida. Mas, como a sociedade é dividida em classes, o Direito Penal protege valores impostos pelas classes que têm o poder, reproduzindo as diferenças das relações sociais. Segundo o autor, o Direito Penal possui “uma missão secreta” e a pena, efeitos não declarados, quais sejam: excluir os indesejáveis.

---

<sup>20</sup> IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. De Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 49.

<sup>21</sup> Idem, p. 49. O autor, a respeito do rigor das leis penais, oferece vários exemplos: a teocracia julgará com rigor a blasfêmia e a idolatria; no Estado agrícola a violação de marcos divisórios será vista com maior importância, merecendo punição à altura; falsificar moeda num Estado mercantil será interferência grave no sistema econômico; um Estado militar não admite insubordinação, bem como, o Estado absolutista punirá com rigor o crime de lesa-majestade. A República punirá quem quiser voltar ao sistema real.

<sup>22</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro. Revan, 2005, p. 116.

Paulo Rangel<sup>23</sup> considera o Direito Penal como a última alternativa do Estado, mas ressalta que deve ser exercido com o intento de impedir arbitrariedades no exercício do poder de punição. Evoca que a sociedade necessita de políticas sociais que visem a diminuir as desigualdades. Nessa linha de pensamento, fazer a mera reprodução de programas como o “Tolerância Zero” adotado em Nova York não é o correto, uma vez que o Direito Penal Máximo não é a solução.

Na mesma linha de pensamento, Zaffaroni<sup>24</sup> afirma que, num Estado de Direito, só há lugar para um sistema jurídico que preserve garantias de Direitos Fundamentais, extensíveis a todas as pessoas, indistintamente. Nesse sentido, segundo o autor em tela, falar em Direito Penal garantista é *redundância grosseira*, sob o pressuposto de que o Estado de direito é obrigado a manter e aperfeiçoar a proteção irrestrita das garantias dos cidadãos, de forma a reduzir as *pulsões do Estado de polícia*, sendo que o Direito Penal<sup>25</sup> só poderá garantir sua eficácia com o devido respeito aos direitos fundamentais.

Entender o processo penal na atualidade demanda o conhecimento, pelo menos em linhas gerais, das legislações ao longo do desenvolvimento do país. Alargando um pouco a abrangência do olhar, verifica-se que, publicado em 1936 pela primeira vez, *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda<sup>26</sup>, analisa a sociedade brasileira em diversos aspectos.

Referindo-se à ordem social, afirma que não é a rigidez das leis que a preservará e acrescenta: *Escapa-nos esta verdade de que não são as leis escritas, fabricadas pelos juriconsultos, as mais legítimas garantias de felicidade para os povos e de estabilidade para as nações*. A partir dessa observação, segundo o autor, políticos e demagogos falam constantemente em plataformas e programas. Quantos projetos de lei foram elaborados, quantas discussões inúteis foram entabuladas, sem que, em verdade, fosse feito algo de concreto em prol dos menos favorecidos?

Sérgio Buarque de Holanda<sup>27</sup> identifica o privilégio do governo em relação à classe dominante, declarando que, na América do Sul, leis são violadas e constituições não são cumpridas, em benefício de alguns indivíduos e oligarquias.

---

<sup>23</sup> RANGEL, Paulo. *Reflexões teóricas sobre o processo penal e a violência urbana: uma abordagem crítica à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 56 e 59.

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. de Sérgio Lamarão. 2. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 173.

<sup>25</sup> Idem, p. 187.

<sup>26</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.178 -179

<sup>27</sup> Idem, p.182.

Em *Criminologia e Poder Político*, Gizlene Neder e Gisálio Cerqueira Filho<sup>28</sup> comentam que a Lei, na cultura ocidental, tem fundamento no direito e na teologia, com tradição no Direito romano-germânico-canônico. Assim, permanecem a submissão e obediência, mesmo após o processo de laicização, iniciado em meados do século XVIII. Tal observação serviu como justificativa das codificações brasileiras, principalmente as penas, levando-se em conta a *herança do modelo institucional do Estado absolutista português*, inserido na cristandade ocidental latina, que atingiu igualmente a nação brasileira, à época da emancipação política ocorrida em 1822.

Roberto Lyra<sup>29</sup>, didaticamente, divide a história das instituições do Direito Penal em três períodos, a saber: primitivo, humanitário e científico.

O período primitivo se encerra no feudalismo; à época, a vingança era a norma. Por sua vez, o período humanitário teve seu início com a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Revolução Francesa. Nessa época, como abordado anteriormente, os castigos se ‘humanizaram’, com a substituição das execuções em praça pública.

Ao final do Século XIX, teve início o período científico, com o desenvolvimento do Estado de Direito e aplicações das ciências positivas ao Direito Penal.

Focalizando o Direito Penal no Brasil, o autor mencionado contempla as Ordenações, o Código de 1830 (período imperial), o Código de 1890 (na era da República) e o Código de 1940.

Segundo Roberto Lyra<sup>30</sup> o direito dos índios era próprio de cada cultura, com regras próprias, ao passo que as Ordenações Filipinas, Livro V, primeira legislação penal aplicada na Colônia, foi trazida para o Brasil em 1609, quando da criação do Tribunal da Relação do Estado do Brasil, em Salvador. Essa legislação<sup>31</sup> previa pena de morte de diversas formas, inclusive pelo fogo, degredo para galés, degredo para a África e para a Índia, ou de Portugal para o Brasil, mutilações e penas igualmente cruéis.

A emancipação política, obtida em 1822, trouxe a necessidade de uma Constituição, que foi outorgada em 1824<sup>32</sup>. De cunho liberal, essa Carta Magna definia como cidadãos os homens capazes de participação política; dessa forma, escravos e pobres eram excluídos.

---

<sup>28</sup> NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Criminologia e Poder político: sobre direitos, história e ideologia*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21.

<sup>29</sup> LYRA, Roberto. *Expressão mais simples do Direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Rio1976, p. 23 – 25.

<sup>30</sup> LYRA, Roberto. *Opus cit.*, 31-32.

<sup>31</sup> ZAFFARONI, BATISTA, Nilo [...et.al]. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Vol. 2. Opus cit.*, p. 418.

<sup>32</sup> NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio, *op. cit.*, p.109.



O Código Criminal, promulgado em 1830, substituiu o Livro V das Ordenações Filipinas. Considerado marco de modernidade, com idéias liberais da Europa, no entanto previa penas<sup>33</sup> *de morte, galés, prisão simples, prisão com trabalho, banimento, degredo, desterro, multas, perda e suspensão de emprego.*

Segundo Gizlene Neder e Gisálio Cerqueira<sup>34</sup>, aos escravos eram destinadas as penas mais rigorosas. Os pesquisadores referidos assinalam que, apesar da supressão das penas de mutilação e castigos corporais das Ordenações Filipinas, o açoite era permitido quando se tratava de escravos, de quem se continuou exigindo obediência passiva. A vagabundagem e a mendicância eram consideradas delitos; por isso, a pessoa a quem se atribuisse tais delitos podia ser apenada com prisão com trabalho, pelo período de oito a vinte e quatro dias. Ao mendigo, podia ser decretada prisão simples ou com trabalho, considerando suas forças, pelo período de oito dias a um mês.

Depois da implantação da República, em 1889, houve o Código Penal de 1890. Segundo os supracitados autores<sup>35</sup>, como não havia regulação trabalhista e, dada a situação do país, com a abolição da escravatura, e, portanto, uma nova concepção de trabalho, foi o novo Código o suporte legal para resolver os conflitos sociais entre trabalhadores e patrões, o que resultava em autoritarismo e repressão.

Nesse contexto, ocorriam verdadeiras perseguições aos que poderiam representar alguma resistência, como os capoeiras, oriundos dos escravos, agora livres e os chamados malandros. Em 1903, criou-se, no Distrito Federal, a Colônia Correccional de Dois Rios<sup>36</sup>, para onde eram mandados vadios, vagabundos, mendigos em condições de trabalho, capoeiras, ébrios, jogadores, ladrões, bem como, praticantes de lenocínio.

Em 1940, pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, foi decretado o Código Penal, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942. Considerado como marco científico, esse Código foi reformado em sua Parte Geral pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984 e sofreu inúmeras mudanças em sua Parte Especial, mediante leis infraconstitucionais. Essas mudanças decorreram da evolução da sociedade, que, de certo modo, ocorreu em paralelo ao surgimento de novas práticas delituosas. Todavia, na análise do tema, é preciso

---

<sup>33</sup> NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Criminologia e Poder político: sobre direitos, história e ideologia. Opus cit.*, p. 112.

<sup>34</sup> Idem, p. 113 - 114.

<sup>35</sup> Idem, p. 26.

<sup>36</sup> Idem, 35.

cautela, principalmente com a grande preocupação dos legisladores em criminalizar condutas. André Luis Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi<sup>37</sup> abordam o assunto e observam que:

Ocorre que o marco de valores que a Norma Fundamental indica nem sempre vem sendo observado na construção de uma Política Criminal que preserve os direitos e as garantias fundamentais. Isso resulta claro na elaboração dos tipos penais incriminadores na legislação penal infraconstitucional do Brasil após a Constituição de 1988, que denotam a passagem de uma política de intervenção mínima a uma política de intervenção máxima, tendo como fundamento a insegurança que vive a sociedade. A pena em muitos casos já não é mais a última razão nos modelos de construção de um Direito Penal que deveria ser subsidiário e o mesmo vale para os bens jurídicos protegidos.

Os autores<sup>38</sup> inferem que o uso dessa forma de intervenção punitiva fere a Constituição, que abre espaço a *um Direito Penal mínimo balizado em um modelo integral de Política Criminal*, a ser desenvolvida, em conjunto com uma política de desenvolvimento social. A Lei Maior proclama a proteção integral dos direitos humanos, buscando a diminuição da desigualdade social, especialmente em seu Preâmbulo e Art. 3º, entre outros.

A afirmativa dos autores é reforçada pelo pensamento de Zaffaroni<sup>39</sup> que vê na atuação do legislativo uma forma de encobrir a falta de capacidade do Estado na resolução dos problemas sociais. Dessa forma, leis são elaboradas de forma apressada, visando mostrar “eficiência” e dar respostas a demandas de alguns segmentos da sociedade, com repercussão nos meios de comunicação de massa, em busca de efetividade à segurança. Assim procedendo, reforçam a política do medo e da insegurança do cidadão. Zaffaroni acrescenta que tais leis traduzem *um poder punitivo irracional*, sem nenhum discurso.

Na atualidade, o Direito Processual brasileiro é marcado por um conflito entre os comandos da Constituição promulgada em 1988, com a promessa de exercício, tanto dos direitos sociais, quanto individuais, conforme Preâmbulo<sup>40</sup>, mas o Código Penal vigente, o

---

<sup>37</sup> CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezord. “Deu no jornal”: notas sobre a contribuição da mídia para a (ir) racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal. IBCCRIM: Revista *Liberdades* - nº 2 - setembro-dezembro de 2009, P. 56 – 57.

<sup>38</sup> Idem, p.74

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Trad. de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.76 - 77

<sup>40</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

qual, mesmo reformado, data de 1941, quando o país era submetido a uma fase ditatorial. Essa inferência encontra respaldo em muitos estudiosos do tema, entre os quais se salienta Carvalho e Brandão<sup>41</sup>, que identifica *convivência conflituosa* entre o referido Código e a Constituição, ocorrendo interpretações e soluções em alguns casos ligadas ao Código; em outros, à Constituição.

Os doutrinadores mencionados<sup>42</sup> ressaltam que a desigualdade social e econômica da sociedade contribuiu para o aumento da criminalidade, gerando um clamor da sociedade, reforçado pelos meios de comunicação que defendem uma legislação mais rígida. Essa pressão social, em verdade, traduz o sentimento de insegurança e medo da população; todavia, esse problema não pode fazer com que o ideal democrático seja abandonado.

Nenhuma lei poderá ser interpretada em desconformidade com a Constituição, que, conforme Prado<sup>43</sup>, é responsável pela divisão dos poderes do Estado, através do sistema de freios e contrapeso, além de tutelar os direitos fundamentais.

Em *Processo Penal e Constituição*, Grandinetti Castanho de Carvalho<sup>44</sup> relembra que o Código vigente teve sua origem num momento de intervenção estatal na esfera privada. Sua Exposição de Motivos demonstra tal finalidade de forma clara. Ao final do Inciso II, a declaração: “[...] Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social” demonstra claramente a preponderância do interesse estatal sobre o interesse do cidadão. A ideologia se justifica, quando se leva em conta que o período e os valores hegemônicos à época da promulgação do Código<sup>45</sup>.

O Código de Processo Penal de 1941 unificou o sistema; pois, desde a proclamação da República, cada Estado organizava o próprio código, na falta de unidade de procedimentos.

---

<sup>41</sup> CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de e BRANDÃO, Nuno. *Sistemas Processuais Penais do Brasil e de Portugal – Estudo comparado*. IN CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (Org.). *Processo Penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira*. Portugal: Almedina, 2009, p. 40

<sup>42</sup> Idem, p. 40.

<sup>43</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 3.ed..2005, p. 15.

<sup>44</sup> CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 4. ed., 2006, p. 1.

<sup>45</sup> Idem, p. 2. A Constituição na época do decreto da lei que instituiu o Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941), era de 1937, fruto de um golpe que derrubou o Presidente Washington Luís. Getúlio Vargas, líder da revolução, ficou no poder de 1937 até 1945, quando foi deposto, tendo sido eleito presidente, pelo voto popular, na eleição de 1950. Não terminou o mandato presidencial porque se suicidou em 1954.

As reformas efetuadas<sup>46</sup> posteriormente, advindas de leis infraconstitucionais, modificaram diversos dispositivos, sem que se tenha adequado o Código aos princípios constitucionais.

Prado<sup>47</sup>, ao situar o direito como construção humana, elucida que *o princípio democrático fundamenta o caráter democrático do próprio direito*. Numa democracia a cultura democrática aos poucos poderá ser desenvolvida pela conscientização da forma democrática da sociedade conviver. Para tanto, há que existir participação, integração e solidariedade dos cidadãos, sendo certo que a concretização desses pressupostos e valores na sociedade influi nos dispositivos legais.

O autor<sup>48</sup> em tela defende que o processo penal constitui instrumento político de participação, em conformidade com o grau de evolução da sociedade. Partilhando das mesmas idéias, Aury Lopes Jr.<sup>49</sup> sustenta que o processo penal não é *um instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido*. Nessa linha de raciocínio, as regras do devido processo legal, constitucionalmente asseguradas, devem ser obedecidas, o que jamais poderá ser confundido com impunidade. Aury Lopes Jr.<sup>50</sup> conclui que *o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário*.

---

<sup>46</sup> CF. MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do Código de Processo Penal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de setembro de 2009. Reformas efetivadas: o fim da prisão preventiva obrigatória (Leis de nºs. 5.349/67, 8.884/94, 6.416/77 e 5.349/67), a impossibilidade de julgamento do réu revel citado por edital que não constituiu advogado (Lei nº. 9.271/96), a revogação do seu art. 35, segundo o qual a mulher casada não poderia exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido, salvo quando estivesse separada dele ou quando a queixa contra ele se dirigisse (Lei nº. 9.520/97); modificações no que concerne à prova pericial (Lei nº. 8.862/94); a possibilidade de apelar sem a necessidade de recolhimento prévio à prisão (Lei nº. 5.941/73); a revogação dos artigos atinentes ao recurso extraordinário (Lei nº. 3.396/58), etc. Por outro lado, leis extravagantes procuraram aperfeiçoar o nosso sistema processual penal, podendo citar, **verbi gratia**, as que instituíram os Juizados Especiais Criminais (Leis nºs. 9.099/95 e 10.259/01), e que constituem, indiscutivelmente, o maior avanço já produzido em nosso sistema jurídico processual, desde a edição do Código de 1941. Há, ainda, a que disciplinou a identificação criminal (Lei nº. 10.054/00), a proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas (Lei nº. 9.807/99), a que possibilitou a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais (Lei nº. 9.800/99), a lei de interceptações telefônicas (Lei nº. 9.296/96), a Lei nº 8.038/90 que disciplina os procedimentos nos Tribunais, e tantas outras, algumas das quais, é bem verdade, de duvidosa constitucionalidade. Reformas em 2008: Leis nº 11.690, 11.698 e 11.719. Op. Cit., p. 40

<sup>47</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Ob. Cit., p. 40.

<sup>48</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Ob. Cit., p. 41.

<sup>49</sup> LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Volume 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 9.

<sup>50</sup> Idem, p. 11

Bottino<sup>51</sup> dedica-se à investigação dos elementos cruciais para fundamentar um sistema democrático, sob a perspectiva do garantismo penal e ressalta que Ferrajolli é seu *maior expoente*. Com base nessa premissa, o pesquisador referido assinala que merecem relevo três eixos de análise: a) exame filosófico do Direito, no intuito de encontrar mecanismos de redução do poder do Estado no controle social, precipuamente na liberdade individual; b) necessidade de justificação ético-política da qualidade, quantidade e necessidade do poder sobre a liberdade e critérios norteadores das decisões judiciais; c) análise da validade e coerência interna do sistema penal positivo e da relação entre legislação infraconstitucional e os princípios normativos superiores.

Tendo em vista compatibilizar o Código de Processo Penal com os preceitos constitucionais, o Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, trata da reforma do Código. A Exposição de Motivos<sup>52</sup> deste projeto declara a incompatibilidade existente entre o Decreto-Lei nº 3.689 e a atual Constituição, apontando, sobretudo, razões históricas e a *estruturação principiológica*.

O referido Projeto adota o princípio acusatório; salienta a tendência à diminuição da pena privativa da liberdade, motivada pela falência do sistema penitenciário, reconhecendo que as condições prisionais brasileiras não respeitam a dignidade humana.

Em paralelo, propõe a adoção de medidas alternativas, reduzindo a reprodução da violência das prisões. Nessa linha de pensamento, a adoção de medidas alternativas<sup>53</sup> pode efetivamente contribuir para a uma mudança no papel que a vítima assume na relação processual. Assim, através de procedimentos de natureza restaurativa, haverá a diminuição da necessidade de aplicações de penas, conforme o previsto no § 2º do art. 46 do Projeto<sup>54</sup>.

Como se pode constatar, o Projeto Lei do Senado nº 156<sup>55</sup> de 2009 reforça uma esperança quanto à adoção da Justiça Restaurativa, não por intermédio de projetos isolados,

---

<sup>51</sup> BOTTINO, Thiago. *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 21

<sup>52</sup> Brasil, Congresso Nacional. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Projeto de Lei do Senado Federal

<sup>53</sup> Brasil, Congresso Nacional. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Cf. Exposição de motivos do Projeto Lei : [...] some-se a isso um ganho sistematicamente reclamado para o sistema: o esvaziamento de demandas de menor repercussão ou menores danos, por meio de procedimentos de natureza restaurativa, permitirá uma maior eficiência na repressão da criminalidade de maior envergadura, cujos padrões de organização e de lesividade estão a exigir maiores esforços na persecução penal.

<sup>54</sup> Idem, Art 46, § 2º. Nos crimes de que trata o caput deste artigo, em que a lesão causada seja de menor e a expressão econômica, ainda que já proposta a ação, a conciliação entre o autor do fato e a vítima implicará a extinção da punibilidade, desde que comprovada em juízo a recomposição civil do dano.

<sup>55</sup> A cordenação da comissão é do ministro do Superior Tribunal de Justiça Hamilton Carvalhido. Os demais membros são: Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Peccelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

mas como procedimento legítimo de resolução de conflitos, conforme se verá no próximo capítulo.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura<sup>56</sup>, em artigo publicado em Boletim do IBCCRIM, ressalta o compromisso do projeto com as garantias individuais e com o devido processo legal. De fato, na Exposição de Motivos do Projeto lê-se que: [...] *a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais*. E, vai além, ao afirmar que tais garantias *não são favores do Estado*, elegendo o garantismo, em sua forma conseqüente, como pauta mínima do Estado Democrático de Direito.

Em continuidade, procura-se traçar algumas considerações sobre a forma injusta e arbitrária adotada no sistema penal brasileiro, que traz a lume o paradoxo de um sistema no qual o preso deixa de ser visto como ser humano e, portanto, titular de direitos, mesmo na condição de apenado.

A máquina estatal parece mais preocupada com suas responsabilidades atinentes à dimensão econômico-financeira do que com aquelas situadas no âmbito sócio-cultural. Como ressaltou Salo de Carvalho<sup>57</sup>, *o incremento do projeto político de enxugamento do Estado produziu, a partir da década de 80, nos países centrais de economia avançada, o desmonte do Welfare State*. Essa orientação política, através do fenômeno da globalização<sup>58</sup>, repercutiu nos países ditos periféricos, onde ainda não se concretizara nem mesmo o Estado Social. Nesse sentido, afora medidas populistas, a política governamental reforçou problemas como o desemprego e, conseqüentemente, a exclusão social

Loic Wacquant<sup>59</sup>, em *Punir os Pobres*, constata o resultado dessa política nos Estados Unidos, que resultou na falta de empregos e redução na assistência social mantida pelo Estado, gerando aumento de violência. A resposta foi o surgimento de um “Estado disciplinador” agindo contra as classes sociais mais pobres, aumentando o número de

---

<sup>56</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breve notícia sobre o projeto de lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal. P. 4 -5. *Boletim do IBCCRIM*, Ano 17 – Nº 200, julho 2009

<sup>57</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 9. 94-95.

<sup>58</sup> Sobre globalização e seus efeitos no trabalho Remígio Todeschini assevera: “A globalização é um grande shopping Center mundial onde o capital mundial concentra a riqueza e temos um poder de concentração de recursos jamais vistos na humanidade. Neste modelo globalizante há um rebaixamento dos custos laborais e dos salários reais e uma perda brutal dos postos de trabalho. As multinacionais estão constantemente se deslocando para países onde o custo da mão de obra é mais barata. Com isso a classe trabalhadora perdeu parte de seu poder de pressão, prevalecendo mai modelos individuais nas relações de trabalho do que nos modelos coletivos.” TODESCHINI, Remigio. Os efeitos da globalização e regionalização do trabalho. In SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio.(Coord.) *Impactos da globalização: de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa*. São Paulo: LTR, 2001, p. 208.

<sup>59</sup> WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. de Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 23 - 31

encarcerados, que, por sua vez exigiu a construção de novas prisões, como no caso da Califórnia, que num período de 10 anos, entre 1984 e 1994, construiu 16 novas prisões.

Da mesma forma, Jorge de Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade<sup>60</sup>, referindo-se ao modo como os políticos, invocando princípios morais, gostam de invocar as sanções criminais, esclarece que eles instituem revigoram os argumentos em defesa de uma política que atua sobre o medo e a insegurança. Trata-se, conforme palavras textuais dos autores, de *uma legitimação das formas mais agressivas de poder*.

Adotando perspectiva antagônica a esse modelo, Howard Zehr<sup>61</sup>, afirma que (...) *o encarceramento deveria atender às necessidades sociais de punição e proteção enquanto promovem a reeducação dos ofensores*; no entanto, as prisões *tornaram-se sede de horrores*. Segundo o autor, é reconhecido que as prisões não atendem ao que se propõem. Realmente, basta notar que o número de pessoas presas tem aumentado; além disso, as necessidades das pessoas envolvidas num crime, ou seja, do criminoso e da vítima, parecem sem importância para a justiça.

O binômio culpa e punição é o sustentáculo do sistema penal, segundo Howard Zehr<sup>62</sup>, motivo pelo qual se impõe sofrimento a quem causou dor. A partir desse pressuposto, punir é infligir dor a outra pessoa, em coerência com a denúncia de Nils Christie, que vê a aplicação da lei penal como uma administração de doses de dor tidas como “justas”.

O supracitado autor<sup>63</sup> sustenta que a justiça que se usa é retributiva, atribuindo-se ao Estado o papel de vítima. Com tal orientação, o processo penal passa a ser monopólio do Estado, que detém o poder de impor a pena ao criminoso, esquecendo-se da verdadeira vítima.

Como tem reconhecido em uníssono a doutrina majoritária, o Brasil tem um sistema penal deficitário, injusto, totalmente em desacordo com os preceitos constitucionais. Como é cediço, as prisões encarceram uma população acima do que suportam e jamais alcançam o propósito de ressocialização. Além disso, não raro, falhas processuais levam inocentes ao cárcere, como se pode inferir da jurisprudência dos tribunais. Como exemplos, basta refletir sobre o caso de Cristian Pereira da Silva, da Comarca de Santa Maria, no Rio

---

<sup>60</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.414.

<sup>61</sup> ZERH, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acket. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 61-62.

<sup>62</sup> Idem, p. 72.

<sup>63</sup> Idem, p. 78 – 79.

Grande do Sul, preso em 12/11/2004, ficando durante 12 dias detido, por ter sido confundido com Cristiano Pereira da Silva, na ocasião, já detido no presídio Central de Porto Alegre. Mesmo após ter sido solto, com o reconhecimento do erro cometido pelas autoridades policiais, Cristian foi detido novamente em 11/11/2005, porque seu nome continuou no rol dos criminosos foragidos. Cristian conseguiu indenização por dano moral, com a responsabilização do Estado pelo erro de seus agentes, conforme Acórdão<sup>64</sup> proferido pelos Desembargadores integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, em 26 de junho de 2008.

Outro “equivoco”, também no Rio Grande do Sul, levou à prisão Paulo Roberto Correa<sup>65</sup>, que ficou detido no Presídio Central de Porto Alegre de 06/01/2007 a 12/01/2007. Como no exemplo anterior, obteve a responsabilização do Estado pelo dano moral causado por conduta negligente da Administração Pública.

Casos como os citados se repetem quase todos os dias. A despeito de as prisões estarem superlotadas, muitos presos nem foram julgados, mas cumprem pena sem

---

<sup>64</sup> **EMENTA:** RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PROCESSO CRIME. FALHA DOS AGENTES ESTATAIS. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Responde pelo dano moral o Estado, quando por seus agentes, efetua a prisão de inocente, motivada pelo desenrolar de processo crime por falha de serviço, em duas oportunidades, apesar de dispor de elementos suficientes para comprovar que o demandante não era o criminoso procurado. Considerando o tempo de prisão e o próprio lapso temporal do processo crime, o valor relativo à indenização por dano moral deve ser majorado. Deram parcial provimento à Apelação do demandante e negaram provimento à Apelação do Estado. Unânime. (Apelação Cível Nº 70022663934, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 26/06/2008) publicado em DJ de 16/07/2006 pesquisado em <<http://www.tjrs.jus.br>> Em 16/11/2009.

<sup>65</sup> **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ESTADO. EQUÍVOCO NA IDENTIFICAÇÃO DE ACUSADO DE DELITO. HOMONÍMIA. PRISÃO ILEGAL. PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE. NEGLIGÊNCIA. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA MANTIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO. 1. A responsabilidade do Estado é subjetiva em se tratando de dano decorrente de ilícito civil, resultante aquela de conduta negligente adotada pela Administração Pública. 2. É ponto incontroverso da lide o equívoco que determinou a prisão do apelado, fato este corroborado pela prova oral e documental colhida em Juízo. Inteligência do art. 334, III, do CPC. 3. No caso dos autos, restou devidamente comprovada a negligência dos agentes estatais na identificação do postulante, como se depreende dos documentos das fl. 54 e 61, na medida em que, embora o nome e a naturalidade sejam idênticas, a data de nascimento e a filiação são completamente distintas. 4. Restou devidamente caracterizada a omissão do ente estatal, omitindo-se em adotar as providências necessárias para evitar a ocorrência do evento danoso, onde evidenciada a sua culpa, haja vista que embora seja indubitável o dever do ente público de agir para apurar e reprimir delitos, sua atuação não pode causar danos aos cidadãos, em especial aqueles que cumprem as leis como o autor, tendo a justa expectativa que o Poder Público atenda aos ditames legais com denodo e zelo. 5. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta da ré, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita do ente público demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 6. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano moral deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições do ofendido, a capacidade econômica do ofensor, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. Quantum indenizatório reduzido Dado parcial provimento ao apelo. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70030285704, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 15/07/2009) <[HTTP://www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)> Em 16/11/2009.



justificativa. Segundo estatística divulgada pelo Sistema Nacional de Informação Penitenciária – InfoPen, do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, relativa ao primeiro semestre do ano de 2009, há cerca de 468.807 presos, sendo que 149.514 encontram-se sob prisão provisória, o que contraria os preceitos constitucionais.

Outro problema gravíssimo que merece atenção cuidadosa é a inexistência de pena de morte na legislação brasileira. A despeito disso, sua aplicação é feita hodiernamente, conforme Nilo Batista<sup>66</sup>, segundo quem, ela é *tolerada e estimulada por discursos que ou desqualificam o acusado (“ele é bandido”), liberando-o à sanha dos esquadrões da morte a soldo de grupos sociais bem caracterizados [...]*.

Conforme análise de Geraldo Prado<sup>67</sup>, no Brasil, não se rompeu com o autoritarismo. Em verdade, o que aconteceu foi uma acomodação, uma vez que a antiga elite preservou seus espaços nos setores governistas. Segundo o autor a *cultura do medo* continuou a fazer parte da democracia, mesmo após a Constituição da República de 1988.

A pena não é o maior poder do sistema penal, na visão de Zaffaroni e Nilo Batista.<sup>68</sup> Poder vigiar, controlar, investigar a vida do indivíduo, penalizar, tirar a liberdade são poderes do sistema penal, num sistema em que a democracia serve para atuar no estabelecimento de freios. Segundo os autores “a pena é um exercício de poder”, que não repara ou restitui; impõe sofrimento e dor, mas não soluciona, nem previne conflitos.

Os autores esclarecem que, no modelo em que predomina o direito privado, quando há um dano, este deve ser reparado, através de uma coerção reparadora ou restitutiva, mantendo-se a realidade da situação, com a solução do conflito gerado pelo dano e, a geração de uma coexistência melhor. . Ao contrário, quando a coerção é feita por meio do poder de polícia, com a imposição de pena, o conflito não é resolvido, nem a coexistência melhorada. Nesse caso, o Estado impõe castigo, mas não tem poder de mudar a situação; apenas recorre a argumentos de defesa da ordem pública para justificar seus atos.

Da mesma forma, Lola Aniyar de Castro<sup>69</sup> aborda o papel da mídia e conclui que os meios de comunicação *demonstraram ser cruciais na construção das ideologias e, em consequência, das atitudes e dos valores*. Para tanto, utilizam mensagens passíveis de serem compreendidas por todos, produzindo o que a autora denomina de *massificação do receptor*.

---

<sup>66</sup>BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 103.

<sup>67</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3 ed..Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 37-38.

<sup>68</sup> Opus cit, p.99 - 101

<sup>69</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 201.

Considera que os meios de comunicação fazem um *trabalho de engenharia social, no qual a ordem permanece oculta e a obediência tem raízes subliminares.*

A autora em tela<sup>70</sup> considera a comunicação como poder, em que a notícia desempenha importante função de exercício de poder na construção social da realidade: em cadeia se transmite a notícia, se recebe, veiculam-se novamente realidades, *cumulativamente construídas, mediatizadas e reformuladas.* Os detentores dos meios de comunicação de massa decidem o que vai ser levado ao conhecimento. *A atenção do público é orientada para determinado número de notícias no dia.* Como assinala a autora, informações sensacionalistas estão ligadas *a sexo, esporte e crime*<sup>71</sup>; por isso, para vender mais os jornais não precisam *da qualidade de suas páginas de opinião.* Analisando o fenômeno sob o ângulo da economia e de lucros, a pensadora apresenta a fórmula  $S+E+C=V$  (vendas), contexto em que a classe subalterna se *vê retratada nas páginas dedicadas a crimes, catástrofes ou acontecimentos pitorescos.*

Como se sabe, meios de comunicação, rádio, televisão e jornais são patrocinados pelas empresas publicitárias, que cuidam dos interesses das grandes indústrias. A autora<sup>72</sup> identifica fenômeno que extrapola os limites nacionais, ao identificar uma trama internacional com destaque para *agências de notícias, empresas de publicidade, empresas privadas, dependência tecnologia.*

Nessa linha de pensamento, os meios de comunicação transformam acontecimentos em tragédias, que são míticas, mágicas, simbólicas. O fato delitivo que expõe dor, sofrimento, maldade está sempre entre os escolhidos por jornais, televisão que tendem ampliar sua repercussão social. *Mitos despertam fantasia e dispensam explicações,* mas são elementos facilitadores do sentimento de insegurança.

A autora citada<sup>73</sup> evidencia que a *construção social da notícia é mediatizada pelo poder econômico e político.* Ao gerar atitudes e valores, cria sentimentos de insegurança, com evidente capacidade de seleção, conferindo ênfase ao que deve ser temido, escondendo fatos reais, capazes de causar temor, mas que propositadamente não são revelados. Tomando por base a Venezuela, ela salienta que o controle social, exercido com o auxílio da publicidade conferida ao delito contribuem, entre outros fatos, para:

---

<sup>70</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da libertação. *Opus cit.*, p. 205.

<sup>71</sup> Idem, p. 207

<sup>72</sup> Idem, p. 213

<sup>73</sup> Idem, p.215-216

- A construção social da delinquência e do delinqüente, através da exposição de fotos, criando um estereótipo e vocabulário específico.
- Cria sentimento de insegurança relativo à classe social. Exemplo característico é o temor ao indivíduo que mora na favela. Ele mora num lugar perigoso, convive com bandidos, traficantes, portanto, deve também ser perigosos.
- O sentimento de insegurança seletivo atrai a atenção do grande público, desviando-a de outros tipos de conduta antissociais e de problemas sociais de maior envergadura.
- O sentimento de insegurança criado pelos meios serve para que o Estado possa implementar medidas autoritárias (“operativos, leis repressivas, militarização da ordem pública) e centenas de mortes em supostos enfrentamentos com a polícia. Tudo isso com o consenso coletivo, substituindo outras ações possíveis, como atuação governamental, pelo mais fácil emprego da força
- A delinquência é entendida como “um problema de ordem pública” e não um problema social.

A referida autora conclui que, através do processo de socialização, essas mensagens ficam incorporadas ao modo de ser da população. Embora as reflexões dessa pesquisadora estejam fundamentadas em dados da realidade de outro país, por sua natureza sem muitas dificuldades, o problema é corriqueiro em outros países. Se o país não tivesse sido mencionado, poder-se-ia pensar se tratar do Brasil.

A rigor, em termos gerais, os meios de comunicação são difusores da violência, do medo e do caos, mostrando a toda hora cenas que mobilizam a opinião pública, justificando a tendência a estabelecer pré-julgamentos, mesmo antes da apuração dos fatos, o que em nada contribui para a paz social.

Betânia Maciel<sup>74</sup> afirma que, nem a crítica, nem a ética da justiça são neutras, nem universais. A autora em comento recorre à expressão “*agenda-setting*” que, em português, significa fixação de agenda, pauta, para explicar que os meios de comunicação selecionam os assuntos que devem despertar interesse; assim, o público é influenciado, conforme a centralidade dos temas e o tratamento a eles atribuído.

A esse respeito, é forçoso ter em mente que os meios de comunicação são concedidos a grupos poderosos, que manobram notícias e informações segundo seus interesses. Por isso, perde espaço a premissa de que a ética da justiça requer a imparcialidade no julgamento do outro e, no caso brasileiro, a presunção de inocência.

Zaffaroni<sup>75</sup> comenta sobre a ação dos meios de comunicação explicando:

<sup>74</sup> MACIEL, Betânia. A ética da diferença: distribuição de bens e de oportunidades na produção do conhecimento científico. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt>>. Acessado em: 08/12/2009.

<sup>75</sup> *Opus cit*, p. 130.

O sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa. Esses estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinqüência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.).

Para Zaffaroni<sup>76</sup> a prisão constitui *máquina deteriorante*, provocadora de regressão. Para fundamentar sua inferência, ele assinala que a vida imposta ao preso não é a de uma pessoa adulta, pois tudo em sua vida passa a ser limitado. Acrescenta que, além de o preso ser “ferido na sua auto-estima de todas as formas imagináveis”, as prisões não apresentam as mínimas condições, pois padecem de superpopulação, faltando assistência sanitária, médica, além da existência de corrupção, com a “venda” de comodidades. Conforme o autor, o efeito da “prisionização” deteriora e “submerge a pessoa numa” cultura de cadeia”, distinta da vida do adulto em liberdade”. Só que, na prática, essa “cultura de cadeia” não reeduca ninguém, pelo menos não da forma que seria necessária para a inserção do indivíduo na sociedade.

Não obstante, persistem os clamores pela implementação de políticas mais enérgicas, de maiores punições, sem que se preveja uma política que promova a redução das desigualdades sociais, a melhor distribuição de renda, a possibilidade de educação para os jovens e condições para acesso ao trabalho, com remuneração condigna que possibilite uma vida decente.

Na mesma ordem de raciocínio, Malaguti Batista<sup>77</sup> diz que: *No Brasil, a difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de exclusão e disciplinamento planejado das massas empobrecidas.*

Gizlene Neder<sup>78</sup> destaca que, no Brasil, a reforma da legislação penal foi embasada numa modernização conservadora, fundamentadora *do processo de criminalização dos setores subalternos*”. No entendimento da autora, a classe dominante, após a abolição da escravatura, tinha necessidade de manter o controle estatal sobre a classe trabalhadora, apesar da abolição da escravidão. Assim:

---

<sup>76</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 135 e 136.

<sup>77</sup> MALAGUTI BATISTA, Vera. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 21.

<sup>78</sup> NEDER, Gizlene e CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Criminologia e Poder Político Sobre Direitos, História e Ideologia*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 23.

Estes aspectos conviveram (convivem ainda) com a permanência de uma cultura jurídico-política baseada na obediência hierárquica e na fantasia absolutista de um controle absoluto sobre os corpos dos trabalhadores (ex-escravos).

Preservando esse modelo até a atualidade, ainda hoje, encontram-se candidatos a cargos públicos e agentes públicos, com um discurso de políticas criminais mais severas; bradam pelo aumento das penas e construção de prisões mais eficientes. No entanto, não se dedicam ao planejamento e execução de políticas de integração social, aumento de emprego, remuneração condigna ao trabalhador, prestação de assistência à saúde e educação.

Referindo-se ao assunto, Antonio García-Plabos de Molina/Luiz Flávio Gomes<sup>79</sup> considera que, no Direito contemporâneo, é óbvio que a pena deva ser para “casos de estrita necessidade”, pois tal intervenção é *traumática, negativa para todos, por seus efeitos e elevado custo social*. Além de não solucionar os conflitos, o infrator fica estigmatizado, fazendo com que a pena sirva para desencadear a carreira criminal do punido.

O crime é fruto da vida social; é gerado pelos conflitos. O Estado Democrático de Direito tem por obrigação a manutenção da justiça e da paz. E nessa linha de pensamento, a Constituição brasileira prevê como objetivo – artigo 3º, inciso III – a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais. Por razão de coerência, o direito penal brasileiro não pode se ater apenas à punição do criminoso; deve ir além, atuando no sentido de prevenir o crime e ressocializar o criminoso.

Durante o Congresso Nacional de Execução Penal, realizado no Rio de Janeiro, em setembro de 2003, o Diretor do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, Ângelo Roncalli de Ramos Barros<sup>80</sup> abordou o tema *A Execução Penal e o Sistema Penitenciário - Política Penitenciária Nacional*, assinalando que:

A crise no sistema penitenciário brasileiro pode ser medida pelo alto índice de reincidência criminal, pela superlotação, pelas péssimas condições de habitabilidade das prisões, pelo tratamento desumano dispensado às pessoas presas, pela insuficiência de recursos humanos e capacidade gerencial. Tudo isto aponta às autoridades e a sociedade a necessidade urgente de mudanças.

---

<sup>79</sup> GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luís Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 121-122.

<sup>80</sup> Capturado em 22/06/2004 < [www.mj.gov.br/depen/pdf/palestra.dr. Ângelo.pdf](http://www.mj.gov.br/depen/pdf/palestra.dr._Angelo.pdf)>

Tais fatos não são novidades. Todos os dias as manchetes dos jornais apresentam notícias, mostrando o problema dos presídios e, o que é pior, de delegacias, onde presos condenados convivem com presos que aguardam julgamento, os quais, por óbvio, podem ser inocentes. Barros acrescenta que:

Punir, encarcerar e vigiar não bastam. É necessário que se conceda às pessoas de quem o Estado e a sociedade retiraram o direito à liberdade, os meios e formas de sobrevivência que lhes proporcionem as condições de que precisam para reabilitar-se moral e socialmente.

Sobre o perfil do preso, mostra um quadro, também já conhecido: pessoas com baixa escolaridade, jovens, em idade produtiva, que, na maioria dos casos, voltam a praticar crimes, porque não têm profissão, instrução, além do preconceito, que lhes impede o acesso ao trabalho no período posterior ao cumprimento da pena.

O pensador mencionado alerta para a necessidade de se debater a questão, como um todo, com todos, estabelecendo novos paradigmas e conceitos, ressaltando a premência de se implementar *um novo sistema penitenciário nacional calcado no planejamento, na formação e especialização dos recursos humanos, na competência gerencial e tecnológica.*

A situação do sistema penitenciário, delineada na palestra de Barros, apresenta um contexto que não deveria existir, num Estado norteado pelo princípio da dignidade humana. A violação desse princípio torna os atos inconstitucionais, criminosos. Em face desse paradoxo evidente, pergunta-se: como um sistema criminoso, atentatório ao Estado Democrático de Direito, pode punir alguém, sob a argumentação de que se faz justiça?

Beccaria<sup>81</sup>, sabiamente, já de longa data concluiu que:

Quanto mais rápida for a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será ela justa e tanto mais útil. Digo mais justa, porque poupa ao réu os tormentos cruéis e inúteis da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza; mais justa, porque a privação da liberdade, sendo uma pena, só ela poderá preceder a sentença quando a necessidade o exigir. O cárcere é, assim, a simples guarda de um cidadão até que ele seja considerado culpado, e sendo essa guarda essencialmente penosa, deverá durar o menor tempo possível e ser a menos dura que possa. (...) Disse que prontidão da pena é mais útil porque, quanto mais curta é a distância do tempo que se passa entre *o delito e a pena*, tanto mais forte e durável é, no espírito humano, a associação dessas duas idéias, *delito e pena*, de tal modo que, insensivelmente, se considera uma como causa e a outra como conseqüência, necessária e fatal. (...)

---

<sup>81</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnea Cretella. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 71,72.

Augusto Thompson<sup>82</sup>, em “*A Questão Penitenciária*” analisa a vida na prisão, afirmando que nenhuma reforma do sistema surtirá efeito, se ela for “exclusivamente uma reforma penitenciária”. O autor menciona que esse desafio integra um problema maior: o da questão criminal que, por sua vez, é parte integrante do problema das *estruturas sócio-político-econômicas*.

Miranda Rodrigues<sup>83</sup> avalia a importância da execução da pena, afirmando que não reformas penais e processuais são inócuas, se a dimensão penitenciária é ignorada, porque nela se traduz a aplicação de ambas. Para a autora portuguesa, é evidente que compete à execução penal o alcance da eficácia de um processo penal.

A processualista citada chama atenção para a importância dessa fase para quem está sofrendo a sanção, que constitui um *drama ignorado ou escondido*, imposto a quem se encontra em situação de maior vulnerabilidade.

Na mesma esteira interpretativa da autora portuguesa, o desembargador Amilton Bueno de Carvalho<sup>84</sup>, em conferência proferida no 15º Seminário Internacional do IBCCRIM denunciou a banalização da execução penal por parte do Estado.

Tendo em vista reverter esse grave problema, conforme Miranda Rodrigues<sup>85</sup>, ressocialização do preso deve ser cuidada pelo legislador, no sentido de minimizar o efeito negativo e criminógeno da pena, que passará a ter *um sentido positivo, prospectivo e socializador*. Além disso, dentro das possibilidades, defende que a pena privativa seja substituída por penas não institucionais.

A autora<sup>86</sup> aponta que a Criminologia tem revelado que a prisão, a pena em torno da qual gira o sistema punitivo, não só produz efeitos de dessocialização, como também cria problemas e dificuldades ulteriores, quando do regresso do recluso à comunidade. Com muita propriedade, lembra que a prisão visa à adaptação do preso às regras da sociedade; porém, ao afastar o condenado do meio social, leva-o ao convívio intenso com a prática de atos combatidos por essa sociedade. Como é de amplo conhecimento, o preso é exposto à violência, sendo que, em geral, a prisão não procura desenvolver o sentido de responsabilidade do apenado.

---

<sup>82</sup> THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.2 e 109-110

<sup>83</sup> MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 7 - 9. “Fac-símile da edição portuguesa, de Coimbra Editora, de junho de 2000.”

<sup>84</sup> CARVALHO, Amílcar Bueno de. Conferência proferida no 15º Seminário Internacional - IBCCRIM, realizado em São Paulo no período de 25 a 28 de agosto de 2009.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 31

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 45

No Brasil a Lei nº. 7.210<sup>87</sup>, de 11 de julho de 1984, instituiu a Lei de Execução Penal, recepcionada pela Constituição da República vigente. O artigo 1º estabelece o objetivo da execução penal, qual seja a efetivação da sentença transitada em julgado, além de cuidar das condições para a integração social do condenado/internado. O legislador usou o termo “harmônica” com relação à integração social.

No artigo 3º da mencionada lei<sup>88</sup>, estão assegurados direitos do condenado. Fica evidenciado no *caput* que o condenado só não possui os direitos que lhe foram retirados pela sentença e pela lei. Complementando, o parágrafo único determina que não se faça distinções de natureza racial, social, religiosa ou política.

A leitura dos artigos 1º e 3º da Lei de Execução Penal sugere que o legislador foi ambicioso, munido dos ideais democráticos de justiça e igualdade, não restando qualquer dúvida, quando se reflete igualmente sobre o teor dos artigos 10, 11, 12 e 13<sup>89</sup>.

No entanto, apesar da vigência da lei em comento, seus comandos não têm sido obedecidos. Como exemplo, pode-se mencionar que não foi o que ocorreu na Casa de Custódia de Benfica, em que várias das vítimas mortas, presos custodiados pelo Estado, não pertenciam às facções criminosas, sendo que dos vinte primeiros identificados, dezessete tinham praticado crimes de baixo poder ofensivo<sup>90</sup>. Nesse passo, o dever do Estado não foi cumprido, pois, ao custodiar os presos, ficou responsável por sua integridade. Ainda a título

---

<sup>87</sup>BRASIL. Lei de Execuções Penais, de 11 de julho de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L.7210/htm>. Acesso em: 25 de novembro de 2009.

Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

<sup>88</sup> Idem.

Art. 3º - Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

<sup>89</sup> Idem.

Art. 10 - A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11 - A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III - jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.

SEÇÃO II - Da Assistência Material

Art. 12 - A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13 - O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

<sup>90</sup> Cf. O GLOBO, Rio de Janeiro, p.31, 20 de junho de 2004.



de exemplificação, basta recordar que o artigo 12 estabelece previsão a respeito de instalações higiênicas, o que é absolutamente impossível, numa cela superlotada.

No exercício de suas prerrogativas, o legislador brasileiro resolveu modificar a Lei de Execuções Penais. A Lei 10.792<sup>91</sup>, de 1º de dezembro de 2003, propiciou várias modificações, criando o regime disciplinar diferenciado, conforme o artigo 52, que restringe direitos do preso, isolando-o em cela individual. Os parágrafos 1º e 2º deste artigo precisam ser analisados com maior cuidado, uma vez que se aplicam ao preso provisório. O parágrafo 2º menciona o termo “fundadas suspeitas”.

Ora, aplicar-se o regime diferenciado a um preso que ainda não foi julgado porque alguém tem “suspeita” de um fato implica adoção de atitude contrária aos direitos e garantias fundamentais, conforme os termos da Constituição, artigo 5º, Inciso LVIII, assim redigidos: *Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*

Kátia Tavares<sup>92</sup>, comentando a situação do sistema penitenciário do país, com a permanente violação do princípio da dignidade humana por parte dos governantes, conclui que, se a Constituição da República proclama o princípio de presunção da inocência, a regra é a liberdade. A prisão, antes da sentença transitada em julgado, deve ser justificada de forma concreta, com base em elementos reais, que dêem suporte claro à decretação de prisão. Diante do flagrante descumprimento da Lei de Execuções Penais, declara a advogada:

Nos tempos atuais, vivemos num Estado inquisitorial e punitivo em que não se reconhecem as normas constitucionais de direitos fundamentais, selecionando-se, assim, como candidato ao sistema penal e inimigo recente: o pobre, negro, aquele que carrega a alcunha de delinquente comum.

O Inciso VIII do Art. 41 da Lei de Execuções Penais garante como um dos direitos do preso a *proteção contra qualquer forma de sensacionalismo*. Esse direito é violado diuturnamente, precipuamente, quando pessoas presas são expostas na mídia, certamente com o intuito de prestar contas à sociedade, como suposta evidência de que as autoridades cumprem com seu dever de prestar segurança pública. Mas, como não houve

---

<sup>91</sup> BRASIL. Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L.10.792> Acesso em: 25 de novembro de 2009.

<sup>92</sup>TAVARES, Kátia Rubistein. O direito penal do inimigo. Disponível em <http://icbnacional.org.br/IMG/pdf/doc-754.pdf>.> Acesso em 14 de julho de 2009.

inquérito, nem sentença condenatória, deveria prevalecer o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo que, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, deve prevalecer o direito previsto na Lei de Execuções Penais, pois não faz parte da pena a humilhação pública do condenado.

Como ressaltado, ao contrário do que defende o senso comum, aumentar o tempo das penas e, em consequência, ampliar a população carcerária, não soluciona o problema social, nem tão pouco tem traz maior segurança à população. Conforme reportagem de O GLOBO<sup>93</sup> após três anos de implantação das Centrais de Penas e Medidas Alternativas no Rio, apenas cerca de 8% dos 20 mil detentos do sistema foram beneficiados. O Presidente do Conselho da Comunidade, Marcelo Freixo, segundo a mesma fonte, disse acreditar que parte da crise penitenciária do Estado é de responsabilidade do Poder Judiciário, que não aplica maior número de penas alternativas.

Um novo Código de Processo Penal supostamente tem o potencial de contribuir para melhorar a justiça. No entanto, a esse respeito, não há espaço para ilusões, eis que se faz necessária e imprescindível a mudança de mentalidade das pessoas. Por seu turno, o Estado precisa adotar medidas concretas para tornar efetivos os preceitos constitucionais. Leis que só existem no plano formal não resolvem qualquer problema; prisões superlotadas representam a não realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

---

<sup>93</sup> Cf. O GLOBO, Rio de Janeiro, p. 14, 12 de junho de 2004.

## CAPÍTULO 2

### JUSTIÇA RESTAURATIVA: FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E SOCIOLÓGICOS

Apesar do avanço do conhecimento em todas as áreas, da tecnologia de ponta, no mundo contemporâneo, a humanidade, em termos gerais, mas especialmente em alguns países, debate-se com antigos problemas derivados da desigualdade social, da fome e, principalmente, da violência, do crime, do conflito social e, por conseguinte, da vida em sociedade.

A liberdade encontra justificativa no Estado Democrático de Direito, da mesma forma que ocorreu com os conceitos de justiça, segurança e cidadania e o reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais do homem. A rigor, a análise de qualquer tema fica sem sentido, se não for compreendido nesse contexto.

Conforme entendimento de Simone Goyard-Fabre<sup>94</sup>, a democracia *corresponde a uma concepção aberta e pluralista da política*. Ela implica a aceitação da idéia do pluralismo, que permite o reconhecimento das diferenças individuais e sociais. A autora<sup>95</sup> acrescenta que *as virtudes da democracia são também sua fraqueza, sua força é também o que produz sua impotência*. A tarefa de construção de uma sociedade democrática é árdua, porque requer o respeito ao exercício da liberdade e, ao mesmo tempo, estabelecer limites, devido às *imperfeições dos homens*.

Para dar conta dessas responsabilidades, merece destaque a regulação da vida social, por meio das constituições e da elaboração de leis infraconstitucionais a serem aplicadas dentro do ideal democrático.

Nessa linha de pensamento, justifica-se a procura de novas soluções aos problemas sociais, encaminhamentos originais de resoluções de conflitos que possam contribuir para diminuir a violência, os crimes e o número de pessoas nas prisões, merecendo destaque, nesse sentido, a proposta da Justiça Restaurativa.

---

<sup>94</sup> GOYARD-FABRE, Simone *Filosofia e razão jurídica*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006., p. 342

<sup>95</sup> Idem, p. 349.

Ao refletir sobre o tema, cumpre recordar que o conceito, a definição do papel do cidadão na vida comunitária modificou-se de forma considerável através dos tempos. Na Grécia antiga, a democracia possuía um conceito próprio de cidadão e das suas possibilidades de participação nas decisões, bem diferente do admitido pelo Estado Democrático de Direito. No entanto, em todos os estágios de sua evolução histórica, a cidadania não pode ser separada da vida em sociedade, da interação do homem com seu semelhante, do desenvolvimento das relações, da busca de soluções para os conflitos sociais e para a melhoria na qualidade de vida.

Com o estudo do desenvolvimento do Estado, fica clara a idéia de que a cidadania não é simplesmente um benefício concedido ao indivíduo. Pelo contrário, o conceito que se tem hoje é fruto de muitas lutas e conquistas, envolvendo a constante mobilização dos indivíduos que se organizaram para conquistar avanços e reconhecimento de direitos. Em outras palavras, foi justamente essa participação democrática que permitiu ao cidadão reivindicar direitos, buscando mudanças, garantidas por novas leis que possibilitem melhoria de vida, o que se aplica igualmente à busca de alternativas para melhor efetividade da justiça, como no caso da Justiça Restaurativa.

Em um Estado Democrático de Direito, o homem precisa ter a noção exata de seu papel na sociedade, sabendo reivindicar direitos e cumprir os deveres que lhes são atribuídos. Como esclareceu Dalmo Dallari<sup>96</sup>, sem cidadania, o homem fica marginalizado. Historicamente, esse grupo tem sido vítima de um processo de exclusão, como fosse cidadão de segunda categoria, impedido na prática de participar da vida e do governo de seu povo, expurgado que é do acesso às condições de exigir os direitos fundamentais que lhe cabem por direito.

Nas palavras de Bonavides<sup>97</sup>, a cidadania constitui *prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado*. Trata-se de um vínculo particular, por meio do qual o indivíduo fica unido a um ordenamento estatal, submetendo-se, por conseguinte, ao seu sistema de leis, que lhe confere direitos e deveres.

Como ressaltado, o Estado também impõe limites aos cidadãos, causando-lhe “variações ou mudanças” no “*status civitatis*”, como no caso de suspensão dos direitos políticos, que impede o cidadão de votar e ser votado. No entanto, num Estado Democrático

---

<sup>96</sup> DALLARI, Dalmo. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998. p.14.

“A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social”.

<sup>97</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 3ed. Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 68 e 69.

de Direito, qualquer limite a ser imposto deve ter previsão legal, o que requer conformidade com as normas e princípios constitucionais.

Marcelo Neves<sup>98</sup> analisa a relação do Estado com os cidadãos como uma relação sinalagmática, com o sentido de que o Estado possui “competências, direitos e prerrogativas”, mas também “deveres e responsabilidades perante os cidadãos, grupos sociais e organizações privadas”. Nessa linha de pensamento, as possibilidades de influência e controle são recíprocas, traduzidos no esquema circular “poder ⇔ direito” e “Estado ⇔ Cidadania”<sup>99</sup>.

O autor em tela<sup>100</sup> também se dedicou a tratar da validade das normas jurídicas, esclarecendo que, no Estado Democrático de Direito, a validade das normas (incluindo as normas coercitivas) é condicionada ao *procedimento democrático, no qual se expressa intersubjetivamente à autonomia dos cidadãos*.

Por sua vez, Bittar<sup>101</sup> considera que a idéia de cidadania, apesar de ser importante na experiência histórica das democracias, não levou ao plano concreto algumas preocupações das práticas políticas. Ele entende que, tradicionalmente, o conceito político-jurídico apresenta como condições para definição de cidadania o fato de o indivíduo ser parte de um Estado soberano, podendo votar e ser votado. Assim entendido, o reconhecimento da condição de cidadão estaria definido *nas esferas político-diplomática e cívico-jurídica (ius soli, ius sanguini)*, além de gozar dos direitos políticos atinentes à escolha de representantes. Todavia, como esses conceitos são funcionais, tratam o problema cidadania de “modo técnico”, sem propiciar a devida atenção aos problemas da prática, e implicações socioeconômicas.

A cidadania, conforme o autor<sup>102</sup>, não admite atitude passiva, nem simplesmente representativa; por isso, na análise das dimensões alusivas ao plano social, deve-se sempre analisar se os direitos humanos estão sendo observados. “Propõe, assim, a saída do conceito tradicional que denominou de *clausura conceitual*, alargando-se o sentido histórico-genético do termo, com *a expansão do sentido em direção às fronteiras das grandes*

---

<sup>98</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 90.

<sup>99</sup> Idem, p. 90 e 91. Segundo o autor do modelo circular resulta a prestação recíproca entre os sistemas jurídico e político, com uma “acentuada interpenetração entre ambos”, diferentemente do modelo “poder ⇔ direito” e “soberano ⇔ súdito”, que são imóveis e inflexíveis, não possibilitando, portanto, a construção da cidadania.

<sup>100</sup> Idem, p.114.

<sup>101</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, Educação, cidadania e direitos Humanos: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social*. São Paulo: editora Manole, 2004, P. 9.

<sup>102</sup> Idem, p. 11

*querências sociais, dos grandes dilemas da política contemporânea, dos grandes desafios histórico-realizativos dos direitos humanos*". Tal mudança somente será alcançada com o cumprimento dos preceitos constitucionais.

Vicente de Paulo Barretto<sup>103</sup> encontra o marco da expansão dos direitos fundamentais do homem na Revolução Francesa. O pensador elucida que, a despeito dos avanços, tais direitos tinham caráter ambíguo, porque se confundiam com direitos do cidadão, não assumindo, ainda, sentido universal porque não tinham validade no plano internacional. Somente mais tarde, os direitos de cidadania foram contemplados em âmbito mundial, positivados pela declaração de direitos da ONU, da OEA e outros organismos internacionais.

O referido autor<sup>104</sup> observa que o conceito atual de cidadania é integrado pelas dimensões: liberdade, igualdade e fraternidade, que, anteriormente, haviam perdido sentido, uma vez que, *a liberdade se amalgamou à legalidade; a fraternidade perdeu o valor durante os oitocentos; a igualdade, como conceito vazio, se agregou ora à justiça, ora à liberdade*. Assim, conforme seu entendimento, nos dias atuais, *o conceito de cidadania compreende os direitos fundamentais, os políticos, os sociais e econômicos e os difuso*. Estes direitos acham-se em constante tensão com as idéias de liberdade, de justiça política, social e econômica, de igualdade de chances, de resultados e de solidariedade a que se vinculam.

As diversas dimensões da cidadania são destacadas por Vicente de Paulo Barreto<sup>105</sup>, que ensina *que o estudo jurídico da cidadania deve considerá-la a partir das diversas dimensões em que aparece*. Por conseguinte, devem ser consideradas as dimensões temporal, espacial, bilateral e processual.

Ele acrescenta que a dimensão temporal permite a visualização *sucessiva dos direitos fundamentais, políticos, sociais e difusos*. Tais direitos estão envolvidos com a liberdade, justiça e solidariedade. Com a dimensão temporal, tem-se a possibilidade de determinar o momento histórico do aparecimento dos direitos relativos à cidadania, que conforme se explicitou, são conquista resultante de lutas ao longo da história da civilização. Nessa linha, o jusfilósofo mencionado<sup>106</sup> ressalta a teoria evolucionista e teleológica de Marshall sobre o desenvolvimento dos direitos do homem, esclarecendo que, para Marshall, os direitos civis foram conseguidos no século XVIII, os direitos políticos no Século XIX e os

---

<sup>103</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo – RS: Unisinos. Rio de Janeiro –RJ: Renovar, 2006, p. 126

<sup>104</sup> Idem, p. 126.

<sup>105</sup> Idem, p.127

<sup>106</sup> Idem, p. 127.

direitos sociais no Século XX, tendo no Estado de Bem-Estar Social o alcance de plena eficácia.

A dimensão espacial denota o desenvolvimento da cidadania em diversos planos: local, nacional, internacional, supranacional e, até mesmo, conforme o supracitado autor, no cibernético.

No plano da dimensão bilateral, há que se considerar a cidadania nas dicotomias pública/privada e ativa/passiva. Adverte o autor<sup>107</sup> que aos direitos que envolvem a cidadania correspondem também deveres que, no entanto, são assimétricos eis que os deveres não são os mesmos para todos os cidadãos. E exemplifica: nem todos os cidadãos pagam tributos ou prestam serviço militar. Acrescenta que o dever de solidariedade é responsável pelo usufruto por todos dos direitos fundamentais e sociais.

Na dimensão processual, tem-se o envolvimento dos processos jurídicos que atualizam os direitos e deveres do cidadão, considerando-se que a cidadania vive constante transformação, principalmente pelas mudanças ocorridas no tempo e no espaço. O autor<sup>108</sup> destaca a íntima relação da cidadania com o Estado e, conseqüentemente, com a política, estando, portanto, em dependência do processo legislativo, administrativo e judicial, principalmente se for uma *cidadania ativa, participativa e deliberativa*.

Habermas<sup>109</sup>, em análise do Estado nacional aborda o problema da cidadania na atualidade e ressalta que a identidade da nação de cidadãos está na participação e comunicação de pessoas, através do exercício dos direitos democráticos. Dessa forma, “cidadania” ou “*citizenship*” são termos que não definem somente a pertença a um Estado, mas caracterizam direitos e deveres dos cidadãos.

Segundo o pensador alemão<sup>110</sup>, em uma democracia, a cidadania envolve o reconhecimento recíproco, em que todos devem ser livres e iguais, sendo que, como a sociedade é pluralista, faz-se necessário um consenso formal, expresso na Constituição, na qual *podem coexistir, em igualdade de direitos, variadas formas de vida*.

Streck<sup>111</sup> faz referência a uma democracia e cidadania multifacetadas e multipolarizadas, assinalando a necessidade de mudança em tais conceitos, devido à

---

<sup>107</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. *Opus cit.*, p. 128.

<sup>108</sup> Idem, p. 127 e 128.

<sup>109</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, 2 ed. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 283, 285.

<sup>110</sup> Idem, p. 284.

<sup>111</sup> STRECK, Lenio Luiz. STRECK; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e Teoria geral do Estado*. 3. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 124 - 125.

globalização. Nesse contexto, ambos os conceitos deixaram para trás o viés político, ingressando em outros setores, como o social, o consumo, as relações jurídicas e jurisdicionais. Segundo o autor em comento, novas concepções de cidadania precisam ser promovidas, a fim de ampliar processos democráticos, sejam estes regionais ou globais. A cidadania foi ampliada em sua extensão e, ao ocupar o espaço supranacional passou a ser cosmopolita.

Cidadania cosmopolita é, na interpretação de Vicente de Paulo Barreto<sup>112</sup>, *um novo tipo de vinculação do indivíduo com o poder*. Esse liame é estabelecido numa nova ordem jurídica que extrapola o Estado nacional. Conforme palavras textuais do autor: *A cidadania cosmopolita será aquela que irá assegurar direitos e liberdades a serem reconhecidos, não somente pelo estado nacional, mas que passará diversas ordens jurídicas*. Dessa forma, a lei que regerá tal cidadania<sup>113</sup> terá caráter internacional, integrando o contexto das relações culturais, sociais e econômicas.

Conforme o supracitado autor<sup>114</sup>, os estados democráticos assumem maior responsabilidade, ampliando-se o compromisso político, pois a noção de garantia dos direitos humanos ultrapassa fronteiras. A democracia, com a globalização, também passa a ser cosmopolita, com características universais, tendo *o regime político fundado no respeito universal e global dos direitos humanos, na igualdade cívica universal, no estado de direito e numa sociedade civil solidária [...]*.

No caso do direito pátrio, o Preâmbulo da Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988 diz que “[...] os representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte [...]” instituíram um Estado Democrático, e o Art. 1º declara que esta República constitui-se em Estado Democrático de Direito<sup>115</sup>, tendo como fundamentos a

---

<sup>112</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Para além dos direitos fundamentais . IN KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.) *Direitos fundamentais e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.147 e 148.

<sup>113</sup> Não é pretensão deste trabalho aprofundar o tema, que apresenta vários aspectos a serem examinados. Vicente de Paulo Barreto, na obra citada anteriormente, o faz de forma clara e objetiva.

<sup>114</sup> Idem, p. 165

<sup>115</sup> Brasil, Constituição da República Federativa. Vade Mecum do Advogado. Livro eletrônico de legislação brasileira. Servanda, 2009.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição



soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo jurídico.

Com a promulgação da Lei Maior, iniciou-se nova era, depois de conturbado período no qual o processo democrático foi, mais uma vez, totalmente ignorado, sendo importante lembrar que historicamente a sociedade teve várias Constituições, vários períodos de golpes e ilegalidades.

Esse ponto de vista encontra respaldo em Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos<sup>116</sup>, quando ressaltam que: *A Constituição de 1988 foi o marco-zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história.* Pode-se dizer que, passados 21 anos da promulgação da Carta Magna, ainda se tem muito a conquistar; porém, há que se celebrar o tempo decorrido, pois a história constitucional brasileira foi repleta de rupturas.

Os objetivos fundamentais previstos no Artigo 3º do texto Constitucional<sup>117</sup> estão longe de terem sido alcançados. Ainda não se erradicou a pobreza, nem as desigualdades sociais foram reduzidas. A sociedade ainda não é justa e muito menos solidária. Analisando a situação brasileira, Neves<sup>118</sup> enquadra o país como um caso de modernidade periférica, não tendo alcançado uma situação de universalização da cidadania, o que dificulta o desenvolvimento pleno do Estado Democrático de Direito. Segundo o autor<sup>119</sup>, os procedimentos constitucionais são desrespeitados. Exclusões sociais e o uso de privilégios são frequentes, prejudicando a comunicação e o consenso, porque, em verdade, inexistem a igualdade dos cidadãos. Os direitos humanos não se realizam em sua plenitude. Existem deveres para os cidadãos marginalizados, mas faltam direitos; ocorre o que Neves<sup>120</sup> denomina de *subintegração*. Em contrapartida, a classe privilegiada desfruta de seus direitos, mas foge dos deveres e responsabilidades, valendo-se das benesses do Estado: é a *sobreintegração*, cognominada pelo pensador supramencionado.

---

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. IN SILVA, Vírglio Afonso da, (org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 273.

<sup>117</sup> Brasil, Constituição da República Federativa. *Opus cit.*

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>118</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas. Opus cit.*, p. 244

<sup>119</sup> Idem, p. 246, 247

<sup>120</sup> Idem, p. 252- 254.

A efetivação da lei fica prejudicada. Existe no Brasil, segundo o autor, *um fetichismo legal socialmente irresponsável*, que funciona como mecanismo de discriminação social. Como indicador desse problema, basta recordar, por exemplo, o dito popular de que *só o pobre vai para a prisão* e, constantemente, os meios de comunicação, sem qualquer fundamento legal, atestam que foram mortos um número X de pessoas na favela, todos “bandidos”, como se isto pudesse justificar a execução e a falta de julgamento. Também, nas chamadas “comunidades” ou favelas, a polícia pode entrar atirando, sendo que a morte de pessoas, de moradores locais fica sob a justificativa de “bala perdida”.

Neves<sup>121</sup> destaca a existência de *insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional*”, uma vez que não se concretiza o ajustamento entre política e direito. Para enfrentar esse problema, é premente a generalização da cidadania e o rompimento com a cultura da ilegalidade.

José Murilo de Carvalho<sup>122</sup> em *Cidadania no Brasil* concluiu que a sequência de consecução de direitos propostos há anos por Marshall<sup>123</sup> foram invertidos aqui. Assim, os direitos sociais foram reconhecidos em primeiro lugar e, num período em que os direitos políticos estavam suspensos. Por sua vez, os direitos políticos foram alcançados em segundo lugar, muitos dos quais em um período também de ditadura. Finalmente, os direitos sociais ainda estão sendo “perseguidos” por muitos. Por isso, para o autor, *a pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo*.

Demonstra José Murilo de Carvalho<sup>124</sup> que o país não passou impunemente pela inversão, na sequência de obtenção dos direitos de cidadania. Esse fato reforçou *a supremacia do Estado*. Para consolidar a democracia, é preciso fortalecer o papel da sociedade, o que ocasionará a democratização do poder. O pesquisador em comento acrescenta que a sociedade deve reagir contra o Estado clientelista, corporativo e colonizado.

Ainda conforme seu entendimento<sup>125</sup>, a falta de garantia dos direitos civis se expressa pela falta de segurança, pela falta de garantias à integridade física e pela dificuldade do acesso à justiça. Ainda se carece muito de um sistema de proteção adequada aos cidadãos,

---

<sup>121</sup>NEVES, Marcelo. *Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas. Opus cit.*, p. 256

<sup>122</sup> CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 219, 220.

<sup>123</sup> Marshall decompôs a cidadania em três elementos constitutivos: civil, político e social, demonstrando que na Europa era possível indicar o momento exato do surgimento de cada um. Assim, os direitos civis foram alcançados no século XVIII; os políticos, no século XIX e os sociais no século XX. (Ver ANDRADE, Vera Regina de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 62 e 63.

<sup>124</sup> CARVALHO, José Murilo, *op. cit.*, p. 227.

<sup>125</sup> Idem, p. 211-217.

com vários casos de violência policial. Na prática os cidadãos podem ser divididos em classes: na primeira, encontram-se as pessoas com prestígio social e poder financeiro, que se julgam acima da lei; na segunda, muito mais numerosa, situam-se os cidadãos simples, empregados, com baixa ou nenhuma escolaridade, os quais nem sempre conhecem seus direitos ou encontram os meios para obtê-los. Por último, “há os “elementos” do jargão policial, cidadãos de terceira classe”. Sem educação, sem carteira assinada, vivem marginalizados, tendo seus direitos civis constantemente desrespeitados. Nas palavras do autor: *Para eles, vale apenas o Código Penal.*

Streck<sup>126</sup> chama atenção para o fato de que, no Brasil, não houve o Estado Social. Em seu lugar, encontra-se um Estado que prestigiou as elites, deixando um ‘imenso déficit social’. Dessa forma, há um imenso trabalho a ser executado a fim de recuperar o tempo perdido. Como ressaltou Direito<sup>127</sup>: *Só em uma democracia sólida as instituições não distinguem pobres e ricos, fracos ou poderosos, porque todos são cidadãos igualmente e devem submeter-se às leis vigentes.*

Ante a constatação de incomensuráveis lacunas quanto à plena cidadania universal a todos os indivíduos, Bittar<sup>128</sup> resalta a importância das experiências alternativas nos campos da justiça, acrescentando que dessa forma, se modulará uma nova concepção de cidadania, na qual haverá participação na administração dos conflitos, concebendo práticas jurídicas e políticas que supram as carências existentes.

Justiça Restaurativa é tema palpitante, que ainda suscita dúvidas e envolve conceitos, pré-conceitos, particularmente numa sociedade marcada por um modelo de justiça penal retributiva. Nesse contexto, ainda se encontram céticos quanto à possibilidade de aplicação dessa modalidade de justiça, tendo a vista a solução de conflitos, pela via de medidas menos drásticas do que a aplicação da pena de prisão.

Como se demonstrará ao longo do estudo, o próprio conceito contrapõe-se a ideologias e comportamentos tradicionais, longamente repetidos no transcurso da história da humanidade, sob a bússola implacável do direito penal, do processo penal, do conceito de crime e do sistema de controle social, em sua perspectiva mais tradicional.

A ONU em publicação de 2006, denominada *Handbook on Restorative Justice Programmes*, considera a implementação da Justiça Restaurativa como complemento ao

---

<sup>126</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Balzan de. *Ciência Política e teoria geral do estado. Opus cit.*, p. 75-77

<sup>127</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Lei e cidadania. BDJUR, < <http://bdjur.stj.gov.br>.> Captado em 21/10/2009.

<sup>128</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos. Opus cit.*, p.14.

sistema de justiça criminal<sup>129</sup>, sendo definida<sup>130</sup>, *como uma forma de responder ao comportamento criminoso através de um equilíbrio das necessidades da comunidade, das vítimas e dos agressores. Seu conceito em evolução deu origem a interpretações diferentes em países diferentes, em torno do qual nem sempre há um consenso perfeito. Além disso, devido à dificuldade de tradução do termo para outros idiomas, usa-se uma variedade de terminologias, tais como: Justiça comunitária, Justiça positiva, Justiça relacional e Justiça reparadora.*

Abordando o assunto, Renato Sócrates Gomes Pinto<sup>131</sup> esclarece que a expressão “justiça restaurativa” prevaleceu em português, embora ele entenda que a tradução de “restorative justice” imprópria, *porque, talvez, em língua portuguesa, fosse mais indicada a expressão “justiça restauradora”.*

Do ponto de vista doutrinário, o tema vem sendo enfrentado por vários autores<sup>132</sup>, em diferentes países. Nessa linha de pensamento, é pertinente recorrer à observação de Raffaella da Porciúncula Pallamolla<sup>133</sup>, ao esclarecer que o conceito de Justiça Restaurativa é amplo e aberto, demandando (re) construção, em conformidade com os objetivos e as experiências vividas na prática.

A referida autora<sup>134</sup> analisa a concepção da reparação, estabelecendo um paralelo com doutrinadores que privilegiam a concepção do encontro entre ofensor e vítima,

---

<sup>129</sup> UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME – UNODC. Handbook on Restorative Justice programmes. United Nations publication; New York, 2006, p. 2.- Disponível em <[http://ibdr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/Ebook\\_justice.pdf](http://ibdr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/Ebook_justice.pdf)>. Acessado em 10/12/2009.

<sup>130</sup> Idem, p. 6. “Restorative justice is a way of responding to criminal behaviour by balancing the needs of the community, the victims and the offenders. It is an evolving concept that has given rise to different interpretation indifferent countries, one around which there is not always a perfect consensus. Also, because of the difficulties in precisely translating the concept into different languages, a variety of terminologies are often used. There are many terms that are used to describe the restorative justice movement. These include “communitarian justice”, “making amends”, “positive justice”, “relational justice”, “reparative justice”, “community justice” and “restorative justice”, among others”.

<sup>131</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema criminal. Disponível em <<http://www.idcb.org.br>> Acesso em 10/12/2009.

Cf. o autor, este trabalho é um desenvolvimento de um artigo anterior, ampliado e atualizado, publicado na primeira edição da coletânea JUSTIÇA RESTAURATIVA, organizada por Catherine Slakmon, Renato Pinto Campos De Vitto e Renato Sócrates Gomes Pinto, editada pelo Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, com o apoio do Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília – IDCB.

<sup>132</sup> No exterior, entre muitos, podemos citar: No Canadá: Mylène Jaccoud e Catherine Slakmon; na Bélgica Lode Walgrave; Nos Estados Unidos Howard Zerh, Daniel W. Van Ness; na Nova Zelândia Christopher Marshall e Gabrielle Maxwell; na Inglaterra Martin Wright; na Espanha Elena Larrauri. Na Argentina Silvana Sandra Paz e Silvana Marcela Paz. No Brasil é apontado como pioneiro Pedro Scuro Neto. No entanto, não podem deixar de ser mencionados Eduardo Rezende Melo, Eduardo Campos Pinto de Vitto, Renato Sócrates Gomes Pinto, Afonso Armando Kozen, Marcelo Gonçalves Saliba e Leonardo Sica.

<sup>133</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática* São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 53, 54.

<sup>134</sup> Idem, p. 57-58.

como indispensável. No primeiro caso, o importante é a reparação do dano causado à vítima. Essa reparação, que pode ser feita de várias formas, é suficiente no entendimento dos adeptos dessa corrente. Evita-se, dessa forma, que se inflija dor, sofrimento ao ofensor, possibilitando sua reintegração social e restaurando a comunidade, uma vez que esta é sempre abalada nas ocasiões em que algum de seus membros tenha praticado atos considerados contrários à lei estabelecida pela sociedade.

Para a concepção da reparação, a pergunta a ser feita é: *O que podemos fazer para corrigir a situação?* Nessa perspectiva, Pallamolla, cita Howard Zerh, ao assinalar que a justiça deve sempre buscar a reparação da lesão, a cura, o que se constitui no primeiro objetivo da justiça. Curar, nesse caso, tem o sentido de reconciliar vítima e ofensor ou, pelo menos, criar essa oportunidade, pois há que se considerar que nem sempre a vítima consegue perdoar.

Quando analisa o valor da reparação o próprio Howard Zerh<sup>135</sup> declara textualmente: *reconhece o valor ético da vítima, percebendo o papel do ofensor e as possibilidades de arrependimento – assim reconhecendo também o valor do ofensor.* É importante a assunção da responsabilidade pelo ofensor.

Se o encontro não for possível, os adeptos da reparação afirmam que o Estado; ou seja, o sistema deve procurar respostas reparadoras, evitando sanções de multa ou prisão.

Quanto à concepção que privilegia o encontro como indispensável, Pallamolla cita estudiosos como Gerry Johnstone e Van Ness. A importância desse momento é criar oportunidade para que a vítima expresse o que sentiu e, ao mesmo tempo, possa ouvir o motivo da atitude do ofensor, o qual poderá se desculpar e oferecer reparações do seu ato.

Os adeptos dessa corrente conferem ênfase aos valores restaurativos, lembrando que o encontro entre vítima e infrator é, sem dúvida, uma experiência democrática<sup>136</sup>, traduzida por um diálogo que deve ser conduzido de forma respeitosa, que concede a todos ocasião para um diálogo franco e aberto.

Em contrapartida, os adeptos da reparação baseiam-se nos seguintes princípios, enumerados por Pallamolla supramencionada:

[...] a justiça deve agir de forma a “curar” vítimas, ofensores e a comunidade atingida pelo delito; todos (vítimas, ofensor e comunidade) devem ter a

---

<sup>135</sup> ZERH, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 182.

<sup>136</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*, *opus cit*, p. 56.

oportunidade de se envolver no processo de justiça; e a necessidade de se repensar os papéis e responsabilidades da comunidade e do governo na promoção da justiça.

A pesquisadora em tela<sup>137</sup> ressalta a dificuldade de definição nos objetivos, que variam conforme a prática de aplicação. Desta forma, a Justiça Restaurativa pode ser usada na conciliação entre as partes, na resolução de conflitos, prevenindo reincidências, visando à responsabilização do infrator. Tal variedade de objetivos dificulta a concreta avaliação dessas práticas.

Aída Kemelmajer<sup>138</sup> assinala que, em todas as culturas, pode-se encontrar alguma prática restaurativa, expresando que: *Cualquiera que sea la posición frente a la visión amplia, puede decirse que todas las culturas, todos los países, tienen tradiciones “restaurativas” de este tipo, sea en la familia, la escuela, la iglesia, u otros grupos comunitarios.* A autora relembra que, mesmo nas relações diplomáticas, elas podem existir, citando como exemplo o caso da Alemanha, que após a Segunda Guerra Mundial foi reintegrada à comunidade internacional, através do Plano Marshall, num verdadeiro processo restaurativo.

Elena Larrauri<sup>139</sup> ao expressar críticas ao modelo de Direito Penal baseado na punição, seja a forma de evitar violências na sociedade atual, opina que uma Justiça Restauradora consegue, ao cumprir os requisitos essenciais, regular juridicamente o poder, além de dar uma resposta à resolução do conflito, denunciando o dano social e atribuindo responsabilidades ao infrator.

Leonardo Sica<sup>140</sup> traz a lume a definição do Ministério de Justiça do Canadá (documento referencial 2), o qual define que *justiça restaurativa é uma abordagem do crime focada em curar as relações e reparar o dano causado pelo crime aos indivíduos e às comunidades.*

Conforme avaliação de Leonardo Sica<sup>141</sup>, o art. 2º da Decisão do Conselho da União Européia, datada de 4 de julho de 2002, quando da criação de uma Rede Européia de Pontos de Contacto Nacionais para a Justiça Restaurativa, apresenta uma “concentrada” noção

---

<sup>137</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula, *opus cit.*, p. 59- 60.

<sup>138</sup> KEMELMAJER, Aída. Em búsqueda de La tercera via: La llamada “Justicia Restaurativa”, “Reparativa, “Reintegrativa” o “restitutiva. P. 274 . Disponível em : <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1723/15.pdf>>. Acesso em 08/12/2009.

<sup>139</sup> LARRAURI, Elena. Criminologia crítica: abolicismo y garantismo. Disponível em <<http://www.cienciaspenales.net>> . Acesso em 12/09/2009.

<sup>140</sup> SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

<sup>141</sup> Idem, p. 13.

do assunto. Em primeiro lugar, o citado artigo define o significado do termo Justiça Restaurativa, no âmbito do documento que estava sendo firmado entre os países. Ao mesmo tempo, salienta que o processo penal assume uma “visão global”, priorizando as necessidades da vítima e responsabilizando o infrator de forma positiva. A reparação é vista sob o aspecto material e imaterial, envolvendo vítima, infrator e comunidade. Além da mediação, admitem o uso de outros métodos, como por exemplo, o debate em família, sendo envolvidos no processo *os governos, a polícia, os órgãos de justiça criminal, as autoridades especializadas, serviços de apoio, tanto à vítima quanto ao infrator, investigadores e o público.*

Leoberto Blancher e Beatriz Aginsky<sup>142</sup>, em *Projeto Para o Século 21, relato da experiência de implementação da Justiça Restaurativa, em Porto Alegre*, explicam, conceituando:

[...] a justiça restaurativa ocupa-se das conseqüências e danos produzidos pela infração. Valoriza a autonomia dos sujeitos e o diálogo entre eles, criando espaços protegidos para a auto-expressão e o protagonismo de cada um dos envolvidos e interessados – transgressor, vítima, familiares, comunidades - na busca de alternativas de responsabilização. Partindo daí, fortalece e motiva as pessoas para a construção de estratégias para restaurar os laços de relacionamento e confiabilidade social rompidos pela infração. Enfatiza o reconhecimento e a reparação das conseqüências, humanizando e trazendo para o campo da afetividade relações atingidas pela infração, de forma a gerar maior coesão social na resolução do conflito e maior compromisso na responsabilização do infrator e no seu projeto de colocar em perspectiva social seus futuros modos de interagir.

Pinto<sup>143</sup> aborda a Justiça Restaurativa como aquela que tem por base

[...] um procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura de feridas, dos traumas e perdas causadas pelo crime.

Na conclusão de seu artigo, Pinto<sup>144</sup> ressalta que a Justiça Restaurativa não pode ser vista como *mecanismo de mera reparação*” ou de *submissão do infrator a constrangimento ou humilhação*, mas deve, antes de tudo, contribuir para a vida social,

---

<sup>142</sup> BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY. Projeto para o século 21. p. 10 Disponível em: Acesso em 23 de outubro de 2009.

<sup>143</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? IN SLAKMON, C, R De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. Justiça Restaurativa. Brasília- DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD. 2005, p.20

<sup>144</sup> Idem, p. 48 – 49.

visando segurança. Suas palavras traduzem o significado desse novo paradigma de justiça nos seguintes termos:

A Justiça Restaurativa representa um novo paradigma aplicado ao processo penal, que busca intervir de forma efetiva no conflito que é exteriorizado pelo crime, e restaurar as relações que foram abaladas a partir desse evento. Assim, e desde que seja adequadamente monitorada essa intervenção, o modelo traduz possibilidade real de inclusão da vítima no processo penal sem abalo do sistema de proteção aos direitos humanos construídos historicamente.

Mylène Jaccoud<sup>145</sup> chama atenção para vários modelos e propostas de Justiça Restaurativa. Nessa linha de pensamento, propõe a seguinte definição:

A justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito, de um procedimento com o envolvimento de todos, em busca de solidariedade e inclusão<sup>146</sup>. Essa nova abordagem necessita do despertar do senso de responsabilidade dos indivíduos, com o objetivo de restaurar traumas e lesões. O procedimento não parte de julgamento e punição, mas do diálogo.

Conforme análise de Mylène Jaccoud<sup>147</sup>, a centralização dos poderes numa só pessoa, como no caso das monarquias absolutas e o nascimento das nações-Estado modernas, reduziram tipos de práticas usadas por sociedades comunais, as quais visavam à coesão grupal. Essas sociedades procuravam resolver os conflitos dos indivíduos, colocando o bem coletivo acima de tudo. Dessa forma, os problemas deviam ter solução rápida; a vingança ou a pena de morte eram até mesmo aceitas, mas procuravam evitá-las, para não causar desequilíbrio social.

A autora relembra que, nos casos dos estados colonizados, as práticas usadas pelos nativos foram neutralizadas, mas não esquecidas ou abandonadas. Em alguns estados, os próprios nativos reivindicaram o respeito ao tipo de justiça que praticavam.

Nas sociedades contemporâneas, Jaccoud, com base em Faget, indica que o ressurgimento da justiça restaurativa associa-se a três correntes de pensamento. A primeira

---

<sup>145</sup> JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In SLAKMON, C, R De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. Justiça Restaurativa. Brasília- DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD. 2005, p.169

<sup>146</sup> Diferente da pena de prisão que exclui quem cometeu o delito da sociedade, isolando-o, criando estigmas, fechando portas.

<sup>147</sup> JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *Opus cit*, p. 164.



está ligada ao movimento de contestação das instituições repressivas; a segunda na descoberta da vítima e a terceira, no movimento de exaltação da comunidade.

Conforme análise da autora supracitada, a contestação às instituições repressivas resultou de trabalhos da Escola de Chicago e de Criminologia Radical, na Universidade de Berkeley na Califórnia, além de movimentos religiosos dos Quakers e Mennonites. Tal movimento foi reforçado na Europa, em que autores como Foucault, Françoise Castell e Louk Hulsman refletem em suas obras sobre a forma de justiça usada, defendendo uma justiça mais humana, sem punições.

O movimento que se preocupou com a vítima surgiu logo após o término da 2ª Guerra Mundial, sob a forma de um discurso científico: a vitimologia. Tais estudos influenciaram críticos do modelo retributivo, quanto à ausência da vítima no processo penal.

Por fim, o terceiro movimento confere ênfase aos aspectos positivos da vida comunitária, com menos conflitos e a possibilidade de negociação dos problemas.

Ao psicólogo americano Albert Eglash<sup>148</sup> é atribuído o surgimento do conceito de justiça restaurativa em 1975, fruto de reforma do modelo terapêutico (término dos anos 50). A prática desenvolvida pelo psicólogo se preocupava mais com a “cura” do ofensor do que com a vítima, não correspondendo aos princípios preconizados pela prática restaurativa.

Conforme Mylène Jaccoud<sup>149</sup>, os estudos de Albert Eglash identificam três modelos de justiça: justiça distributiva, centrada no tratamento do delinquente, a focada no castigo; portanto, punitiva e, por fim, a recompensadora, com base na restituição.

A autora em tela aborda três modelos possíveis de alcançar através da Justiça Restaurativa: correção das conseqüências, resolução do conflito e, até mesmo, reconciliação das partes. Pinto, retromencionado, ressalta a importância do consenso entre as partes e a busca conjunta de soluções.

A definição citada por Sica evidencia que o dano causado pelo ato criminoso é um mal para a vítima e para a comunidade. Todos concordam que a busca de reparação deve ser construída; o grande problema é compreender essa possibilidade, como pode ser implantada tal prática, buscar meios, condições para realizá-la e aceitar que nem sempre a pena de privação de liberdade é o melhor caminho a seguir.

---

<sup>148</sup> EGLASH, Albert Psicólogo americano. Criou o termo creative restitution, quando na década de 1950 trabalhava com adultos e jovens envolvidos com o sistema de justiça criminal, pouco humanitário e sem eficiência.

<sup>149</sup>JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. Opus cit* , p. 166.

Trata-se de nova abordagem do problema dos conflitos. Conforme Pinto<sup>150</sup>, muda o enfoque, possibilitando nova imagem que reflete as necessidades causadas pelo delito e a proposta de restauração das relações, por meio de encontro entre ofensor e vítima, pessoas da comunidade, orientados por pessoas previamente capacitadas para condução de tais reuniões.

O pensador referido confronta a idéia de Zaffaroni<sup>151</sup> sobre conflito com a Justiça Restaurativa. Assim, segundo o autor, Zaffaroni afirma que o conflito está envolvido por respostas punitivas, reparatórias, conciliatórias e terapêuticas. Todas essas perspectivas podem ser vistas na abordagem da Justiça Restaurativa e a punição, pela via do procedimento tradicional, só será adotada se não houver entendimento.

Ressalta o supracitado autor que existem limitações, pois existem crimes que não teriam solução restaurativa, além do que se trata de decisão voluntária, em que vítima e ofensor precisam estar disponíveis a participar do encontro, numa relação dialógica.

Com essa modalidade, há o exercício de “democracia participativa no processo judicial”, em que as partes deixam de ser expectadores, apropriando-se do conflito, em busca de uma solução de interesse comum.

Howard Zehr<sup>152</sup> apresenta nova visão sobre a justiça, argumentando que é necessário que sejam trocadas as lentes, que se tenha uma nova visão, o que possibilita um novo foco para o problema a ser enfrentado. Na perspectiva proposta pelo autor, o crime é visto através de uma lente retributiva.

Ele defende que, com a mudança de lentes, poder-se-á ter nova visão sobre o crime e sobre a justiça, enxergando que ela deve reparar, acertar o que estiver errado. Sob a lente da Justiça retributiva “o crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa”. Assim, por meio de regras, a justiça, por meio da dor resolve a disputa, sem levar em conta a vítima.

Ao trocar as primeiras lentes pelas da Justiça Restaurativa, define-se o crime como “violação de pessoas e relacionamentos”, cabendo à justiça buscar soluções visando à reparação do erro. Com esse intuito, envolverá vítima, ofensor e comunidade.

---

<sup>150</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa. A era da Criminologia clínica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1442, 13 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9879>>. Acesso em: 19 de setembro de 2009.

<sup>151</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Trad. de Sérgio Lamarão. 2. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 30-31.

<sup>152</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p.167 – 173.

Segundo o autor<sup>153</sup>, o crime é cometido contra uma pessoa. Não há dúvida de que a sociedade também é afetada, mas esta não é o centro do problema, a parte inicial do processo. Primeiramente ele sugere que se conceitue o crime como uma ofensa contra outra pessoa e não contra o Estado. A ação definida como crime cria conflitos e, para o autor, a origem pode repousar em outro conflito.

Resumindo, Zerh<sup>154</sup> aponta que a lente retributiva tem o Estado como vítima, desconsiderando a relação entre vítima e ofensor, porque o que ocorreu foi uma violação de regras. Já a lente restaurativa tem seu foco nas relações interpessoais entre vítima e ofensor, considerando que o crime viola pessoas e suas relações.

Zerh<sup>155</sup> apresenta um quadro, transcrito a seguir, sobre as formas de ver o crime, conforme o foco de uma ou de outra lente.

Lente retributiva	Lente restaurativa
1. O crime é definido pela violação da lei	1. O crime é definido pelo dano à pessoa e ao relacionamento. (violação do relacionamento)
2. Os danos são definidos em abstrato	2. Os danos são definidos concretamente.
3. O crime está numa categoria distinta dos outros danos	3. O crime está reconhecidamente ligado a outros danos e conflitos
4. O Estado é a vítima	4. As pessoas e os relacionamentos são as vítimas
5. O Estado e o ofensor são as partes no processo.	5. A vítima e o ofensor são as partes do processo.
6. As necessidades e direitos da vítima são ignorados	6. As necessidades e direitos das vítimas são a preocupação central
7. As dimensões interpessoais são irrelevantes	7. As dimensões interpessoais são centrais.
8. A natureza conflituosa do crime é velada	8. A natureza conflituosa do crime é reconhecida
9. O dano causado ao ofensor é periférico	9. O dano causado ao ofensor é importante
10. A ofensa é definida em termos técnicos, jurídicos	10. A ofensa é compreendida em seu contexto total: ético, social, econômico e político

<sup>153</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. *Opus cit.*, p. 172.

<sup>154</sup> Idem, p. 174.

<sup>155</sup> Idem, p. 174 -175.

Como se pode observar, Zerh demonstra que é possível, com a troca de lentes, ter-se uma visão diferente do crime, da posição do Estado e da importância conferida à vítima. Para o autor, mesmo que não seja possível a total recuperação, a justiça, vista pela lente restaurativa, terá que construir um contexto no qual o processo recuperativo possa se iniciar.

Zerh,<sup>156</sup> em sua análise, argumenta que, através da Justiça Restaurativa, vislumbra-se a possibilidade de as pessoas buscarem o significado da justiça de forma concreta, pois encontram a possibilidade de aplicá-la em caso específico. Ele avalia que a Justiça Restaurativa *é pós-moderna em sua percepção de que as nossas verdades acerca do que é justiça dependem do nosso contexto e que o conceito de justiça deve ser formado a partir da comunidade.*

Na busca da construção do respeito por todos, há que se considerar os limites na determinação da verdade, que sofre influências da formação que a pessoa recebeu, do meio em que vive, das pessoas que estão ao redor. Fica, pois evidente que a verdade depende também do contexto.

O autor destaca que o procedimento da Justiça Restaurativa deve ser praticado com responsabilidade, respeito por todos e humildade. A troca de idéias é importante, sendo que, qualquer reforma, se não for bem pensada, pode se tornar perigosa.

Zerh<sup>157</sup> no posfácio à terceira edição de sua clássica obra, apresenta cinco atributos para a Justiça Restaurativa, a saber:

1. Tem foco nos danos e conseqüentes necessidades (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor).
2. Trata das obrigações resultantes desses danos (obrigações do ofensor mas também da comunidade e da sociedade).
3. Utiliza processos inclusivos e cooperativos.
4. Envolve todos os que têm um interesse na situação (vítimas, ofensores, a comunidade, a sociedade).
5. Busca corrigir os males.

Ele faz uso de uma metáfora para descrever a Justiça Restaurativa: compara-a a uma roda, cujo eixo representa o esforço em busca da correção do erro. Os raios em volta

---

<sup>156</sup> ZERH, Howard. Cap. 19. Avaliação e princípios da Justiça Restaurativa. In SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 416. Disponível em: < <http://www.mj.gov.br/reforma>> . Acessado em 19/09/2009.

<sup>157</sup> Idem, p. 257-258

do eixo constituem os quatro primeiros atributos listados. Composto o conjunto há um aro, que representa os valores, sendo os mais importantes: respeito, humildade e arrebatamento.

Só pode haver Justiça Restaurativa<sup>158</sup> com a prática do respeito a todos os que participam do processo, principalmente, porque, segundo o autor, esta é a “questão central”, tanto para ofensores como para vítimas.

A humildade é um valor que diz respeito ao profissional que atuará na Justiça Restaurativa, imbuído da consciência de que o conhecimento humano é limitado. Quem trabalha com esse tipo de Justiça, precisa evitar preconceitos e não julgar ou generalizar conclusões. Ademais, o trabalho do profissional, afirma o autor, quando bem feito, não é sentido, reconhecido.

O último valor considerado por Zerh é o arrebatamento, o assombro, vez que não se pode ter certeza de nada. No caso, é imprescindível a coragem de viver com o desconhecido, com contradições.

Lode Walgrave é também citado por Mylene Jaccoud<sup>159</sup>, pela síntese que o autor apresentou em 1993, enfocando três tipos de direito: o direito penal, o direito reabilitador e o direito restaurador. Para análise dos tipos citados, ele usou como critério: o ponto de referência, os meios, os objetivos, a posição das vítimas, os critérios de avaliação e o contexto social.

Nessa perspectiva de análise, o Direito Penal adota como ponto de referência o delito, usando como meio a aflição de uma dor, objetivando o equilíbrio moral. A vítima tem um papel secundário. Como critério avaliador, identifica o emprego de uma pena adequada. O espaço do contexto social é ocupado por um estado opressor.

No Direito reabilitador, o ponto focado é o indivíduo delinqüente. O meio empregado é o tratamento, que tem por objetivo a adaptação do indivíduo. Da mesma forma que no primeiro modelo, a vítima tem papel secundário. A avaliação versará sobre a adaptação do indivíduo, num contexto social de um Estado Providência.

No Direito restaurador, o ponto de referência são os prejuízos causados e o meio empregado é o compromisso de restaurar, objetivando a anulação dos erros. A vítima assume papel central e a avaliação é realizada com base na satisfação dos interessados, num contexto social de um Estado responsável.

---

<sup>158</sup>ZERH, Howard. Cap. 19. *Avaliação e princípios da Justiça Restaurativa* Opus cit., p. 266-267.

<sup>159</sup>JACCOUD, Mylene. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa* Opus cit, p. 167.

Renato Sócrates Gomes Pinto<sup>160</sup> no artigo *Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?*, presta importantes esclarecimentos, ao destacar as diferenças entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva. Conforme o autor, os efeitos para a vítima podem ser resumidos no Quadro exposto a seguir:

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Pouquíssima ou nenhuma consideração, ocupando lugar periférico e alienado no processo. Não tem participação, nem proteção, mal sabe o que se passa.	Ocupa o centro do processo, com um papel e com voz ativa. Participa e tem controle sobre o que se passa.
Praticamente nenhuma assistência psicológica, social, econômica ou jurídica do Estado.	Recebe assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação.
Frustração e ressentimento com o sistema.	Tem ganhos positivos. Supre-se as necessidades individuais e coletivas da vítima e comunidade.

No quadro transcrito acima, observa-se que, na Justiça Restaurativa, a vítima participa do processo, é alvo de atenção e, conforme as possibilidades, é recompensada pelos prejuízos sofridos, sendo igualmente relevante a interação com a comunidade, visando ao bem de todos, principalmente o aumento da confiança. Com relação à figura do infrator, existem diferenças consideráveis entre a Justiça Retributiva e a Restaurativa; a mais importante, talvez seja a de que a participação do infrator não deva ser imposta.

Mas esta não é opinião unânime. Apesar de a Justiça Restaurativa ter o propósito de conseguir a cooperação voluntária do infrator, Lode Walgrave<sup>161</sup>, considera que seria ingênuo acreditar que os infratores colaboram por livre e espontânea vontade, sem qualquer interesse. A esse respeito, é interessante refletir sobre a seguinte observação do autor em comentário:

“Por intermédio da intervenção, busca-se assegurar que os direitos e liberdades estão no âmago de um domínio plenamente amadurecido e resguardado. Para transmitir essa mensagem, é preciso censurar a violação e, se possível, engajar o infrator em ações que visem a reconstituição do domínio. A cooperação voluntária do infrator é mais efetiva no processo de restauração da garantia, mas apenas quando for respaldada pelas instituições públicas. De fato, a garantia não vem apenas das desculpas e do arrependimento do infrator, mas também da determinação das

<sup>160</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa. A era da Criminologia clínica. Opus cit*, p. 26.

<sup>161</sup> WALGRAVE, Lode. *Imposição de restauração no lugar de dor: reflexões sobre a reação judicial no crime.*

autoridades de assumirem com seriedade a responsabilidade pela garantia dos direitos e liberdades.”

O autor admite o uso de coerção, mas de forma parcimoniosa. Em alguns casos, concorda que haja mudança no processo restaurativo. Mas, a decisão de levar o julgamento aos tribunais importa a necessidade justificativa, não baseada unicamente na “violação da lei”. Assim, adota posição maximalista da justiça restaurativa, pugnando pela implementação máxima do seu valor empírico e de sua ética social. Com base no princípio da superioridade dos processos voluntários, anui que a intervenção coercitiva pode ser “orientada por métodos restaurativos”, mas não afasta a participação estatal.

Mylène Jaccoud<sup>162</sup> concorda com Lode Walgrave sobre a perspectiva maximalista, sob o pressuposto de que a mesma apresenta maiores possibilidades para transformar a realidade penal. Essa corrente deixa clara a idéia de que a Justiça Restaurativa não se realiza apenas com encontros entre o infrator e a vítima, eis que se faz necessária a garantia de realização de justiça, encarada não mais sob o prisma retributivo, mas visando à restauração do dano.

De acordo com a pensadora mencionada, a concepção minimalista afasta o Estado da administração desses processos, fazendo com que a Justiça Restaurativa fique fora do sistema estatal, sendo apenas uma forma alternativa de justiça, com a participação exclusiva de voluntários. Tal corrente impõe limites e riscos, pois *confina a justiça restaurativa à administração de delitos secundários e de incivildades, e que abre caminho, por si mesma, ao risco de ampliação da esfera penal e até mesmo da intolerância com respeito aos conflitos de toda ordem.*

A autora<sup>163</sup> manifesta-se favorável à corrente maximalista, pelas sugestões transformadoras que esta apresenta, na possibilidade de integrar princípios restaurativos na justiça penal. Contudo, vislumbra uma imprecisão quando técnicas restaurativas são aplicadas no sistema de justiça penal, sem se efetuar transformação em seus princípios fundamentais.

Renato Sócrates Gomes Pinto<sup>164</sup> traça de forma clara as diferenças entre as duas formas de justiça. O autor em destaque assinala que, com a Justiça Restaurativa o infrator é visto como pessoa capaz de responsabilizar-se pelos seus atos e assumir a reparação

---

<sup>162</sup> JACCOUD, Milene. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. *Opus cit.*, p. 172 e 180.

<sup>163</sup> Idem, p.180

<sup>164</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa. A era da Criminologia clínica Op. cit.*, p. 27.

dos danos causados. Dessa forma, tem condições de exercer participação ativa, interagindo com as pessoas ao redor e também com a vítima.

Na implementação dessa modalidade, é crucial que o infrator tome conhecimento das conseqüências de seus atos, ao envolver-se no processo, tendo a oportunidade de falar sobre suas necessidades e outros aspectos relevantes para a composição do conflito. Note-se que, na Justiça Retributiva acontece o oposto, eis que os procedimentos, via de regra, são desenvolvidos com o precípua intuito de encontrar provas para a punição. Basta lembrar que, segundo esse modelo, o infrator é representado por seu advogado, quando o tem, não pode dialogar com a vítima. Sua participação é presencial, mas nula, do ponto de vista participativo.

Avançando na reflexão sobre a justiça restaurativa, Marcelo Gonçalves Saliba<sup>165</sup> ressalta a necessidade de participação da comunidade, na busca da resolução do conflito, em substituição à fria decisão estatal. O pensador citado ressalva que, por sua natureza, essa participação não *pode amparar o Direito penal máximo*. Em sentido contrário, é preciso considerar e respeitar *os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana*, princípios norteadores da possibilidade restauradora da justiça. Nessa perspectiva, a participação da comunidade não pode assumir caráter repressivo; mas mobilizar-se segundo a crença de que o diálogo construtivo pode favorecer a resolução dos conflitos. Conseqüentemente, vítima, infrator e comunidade participam, caminham juntos em busca de uma solução.

Mylène Jaccoud<sup>166</sup> analisa o tema e atribui à comunidade um duplo título, considerando que ela é *vítima indireta do crime*, mas que também pode (e deve) participar da administração dos programas que implementam a Justiça Restaurativa.

Cumprir admitir que, em todos os casos, indiretamente, a comunidade é afetada no sentido de que a família da vítima e outros atores sociais, são afetados pelas preocupações advindas do sofrimento, causado pelo dano gerador dos conflitos. Por exemplo, conforme as lesões da vítima, sejam físicas ou psicológicas, poderá haver prejuízos financeiros, seja pela impossibilidade de permanecer em atividade produtiva, necessitar de apoio psicológico, ou por outros motivos.

---

<sup>165</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*, *opus cit.*, p. 122-123.

<sup>166</sup> JACCOUD, Mylène, *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*, *opus cit.*, p. 175 – 176.



Segundo compreensão da autora<sup>167</sup>, Van Ness foi muito claro ao afirmar que o crime, além de afetar a ordem da comunidade, causa prejuízo aos valores e no grau de confiança dos seus membros, provocando um clima de insegurança na sociedade.

No conceito de Justiça Restaurativa apresentado por Lode Walgrave<sup>168</sup> no “I Seminário Internacional de Justiça Restaurativa”, em Santo André, São Paulo, ficou claro que a importância está assentada no dano, que deve ser recuperado. Para isso, busca-se a participação dos envolvidos: vítima e ofensor, utilizando-se do potencial de ambos. Conforme explicação do autor, a Justiça Restaurativa orienta-se para um entendimento social, uma resposta construtiva, objetivando o aprimoramento da sociedade. Conforme o autor citado, a Justiça Restaurativa é uma terceira via, tendo como primeira preocupação a reparação do dano causado à vítima. Teoricamente, pode ser aplicada a todos os crimes, mas admite que haja casos extremos, considerados de segurança pública, que devem ser considerados como limitadores.

A Justiça Restaurativa encontra suporte legal em documentos vigentes nos países que a adotam e em documentos internacionais, oriundos, por exemplo, da ONU e da União Européia<sup>169</sup>.

Como marco histórico da primeira experiência contemporânea, indica-se o caso ocorrido em 1974, no Canadá, que ficou conhecido como *caso de Elmira*, local do fato. Dois jovens, após se declararem culpados de vandalismo contra 22 propriedades, reencontraram-se com as vítimas, estabelecendo pactos de restituição. A proposta partiu de Mark Yantzi, maonita, indicado pelo Comitê Central Menonita para atuar no Departamento de Liberdade Condicional, com a missão de explorar alternativas comunitárias. Ele propôs ao juiz que os jovens se encontrassem com as vítimas, prometendo reparação do erro. O juiz relutou, mas resolveu aceitar a proposta, determinando que as reuniões dos jovens com suas vítimas ocorressem na presença dos oficiais de condicional. Os jovens negociaram a reparação com cada uma das vítimas, pagando as dívidas. Tal programa recebeu o nome em inglês de VORP - programa de Reconciliação Vítima-ofensor.

---

<sup>167</sup>JACCOUD, Mylène *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. Opus cit.*, p. 176.

<sup>168</sup> Restorative Justice is an option for doing justice after the occurrence of an offence that is primarily oriented towards repairing the individual, relational and social harm caused by that offense. WALGRAVE, Lode. Palestra realizada no I Seminário Internacional de Justiça Restaurativa. UniABC, Santo André- São Paulo. Realizada no período de 30 de setembro a 2 de outubro de 2009.

<sup>169</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa. A era da Criminologia clínica. Op. cit.*, p. 23.

Nos Estados Unidos, segundo Howard Zehr<sup>170</sup>, um projeto em Elkhart, Indiana, deu origem ao movimento de implementação, nos anos de 1977 -1978.

A Resolução da ONU de nº 1999/26, de 28 de julho de 1999 dispôs sobre o “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e de Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, convidando a Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Criminal a verificar a formulação de padrões para mediação e Justiça Restaurativa.

No 10º Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Infratores<sup>171</sup>, foi aprovada, em 27 de julho de 2000, a Resolução 2000/14 que reafirmou a importância da Justiça Restaurativa, estabelecendo os “*Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*”

A Resolução nº 2202/12, do Conselho Econômico e Social da ONU serviu para incorporar às proposições de especialistas, que estudaram o assunto em Ottawa, no período de 29 de outubro a 1º de novembro de 2001, com representantes de mais de 30 países. Ela foi aprovada em 24 de julho de 2002, na 11ª Reunião da Comissão da ONU sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal. Segundo essa Resolução, os processos restaurativos<sup>172</sup> podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles). Sócrates Pinto<sup>173</sup> efetuou a tradução livre do documento, cujo texto é de suma importância para compreensão do assunto (Em anexo).

No Preâmbulo, atribui-se ênfase ao respeito à dignidade e a igualdade das pessoas, quando da aplicação da Justiça Restaurativa, além de conceder a possibilidade de as vítimas serem reparadas. Reconhece a variedade de medidas que podem ser adotadas, de acordo com o respectivo contexto, sem prejuízo do direito público subjetivo dos Estados.

A leitura do citado documento possibilita clara compreensão dos aspectos mais significativos da Justiça Restaurativa, porque resume em seus artigos os principais conceitos, e do infrator deve ocorrer com o consentimento de ambas as partes.

Outro documento relevante são *As Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça Penal Juvenil*, aprovadas pela Resolução 40/33 da Assembléia

---

<sup>170</sup> ZERH, Wohard, *op. cit.*, p. 150.

<sup>171</sup> SILVA, Eliezer Gomes da; SALIBA. Justiça Restaurativa, sistema penal, direito e democracia. Intercessões ético-discursivas. Artigo originalmente publicado na *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, ano IX, n. 52, Out./Nov. 2008, pp. 171-198. Disponível em [http://www.ibjr.justicarestaurativa./nom/br./pdfs/Justica\\_R.pdf](http://www.ibjr.justicarestaurativa./nom/br./pdfs/Justica_R.pdf)>. Acesso em 30/11/2009.

<sup>172</sup> MELO Eduardo Rezende, EDNIR, Madza; YAZBEK, Vânia Curi. Justiça restaurativa e comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover a cidadania. Rio de Janeiro: CECIP, 2008, p. 34.

<sup>173</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Tradução do documento arquivado no site <<http://www.un.org/ecosoc/docs/resdec.asp?id=315>>. Acesso em 12/09/2008.

Geral, em 1985 ficaram conhecidas como *Regras de Pequim* ou *Beijing Rules*. Versando sobre a política de Justiça Penal Juvenil, buscam assegurar que as medidas adotadas sejam proporcionais às circunstâncias do delito e do autor<sup>174</sup>.

No Brasil, o I Simpósio Brasileiro de Brasileiro de Justiça Restaurativa foi realizado em Araçatuba, São Paulo, em abril de 2005<sup>175</sup>. A importância desse evento foi a elaboração de um documento denominado *Carta de Araçatuba*, no qual foram enunciados princípios e valores da Justiça Restaurativa. Essa Carta foi ratificada na Conferência Internacional de Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, realizada em Brasília, de 14 a 17 de junho do mesmo ano. A ratificação da Carta de Araçatuba ocorreu na Carta de Brasília, datada de 17 de junho de 2005 (Em anexo).

A Carta de Brasília serviu de inspiração para a Declaração de Costa Rica sobre a Justiça Restaurativa na América Latina<sup>176</sup>, documento redigido quando da realização do Seminário Construindo a Justiça Restaurativa, de 21 a 24 de setembro de 2005, em Costa Rica (Em anexo).

No período de 04 a 07 de novembro de 2009, realizou-se em Lima, Peru, o Primeiro Congresso Mundial de Justiça Juvenil Restaurativa<sup>177</sup>, organizado pela Fundação Terre des hommes - Lausanne, em parceria com a Promotoria da Nação do Peru, a Pontifícia Universidade Católica do Peru e a Associação Encuentros - Casa da Juventude.

Participaram do Congresso representantes do poder judiciário de vários países, da sociedade civil, de organizações não governamentais (ONG) e profissionais que trabalham com adolescentes, meios de comunicação, o âmbito acadêmico e agências das Nações Unidas.

Os trabalhos foram guiados pelos diversos instrumentos internacionais pertinentes ao assunto, entre eles:

a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e a Observação Geral Nº 10 do Comitê da Convenção sobre os Direitos da Criança intitulada “Os direitos da criança na justiça juvenil”, a Carta Africana sobre os Direitos e Bem Estar da Criança, As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing), a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) sobre os princípios básicos do uso de programas de

---

<sup>174</sup>KEMELMAJER, Aída. *Em búsqueda de La tercera via: La llamada “Justicia Restaurativa”, “Reparativa, “Reintegrativa” o “restitutiva*. P. 288 . Disponível em : <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1723/15.pdf>>. Acesso em 08/12/2009.

<sup>175</sup> BRASIL. Carta de Araçatuba. Disponível em <<http://www.un.org/ecosoc/docs/resdec.asp?id+315>> Acessado em 12/09/2008.

<sup>176</sup> DECLARACIÓN DE COSTA RICA: Sobre La Justicia Restaurativa em América Latina. Disponível em <<http://www.justiciarestaurativa.org/news/crdeclaration>>. Acesso em 08/12/2009.

<sup>177</sup> DECLARAÇÃO DE LIMA. <<http://www.justiciarestaurativa.org/news/crdeclaration>>. Acesso em 04/01/2010.

justiça restaurativa em matéria penal, as Diretrizes das Nações Unidas sobre a Justiça em Assuntos Concernentes às Crianças Vítimas e Testemunhas de Delitos (Resolução ECOSOC 2005/20), o Manual sobre Programas de Justiça Restaurativa do Escritório das Nações Unidas contra as Drogas e o Delito (ONUDD) e instrumentos regionais relevantes sobre direitos humanos.

Os objetivos do referido congresso foram:

- Refletir a respeito do conceito de Justiça Juvenil Restaurativa e empreender uma análise crítica sobre sua viabilidade.
- Examinar a metodologia e instrumentos da Justiça Juvenil Restaurativa.
- Avaliar a situação da vítima dentro da Justiça Juvenil Restaurativa e sua necessidade de proteção e reparação de danos.
- Compartilhar experiências, as lições aprendidas e as boas práticas da Justiça Juvenil Restaurativa a nível mundial.
- Elaborar e apresentar algumas recomendações para o desenvolvimento e implementação da Justiça Juvenil Restaurativa.
- Durante os debates nas sessões de painéis, conferências

Ao final do congresso foi redigida uma Declaração, sobre o título “Declaração de Lima”, com metas para a Justiça Juvenil Restaurativa.

## CAPÍTULO 3

### O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

O conhecimento da visão que a Justiça Restaurativa tem da vítima, do ofensor e da comunidade, permite a compreensão da enorme mudança exigida nessa forma de abordagem, que procura efetivar a quebra do paradigma punitivo<sup>178</sup>.

Para que essa mudança ocorra de fato, assumindo-se a prática restaurativa, no contexto de um Estado Democrático de Direito, cumpre priorizar a liberdade dos cidadãos, com princípios baseados no respeito à dignidade da pessoa humana.

A tarefa é espinhosa, pois idéias e práticas e idéias arraigadas na sociedade, durante muito tempo, são difíceis de mudar. No entanto, o ideal democrático prega liberdade e igualdade de oportunidades para todos, como requisitos do respeito à dignidade da pessoa. Estigmatizar, segregar os desfavorecidos, partir do conceito de que o direito se identifica unicamente com a idéia de sanção e castigo e vingança aos que violam as regras impostas sem qualquer respeito são condutas incompatíveis com esse ideal.

Essa premissa encontra suporte na lição de Geraldo Prado<sup>179</sup> que, tendo por base as palavras de Zaffaroni, defende que o poder do sistema penal deve ser reduzido, no intuito de buscar soluções para os conflitos, de maneira a fortalecer a solidariedade, resgatando-se valores do humanismo, considerados pelo magistrado em tela como *pilar da modernidade*. Analisando esse ideal no âmbito pátrio, ele acrescenta que ainda se tem larga trajetória a perseguir, nesse sentido.

O mesmo pensador<sup>180</sup> ressalta que a Justiça Restaurativa, além de conferir voz à vítima (o que constitui avanço significativo), abre espaço à manifestação dos agentes, possibilitando que *demandas derivadas da escassez pós-moderna* possam ser percebidas, fazendo transparecer a existência de centenas de milhares de pessoas, condenados à invisibilidade.

---

<sup>178</sup> SICA, Leonardo. Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de mediação do crime., *opus cit.*, p. 34.

<sup>179</sup> PRADO, Geraldo. Prefácio. In SICA, Leonardo. *Opus cit.*, p. xii.

<sup>180</sup> Idem, p. xiii

Nessa linha de interpretação, a Justiça Restaurativa busca suporte em conhecimentos oriundos de outras ciências, como a Sociologia, Psicologia, Filosofia e Criminologia, para melhor compreender os problemas ligados à conduta desviante, dessa forma, encontrar alternativas para romper barreiras, superar práticas que desvalorizam a pessoa humana porque excluem, isolam, corrompem, desrespeitam, desumanizam. O pensador<sup>181</sup> em tela vai ao cerne da questão, elucidando que só se pode controlar a violência quando se identificam *os focos das explosões sociais*. Esse diagnóstico encontra resistência, porque propiciar espaço para que os excluídos falem expõe problemas que a sociedade não quer ver, pois historicamente preferiu acreditar na anomalia da criminalidade. No Direito Penal orientado por práticas que dão sustentação a abusos no poder de punir, é mais prático segregar, extirpar os anormais.

Marcelo Pelizzoli<sup>182</sup> busca na filosofia os fundamentos para a Justiça Restaurativa, explicando que a mesma pode encaminhar a compreensão das questões, orientando a direção a ser tomada. Analisando o conceito de Justiça, o autor chama atenção para o momento histórico-cultural de um mundo que se modificou, usando até mesmo a força, para inibir comportamentos socialmente reprováveis<sup>183</sup>.

Com o transcorrer do tempo e em função de transformações na sociedade, verifica-se uma crise de paradigma: no século XX ocorreu “uma ruptura epistemológica” que ficou evidente, através do questionamento radical do positivismo e do cartesianismo. O Direito, como Ciência Social Humana, também foi afetado.

Na perspectiva positivista, passou a visualizar o conflito social como fatos que poderiam ser regidos por lei e passíveis de sanção aplicável pelo juiz, definido como a boca da lei. A análise dos problemas levados ao judiciário desconsiderava o contexto sócio-econômico e emocional e outros elementos imprescindíveis à compreensão e julgamento justo do caso levado ao judiciário. Dessa forma, conforme exemplifica o autor, reproduzindo o discurso do senso comum, pode ocorrer de se condenar o ladrão que rouba a galinha para comer, mas libertar o engratado que cometeu crime financeiro.

Etimologicamente, o termo *moral* tem origem em *mos, mores*, que significam *costume*. Marcelo Pelizzoli complementa que *a gente se acostuma* também com atitudes nada éticas, como: ver crianças morando na rua, ou não ver o rosto do outro, situado em posição

---

<sup>181</sup> Idem, xiii.

<sup>182</sup> PELIZZOLI, Marcelo. Fundamentos para restauração da Justiça. Resolução de conflitos, Justiça restaurativa e a ética da alteridade/diálogo. Disponível em: <<http://WWW.idcb.org.br/documentos/artigos/040806/fundamentospararestauraçãojustica.pdf>>. Acessado em 10/09/2009.

<sup>183</sup> O autor usa a expressão “a fórceps”. Idem.

hierarquicamente inferior na pirâmide social, o que permite identificar verdadeiro processo de *apartheid*, ou de segregação social mal disfarçado.

Conforme entendimento do filósofo em comento, a moral conservadora encontra-se na base da violência social, ao assumir atitude defensiva a priori. Para superar essa tendência, ele sugere que se adote pensamento crítico sobre Justiça e Ética, tendo em vista *re-significar a justiça, acrescentando*:

Re-significar a justiça, requer compreender modelos diversos e épocas diversas e modos diversos de lidar com autoridade, poder, tradição e socialização, e o papel do Estado certamente. Quando alguém diz que “vai à Justiça”, “colocar na Justiça”, falando em processar alguém, traz à mente o histórico da institucionalização e empoderamento da Instituição Justiça – que fala (e falha tb.!) agora em nome do ser e do fazer justiça com base em procedimentos secularizados, não mais religiosos, comunitários, ou indígenas. Minha idéia não é opor romanticamente um modelo ao outro, pois é uma estratégia que se enfraquece, mas alargar a compreensão social da justiça-violência, de modo que se abram os grandes campos ocultos e vácuos do fazer justiça, com processos de mediação, restauração, todos mais diretamente ligados ao grande campo da interação social conflitivo-pacífica – seara da alteridade.

Ainda conforme entendimento de Marcelo Pelizzoli, a Justiça Restaurativa não deve substituir a retributiva, mas alargar, aumentar as possibilidades de justiça na sociedade, através da compreensão do papel do outro. Nessa linha de raciocínio, cumpre, (...) *implantar um processo de equilíbrio de justiça social e inter-humana, ideal num contexto de grande disparidade sócio-econômica, real*. No âmbito da prática, não há estratégia totalmente pronta, mas o pressuposto é de ser possível adotar uma ação ética, não violenta, mas firme, por que:

Uma justiça que restaura ou que defende o excluído pode também agir com rigor, mas com base na compaixão ou não-violência ativa, não na raiva e na punição. O sujeito aqui é movido pela visão da fragilidade do outro seja ele quem for, do sofrimento que o invade independente de ele ser ou não culpado de algo.

Avançando no sentido de pensar em medidas concretas da Justiça Restaurativa, o autor a confere relevo ao saber ouvir e ao diálogo, no contato entre as partes em conflito. Em sua percepção esse processo é tão importante que:

Por vezes, ouvir o outro e acolher é quase toda solução. Somos carentes de alguém que nos ouça. Ouvir verdadeiramente é raro, sem julgar previamente, compreendendo a fragilidade humana, que é sempre a minha também. Eis um dos grandes ensinamentos da Comunicação Não-violenta a serviço da mediação de conflitos e do diálogo. Temos, por conseguinte, um casamento perfeito desta base com os processos de mediação e restauração ética da Justiça Restaurativa, como apontamos. Neste sentido, fica claro que Justiça tem tudo a ver com ouvir, acolher, dar a cada um o que lhe cabe. Trata-se basicamente de incluir o outro em vez de reforçar a mentalidade da exclusão. Infelizmente, nosso mundo, por vezes mudo, ergueu barreiras ou verdadeiras divisões entre classes, raças e espaços. A mentalidade da exclusão tem um fundo protetor, mantenedor de uma segurança, a mesma que atua na base dos racismos.

Ouvir sem julgar, com abertura ao diálogo franco e aberto permite pensar junto diretamente, olhar o outro como sujeito de direitos e deveres, o que traz a lume outras percepções do conflito e idéias originais que possibilitem soluções<sup>184</sup>.

Hannah Arendt<sup>185</sup> refere que a ação humana está intimamente ligada ao plano das relações humanas. Ela acrescenta que um homem solitário, mesmo que faça várias coisas que possam ser avaliadas como atividade laborativa, não poderá ser considerado um *homo faber*, porque a ação humana depende da sociedade dos homens, da comunicação.

Na observação da autora<sup>186</sup>, *os homens agem e falam diretamente uns com os outros*. Tal processo pode não ser materializado, tangível; porém é o responsável pela construção de relações, designadas pela pensadora como *teia*. Assim, *a esfera dos negócios humanos consiste na teia de relações humanas existentes em qualquer lugar onde os homens vivam juntos*.

Arendt retorna no tempo, indo até a Grécia antiga, com a perspectiva de examinar tal processo. Ela identifica que já os gregos, ao tempo de Aristóteles, consideravam que o homem, em paralelo à vida privada, possuía uma vida política, a chamada *bio politikos*. Aristóteles destacava duas atividades necessárias: a ação (práxis) e o discurso (lexis), que originariam a *esfera dos negócios humanos*.

Para os gregos<sup>187</sup> encontrar as palavras adequadas no momento certo seria uma ação, ao passo que *a pura violência* era tida como muda, destituída de grandeza.

---

<sup>184</sup> KOZEN, Afonso Armando. *Justiça Restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 85.

<sup>185</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 31.

<sup>186</sup> Idem, p. 195-196.

<sup>187</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. *Opus cit*, p. 35 e 36.



Na polis, ação e discurso se separaram. Segundo Arendt, o discurso passou a ter lugar de destaque, como meio de persuasão. Assim entendido, *o ser político, o viver numa polis, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através de força e violência*<sup>188</sup>.

Escravos, por exemplo, não tinham reconhecida a capacidade do discurso, uma vez que, vivendo fora da polis, não sendo livres, podiam falar, mas não usar o discurso como meio de persuasão. Não lhes era atribuído o direito à liberdade, característica exclusiva da esfera política.

A esse respeito, é muito esclarecedor o tratamento da pensadora em tela ao significado do termo *público*: (...) *É o próprio mundo, pois é comum a todos nós e diferente do lugar que nos cabe dentro dele*. Ela explica que conviver no mundo é ter a interposição de “um mundo de coisas” entre os que convivem, porque, ao mesmo tempo em que o mundo separa os homens, cria uma relação de dependência. A esfera pública reúne os homens, mas impede que os mesmos venham a colidir uns com os outros.

Arendt considera que a antiga filosofia cristã buscou um vínculo político que fosse forte o suficiente para manter unida uma comunidade sem interesse. Nessa ordem de argumentação, lembra que Santo Agostinho apostou na caridade como fórmula de união, de credibilidade nas relações humanas. Mas; a caridade só não basta: a autora acredita que a esfera pública depende do caráter de permanência; ou seja, não existe apenas para uma geração. Conforme sua análise<sup>189</sup>, mundo é construído para durar além da vida, pois transcende à vida. É essa capacidade que faz a existência da esfera pública, com a possibilidade de preservação das realizações do homem através dos séculos.

Ter um lugar no mundo, na esfera pública, que cause admiração em seu semelhante é de suma importância para a vaidade humana; é o status que satisfaz a vaidade individual. Nessa esteira, ser visto e ouvido assume séria importância, uma vez que a realidade do mundo é considerada através do fato ter sido visto por muitas pessoas, identificado, trazido à realidade, tornando-se real.

Para se constituir a esfera pública, explica a autora, é necessária a reunião dos homens, na modalidade do discurso e da ação, o que cria o espaço da aparência,

---

<sup>188</sup> Cf. explica a autora, empregar a força para convencer alguém não era uma atitude política. A violência podia ser empregada na vida privada, sendo característica do lar, no qual *o pater familiae*, o chefe, podia tudo. No lar a vida em família não era mantida pela igualdade, mas pela desigualdade. O chefe era o senhor absoluto. Não havia liberdade. Esta existia, ou pelo menos, era tida como real na polis, onde quem estava ao seu lado era um igual. Escravos, filhos, mulher e agregados, obedeciam pois necessitavam do chefe para sobreviver.

<sup>189</sup> Idem, p. 65

possibilitando várias formas de organização da esfera pública, que está, no entanto, fadada a desaparecer, quando houver a “dispersão dos homens” ou “suspensão das atividades”.

A esfera pública, onde se insere a comunidade política, depende da ação e do discurso do homem, portanto da convivência, que gera o poder e só se efetiva com a união da palavra e do ato. Por isso, as palavras devem ser usadas para revelação das realidades e os atos devem criar “novas relações e novas realidades”.

Arendt<sup>190</sup> diz que o poder como ação não tem fronteiras físicas, mas é limitado pela existência de outras pessoas, dependendo, então, dos relacionamentos. Observa que “*o poder humano corresponde, antes de mais nada, à condição humana da pluralidade*”. Para a autora<sup>191</sup>, o poder é *princípio essencial ao artifício humano*, pois é ele que preserva a esfera política e o espaço da aparência.

Acompanhando-se o pensamento da autora<sup>192</sup>, tem-se a percepção clara de que, em sua análise, a massificação da sociedade, trouxe certa alienação, pois interferiu na esfera pública e na esfera privada.

Da mesma forma que Arendt, Jürgen Habermas<sup>193</sup> evidencia a importância do agir comunicativo e do mundo da vida, no estabelecimento do conceito de esfera pública. O mundo da vida<sup>194</sup> é formado pelo conjunto de relações interpessoais, abrangendo a coletividade, associações e todos os sistemas de organizações especializadas.

Habermas define esfera pública ou espaço público *como um fenômeno social elementar*, descrito como rede adequada, preparada para a *comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões*. A reprodução da esfera pública depende do agir comunicativo que gera o espaço social. Como não é especializada, a esfera pública vale-se dos sistemas especializados do mundo da vida.

O agir comunicativo compreende interpretações compartilhadas. Atualmente, com o desenvolvimento dos meios de comunicação, esse agir independe da presença física

---

<sup>190</sup> Idem, p. 213 Arendt lembra Montesquieu que percebeu que a principal característica da tirania – poder pela violência - é o isolamento. O tirano se isola dos súditos e os súditos, pelo medo, se isolam entre si. Assim a condição humana essencial da pluralidade é contrariada, pois os homens perdem a condição de agirem e falarem em conjunto. A tirania gera a impotência, assim, gera as sementes de sua própria destruição..

<sup>191</sup> Idem, p.216.

<sup>192</sup> Cf. Arendt, esta alienação veio com a modernidade e com a globalização. Assim, a família foi substituída pela participação na sociedade, numa classe social As sociedades do Estado passam a fazer parte de um mundo maior com a globalização, pertencendo à humanidade. Segundo a autora é difícil ser cidadão do mundo da mesma forma que ser cidadão de um país. Também a família se recente com a ocasional perda da propriedade privada e, conseqüentemente, da intimidade.

<sup>193</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II, 2. ed. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003, p. 84

<sup>194</sup>Idem, p. 86

das pessoas: internet, televisão, rádio contribuem para a generalização da esfera pública. Tal fato, por um lado, pode contribuir para o progresso e, por outro, os conteúdos fora dos contextos, sem a interação das pessoas, ficam dissociados da verdadeira ação participativa.

A comunicação efetivada na esfera pública é estendida às esferas da vida privada, ampliando as interações. É a chamada *sociedade civil*, através de suas organizações e associações, que vão captar os problemas sociais das esferas privadas, que levam à esfera pública política as questões relevantes, visando à sua solução. Assim, “*a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de função, de outro lado*”, de acordo com a visão habermasiana<sup>195</sup>.

A esfera pública<sup>196</sup> forma uma rede articulada, podendo ser organizada por especializações ou, pelo nível da comunicação, pelo grau de densidade. Dessa forma se pode falar em esfera pública episódica, constituída de comunicações rápidas, obtidas num bar, na rua, numa condução. Na esfera pública organizada, a comunicação teria uma densidade maior. Os exemplos seriam círculos de pais e mestres, reuniões de partidos ou clubes. Finalmente, na esfera pública abstrata, a comunicação ocorre através da mídia.

A importância da estrutura comunicativa é evidente: num Estado Democrático de Direito favorece a construção da noção de soberania e do poder de um povo. Habermas coloca esse poder como o resultado das interações *ocorridas entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente*.

O direito, agindo como um “*medium*”<sup>197</sup>, transforma a linguagem comum do mundo da vida, estabelecendo normas de regulação entre os diversos setores da esfera pública e da esfera privada. Habermas destaca que, num Estado Democrático de Direito, o sistema político é responsável pelos problemas da coletividade, os quais devem ser analisados sob o prisma de concretização de direitos, especificados na Constituição, responsável pela articulação das expectativas, presentes ou futuras, o que sugere retomar o pensamento de Arendt, ao defender que o mundo deve ser preservado. As realizações humanas devem passar às outras gerações. A Constituição, portanto, é um marco no tempo, mas também um *processo contínuo, que deverá continuar a ser interpretado pelas outras gerações*.

Quando se reflete sobre o papel da Constituição, cumpre recordar que a 2ª Grande Guerra Mundial deixou um legado de destruição, tristeza e indignação à humanidade.

---

<sup>195</sup> HABERMAS, Jürgen. *Opus cit., Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II, p. 107.

<sup>196</sup> Idem, p. 107.

<sup>197</sup> Idem p. 25.

Em pleno século XX, parece incrível que o homem tenha sido tão cruel e, que usaria a lei para subjugar e fazer valer ideologias de abuso de poder inaceitáveis.

Em paralelo às atrocidades cometidas, uma das conseqüências foi a compreensão de que não basta a existência de uma Constituição, concebida, conforme Barroso<sup>198</sup>, apenas como documento político. Tal documento dependia da vontade do legislador e do administrador; despojada de ética e de valores alicerçados no humanismo e na dignidade da pessoa, essa Constituição legitimava os interesses políticos e a ideologia dos governantes. Na guerra, em nome da legalidade, foram torturados e mortos os judeus, vitimados pelo ódio nazista; o Japão, em nome da paz, foi arrasado pelas bombas atômicas; imigrantes foram presos no Brasil, sem qualquer justificativa.

O pós-guerra trouxe à baila um movimento em favor da reconstitucionalização e redimensionamento do papel do Direito Constitucional, abrindo espaço ao surgimento de um novo Estado, com a repartição dos poderes, limitados e com o compromisso de garantir direitos e liberdades fundamentais.

Para que se entenda tal movimento, é necessário refletir sobre a situação anterior do Direito, mais precisamente sobre as diferenças entre direito natural e direito positivo.

Retrocedendo no tempo, cumpre lembrar que Aristóteles definiu o direito natural como aquele direito fundado na justiça, cujo valor independe de juízo do sujeito, ao passo que o direito positivo é aquele que estabelece ações reguladas. Na Idade Média<sup>199</sup> o direito positivo era visto como aquele posto pelos homens, enquanto que o direito natural tem suas raízes calcadas em algo que extrapola a vontade humana.

No século XVI, o jusnaturalismo foi responsável pelas revoluções liberais, fundamentadas na crença da existência de valores humanos que deveriam ser colocados acima do Estado. Foi quando se formularam as primeiras constituições, orientadas à limitação dos poderes absolutistas.

---

<sup>198</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 12. *O neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Explica o autor que: A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

<sup>199</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. E notas Márcio pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p.25 – 28.

Ao fim do Século XVIII, sentiu-se a necessidade de organizar a vida social, propiciando ao Estado um instrumento de intervenção eficaz. O positivismo liga-se ao surgimento de Estado Moderno; sendo que na França, teve início a codificação do Código de Napoleão, obra criada pelo pensamento iluminista e concluída em 1804, com a designação de Code Civil des Français. Somente na segunda edição, em 1807, é que passou a ser conhecido como Code Napoleon, exercendo grande influência nos códigos de outros países.

Glück<sup>200</sup>, em fins do século XVIII, em *Commentario Allá Pandette*, em 1888, menciona que a distinção do direito era dada pela forma que vinha à mente das pessoas. O autor citado acrescenta que o direito positivo era o conjunto de leis fundadas na declaração de vontade do legislador, enquanto que o direito natural era formado pelo conjunto de leis conhecidas por meio da razão

O século XIX, quando o homem passou a acreditar no valor da ciência, trouxe significativas transformações nas mais variadas áreas do conhecimento e da vida individual e social. No Direito, foi criado o positivismo jurídico, em substituição às teses do direito natural. Nessa nova orientação, com o intuito de tornar o direito objetivo, prevalecia a lei posta pelo legislador. Os Estados modernos<sup>201</sup> com o incremento das relações comerciais e mercantis sentiram a necessidade de um ordenamento jurídico com normas que propiciassem segurança às relações sociais.

Bittar<sup>202</sup> cita como valores mais importantes do Estado liberal a validade e legalidade, ordem e a impositividade, lembrando que tal Estado agia como uma “razão científica”, no sentido de disciplinar a ordem social.

Hans Kelsen<sup>203</sup>, na obra *Teoria Pura do Direito*, contribuiu decisivamente para a consolidação do positivismo jurídico, defendendo a prevalência de normas escritas, rígidas e estáticas. O direito passou a ser definido em função do elemento de coação, pois as normas valem pela força da sanção a ela inerente. Com essa orientação filosófica, o direito deveria ser tratado como fato e não como valor.

Com o fim da 2ª Grande Guerra, conforme se mencionou, ficou claro que a lei, por si, é incapaz de conter as atrocidades praticadas por governantes sem escrúpulos. Tal

---

<sup>200</sup> Idem, p. 22

<sup>201</sup> COSTA, Álvaro Luiz da Silva e DELGADO, Ana Paula Teixeira. *A hermenêutica pós-positivista e o papel do magistrado*. In *Júris Poiesis*. Ano 9 n.9 Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, Mestrado em Direito, 1999, p. 296-297.

<sup>202</sup> BITTAR, Eduardo C. B.. *O direito na pós-modernidade*. São Paulo: Forense, 2005, p.175.

<sup>203</sup> Costa, Álvaro Luiz da Silva e DELGADO, Ana Paula Teixeira. *Opus cit*, p. 131.

convicção deu origem ao movimento denominado neoconstitucionalismo<sup>204</sup>, que se propõe a construir nova política constitucional. Juntamente com o neoconstitucionalismo, sucedendo ao positivismo, tem-se o pós-positivismo<sup>205</sup>, que reconhece um novo posicionamento do direito, com relação à efetividade da lei: nem sempre a norma material traz de forma explícita os princípios fundamentais, necessitando ser interpretada, conforme cada caso, numa superação do binômio sujeito-objeto, usado pelos positivistas.

O pós-positivismo deita suas raízes na filosofia de Kant<sup>206</sup>, que considerou a importância do homem como ser racional, defendendo que o direito deveria corresponder ao ideal de justiça. Trata-se de institucionalização da moral, conforme Streck<sup>207</sup>, quando destaca que, no Estado Democrático de Direito, ocorreu *um crescimento do espaço de atuação da justiça constitucional*, motivado pelo *papel destinado às constituições nesta quadra da história e à institucionalização da moral no direito como demonstração do fracasso do positivismo e do mundo das regras* [...].

Analisando o pós-positivismo, Sarmiento<sup>208</sup> ressalta a ascensão dos princípios, possibilitando o que chamou de *leitura moral* da Constituição, o que leva a uma racionalidade prática do Direito, através da argumentação sobre valores e justiça, hoje reconhecida pela hermenêutica constitucional. A aplicação da norma não mais se reduziria à subsunção: o juiz não seria mais, como dizia Montesquieu, *a boca que pronuncia as palavras da lei*. Pode-se dizer que o pós-positivismo constitui o marco filosófico do constitucionalismo.

Comanducci<sup>209</sup> diferencia constitucionalismo de neopositivismo. Conforme seu entendimento, constitucionalismo é uma ideologia que visa à limitação do poder e a defesa

---

<sup>204</sup> VALE, André Rufino. *Aspectos do neoconstitucionalismo*. Revista do Direito Público. Estudos, Conferências e normas. N. 14. Out-nov. -dez./2005, p. 136.

<sup>205</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Opus cit.*, p. 508. Cf. o autor o pós-positivismo possibilita uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia e, entre o Direito e a ética. Os princípios permitem o ingresso dos valores na ordem jurídica, havendo uma centralização dos direitos fundamentais.

Em outra obra, Barroso em artigo intitulado A nova interpretação constitucional dos princípios, escrito junto com Ana Paula de Barcellos diz que; pós-positivismo é: uma designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica Constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (Ver LEITE, George Salomão. (Org.) *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.102.

<sup>206</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3ª ed.. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 71.

<sup>207</sup> STRECK, Lenio Luiz. A constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental, à obtenção de respostas corretas. In *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 anos de constitucionalismo democrático – e agora?* Porto Alegre, 2008, p. 287.

<sup>208</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.79-80

<sup>209</sup> COMMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. In *Isonomia* Nº 16/Abril 2002, p. 96.

das liberdades e direitos fundamentais, enquanto que o neoconstitucionalismo é uma teoria contrária ao positivismo jurídico.

Para Pozzolo<sup>210</sup>, neoconstitucionalismo é uma visão jusfilosófica, que se propõe à mediação entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, eliminando os defeitos do legalismo positivista. Trata-se de uma política constitucional, indicativa de como o direito deve-ser: oferece uma versão sobre princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Com base nas formas apresentadas por Bobbio sobre o positivismo jurídico, Comanducci<sup>211</sup> se refere a três formas de neoconstitucionalismo: a teórica, a ideológica e a metodológica.

O neoconstitucionalismo, quando visto como teoria do direito, é uma alternativa à teoria juspositivista tradicional. Nessa perspectiva de análise, surge a característica de uma constituição considerada penetrante<sup>212</sup>, uma vez que os princípios e regras presentes servem como parâmetro para interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico.

No neoconstitucionalismo surge a característica de uma constituição considerada penetrante, uma vez que os princípios e regras presentes servem de parâmetro para interpretação e aplicação das normas constitucionais.

Para análise do papel da constituição nos sistemas jurídicos contemporâneos, o neoconstitucionalismo teórico tem dois modelos: o modelo descritivo da constituição como norma e o modelo axiológico da constituição como norma.

No primeiro modelo, a constituição é definida como um conjunto de regras jurídicas positivas de uma Constituição escrita ou consuetudinária. Tais regras são superiores às demais regras. Assim, a constituição é um modelo normativo. Desse modo, o juiz é submetido à estreita observância da lei e o legislador ao respeito do princípio de legalidade.

Já no modelo Axialógico<sup>213</sup>, Constituição é um conjunto de regras jurídicas positivadas, escritas ou consuetudinárias. Essas regras, além de serem superiores às demais, são dotadas de um valor especial, que influenciará a interpretação do direito, possibilitando a constitucionalização, uma vez que todo ordenamento deverá se adequar aos princípios expressos no texto constitucional. De acordo com essa abordagem a Constituição deixou de

---

<sup>210</sup> POZZOLO, Susanna. *Metacritica dei neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico"*. Diretto E questioni pubbliche. Palermo: n 3, 2003, p. 51.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 96 – 101.

<sup>213</sup> DUARTE, Écio Otto Ramos e Pozzolo, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 90 -91.

ser mera declaração política, passando a ser direção e meta para manutenção e construção das relações sociais. O neoconstitucionalismo ideológico coloca em segundo plano a limitação do poder.

Sobre a propriedade do pós-positivismo, o autor demonstra que a modificação no método de análise do positivismo, conduz aos juízos de valor, conferindo à ciência jurídica um caráter prático.

O juízo de ponderação é a propriedade usada para resolver conflitos entre os princípios constitucionais, eis que, no neoconstitucionalismo, as constituições possuem um elevado conteúdo material de princípios. O juiz, contrariamente ao positivismo jurídico, deve basear suas decisões com fundamento na principiologia constitucional.

A especificidade interpretativa diz respeito à forma de interpretação constitucional. O neoconstitucionalismo, ao adotar a forma de constituição prescritiva, possibilita que o intérprete atribua significado às normas constitucionais, propriedade afeita à teoria da constitucionalização do direito.

Para o neoconstitucionalismo, os conteúdos morais foram incluídos no conceito de *grundnorm*, considerando-se que normas jurídicas serão aquelas justas. Tem-se, assim, a propriedade de ampliação do conteúdo da *grundnorm*.

A propriedade do conceito não-positivista do direito é, segundo Duarte, explicada por Ralf Dreier<sup>214</sup>. O neoconstitucionalismo confere às constituições “força formal de validez”, além de densidade material normativa, dotada de um ideal moral.

Streck<sup>215</sup> sintetiza bem o fenômeno de (neo) constitucionalismo, quando esclarece que ele é responsável pelo *surgimento de ordenamentos constitucionalizados em uma característica especial: a existência de uma constituição “extremamente embebedora” (pervasiva), invasora [...]*. Esta característica condiciona legislação e jurisprudência, levando os agentes públicos a agir conforme as normas constitucionais, além de exercer influência nas relações sociais.

Como se pode depreender, o neoconstitucionalismo é compatível com o Estado Democrático de Direito, cujo foco orienta-se para a efetividade dos direitos fundamentais e

---

<sup>214</sup> Cf. DREIR, Ralf : “os princípios juridicamente válidos desbordam o conceito positivista de direito na medida em que, estruturalmente, elevam a obrigação jurídica à realização aproximativa de um ideal moral.” *Derecho y justicia*. Santa Fé de Bogotá-Colombia: Temis, 1994, p.86.

<sup>215</sup> STRECK, Lenio Luiz. STRECK, Lenio L. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3.



requer nova forma de interpretação constitucional e de todo o ordenamento. Em outras palavras: o conteúdo da Constituição sustenta todo o sistema jurídico.

No Estado Democrático de Direito, a Constituição é compromissória e dirigente, atravessando, segundo Streck<sup>216</sup>, as relações sociais, tanto de forma vertical, como horizontal, devendo ser aplicada de acordo com a realidade social do momento.

O novo discurso constitucional é provido de princípios, através dos quais é possível o resgate do mundo prático, negado pelo positivismo. Como ressaltou Pozzolo<sup>217</sup>, o direito constitucional representa uma dimensão axiológica do jurídico, em que os valores têm conotação de ideal moral de caráter universal.

O neoconstitucionalismo trouxe nova postura ao direito, mudando a teoria das fontes positivistas. Nessa linha de entendimento, por óbvio, a subsunção não consegue resolver todos os casos. Surge, assim, de acordo com Streck<sup>218</sup>, um novo paradigma interpretativo.

Schier<sup>219</sup> elucida que o positivismo jurídico construiu uma verdadeira ditadura com relação aos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, sem levar em separando, na interpretação, de forma metodológica e cognitiva sujeito e objeto. Com isso, várias vezes a própria constituição era desrespeitada.

O neoconstitucionalismo reconstrói o ordenamento jurídico da seguinte forma: regras, princípios e procedimentos. As regras<sup>220</sup> conferem ao sistema o efeito vinculante: ao prescreverem de forma imperativa uma exigência, apontam fatores morais claros. Assim, são normas que impõem, autorizam, permitem ou proíbem condutas. Dada sua natureza, as regras admitem duas situações; são válidas ou não, seguindo o ensinamento de Dworkin, conhecido pelo “tudo ou nada”. Nessa perspectiva de análise, as regras serão ou não aplicadas, conforme sua validade jurídica. Se uma regra é considerada válida, ao ser aplicada deve seguir o que prescreveu.

---

<sup>216</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivista: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da constituição no Brasil*. Separata. Coimbra: Almedina, 2008, p. 91.

<sup>217</sup> *Opus cit.*, p. 81.

<sup>218</sup> Cf. Streck, obra citada na nota 9, o modelo subjuntivo é válido no esquema sujeito-objeto. Para o neoconstitucionalismo não é possível a aplicação de regras sem a interpretação do mundo prático, do caso concreto.

<sup>219</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Rede de Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, Nº 4-outubro/novembro/dezembro de 2005. Disponível na Internet <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 08/09/2008.

<sup>220</sup> *Idem p. 9*. Ver também BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.50-51.

Os princípios dão plenitude ao sistema, pois traduzem idéias de valor e de direito, como liberdade, igualdade, dignidade e Estado de Direito. São, portanto, responsáveis pela unidade e ordenação do sistema.

Princípios possuem um grau de abstratividade, aplicando-se a várias situações concretas. No entanto, seguindo os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>221</sup>, a violação de um princípio é mais grave do que quando não se obedece a uma regra, pois que tal violação ofenderá a todo o sistema. Se os princípios fundamentais, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, deixarem de ser observados, todo o sistema constitucional brasileiro estará sendo ofendido.

Segundo Canaris<sup>222</sup>, os princípios necessitam de concretização, por meio de sub-princípios e valores singulares. Além disso, às vezes, entram em contradição ou em aparente oposição entre si. Os procedimentos são responsáveis pela racionalidade do sistema, que procura alcançar a razão prática. Dessa forma, através de procedimentos legislativos, administrativos e judiciais, o Direito será aplicado, observando os princípios que, no neoconstitucionalismo, assumiram papel relevante de ordenador do sistema.

Por suas características, a Constituição apresenta regras organizativas e regras programáticas, reunindo um caráter substancial e procedimental. O procedimento se orienta para a concretização de direitos substantivos; ou seja, para as condições estabelecidas pelas constituições dirigentes e compromissórias<sup>223</sup>, que estabelecem o agir político-estatal, que disciplinam todo contrato social.

O pós-positivismo evidencia que as fontes do direito tradicional não conseguem dar respostas a muitos problemas. Assim, torna-se necessária a busca de critérios adequados à solução de casos concretos, o que contribui para um aumento da importância do poder jurisdicional, principalmente dos tribunais constitucionais.

Barroso<sup>224</sup> evidencia que a Constituição é um sistema sob o qual todos os ramos do Direito devem ser interpretados: trata-se da chamada *filtragem constitucional*. A

---

<sup>221</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 620.

<sup>222</sup> CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2 ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p.88.

<sup>223</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31-33.

<sup>224</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. P.26 – 27. Capturado na Internet em 7/11/2008. Este trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante estada na Universidade de San Francisco (USFCA).

ordem jurídica deve ser lida sob a lente da Constituição, possibilitando a realização de seus valores. Sintetizando, o autor afirma:

a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

A interpretação da Constituição leva a uma nova prática social. O direito não deve ser aplicado mecanicamente, sem levar em conta a realidade social e o contexto histórico e sócio-cultural. No neoconstitucionalismo, o propósito da Constituição não é servir ao Estado, mas a construção de uma sociedade justa, livre, de forma a manter as relações sociais, preservando e respeitando os direitos fundamentais da pessoa humana. Esta é a forma que deve assumir o Estado Democrático de Direito

Nessa perspectiva de análise, Bittar<sup>225</sup> aponta para a existência de necessidades sociais que impulsionam a busca de justiça social. Assim, os valores do ordenamento se modificaram, até mesmo “perdendo significado”. Segundo o autor, não há como se falar em universalização da lei e, conviver ao mesmo tempo, com a noção de pluralismo. Além disso, a igualdade é uma realidade difícil de ser atingida, principalmente, quando as oportunidades não são iguais para todos os cidadãos e o acesso à justiça é diferente para ricos e pobres. O Estado não cumpre a obrigação de proteger os direitos fundamentais, oferecer segurança aos cidadãos livres, e àqueles sob custódia penal.

Sempre em busca de segurança, o homem procura as condições que lhe possibilitem agir com certeza e garantia nas relações sociais. Nessa linha de pensamento, uma Constituição prescritiva, com regras e princípios formando um sistema, é a solução apontada pelo neoconstitucionalismo. Como ressaltado, a Lei Maior requer um novo tipo de interpretação constitucional, com técnicas próprias, que tornam viável a consideração dos valores morais, considerados e interpretados através da avaliação dos princípios constitucionais, norteadores do Estado de Direito.

A Justiça Restaurativa encontra alicerce na corrente neoconstitucionalista, particularmente, quando se leva em conta que, segundo essa corrente do pensamento jurídico, a Constituição, que deixa de ser considerada como limite e garantia da atividade pública, assumindo o papel de direção e meta para o legislador, com a função específica de remodelar

---

<sup>225</sup> BITTAR, Eduardo C.B.. *O direito na pós-modernidade. Opus cit.*, 176-177.

as relações sociais, com a concretização dos princípios de direitos fundamentais e democráticos e valores lá consignados. Dessa forma, no exercício do bem comum, há que se evitar medidas nas quais o elemento usado seja a força, a coerção. Conforme Duarte<sup>226</sup>, cumpre ressaltar que, numa democracia, há espaço para a emergência de uma racionalidade argumentativa, a ser elaborada no diálogo e convívio de diversas opiniões das pessoas, as quais, na relação dialógica, podem expressar seus valores, temores, necessidades e crenças e ouvindo os demais, chegar a um consenso, de interesse comum.

Essa inferência encontra apoio nas idéias de Susanna Pozzolo<sup>227</sup>, quando afirma que, na *reconstrução neoconstitucionalista*, o *Direito do Estado Constitucional não seria um mero sistema coercitivo*. O *desenvolvimento do bem comum* seria a sua meta. O uso da *força deve ser elemento acessório, determinado pelas circunstâncias*.

Ao refletir sobre a possibilidade do uso do diálogo, *do agir comunicativo, vem a lume o pensamento* de Habermas<sup>228</sup>, que o considera possibilitador da integração social. Nessa esteira, a Justiça Restaurativa que busca a participação dos envolvidos no delito, visando ao estabelecimento de soluções e à estabilização das relações sociais, encontra guarida na forma neoconstitucionalista.

Os principais atores da Justiça Restaurativa, vítima, infrator e comunidade, são tratados de forma distinta, no âmbito da Justiça Retributiva e da Justiça Restaurativa.

Marcelo Gonçalves Saliba<sup>229</sup> propicia respaldo a essa inferência, ao ressaltar *um tríplice interesse* entre ofendido/ofensor/comunidade. Ele identifica que o respeito aos interesses da vítima e da comunidade alcançam significativa importância no contexto do Estado Democrático de Direito, precipuamente no que se refere ao princípio da dignidade humana, que deve alicerçar o Direito Penal. Num exercício de comparação, o autor mencionado<sup>230</sup> assinala que o Direito penal tradicional não pacifica os conflitos sociais. em contrapartida, sustenta que *o tripé para a preservação da coexistência social, por meio da pacificação dos conflitos sociais, funda-se num modelo com efetiva participação do desviante, ofendido e comunidade*.

---

<sup>226</sup> DUARTE, Écio Otto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à teoria argumentativa do direito*. São Paulo: Landy, 2004, p. 249- 255.

<sup>227</sup> DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006, p. 93.

<sup>228</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume II, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 65

<sup>229</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 117.

<sup>230</sup> Idem, p. 120.

A sociedade é dinâmica e só se justifica com o intuito de interação entre seus membros, cujos interesses precisam ser considerados constantemente reavaliados. O Direito, respaldando-se no sentimento social, não pode ignorar interesses de todos, para evitar o risco de perder sua legitimidade.

Com base nessa premissa, na aplicação da Justiça Restaurativa, é de primordial relevo contemplar o relacionamento entre vítima, ofensor e comunidade. Trata-se do que muitos pensadores costumam designar como *empoderamento*, que abarca o poder de todos os atores participarem ativamente do processo, na busca de solução para determinado conflito. O termo *empoderamento*, traz implícita a noção de poder, que a Justiça Restaurativa proporciona às partes na resolução de seus conflitos.

Philip Oxhorn e Catherine Slakmon<sup>231</sup> consideram que a Justiça Restaurativa pode melhorar o acesso à justiça, principalmente (mas, não exclusivamente), para pessoas oriundas dos segmentos mais marginalizados da sociedade, promovendo sua integração e participação que constituem direitos de cidadania. Através da Justiça Restaurativa os atores são chamados a participar do procedimento, sendo ouvidas, com respeito e atenção.

Conforme consenso entre estudiosos do tema, isso ocorre porque os programas baseados na Justiça Restaurativa adotam dinâmica de trabalho diferente da tradicional, baseada no consenso e não, na coerção. Via de regra, os pensadores e programas de Justiça Restaurativa<sup>232</sup> apontam cinco formas principais de possibilitar o empoderamento, a saber:

- 1) pela participação ativa no processo da justiça;
- 2) pelo maior acesso à informação e aos recursos da justiça;
- 3) pela reparação e reabilitação ao invés da punição;
- 4) por consensos em lugar de coerção;
- 5) pelo uso de conhecimento e sabedoria de base.

Howard Zehr<sup>233</sup> reforça que o processo de Justiça Restaurativa *na medida do possível, deve colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor*. A interação entre ambos os pólos do conflito deverá ser facilitada ao

---

<sup>231</sup> OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. In SLAKMON, Catherine; R. De Vitto; R. Gomes Pinto (org.) *Justiça Restaurativa*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2005, p. 203. Acessível em: <http://www.mj.gov.br/reforma> . Acessado em julho de 2008.

<sup>232</sup> Idem, p. 203

<sup>233</sup> ZERH, Howard, *Trocando as Lentas*, *opus cit*, p. 192

máximo, possibilitando a reparação do dano. No entendimento de Howard Zerh<sup>234</sup>, o empoderamento é crucial, pois possibilita o resultado pretendido: recuperação e justiça.

Do ponto de vista da vítima, o empoderamento devolve-lhe confiança, uma vez que a perda do poder é um dos elementos centrais da violação. Uma das necessidades essenciais do ser humano é o controle sobre seus atos, sendo certo que um dos aspectos que causam traumas nas vítimas é a impossibilidade de defesa quando alvo do crime. Num assalto, por exemplo, a sensação de impotência tende a traumatizar mais a vítima do que a perda dos bens, impedindo, na maioria dos casos, o convívio social, por temor do risco de nova agressão.

Em relação ao ofensor, Howard Zerh<sup>235</sup> analisa que esse pode ter sido levado ao caminho do crime, por nunca ter tido responsabilidade, ou oportunidade de pronunciar-se, ser ouvido, expondo suas razões e pontos de vista.

O entendimento de Howard Zerh coincide com as formas de se chegar ao empoderamento citadas acima, de acordo com as lições de Philip Oxhorn e Catherine Slakmmon. Com tais fundamentos, propõe a participação, responsabilização e a troca de informações.

Leonardo Sica<sup>236</sup> defende que um dos problemas relativos à justiça penal e a *coisificação* de ofensores e vítimas. Com efeito, os casos são analisados como repetições de situações anteriores, motivo pelo qual identificam *decisões pasteurizadas* e súmulas vinculantes, remédio para todos os males, como se as decisões de um caso anterior pudessem ser aplicadas, sem levar em conta pessoas envolvidas e o contexto da real situação.

No que diz respeito à vítima, uma das grandes diferenças entre Justiça Restaurativa e a denominada justiça retributiva repousa no tratamento dispensado à vítima, que no processo penal tradicional é substituída pelo Estado, que exerce o direito de punir, no processo do reclamo pelos danos causados à sociedade.

Conde e Hassemer<sup>237</sup> dedica, um capítulo à vítima, no qual evidenciam que o Direito Penal tem ignorado vítima, embora essa figura esteja presente na maioria dos crimes. Por exemplo, para haver roubo, estelionato, homicídio ou seqüestro, é necessário que alguém que tenha sofrido o ato criminoso; em caso contrário inexistente o delito.

---

<sup>234</sup> ZERH, Howard, *Trocando as Lentas*, *opus cit.*, p. 192.

<sup>235</sup> Idem, p. 192

<sup>236</sup> SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e mediação penal*. *Opus cit.*, p. 31

<sup>237</sup> CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Trad. de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro, 2008, p.128.

Segundo os citados autores<sup>238</sup>, na sociedade, o conceito de vítima é mais amplo, do que o usado pela Criminologia e pelo Direito Penal, pois, no último caso, é o indivíduo que sofreu injustamente um mal, praticado por outro indivíduo ou, cuja causa advém de uma ação praticada pelo outro. Em consequência, os conceitos “vítima” e “delito” vivem entrelaçados. Já na sociedade, na vida comum, a palavra é usada para alguém que sofreu um mal inesperado, seja doença, acidente ou uma catástrofe, como enchentes, terremotos.

Também é pertinente trazer à lume que, após a Segunda Guerra Mundial, na Criminologia, surgiu nova área de estudo, designada como *Vitimologia*, que abarca a *sistematização do saber empírico sobre a vítima do delito*, onde merecem relevo os trabalhos de Von Henting e Mendelson<sup>239</sup>. A Criminologia Crítica confere privilégio à abordagem da vítima no contexto do Direito Penal.

Conferindo realce à desconsideração da figura da vítima, Antonio Garcia – Pablos Molina/ Luiz Flávio Gomes<sup>240</sup> dizem que ela experimentou um secular e deliberado abandono, porque foi neutralizada pelo Estado, no sistema legal tradicional, em que a noção de vingança era a norma.

Buscando alterar essa realidade, Criminologia atualmente procura redefinir o papel da vítima. Conforme os autores, é possível definir três fases distintas na forma como a vítima foi percebida no transcorrer do tempo: *protagonismo, neutralização e redescobrimto*.

O protagonismo abrange a fase em que se atribuía à vítima ou seus parentes o direito de vingança, no sentido do exercício do direito por particular e não pelo Estado. Assim concebido o conflito de interesses, o ofendido tinha o direito de *lavar a honra*, punindo o ofensor.

Posteriormente, organizou-se o Estado, pouco a pouco, levado a assumir o controle e administração dos conflitos. Nas palavras de Francisco Muñoz Conde/Winfried Hassemmer<sup>241</sup> [...] *o controle do delito e a sanção do delinqüente deixaram de ser uma tarefa socialmente tolerada da vítima, passando a ser competência do Estado.*<sup>242</sup>

---

<sup>238</sup> CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. *Opus cit.*, p. 129.

<sup>239</sup> Idem, p. 131- 132

<sup>240</sup> GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luís Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78.

<sup>241</sup> CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Opus cit.*, p. 145.

<sup>242</sup> Idem, p. 145.

Os autores supracitados distinguem, no entanto, o instituto da legítima defesa, como um dos “resquícios” do sistema de autocomposição. Tal instituto permite que a vítima se defenda, vindo a ferir ou matar seu agressor, desde que se comprove que agiu necessariamente, sem cometer excessos. No Código Penal brasileiro há dois dispositivos que contemplam esse caso: o art. 25 o § 1º do art. 121.<sup>243</sup>

Os autores<sup>244</sup> apontam como conquista da civilização a neutralização da vítima, sendo também, uma das características do Direito penal estatal.

Finalmente, como última fase, tem-se a redescoberta da vítima, principalmente através dos estudos da Criminologia Crítica. Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer<sup>245</sup> ressaltam que, de acordo com a concepção retributiva ou preventiva adotada pelo Direito Penal, se atribui menor ou maior relevância à vítima. Assim, quando o Direito Penal se baseia na retribuição, examina o grau do dano, o prejuízo, a intensidade da dor da vítima ou de seus familiares, para determinar a quantidade e a qualidade da pena a ser imposta, no intuito de que a pena retribua o delito causado. Lembram os autores, com propriedade, que os direitos da vítima não podem e não devem limitar os direitos do imputado, eis que, num Estado de Direito, não deve ocorrer uma ampliação desmesurada do Direito Penal.

Em contrapartida, quando o direito Penal se baseia na prevenção, a figura da vítima é vista de forma tangencial, sem ir a fundo no problema. A meta é prevenir delitos, dissuadindo pessoas de cometer delitos, reforçando o respeito às normas. Procura proteger possíveis vítimas, como idosos e crianças, difundindo a idéia de segurança ou ajuda social. No entanto, os próprios autores reconhecem que não existe sistema preventivo puro.

Antonio García-Pablos Molina/Luís Flávio Gomes<sup>246</sup> citam como marco para o desenvolvimento dos estudos e redescoberta da vítima, a Segunda Grande guerra Mundial. Para os autores, a Vitimologia busca *redefinição global do status da vítima e de suas relações com o delinqüente, com o sistema legal, a sociedade, os poderes públicos, a ação política (econômica, social, assistencial, etc.)*. Afirmam, entretanto, a ilicitude de não se garantir os

---

<sup>243</sup>BRASIL. Código Penal Brasileiro. Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Art. 121. Matar alguém:

Caso de diminuição de pena

§1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

<sup>244</sup> Idem, p. 146.

<sup>245</sup> Idem, p. 154 -158

<sup>246</sup> GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luís Flávio. *Opus cit*, p. 80 – 81.



direitos do infrator, criticando a posição do positivismo criminológico, com base no pressuposto de que a vítima quer ser respeitada e espera que exista justiça.

Os referidos autores ressaltam que, após a ocorrência do delito, a atenção costuma ser voltada ao agressor, sobrando para a vítima compaixão, sendo, que em alguns casos, ocorrem até mesmo suspeitas sobre a co-culpabilidade da vítima.

As pesquisas da Vitimologia têm demonstrado que a vítima também está inserida no processo Penal e, com alicerce nessa conjectura, há vários grupos promotores de movimentos em defesa de vítimas. Esses movimentos contribuíram, conforme Mylène Jaccoud<sup>247</sup>, para a *formalização dos princípios de Justiça Restaurativa*. Mas, a autora recomenda cautela, porque tais movimentos não endossaram esses princípios, mantendo, em alguns casos, relação não amistosa com a prática restaurativa, buscando a criação e aplicação de leis penais mais severas. Como exemplo atual, tem-se a Lei Nº 11.340/06, denominada de Lei Maria da Penha, que trata sobre a violência doméstica, que foi criada com o objetivo de não mais se aplicar a Lei Nº. 9.099/95, que possibilitava aplicar a transação penal e a suspensão condicional do processo, além da busca de uma solução amigável. Com tal impedimento legal, torna-se impossível a aplicação de medidas restaurativas. O conflito, mediante os dispositivos legais, deverá ser resolvido com a imposição de pena, sem preocupação com a interação social entre a vítima e seu agressor.<sup>248</sup>

Marcelo Gonçalves Saliba<sup>249</sup> considera a Lei Maria da Penha um retrocesso, pois impede que se apliquem dispositivos despenalizadores, sem considerar sequer a vontade da vítima. Aprofundando a análise do tema, afirma<sup>250</sup> que seu papel é relegado ao segundo ou a terceiro plano, perdendo o direito de interferir no procedimento. Sua vontade, conforme o autor, é suprida pela lei, vez que, quando muito, assume a função de “testemunha”. No entanto, pode parecer um paradoxo para a justiça retributiva, mas há casos em que a vítima ficaria satisfeita com “uma simples manifestação de arrependimento ou desculpas”<sup>251</sup>, dando o conflito por resolvido.

---

<sup>247</sup> JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In SLAKMON, C, R De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. *Justiça Restaurativa*. Brasília- DF: *Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD*. 2005, p. 165.

<sup>248</sup> OLIVEIRA, Fábio Dantas de. *Justiça Restaurativa e Lei Maria da Penha*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2078, 10 mar.2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12439>>1. Acesso em: 19 de setembro de 2009.

<sup>249</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 113-114.

<sup>250</sup> Idem, p.117.

<sup>251</sup> Idem, p. 118.

Ainda sobre o movimento de vítimas, Rafaella da Porciúncula Pallamolla<sup>252</sup> identifica, em distintos países, paradigmas e políticas diversas. Com base no artigo de Simon Green, intitulado *The victims` movement and restorative justice*, enumera quatro aspectos, indicativos das mudanças ocorridas desde os anos 1960:

- (1) apoio e assistência às vítimas;
- (2) as experiências das vítimas na justiça criminal;
- (3) compensação da vítima pelo Estado;
- (4) reparação da vítima pelo ofensor.

Conclui a citada autora que a Vitimlogia possibilitou a visão do problema, ou seja, “o atual sistema de justiça penal ignora a vítima e suas necessidades”. Em muitos casos, bastaria à vítima ser ressarcida do seu prejuízo e ter seu direito reconhecido.

Antonio García-Pablos Molina e Luís Flávio Gomes<sup>253</sup> são de opinião de que a Justiça penal deve ser “resolutiva”, o que traz subjacente a noção de que o dano causado à vítima deve ser reparado e, essa reparação ser um dos objetivos prioritário, uma vez que a pena de prisão, além de não ser solução para a vítima, acarreta um custo social elevado. Os autores em tela explicam que: *sistema da justiça criminal resolutivo é aquele que atua como instrumento eficaz de solução de conflitos, operando um impacto pacificador das relações e do clima social* e nessa visão, a comunidade deverá estar comprometida com a soluç

Avançando na reflexão sobre a justiça restaurativa, Marcelo Gonçalves Saliba<sup>254</sup> ressalta a necessidade de participação da comunidade, na busca da resolução do conflito, em substituição à fria decisão estatal. O pensador citado ressalva que, por sua natureza, essa participação não *pode amparar o Direito penal máximo*. em sentido contrário, é preciso considerar e respeitar *os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana*, princípios norteadores da possibilidade restauradora da justiça. Nessa perspectiva, a participação da comunidade não pode assumir caráter repressivo; mas mobilizar-se segundo a crença de que o diálogo construtivo pode favorecer a resolução dos conflitos. Conseqüentemente, vítima, infrator e comunidade participam, caminham juntos em busca de uma solução.

---

<sup>252</sup> PALLAMOLLA, Rafaella de Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.49-50.

<sup>253</sup> GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luís Flávio. *Opus cit*, p.121 - 122.

<sup>254</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. *Opus cit*, p. 122-123.

Mylène Jaccoud<sup>255</sup> analisa o tema e atribui à comunidade um duplo título, considerando que ela é *vítima indireta do crime*, mas que também pode (e deve) participar da administração dos programas que implementam a Justiça Restaurativa.

Cumprir admitir que, em todos os casos, indiretamente, a comunidade é afetada no sentido de que a família da vítima e outros atores sociais, são afetados pelas preocupações advindas do sofrimento, causado pelo dano gerador dos conflitos. Por exemplo, conforme as lesões da vítima, sejam físicas ou psicológicas, poderá haver prejuízos financeiros, seja pela impossibilidade de permanecer em atividade produtiva, necessitar de apoio psicológico, ou por outros motivos.

Segundo compreensão da autora<sup>256</sup>, Van Ness foi muito claro ao afirmar que o crime, além de afetar a ordem da comunidade, causa prejuízo aos valores e no grau de confiança dos seus membros, provocando um clima de insegurança na sociedade.

Marcelo Gonçalves Saliba<sup>257</sup> destaca que a comunidade não pode amparar o Direito penal máximo, eis que lhe compete preservar as garantias preconizadas pelos Direitos Humanos, respeitando a dignidade da pessoa humana. O autor alerta que a comunidade não deve julgar seus membros de forma distante, ignorando as diferenças de toda ordem existentes entre as pessoas, desigualdades essas que podem estar na raiz dos problemas sociais que afetam vítimas e a comunidade.

O referido autor<sup>258</sup>, atento às dificuldades da vida contemporânea, chama atenção do problema atinente à comunicação social e à falta de diálogo dentro da comunidade. Por seu turno, Bauman<sup>259</sup> diz que *a palavra comunidade sugere coisa boa, mas que é o tipo de mudo, que não está mais ao alcance das pessoas*. Assim entendido o desafio, encontra analogia entre a prática de vida em comunidade e um paraíso perdido. Nas palavras do autor, comunidade traz implícita a noção de propósitos comuns e de proteção. No entanto, lembra que essa proteção tem um preço: a liberdade e autonomia. Nesse passo, defende que são necessários esforços para trazer ao plano da prática o equilíbrio entre segurança e liberdade.

Marcelo Gonçalves Saliba<sup>260</sup> atribui ênfase à necessidade de participação da comunidade como requisito à implementação do paradigma restaurativo. Se os membros

---

<sup>255</sup> JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. Opus cit*, p. 175 – 176.

<sup>256</sup> Idem, p. 176.

<sup>257</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves, *Justiça restaurativa e paradigma punitivo. Opus cit*, p. 121.

<sup>258</sup> Idem, p. 122.

<sup>259</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 9-10.

<sup>260</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves, *opus cit*, p. 122-123.

participam de um conflito, seja como vítima ou, como ofensor, a comunidade também é diretamente afetada, motivo pelo qual todos devem participar do processo, com o intuito de restaurar os danos causados, através *da conciliação, do perdão, do consenso, da reparação dos danos*.

Conforme frisa o autor<sup>261</sup>, a participação comunitária não precisa ser quantitativa, mas qualitativa: as pessoas precisam estar conscientes de seu papel no do processo restaurativo, exercendo-o com responsabilidade, contribuindo para multiplicação da cidadania e manutenção da democracia. Resgata-se, assim, a legitimidade do sistema, promovendo a reinserção social e a solidariedade.

---

<sup>261</sup>SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo. Opus cit*, p. 122 e 124.

## CAPÍTULO 4

### A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Ao analisar os dez anos de Justiça Restaurativa no Brasil, Pedro Scuro Neto<sup>262</sup> faz referência aos entraves que a mesma enfrenta. Em primeiro lugar, ressalta o começo da *saga restaurativa* em escolas públicas; em 1998, portanto, fora do judiciário, visando a enfrentar problemas com que se deparavam atores sociais que conviviam em instituições de ensino, particularmente no que concerne à prevenção de desordem, violência e criminalidade.

Quando se dedicaram a pesquisar a maneira mais apropriada de intervenção, no contexto referido, o autor<sup>263</sup> destaca, entre outras, a conclusão de que as melhores intervenções buscavam:

- (1) clarificar regras de comportamento e verificar a consistência da sua aplicação;
- (2) melhorar a organização e o gerenciamento das salas de aula;
- (3) aumentar a frequência da comunicação entre escola e família no que diz respeito ao comportamento dos alunos; e
- (4) reforçar comportamentos positivos.

Criou-se então a primeira experiência em Justiça Restaurativa: o Projeto Jundiaí, que adotou visão realista da escola que se debatia com desordem e violência, partiu das implicações existentes como o “clima” de cada escola e a “diversidade”. O diagnóstico apontou que o clima no ambiente escolar era de desordem, vitimização de alunos e funcionários, além de disseminação do uso de drogas, ao passo que a diversidade estava relacionada às características sócio-econômicas e culturais das famílias e dos alunos.

No primeiro esboço de iniciativa de abordagem da problemática, procurou-se definir regras mais transparentes, reforçando-se o comportamento positivo, além do treinamento dos profissionais, tendo em vista estabelecer mecanismos de comunicação mais próxima entre as pessoas que atuavam no contexto escolar e as famílias dos estudantes. Essas providências destinavam-se a transformar o clima e a percepção dos problemas dos alunos.

---

<sup>262</sup> NETO, Pedro Scuro. *O enigma da esfinge. Uma década de justiça restaurativa no Brasil* Revista Jurídica -.v. 12, nº 23, p. 3-24, jan./jun. 2008, p.5. Disponível em : <<http://www.proxy.furb.br/ojs/index.php/juridico/article/view/833/655>. Acesso em 08/12/2009.

<sup>263</sup> Idem, p. 5.

Em termos gerais, o Projeto Jundiaí assumiu o propósito de *integrar as escolas numa matriz de transformação institucional, com a participação de todos os atores.*

A solução dos casos difíceis era encaminhada à *Câmara Restaurativa*. O Projeto foi interrompido em 2000; no entanto, conforme o autor<sup>264</sup>, o modelo tem sido aplicado em *projetos de juizados que procuram ampliar a abrangência da rede de atendimento a jovens infratores, fazendo parcerias e visando repercussão em políticas públicas de segurança, assistência, educação e saúde.*

Posteriormente, segundo o pensador mencionado, observou-se no judiciário a compatibilidade entre procedimentos restaurativos e o ordenamento jurídico, principalmente em Porto Alegre, nos casos atendidos pelos Juizados da Infância e Juventude. No entanto, a Justiça Restaurativa “decolou” com a instituição dos projetos-piloto pelo governo federal e o PNUD, conforme o autor<sup>265</sup>, patrocinados *com dinheiro de uma companhia de petróleo norueguesa.*

Os projetos- piloto pioneiros estão inspirados na Resolução nº 2002/12, de 13 de agosto de 2002, do Conselho Econômico e Social da ONU, que valida a Justiça Restaurativa, com a seguinte conceituação<sup>266</sup>:

1. Programa Restaurativo- se entende qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos.
2. Processo restaurativo - significa que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador.
3. Resultado Restaurativo – significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidade e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator.

Sobre a implementação da Justiça Restaurativa, o Ministério da Justiça, através da Secretaria de Reforma do Judiciário, em conjunto com o Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento – PNUD, vem difundindo as práticas de Justiça Restaurativa no país. Para tanto, em 2005, publicou uma coletânea de artigos em obra intitulada *Justiça*

---

<sup>264</sup>NETO, Pedro Scuro. *O enigma da esfinge. Uma década de justiça restaurativa no Brasil.* *Opus cit.*, p. 7 - 8.

<sup>265</sup> Idem, p.10.

<sup>266</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes . Justiça restaurativa é possível no Brasil? IN: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. 2005. *Justiça Restaurativa*, Brasília – DF:Ministério da Justiça e PROGRAMA DAS Nações Unidas Para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p.23.

*Restaurativa* e, em 2006, *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*, ambas congregam trabalhos de especialistas brasileiros e estrangeiros, pioneiros no assunto.

Na apresentação da segunda obra, o Ministro da Justiça enfoca a necessidade de democratização do acesso à Justiça, sugerindo a adoção de novas práticas, tais como a justiça comunitária, a mediação e a justiça restaurativa.

Ressaltando a necessidade de reformas, o então Ministro de Estado da Justiça Márcio Thomaz Bastos ressaltou:

Delinear as direções da gestão da justiça e da segurança pública é uma etapa essencial para nortear o processo de reformas que tem imprimido uma moderna feição à justiça brasileira. Assegurar acessibilidade, combater a impunidade, proteger a vítima de delitos, educar jovens em conflito com a lei e buscar a interação do Poder Público com a sociedade são alguns dos desafios enfrentados pelos autores, que também apresentam experiências de êxito no Brasil e em outros países.

As práticas da Justiça Restaurativa vêm cada vez mais sendo incentivadas, apesar das persistentes dificuldades, cujos determinantes radicam na falta de legislação específica e na resistência usualmente manifesta quando alguém se depara com novo desafio, ainda desconhecido.

Renato Sócrates G. Pinto<sup>267</sup> analisa a problemática vinculada às lacunas no plano legislativo e afirma que a Justiça Restaurativa encontra maior receptividade nos países que adotam o sistema de *common Law*. Apesar disso, opina que a Constituição brasileira de 1988, ao prever no art. 98, I, a conciliação em procedimento oral e sumaríssimo de infrações penais de menor potencial ofensivo, concede uma abertura, permitindo a “acomodação sistêmica do modelo restaurativo”, mesmo sem inovação na legislação. Além do que, a Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais, possibilitou a suspensão condicional do processo e a transação penal.

O autor considera que os artigos 70, 72, 73 e 74 da referida Lei possibilitam a forma restaurativa, uma vez que, no art. 70, está prevista a realização imediata de audiência preliminar, no caso em que estejam presentes o autor do fato e a vítima. Além disso, o art. 72 especifica que o juiz deve esclarecer sobre a possibilidade da composição de danos e da aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Por outro lado, conforme o art. 73, é possível a conciliação, contando-se com conciliador, devidamente orientado pelo juiz.

---

<sup>267</sup>PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? *Opus cit.*, p. 29.

Finalmente, o art. 74 abre espaço à composição de danos civis, como também de acordo na ação penal.

O art. 89 da Lei 9.099<sup>268</sup> prevê a proposta de suspensão do processo por parte do Ministério Público, pelo prazo de dois a quatro anos, sendo, portanto, outra possibilidade de alternativa restaurativa, segundo o autor. Nessa perspectiva, os casos seriam encaminhados ao Núcleo de Justiça Restaurativa, sendo que mediante o exposto no § 2º, as condições poderiam ser definidas no encontro restaurativo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme análise do autor, é outro diploma legal que permite o uso da dinâmica da Justiça Restaurativa, principalmente no art. 126<sup>269</sup>, que trata da remissão e, no tocante às medidas sócio-educativas previstas no art. 112 e seguintes.

Tal possibilidade foi aplicada nos projetos lançados pelas varas da Infância e Juventude de Porto Alegre, Rio Grande do Sul e de São Caetano do Sul, em São Paulo, como se demonstrará na continuidade da Dissertação.

Por seu turno, o Estatuto do Idoso estabelece no art. 94<sup>270</sup> a aplicação do procedimento previsto na Lei 9.099 para os crimes com pena máxima privativa de liberdade que não ultrapasse quatro anos. Assim, é possível também a aplicação do “processo restaurativo”, na esteira dos estudos de Pinto.<sup>271</sup>

Como não há “um devido processo legal no sentido formal”, a Justiça Restaurativa constitui uma alternativa, não podendo ser imposta, assim sendo, a participação é voluntária<sup>272</sup>, devendo ser assegurados plenamente todos os direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>268</sup> BRASIL. Lei Nº 9099/1995. Vade Mecum do Advogado. Livro Eletrônico de Legislação Brasileira. Servanda, 2009.

<sup>269</sup> BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/1990. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L.8069.htm>>. Acesso em julho de 2009.

Art. 126 Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração do ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

<sup>270</sup> BRASIL. Estatuto do Idoso: Lei Nº 10.741/2003. Vade Mecum do Advogado. Livro Eletrônico de Legislação Brasileira. Servanda, 2009.

Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

<sup>271</sup> Idem, p. 32.

<sup>272</sup> Idem, p. 32.



#### 4.1. Procedimentos adotados na Justiça Restaurativa.

Marcelo Gonçalves Saliba<sup>273</sup> atribui ênfase à necessidade de participação da comunidade como requisito à implementação do paradigma restaurativo. Se os membros participam de um conflito, seja como vítima ou, como ofensor, a comunidade também é diretamente afetada, motivo pelo qual todos devem participar do processo, com o intuito de restaurar os danos causados, através *da conciliação, do perdão, do consenso, da reparação dos danos*. Conforme frisa o autor<sup>274</sup>, a participação comunitária não precisa ser quantitativa, mas qualitativa: as pessoas precisam estar conscientes de seu papel no do processo restaurativo, exercendo-o com responsabilidade, contribuindo para multiplicação da cidadania e manutenção da democracia. Resgata-se, assim, a legitimidade do sistema, promovendo a reinserção social e a solidariedade.

Por óbvio, não se pode adotar atitude ingênua, pois resolver conflitos numa sociedade complexa é tarefa difícil. Tome-se, por exemplo, um professor cuja turma é composta por 30 ou 40 adolescentes. Embora, em tese, todos sejam pertencente à determinada classe social, terão aspirações diferentes, pontos de vistas diferentes, manifestando-se, por isso, mais ou menos abertos ao diálogo. Nesse contexto, usual em situações cotidianas de grupos os mais variados, é compreensível a emergência de eventuais conflitos na convivência. Sem sombra de dúvidas, o professor precisa assumir o papel de mediador dos problemas, buscando soluções que visem à preservação do grupo, buscando o melhor, nos interesses da coletividade.

Trata-se de exemplo simples, configurando pequeno corte na vida em sociedade. Considere-se agora, a sociedade como um todo. Levando em conta a complexidade do problema, fica evidente que nem sempre o judiciário terá condições de encontrar a solução ideal para a pacificação de conflitos, precipuamente quando se põe em destaque a satisfação das partes envolvidas.

A esse respeito, parece não restarem dúvidas acerca do quanto vítimas que procuraram os juizados criminais ficaram decepcionadas ao verem a aplicação de medidas como o pagamento de cestas básicas pelo ofensor, sem que se propiciasse a devida atenção á vítima, que esperava por reparação do dano que lhe foi causado.

---

<sup>273</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves, opus cit, p. 122-123.

<sup>274</sup> Idem, p. 122 e 124.

Ninguém pode duvidar que buscar novas formas de composição, visando à solução dos conflitos, denota a evolução do sistema jurídico penal, com soluções mais humanas, ressocializadoras, voltadas ao diálogo na busca de solução do caso concreto.

Assim, a Justiça Restaurativa tem como processos de ação a mediação, a conferência, as câmaras restaurativas e a restituição. Tais procedimentos apresentam variáveis, sofrem adaptações, conforme o país, a cultura local, a clientela a qual se destina.

Um meio de solução de conflitos a ser adotado é a mediação, uma das formas de justiça alternativa, a chamada Justiça Restaurativa<sup>275</sup> que, além de conferir ênfase às necessidades da vítima, da comunidade e do ofensor, procura valorizar os direitos humanos e a preservação do diálogo necessário à vida em sociedade, ao considerar os impactos sociais e possíveis injustiças ocasionadas pela aplicação supostamente objetiva de dispositivos legais, que não consideram nem a vítima nem o ofensor. Trata-se de uma forma de ação que se acha presente nos outros processos, pois seja qual for o nome recebido pela pessoa que assume a função de orientar/dirigir o encontro restaurativo, sempre estará presente uma forma de mediação, mesmo que não sejam seguidas todas as técnicas definidas teoricamente como pertinentes.

Segundo Sica<sup>276</sup> *a perspectiva da mediação considera o conflito como parte integrante da vida do homem [...].* Por isso, a mediação mobiliza-se para possibilitar o entendimento entre as pessoas, a partir do *marco do conflito*.

Margarita Martinez Escamilla<sup>277</sup> *define a mediação como um instrumento, no qual um terceiro possibilita um espaço de diálogo, onde as partes, sempre de forma voluntária, podem trocar seus pontos de vistas e chegar a um acordo.* A autora<sup>278</sup> salienta

---

<sup>275</sup> AZEVEDO, André Gomma de. O componente da mediação vítima-ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In SLAKMON, C., DE VITTO, e PINTO, R. Gomes (organizadores) *Justiça Restaurativa* Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p.135.

<sup>276</sup> SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e mediação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 49.

<sup>277</sup> ESCAMILLA, Margarita Martínez. Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estrategias, los ¿mismos objetivos? IN VALDÉS, Carlos Garcia; RIEZU, Antonio Cuerda, AL.. *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I. Madrid: Edisofer, 2008, p. 467.

<sup>278</sup> *Idem*, p. 474 – 475.

“La mediación como un sistema alternativo no se concibe como un sistema alternativo, sino como una parte, como una herramienta más de la justicia penal para una adecuada respuesta al delito; como una piza que puede insetarse en las diferentes fases del proceso, con muy diversos efectos jurídicos y en cuya práctica han de observarse una serie de principios – voluntariedad, confidencialidad, proporcionalidad, etc – de los cuales el mediador y el juez se convierten en garantes. Es, pues, al Estado a quien corresponde la definición y articulación de esta figura, así como garantizar que en su aplicación se respeten una serie de garantías... El hecho que realmente merece el calificativo de delictivo tiene una dimensión social, cuyo tratamiento – por mucho que la víctima pueda simbolizar a la sociedad --- no puede quedar en manos de las partes, sino que requiere una respuesta institucional”.

que, como instrumento de Justiça Restauradora, a mediação não constitui mero sistema alternativo, uma vez que ela é ferramenta da justiça penal, que possibilita resposta adequada ao delito, sendo passível de emprego nas diferentes fases do processo. Em sua aplicação, devem ser observados importantes princípios, tais como: a voluntariedade, confidencialidade e a proporcionalidade, dentre outros.

Conforme análise da autora, o Estado é parte responsável pelo correto uso da mediação, principalmente no sentido de fazer com que diversas garantias sejam respeitadas. Além disso, o fato qualificado como delitivo tem dimensão social, que não pode ser resolvido só pelas partes, pois demanda resposta institucional.

Ela <sup>279</sup> explica que a mediação não tem por finalidade buscar a verdade processual; ao contrário, supõe um reconhecimento, total ou parcial, dos fatos imputados ao ofensor. Devido a essa peculiaridade, há críticas de que a mediação não observa o princípio de presunção de inocência; no entanto, tais críticas não se sustentam, considerando-se que o ofensor tem liberdade para aceitar (ou não) participar da mediação, além de ter a orientação de um advogado.

Segundo a autora<sup>280</sup>, mesmo nos casos de co-autoria, em que só alguns dos infratores aceitam a mediação, o que implicaria no reconhecimento da culpa dos demais, não seria razoável privar a vítima da possibilidade de ser ressarcida, nem ao co-autor dos benefícios da mediação. Aos que não aceitaram a mediação cabe o devido processo legal, com a apuração dos fatos, lembrando-se que, no processo mediador, se garante a confidencialidade.

Humberto Dalla B. de Pinho<sup>281</sup> em *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, traz à consideração várias definições de mediação. Com fundamento em Garcez, afirma que a mediação deve ser usada quando a negociação é bloqueada devido ao envolvimento emocional das partes. A via consensual não deve estar obstruída para que se chegue a um resultado. Assim a mediação, realizada com o auxílio de um terceiro, o mediador, permite encontrar *uma forma de viabilizar a via consensual e*, por

---

<sup>279</sup>ESCAMILLA, Margarita Martínez. Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estratégias, los ¿mismos objetivos? *Opus cit.*, p. 470.

<sup>280</sup> Idem, p. 480

<sup>281</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*. In PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (coordenador) *Acesso à Justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 107.

meio do diálogo, encontrar soluções com ganhos para as partes. O autor<sup>282</sup> aponta três elementos numa mediação:

- Partes em conflito;
- Contraposição de interesses;
- Terceiro neutro com capacidade de facilitar a busca do acordo.

Com relação às qualidades do mediador elucida ser desejável que o mesmo possua conhecimento em Psicologia e habilidades para atuar em relações humanas e problemas sociais, tendo capacidade para discernir até que ponto pode interferir. Há que transmitir confiança, mas neutralidade.

Estudioso do assunto, Humberto Dalla B. de Pinho<sup>283</sup>, reafirma, no entanto, que a mediação não deve ser usada de *forma utópica e genérica para pacificar todo e qualquer conflito*. Cuidadoso, apresenta a necessidade de se faça *uma filtragem* do tipo de conflito a ser mediado, ressaltando que não é uma forma substitutiva da jurisdição.

Levando em conta a complexidade dos desafios a enfrentar, aponta algumas barreiras ao processo de mediação, quais sejam: barreiras institucionais, a forma de a sociedade perceber a figura do mediador e a falta de normatização e sistematização da mediação.

Quando aprofunda a análise das barreiras institucionais, assinala a desinformação sobre o processo da mediação, seus limites, cabimento e conseqüências. Sobre a figura do mediador, ressalta que a sociedade brasileira vê a figura do juiz como o único personagem a ser capaz da palavra final, inquestionável. Finalmente, ressalta a falta de legislação, apesar de haver projetos arquivados e em tramitação para disciplinar o tema.

Margarita Martínez Escamilla<sup>284</sup> ressalta que a mediação possibilita a comunicação entre vítima e ofensor, o que pode produzir efeito reparador do impacto emocional do delito, avaliando que, em algumas situações, a comunicação estabelecida resulta em benefício maior do que o da possível reparação material. Quando reflete sobre os acordos,

---

<sup>282</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos Opus cit.*, p. 110.

<sup>283</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina, Introdução, p. 1-2 In PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.) . *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei do direito comparado*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008. Introdução, p. 1-2.

<sup>284</sup>ESCAMILLA, Margarita Martínez. *Justicia reparadora, mediación y sistema penal: diferentes estratégias, los ¿mismos objetivos?* *Opus cit.*, p. 485.

defende que esses não devem ter conteúdo punitivo, que foge à finalidade da Justiça Restaurativa.

Além de destacar que a mediação é também conhecida pela sigla VOM, da expressão inglesa *victim-offender* mediation, Raffaella da Porciúncula Pallamolla<sup>285</sup> adverte que a Justiça Restaurativa *é mais restrita que a mediação por se aplicar somente à esfera criminal*. A mediação, no entanto, pode ser usada em outros contextos.

Ela aponta como vantagem da mediação a possibilidade do encontro em ambiente seguro, estruturado de forma a permitir que se estabeleça o diálogo profícuo entre ofensor e vítima. Outra prerrogativa da mediação é que ela pode ser usada *em várias fases do processo criminal: antes da ação penal (diversion), antes do processo (pré-court), antes da instrução e antes da sentença (post process adjudication) e após a sentença (post sentence)*.

Pedro Scuro Neto<sup>286</sup> frisa ser importante que, na mediação, se conclua por um acordo por escrito, no qual fique definido o *que pode ser feito para reparar os males causados à vítima, estabelecendo-se cronograma de prioridades*.

As câmaras restaurativas ou conferencing<sup>287</sup> são realizadas quando já existe reconhecimento do fato por parte do ofensor e da vítima: *vítima, transgressor e as suas comunidades assistenciais participam do encontro, bem como as partes interessadas secundárias na tentativa de contribuir na feitura do acordo e sua efetividade*.

O mesmo pensador<sup>288</sup> relata que as câmaras restaurativas tiveram sua origem na Nova Zelândia, com a promulgação, em 1989, do Children, Young Persons and Their Families Act, procedimento que também foi adotado em outros países como Austrália, Canadá e Inglaterra.

Ele destaca que tal procedimento pode ser paralisado se, a qualquer momento, o infrator se pronunciar sobre o desejo de retornar ao rito judicial convencional. Por sua vez, as câmaras restaurativas podem ser usadas em casos como violência familiar, problemas como dirigir alcoolizado ou para melhoria da ação familiar com crianças e adolescentes, tanto nos casos em que o problema seja de proteção ou, de práticas de condutas inadequadas.

---

<sup>285</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Opus cit*, p. 109.

<sup>286</sup> NETO, Pedro Scuro. Movimento restaurativo e a justiça do século XXI, p. 7. Disponível em <[http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj\\_site/docs/JUST\\_RESTAUR/ARTIGO+PROF+PEDRO.htm](http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj_site/docs/JUST_RESTAUR/ARTIGO+PROF+PEDRO.htm)> Acesso em 19/12/2009.

<sup>287</sup> PINHO, Rafael Gonçalves de. Justiça restaurativa: um novo conceito. IN Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume III Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. P. 242 – 284. Disponível em <<http://www.redp.com.br> ISSN 1982-7636 262> . Acesso em 9/12/2009.

<sup>288</sup> NETO, Pedro Scuro. Movimento restaurativo e a justiça do século XXI, p. 7. Disponível em <[http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj\\_site/docs/JUST\\_RESTAUR/ARTIGO+PROF+PEDRO.htm](http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj_site/docs/JUST_RESTAUR/ARTIGO+PROF+PEDRO.htm)> Acesso em 19/12/2009.

Conforme Pedro Scuro Neto<sup>289</sup>, nos casos relativos a crianças e adolescentes, se buscará o envolvimento da família com profissionais e autoridades, visando a solução do problema. Ele indica os seguintes objetivos:

- (1) elevar o grau de consciência e envolvimento em casos de abusos vitimando crianças e adolescentes,
- (2) aumentar a responsabilidade e a transferência de todos os envolvidos
- (3) minimizar a dependência em relação a profissionais e serviços públicos.

O mencionado autor enumera que os resultados obtidos com as câmaras restaurativas podem ser diversos, indo do *pedido formal de desculpas* à reparação dos danos materiais, podendo incluir até mesmo o serviço comunitário. Tudo depende *da capacidade do grupo de realizar os termos do acordo*.

A câmara restaurativa visa oportunizar que o infrator volte ao convívio da comunidade, assumindo responsabilidade pelos atos cometidos.

Os Círculos restaurativos<sup>290</sup> se assemelham aos dois primeiros procedimentos. A grande diferença está no envolvimento da comunidade. Em busca de resolver, de forma profícua, problemas de conduta, como violência familiar, alcoolismo e abuso sexual, a comunidade é chamada a discutir o problema, objetivando o desenvolvimento de estratégias comuns, que venham evitar comportamentos prejudiciais a todos. O autor reconhece a existência de dificuldades na realização, como a falta de preparo dos participantes. No entanto, o fortalecimento dos laços da comunidade é um dos principais aspectos positivos apontados. A restituição visa, nas palavras de Pedro Scuro Neto<sup>291</sup>, formas de reparação, de *colocação das coisas no seu devido lugar*. O ideal é que seja vista como norma. Afirma que levantamentos revelam que em 70% dos casos, a restituição é realizada.

#### **4.2. A experiência nas Varas de Infância e Juventude – Projetos-piloto**

Eduardo Rezende Melo<sup>292</sup> considera que a Justiça Restaurativa conseguiu avanços significativos no contexto mundial, a partir de iniciativa do governo neozelandês,

---

<sup>289</sup> NETO, Pedro Scuro. Movimento restaurativo e a justiça do século XXI. Opus cit., p. 8.

<sup>290</sup> Idem, p. 8.

<sup>291</sup> Idem, p. 10.

<sup>292</sup> Idem, p.150.

com o *Children Young persons acts*, de 1989, modificando a forma de julgamento das infrações cometidas pelos jovens de famílias aborígenes. As decisões passaram a contar com a participação dos familiares dos jovens. Dentro dos dispositivos, confere relevo aos seguintes:

1. Salvo interesse público em contrário, procedimentos infracionais não deveriam ser instaurados quando houvesse meios alternativos de lidar com a situação;
2. Procedimentos infracionais não deveriam ser instaurados para prover qualquer tipo de assistência ou serviços voltados ao bem-estar do adolescente;
3. Toda medida prevista para lidar com adolescentes deveria ter por objetivo fortalecer a família e seu grupo familiar; promovendo habilidades neste grupo para que possa desenvolver seus próprios meios de lidar com as ofensas praticadas por seus adolescentes;
4. Toda medida deveria levar em consideração os interesses das vítimas.

Com essa orientação, o adolescente assume responsabilidades, contando sempre com o suporte familiar. Os resultados dessa experiência influenciaram o Conselho Econômico e Social da ONU quanto à Resolução 2002/12.

Retomando a descrição de experiências no Brasil, duas varas da Infância e Juventude implantaram projetos- piloto de Justiça **Restaurativa**: a 3ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre e a Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Caetano do Sul, em São Paulo<sup>293</sup>. Cabe esclarecer que em Brasília, o projeto foi instalado no Juizado Especial Criminal.

Melo<sup>294</sup> elucida que essas experiências tiveram como base a Resolução nº 2002/12 das Nações Unidas, reconhecendo-se que processo restaurativo seria aquele em que vítima e ofensor, assim como os membros da comunidade que tenham sido afetados pelo ato delituoso, participem da resolução das questões, contando com a ajuda de um facilitador. No caso, segundo o autor, cuidou-se desde ações preventivas, com apuração dos atos infracionais, até a execução de medidas socioeducativas.

---

<sup>293</sup> MELO, Eduardo Rezende. A experiência em Justiça restaurativa no Brasil: um novo paradigma avançado na Infância e Juventude. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Ano IX, Nº 51, Ago-Set 2008, p. 150-153.

<sup>294</sup> Idem, p. 151.

#### **4.2.1. São Caetano do Sul – Vara do Juizado da Infância e Juventude, escolas e comunidade.**

Em São Caetano do Sul, a prática restaurativa buscou a criação de espaços comunitários fora do espaço físico da Vara do Juizado da Infância e Juventude. Com fundamento nas Diretrizes de Riad<sup>295</sup>, 1990, evitou-se a estigmatização do infrator, deixando claro que os conflitos fazem parte da vida em sociedade. Outro pressuposto é que amadurecer importa em ajustar-se a determinados padrões, valores e normas, o que requer medidas preventivas para evitar a delinquência.

Implantado em julho de 2005<sup>296</sup>, foi denominado *Projeto Justiça, Educação, Comunidade: parcerias para a cidadania* e promoveu o envolvimento de vários atores sociais, envolvidos na busca de solução e prevenção dos problemas: no âmbito do judiciário, participavam juízes, promotores, membros do Ministério Público, assistentes sociais e delegados; no conselho tutelar, os membros responsáveis; no sistema educacional, dirigentes de instituições educativas, supervisores, técnicos, diretores, professores e demais profissionais de educação, estudantes e familiares; nas instituições de segurança pública, os policiais civis, militares e municipais; os membros da comunidade além de organizações governamentais e não governamentais.

O projeto<sup>297</sup> capacitou professores, pais, alunos, conselheiros tutelares e assistentes sociais judiciários para atuar como facilitadores nos círculos restaurativos.

De acordo com Melo, o projeto teve como premissa uma mudança institucional, tanto na escola, quanto na justiça. Na escola, os diretores e orientadores pedagógicos tiveram que rever conceitos sobre disciplina, adotando comportamento mais cooperativo e menos punitivo.

Como é consenso entre estudiosos do assunto, a adoção de técnicas restaurativas implica a definição consciente de objetivos que privilegiem o coletivo. Em se tratando de estabelecimentos de educação, essas medidas tendem a levar a comunidade escolar a desenvolver o senso de responsabilidade, buscando sempre a participação de todos em prol do bem comum. Como ação educativa, os adolescentes são estimulados a assumir o

---

<sup>295</sup> Diretrizes das Organizações das Nações Unidas – ONU, para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Resolução Assembléia Geral da ONU Nº 45/112 – 1990. Disponível em <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia>>. Acesso em 28/12/2009.

<sup>296</sup> MELO, Eduardo Rezende; MADZA, Ednir; YASBEK, Vânia Kuri. Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. São Paulo: CECIP, Fundo de População das Nações Unidas e Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasil. 2008, p.7.

<sup>297</sup> Idem, p. 151.



papel de atores sociais, participando da resolução dos conflitos. Por sua vez, o Conselho Tutelar contribui na elaboração de planos, sugerindo serviços.

Na mesma orientação teórico-prática, requer-se nova postura dos membros do judiciário, os quais passam a valorizar a participação dos envolvidos no conflito no sentido de busca de solução. Além disso, juiz, promotor, advogado, assistente social participam dos debates, quando do encaminhamento do conflito ao círculo. As audiências têm a característica de oitiva informal, nos moldes da audiência preliminar do Juizado Especial Criminal.

Casos mais graves são resolvidos no Fórum; no entanto, na maior parte dos casos, os círculos são realizados nas escolas, no ambiente comunitário, o que facilita o ajuste do plano de ação, atendimento e acompanhamento, avaliação e correção de rumos, quando necessária. Também é muito importante o papel do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Tutelar.

Segundo os dados<sup>298</sup>, nos três primeiros anos, o índice de acordos foi de 88%, sendo que a taxa de cumprimento alcançou 96%.

Ao final do ano de 2005, ano da implantação do projeto, havia 10 pessoas preparadas para atuar nos círculos restaurativos, 10 líderes educacionais, 5 assistentes sociais e conselheiras tutelares devidamente capacitadas para a realização dos círculos no Fórum e no Conselho Tutelar<sup>299</sup>.

Em 2006, o projeto se estendeu à comunidade, com a designação de *Restaurando justiça na família e na vizinhança: Justiça Restaurativa e comunitária no bairro Nova Gerty*, segundo modelo Zwelethemba<sup>300</sup>, desenvolvido na África do Sul e, apresentado por especialistas que participaram de seminário e capacitaram facilitadores.

Esses especialistas foram trazidos por iniciativa do PNUD. Os trabalhos foram organizados por Catherine Slakmon<sup>301</sup>. O citado modelo Zwelethemba, desenvolvido na África do Sul, administra situações de conflito e violência, focando a construção de um plano de ação que privilegia as mudanças comunitárias e não os problemas individuais. Considerado como experiência democrática deliberativa em âmbito local /, comunitário, opera mediante um código de atuação.

---

<sup>298</sup> MELO, Eduardo Rezende; MADZA, Ednir; YASBEK, Vânia Kuri. *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. Opus cit.*, p. 153.

<sup>299</sup> Idem, P.15

<sup>300</sup> Idem, p. 17. Tal modelo busca a construção comunitária de um plano de ação que resolva o problema da violência, através de uma mudança da ação comunitária. Enfoca a situação e não necessidades individuais.

<sup>301</sup> Doutora e professora do Departamento de Ciência Política da Universidade de Montreal, foi uma das organizadoras do livro *Justiça restaurativa*, publicado em 2005 pelo Ministério da Justiça e o PNUD.

O bairro Nova Gerty, considerado violento, teve o projeto instalado na Escola Estadual Padre Alexandre, com o propósito de atender conflitos domésticos e de vizinhança, estendeu seu atendimento aos conflitos entre adolescentes e jovens.

A avaliação de resultados do Projeto em dezembro de 2006 mostrou os seguintes resultados:

- 50 pessoas capacitadas para operar círculos restaurativos escolares, atuando em 12 escolas.
- 20 pessoas voluntárias para operar círculos restaurativos em Nova Gerty, seguindo o modelo Zwelethemba
- 6 profissionais atuando nos círculos restaurativos realizados no Fórum
- 17 lideranças educacionais

A avaliação de 2007 apresentou os seguintes dados:

- Redução no número de operadores de círculos restaurativos de 50 para 13 pessoas. A remoção de professores para outros locais contribuiu para tal redução;
- 20 voluntários no bairro Nova Gerty para os círculos restaurativos comunitários
- 6 profissionais atuando no Fórum;
- 5 conselheiros tutelares;
- 17 lideranças educacionais;

Melo<sup>302</sup> destaca o envolvimento da comunidade como facilitador da justiça no *enfrentamento da violência doméstica e dos conflitos de vizinhança*, tanto entre adolescentes como com adultos. O que se procura é identificar e atuar na raiz dos problemas, elaborando-se e pondo em prática *um plano de ação coletivo que permita ações preventivas comunitárias*. Referência no Estado de São Paulo devido aos resultados que alcançou, o projeto de São Caetano do Sul – Projeto Justiça e Educação: parceria para a cidadania - foi ampliado.

---

<sup>302</sup> MELO, Eduardo Rezende. A experiência em Justiça Restaurativa no Brasil: um novo paradigma avançado na infância e juventude. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Ano IX- nº 51 – Ago-Set 2008, p. 153-154.

Em setembro de 2006, a Secretaria de Estado da Educação de São Paulo, com apoio do MEC, promoveu a ampliação do Projeto para mais duas Diretorias de Ensino: em Heliópolis, região da cidade de São Paulo e em Guarulhos. Dessa forma, implantou-se o Projeto “Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania”, desenvolvido em articulação entre Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, por meio da Fundação para o Desenvolvimento da Educação – FDE e Poder Judiciário<sup>303</sup>.

Em Heliópolis, o Projeto foi coordenado pelo Juiz de Direito Dr. Egberto de Almeida Penido, função ocupada pelo Dr. Daniel Issler, Juiz de Direito da Vara de Infância e da Juventude em Guarulhos. O município de Campinas também adotou o projeto em 2008.

Heliópolis, região próxima a São Caetano do Sul, é, por muitos, considerada a maior favela de São Paulo. Surgiu com a necessidade de alojamento de 102 famílias da favela de Vila Prudente, quando da construção de um viaduto. Transferidas, provisoriamente, para um terreno do antigo Instituto de Aposentadoria Pensão e Assistência Social, a ocupação saiu do controle, a população, de baixa renda, cresceu de forma desordenada.

O Projeto, implementado entre agosto de 2006 e março de 2007, desenvolveu a seguinte ação<sup>304</sup>:

- contatos iniciais entre os parceiros foram realizados;
- agentes sociais nas escolas; fóruns e comunidades foram mobilizados;
- facilitadores de Práticas Restaurativas foram preparados para operar os Círculos Restaurativos;
- lideranças escolares foram preparadas para acolher os Círculos Restaurativos em suas unidades e comunicar a professores, alunos e familiares a existência de uma estratégia alternativa com o intuito de lidar com os conflitos;
- equipes das Varas da Infância e da Juventude foram preparadas para acolher a abordagem restaurativa;
- as comunidades foram envolvidas na aprendizagem de nova forma de lidar com o conflito;
- redes de órgãos e instituições de atendimento aos direitos da criança e do adolescente foram formadas e consolidadas;
- fluxos de procedimentos, tendo no seu centro o Círculo Restaurativo, foram testados e implementados pelas lideranças escolares, equipes atuantes nas Varas, membros das comunidades e redes de atendimento.

---

<sup>303</sup> EDNIR, Madza [ e. all]. *Justiça e educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania/* Madza Ednir, organizadora. - São Paulo : CECIP, 2007, p.12

<sup>304</sup> Idem, p.32.

O Projeto *Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania*<sup>305</sup> orientou-se para *transformar escolas e comunidades que vivenciam situações de violência, em espaços de diálogo e resolução pacífica de conflitos*. O meio empregado para consecução desses objetivos é a *colaboração entre os Sistemas Judiciário e Educacional, do trabalho com a Rede de Apoio e da parceria com a comunidade*. Busca-se *tornar a Justiça mais educativa e a educação mais justa*. Em conseqüência, adotam-se procedimentos que investigam manifestações de violência a partir de suas causas, procurando reverter tais situações, nos termos do previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para implementação do Projeto, os juízes coordenadores dos dois projetos tiveram como parceiros técnicos já atuantes no Projeto de São Caetano do Sul: CECIP, CNVBrasil e Instituto FAMILIE. As escolas assumem seu papel na rede de atendimento a crianças e adolescentes. Busca-se também com o Projeto<sup>306</sup> o *estreitamento do relacionamento institucional entre Justiça e Educação*.

Por sua vez, o Centro Internacional de Comunicação Não-Violenta / CNVBrasil<sup>307</sup> *é uma organização internacional, não lucrativa, dedicada à construção da paz*. Visam à resolução de conflitos de modo pacífico, procurando atender às necessidades das pessoas. Com esse propósito, realiza trabalho de apoio comunitário, fornece recursos materiais, proporciona treinamentos e consultoria organizacional.

Foi criado em 1984, por Marshall Rosenberg, que originalmente desenvolveu a Comunicação Não-Violenta no contexto da violência sistêmica nas escolas, e suas seqüelas intrapessoais, interpessoais e sociais. É atualmente ativa em 65 países.

No Brasil o CNVC foi instalado no ano de 2002, por Dominic Barter, que dirige o Projeto de Justiça Restaurativa, promovendo treinamentos, projetos e práticas restaurativas.

O Centro de Criação de Imagem Popular - CECIP, fundado em 1986, é uma organização da sociedade civil sem fins lucrativos e tem o objetivo de democratizar o acesso a informações qualificadas, contribuindo para a construção de um país justo e de uma cidadania consciente, ativa e participativa. Capacita agentes sociais, valorizando a cultura brasileira, contribuindo para a definição de políticas públicas que atendam a demandas da sociedade.

---

<sup>305</sup> EDNIR, Madza [ e. all]. *Justiça e educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania*. **Opus cit.** p.26.

<sup>306</sup> Idem, p. 123.

<sup>307</sup> Idem, p. 29

As ações de capacitação do CECIP, inspiradas na metodologia pedagógica criada por Paulo Freire, contam com a parceria do APS International – Centro pelo Aperfeiçoamento das Escolas, uma instituição com sede na Holanda, que atua em sistemas escolares na Europa, Ásia, África e Américas.

Na realização do Projeto *Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania*, o CECIP coordenou o eixo *Apoio a Mudanças nas Escolas*,

O Instituto FAMILIAE, associação sem fins lucrativos, atua na comunidade no sentido de estabelecer condições que possibilitem *ao indivíduo reconstruir suas relações e a si mesmo, visando uma participação social transformadora*.

Fundado em 1991, tem em Vania Curi Yazbek, Psicóloga Clínica e Mediadora, sócia-fundadora e responsável pela implementação de mediação transformativa – reflexiva, dedicando-se precipuamente à coordenação da capacitação de facilitadores comunitários.

O eixo central do projeto<sup>308</sup> foi *a aprendizagem dos procedimentos restaurativos por parte dos facilitadores e voluntários, visando o trabalho nos Círculos Restaurativos nas escolas, no Fórum e na comunidade*.

#### **4.2.2. 3ª Vara Regional do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre.**

Em Porto Alegre, a iniciativa em tela faz parte do *Projeto Justiça para o Século 21*, que, de início, foi coordenado por Leoberto Branche, tendo por objetivo a introdução das práticas da Justiça Restaurativa na solução de conflitos, evitando a violência entre crianças e adolescentes<sup>309</sup>.

O interesse pela Justiça restaurativa no Juizado da 3ª Vara da Infância e da Juventude data de 1999, com a divulgação dos estudos do Professor Pedro Scuro Neto, pesquisador do assunto, considerado pioneiro no país.

Os estudos sobre o assunto, permitiram reflexões e novas práticas, que modificaram, por sua vez, as relações interinstitucionais do Juizado. Dessa forma, buscou-se

---

<sup>308</sup>EDNIR, Madza [ e. all]. *Justiça e educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania*. **Opus cit.** p. 30.

<sup>309</sup>PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM-Monografia n° 52, 2009, p. 122.

maior integração, diálogo, participação, responsabilização e autonomia das equipes do juizado e das instituições como: a Fundação de Atendimento Sócio-Educativo – FASE, que executa o atendimento das medidas socioeducativas privativas da liberdade, e a Fundação de Assistência Social e Cidadania – FASC, cujo programa PEMSE executa o atendimento das medidas socioeducativas de meio aberto.

Aos poucos, adotaram-se procedimentos restaurativos, no entanto sem oficialização do projeto. Considera-se que o primeiro caso<sup>310</sup> de promoção do encontro vítima/infrator ocorreu em 2002, antes, portanto, de o projeto ter seu reconhecimento oficial.

Primeiramente, instalou-se o Núcleo de Estudos em Justiça Restaurativa da Escola da Magistratura da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS, em 13 de agosto de 2004, que passou a promover encontros sobre o assunto e a manter contatos com os estudiosos de São Paulo.

Os estudos realizados pelo Núcleo foram determinantes para a criação de diretrizes norteadoras da implantação do projeto, segundo as quais foram definidas quatro áreas de aplicação, a saber:

- 1) Processos judiciais (relativos a atos infracionais praticados por adolescentes);
- 2) Atendimento às medidas sócio-educativas;
- 3) Educação e
- 4) Comunidade.

Em 21 de março de 2005, o Projeto foi oficialmente instalado, após convite da Secretaria da Reforma do Judiciário. Ficou estabelecido como ‘locus’ da sua execução a 3ª Vara do Juizado, competente para o processo de execução das medidas sócio-educativas.

Em paralelo, firmaram-se parcerias com a Faculdade de Serviço Social da PUCRS, a FASE, a FASC e a Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Segurança

---

<sup>310</sup> BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY. Projeto para o Século 21. Disponibilizado em <[http://www.justica21.org.br/projeto\\_portoalegre.pdf](http://www.justica21.org.br/projeto_portoalegre.pdf). Acesso em 23/10/2009.

O denominado “Caso JR Zero”, realizado no segundo semestre de 2002 envolvendo um caso de roubo com emprego de arma de fogo, invasão de domicílio e retenção das vítimas como reféns, no interior da residência, em razão da imediata chegada da polícia. Sentenciados à internação, dois adolescentes envolvidos participaram de encontros com as vítimas, utilizando-se técnicas de mediação fundadas na terapia familiar sistêmica. Depois de cinco meses recolhidos na FASE ambos foram liberados para cumprir medidas de meio aberto no final de 2002. Periodicamente monitorados, não há notícia de reincidência por qualquer deles desde então.

Urbana, através da Guarda Municipal), que passaram a ser os destinatários prioritários das capacitações para a coordenação dos círculos.

Foram realizados encontros e cursos de capacitação profissional.

O Projeto conta vários parceiros institucionais<sup>311</sup>, o que possibilita a ampliação de atendimento, contribuindo, inclusive na formação de voluntários, além da divulgação das práticas restaurativas. Várias ONGs também se fazem presentes, atuando junto ao Fórum Municipal de Direitos da Criança e do adolescente, que articula cerca de 370 entidades não governamentais.

Nos três primeiros anos do Projeto *Justiça Para o século 21* (2005 – 2008), segundo dados informativos, 2.583 pessoas participaram de 380 procedimentos restaurativos no Juizado da Infância e da Juventude. Outras 5.906 participaram de atividades de formação.

Fazem parceria com o Projeto as seguintes instituições:

- PNUD – Programa das Nações Unidas
- SRJ - Secretaria de Reforma do Judiciário
- UNESCO - Programa Criança Esperança
- SEDH – Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República
- AJURIS - Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul
- 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre
- Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Porto Alegre
- Escola Superior da Magistratura da AJURIS
- Escritório Antena da UNESCO no Rio Grande do Sul
- Faculdade de Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
- FASC – Fundação de Assistência Social e Cidadania do Município de Porto Alegre
- FASE – Fundação de Atendimento Sócio-Educativo do Estado do Rio Grande do Sul
- Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul
- Projeto Justiça instantânea
- 3ª Promotora de Justiça da Promotoria de Justiça Especializada da Infância e da Juventude de Porto Alegre
- Secretaria da Educação do Estado do Rio Grande do Sul
- Secretaria Municipal de Educação de Porto Alegre

---

<sup>311</sup> Conforme informações contidas no site <<http://www.justica21.org.br/interno.php?ativo= Parceiros>>. Acesso em 2/01/2010.

- Secretaria Municipal da Juventude de Porto Alegre
- Secretaria Municipal da Saúde de Porto Alegre
- Secretaria Municipal de Coordenação Política e Governança Local de Porto Alegre
- Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Segurança Urbana de Porto Alegre
- Secretaria da Justiça e do Desenvolvimento Social do Estado do Rio Grande do Sul
- Fórum Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente

Na visão de Leoberto Blancher e Beatriz Aguisinar<sup>312</sup>, a experiência de aplicação da Justiça Restaurativa em Porto Alegre *tem marcos específicos que constituem a um só tempo sua singularidade e sua conexão com a universalidade dos valores restaurativos*. Os autores supramencionados acrescentam que o *Projeto Piloto impulsiona a realização dos procedimentos restaurativos uma vez aplicada a medida sócio-educativa ou no momento de sua aplicação*.

Os resultados evidenciam a importância da transformação operada na aplicação da Justiça Restaurativa, ou seja, *transformar em restaurativo aquilo que está sólida e inegavelmente instalado numa (des)funcionalidade retributiva, com discurso terapêutico nas práticas convencionais do Sistema de Justiça*.

Em consequência, o atendimento Sócio-Educativo em Porto Alegre atua no sentido funcionar como *eixo estruturante e ordenador das concepções disfuncionais do sistema*. Esse trabalho apóia-se na premissa de que é preciso reduzir o *dano causado pela violência cultural e institucional*, com a modificação *das formas usuais de responsabilização penal dos adolescentes submetidos à jurisdição sócio-educativo*, que indiscutivelmente, conforme os autores, fazem parte da história dessas instituições.

Consoante tais constatações e necessidades, as ações concretas estão voltadas para a humanização dos serviços do Sistema de Justiça, em harmonia com os comandos do E.C.A. para as Medidas Sócio-Educativas aplicadas aos adolescentes, como visam mudanças de valores em práticas sociais e institucionais, para reduzir as *violências nas respostas públicas às violências das quais a juventude toma parte no contexto social*.

---

<sup>312</sup>BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY. Projeto para o Século 21. BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY. Projeto para o Século 21. Disponibilizado em <[http://www.justica21.org.br/projeto\\_portoalegre.pdf](http://www.justica21.org.br/projeto_portoalegre.pdf)>. Acesso em 23/10/2009.



A experiência restaurativa em Porto Alegre é usada como *recurso de ressignificação das medidas sócio-educativas* e trabalha a *contribuição dos valores essenciais restaurativos na transformação ética do contexto mais amplo onde estas práticas se inscrevem*.

Em 15 de dezembro de 2009, a Central de Práticas Restaurativas junto ao Juizado Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre foi oficialmente reconhecida, sendo o Processo de nº 0010-09/003270-2 aprovado por unanimidade<sup>313</sup>.

Compartilhando do mesmo pensamento sobre Justiça Restaurativa e a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Eduardo Rezende Melo<sup>314</sup> defende o aperfeiçoamento das práticas restaurativas do Sistema de Justiça em tão importante área, como a da Infância e Juventude, registrando que as experiências de São Caetano do Sul, em São Paulo e as de Porto Alegre estão em constante diálogo. O estudioso em comento considera imprescindível a interdisciplinaridade no desenvolvimento das ações, com o envolvimento de profissionais de diferentes áreas, como psicólogos e assistentes sociais, ao que se pode acrescentar a valiosa participação de voluntários pertencentes à comunidade. Na realidade, a qualidade do trabalho requer *a articulação de toda uma rede de atendimento*.

Eduardo Rezende Melo traz a lume significativos resultados das práticas restaurativas. Além da garantia da proteção aos direitos de criança e adolescentes, centro nevrálgico, tanto do Projeto de São Paulo, quanto de Porto Alegre, identifica uma cultura do diálogo, instaurada na busca de melhores resultados. Essa iniciativa foi embebida pelo espírito democrático e se estendeu para além da participação dos voluntários comunitários nos conselhos. Conseguiu transformar a concepção de serviço público, sendo notória maior preocupação com a satisfação do usuário e envolvendo a própria *comunidade em ações em prol de crianças e adolescentes*.

### **4.3. Brasília – Projeto no Juizado Especial Criminal**

A principal peculiaridade do Projeto de Brasília é que foi instalado em Juizados Especiais Criminais, especificamente nos JECRINS do Núcleo Bandeirantes. Como se pode depreender, em Brasília o Projeto Piloto de Justiça Restaurativa teve o intuito de contribuir

---

<sup>313</sup>Cf. notícia vinculada em <[http://justica21.org.br/noticias\\_impressao.php?ativo= NOTICIAS&sub\\_ativo=698](http://justica21.org.br/noticias_impressao.php?ativo=NOTICIAS&sub_ativo=698)> Acesso em 5/01/2010.

<sup>314</sup>MELO, Eduardo Rezende. A experiência em Justiça Restaurativa no Brasil: um novo paradigma avançado na infância e juventude. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Ano IX- nº 51 – Ago-Set 2008, p. 153

para a solução de problemas com adultos, envolvidos em crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais.

São responsáveis pelo programa<sup>315</sup> o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e o Ministério Público, ao passo que a coordenação é realizada pelo juiz do Juizado Especial, tendo também a parceria formal da Defensoria Pública do Distrito Federal.

O Programa<sup>316</sup> tem como parceiros institucionais a Secretaria de Estado de Ação Social, a Universidade de Brasília, o Instituto de Direito Internacional e Comparado (IDCB) e a Escola de Magistratura do Distrito Federal, órgão da Associação dos Magistrados do Distrito Federal (AMAGIS- DF).

Em 9 de dezembro de 2005, o Projeto foi discutido com a comunidade da região, durante o Seminário Justiça Restaurativa – Sociedade e Justiça em Diálogo, apoiado pelo Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília.

A Portaria conjunta nº 052, de 09 de outubro de 2006, do presidente, do vice-presidente e do corregedor do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, de acordo com seu artigo 1º, resolve: Art. 1º – Instituir o Programa de Justiça Restaurativa, subordinado à Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. A referida Resolução considerou os resultados e o desenvolvimento do projeto-piloto do Núcleo Bandeirante, sendo assim, uma forma de reconhecimento do trabalho desenvolvido e um reconhecimento de caráter oficial.

Conforme posicionamento de Juliana Cardoso Benedetti<sup>317</sup>, a Justiça Restaurativa no Distrito Federal por se encontrar inserida no JECRIM, funciona como um *aprimoramento institucional do Juizado Especial Criminal*.

O Instituto Latino Americano das Nações Unidas Para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente<sup>318</sup>, ILANUD/Brasil, apresentou em 2006, relatório de avaliação dos projetos de Justiça Restaurativa, ressaltando que naquele momento os programas estavam em fase inicial. Sobre o Projeto de Brasília, pela peculiaridade de estar inserido no JECRIM, avaliou ter sido *o programa que mais frisou a distinção entre as duas concepções, ao colocar a necessidade de co-existência das duas concepções de justiça*, ocasionando momentos de *distanciamento* entre os profissionais atuantes. Todavia, considerou que o próprio programa

---

<sup>315</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. Justiça restaurativa: da teoria à prática. *Opus cit*, p. 121- 122.

<sup>316</sup> BENEDETTI, Juliana Cardoso. Justiça Restaurativa: contribuições para seu aprimoramento teórico e prático. IN´SÁ, Alvin Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.) Criminologia e os Problemas da atualidade. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 289.

<sup>317</sup> Idem, p. 292.

<sup>318</sup> ILANUD/Brasil. Sistematização e Avaliação de Experiências de Justiça Restaurativa: *Relatório Final*-.31 de janeiro de 2006. Disponível em < <http://www.ilanud.org.br>.> Acesso 2/11/2009.

conseguiu através de auto-avaliação, redefinir estratégias visando maior interação dos profissionais envolvidos.

#### **4.4. Disseminação do Projeto de Justiça Restaurativa no Brasil.**

A ampliação de Justiça Restaurativa para todo território brasileiro parece ter horizonte próximo. Em diversos Estados, há movimentos de implementação, com alguns programas sendo implantados, sem que, contudo se disponha de legislação infraconstitucional específica.

Os três projetos iniciais deram origem a novas propostas e instalação de novos centros. Um dos Estados que implantou o projeto em 2009 foi o Pará<sup>319</sup>, em parceria com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Para concretizar essa integração, além de encontros em São Paulo, organizou-se um Seminário e Audiência pública em 20 e 21 de agosto. Vários palestrantes participaram do evento, inclusive o Defensor Público e Coordenador Geral de Administração da Defensoria Pública de São Paulo, Renato Campos Pinto de Vitto e o Juiz de Direito de São Paulo, Egberto de Almeida Penido.

O Distrito de Icoaraci, na área da Infância e Juventude, tendo em vista suas especificidades expostas em relatórios do Conselho Tutelar e dados do Juizado da Infância e Juventude, foi o escolhido Como campo para a experiência piloto, por estar localizado próximo a Belém e contar com rede de apoio organizada.

Além disso, várias organizações trabalham para a divulgação da Justiça Restaurativa, contribuindo, mediante veiculação de artigos, realização de estudos e seminários. Como exemplo, tem-se o Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília<sup>320</sup> – IDCB, associação civil sem fins lucrativos, voltada para estudos de políticas públicas na área de cidadania e justiça.

O Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa<sup>321</sup>, o IBJR, fundado em 17 de agosto e 2007, na Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, sem fins lucrativos, com as seguintes finalidades:

1. Explorar as bases teóricas da justiça restaurativa, estimulando a pesquisa, o debate e o desenvolvimento dos princípios, da ética, da capacitação e das boas práticas, sem qualquer discriminação e respeitando a diversidade teórica e

---

<sup>319</sup> Cf. notícia disponível em <<http://www.defensoria.pa.gov.br>> Acesso em dezembro de 2009.

<sup>320</sup> Cf. <<http://www.idcb.org.br>> Acesso em outubro de 2009.

<sup>321</sup> Cf. disponível em <<http://www.ibjr.org.br>.> Acesso em 3/01/2010.

prática;

2. Divulgar e incentivar o debate das práticas restaurativas, visando à conscientização sobre tais práticas e direitos humanos, articulando e participando de ações integradas com os poderes públicos e com as organizações não-governamentais;

3. Facilitar o intercâmbio de informações e de experiências entre seus associados, visando ao aprimoramento técnico-científico permanente;

4. Consolidar idéias e práticas e auxiliar a desenvolver estratégias na área da justiça restaurativa;

5. Promover a realização de cursos, debates, congressos, encontros, palestras, conferências e, ainda, de atividades de intercâmbio no país ou no exterior, que tenham como principal enfoque a justiça restaurativa;

6. Elaborar e acompanhar metodologias de aplicação, projetos e programas na área da justiça restaurativa, apresentando avaliações, resultados e sugestões;

7. Promover a edição e a divulgação de livros, teses, boletins e outros materiais que tenham por escopo estudos referentes a justiça restaurativa e, em especial, um veículo periódico de divulgação específica;

8. Atuar para o desenvolvimento de políticas e práticas restaurativas, acompanhando, assessorando, avaliando projetos, programas e procedimentos ou propostas legislativas.

O sítio eletrônico da instituição divulga notícias, artigos, documentos relacionados ao assunto, funcionando como divulgador da Justiça Restaurativa no país.

É interessante ressaltar que, em seminários, encontros e eventos similares organizados em todo o território nacional, mesmo quando a Justiça Restaurativa não é tema central (como no caso do Seminário realizado em 2009, pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, na cidade de São Paulo), o mesmo é objeto de debates e propostas, o que indica certa tendência a sua acolhida entre pensadores do Direito.

Renato Sócrates Gomes Pinto<sup>322</sup>, um dos organizadores da primeira publicação sobre o assunto no País, em parceria com a Secretaria da Reforma do Judiciário, o PNUD e o Instituto de Direito Internacional e Comparado de Brasília, tece críticas à falta de *avaliações externas e independentes* sobre os programas instituídos, com o relato dos cidadãos que viveram a experiência restaurativa.

Ante a falta de avaliações externas ao programa, Renato Sócrates Gomes Pinto aponta questionamentos à centralização *dos programas, que são coordenados por magistrados e argumenta* que o Ministério Público deve ter maior participação, partindo do pressuposto de que tal iniciativa representaria maior legitimidade ao paradigma restaurativo, por se tratar de matéria do âmbito penal e infracional. Reafirma<sup>323</sup>, no entanto, acreditar no

---

<sup>322</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Crítica à implementação da Justiça Restaurativa no Brasil. Disponível em <[http://ibjr.justicarestaurativa.nom.br/not/criticas\\_aJR.pdf](http://ibjr.justicarestaurativa.nom.br/not/criticas_aJR.pdf)>. Acesso em 17/01/2010.

<sup>323</sup> Idem. Continuamos a acreditar no potencial que tem a justiça restaurativa de atender as necessidades que as pessoas e comunidades afetadas pela criminalidade têm em face do delito, através de um procedimento colaborativo, solidário e inclusivo, baseado na responsabilidade e na restauração dos traumas e lesões produzidos

potencial da Justiça Restaurativa, *como nova porta para responder adequadamente não a todos, mas a muitos crimes*, sem deixar de ressaltar que a Justiça Restaurativa *é uma opção voluntária às partes*.

#### **4.5. O Projeto de Lei nº 7006 de 2006.**

A Sugestão Nº 99/05, do Instituto Comparado e Internacional de Brasília que altera dispositivos no Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de Justiça Criminal, em casos de crimes e contravenções penais, enviada à Câmara dos Deputados, com vinte artigos, teve o Parecer aprovado em 2006, pela Comissão de Legislação Participativa. O Relator foi o Deputado Leonardo Monteiro<sup>324</sup>.

Aprovado o Parecer, transformou-se no Projeto de Lei Nº 7006/2006, o qual prevê acréscimo de dispositivos ao Código Penal, ao Código de Processo Penal e à Lei dos Juizados Especiais.

Em 4 de março de 2009, foi enviado à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania e devolvido sem manifestação. Retornou à referida Comissão em 13 /03/2009, sendo designado Relator o deputado Antonio Carlos Biscaia, do PT do Rio de Janeiro.

O Parecer foi apresentado por seu Relator<sup>325</sup> em 10/11/2009. No Parecer o Relator rejeitou no mérito o PL nº 7.006, de 2006. Embora reconhecesse a constitucionalidade, a juricidade, julgou inadequada a técnica legislativa.

Conforme análise do Relator, o Projeto apresentado segue caminho contrário ao sentimento que o país demonstra em relação à impunidade, resultando *na grande produção legislativa, com o objetivo de criminalizar condutas e agravar penas*.

---

pelo crime, e não simplesmente na punição, mas num processo sem julgamento, com diálogo, a partir da abordagem holística e relacional do conflito que cerca o ato delituoso, dentro de uma concepção resignificada e ampliada de justiça.

<sup>324</sup> BRASIL. Relatório da Comissão Participativa da Câmara dos Deputados – Brasília – Ano 2006. disponível em <<http://www.apache.camara.gov.br/portal/arquivos/camara/internet/comissoes/clp/publicacao/relatorio2006.pdf>>

“facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de Justiça Criminal em casos de crimes e contravenções penais”.

<sup>325</sup>BRASIL. Parecer do Relator da Comissão de Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados Federais. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/712142.pdf>> Acesso em 28/12/2009.

O Relator também argumentou que já existe medida despenalizadora *aprovada*: a lei dos Juizados Especiais, sustentando que o instituto da transação penal e da suspensão processual ou *sursis* a ser aplicado na justiça criminal constituem significativo avanço. Opina, por conseguinte, sobre a necessidade de medidas que constituam aprimoramento dos juizados especiais, investindo no aumento do número de juízes e funcionários, na melhoria das condições de trabalho e *na maior efetividade na aplicação dos dois institutos inovadores citados*. O autor concluiu que, com investimentos adequados, os Juizados Especiais solucionariam o problema nos conflitos de maior potencial ofensivo.

O voto do Relator da Comissão de Justiça e Cidadania parece sugerir que filosofia, valores e vantagens da Justiça Restaurativa foram ignorados, sem levar em consideração recomendações da ONU ou mesmo os resultados dos projetos em desenvolvimento no Brasil, fadados a serem tratados como formas alternativas, assumidas apenas por magistrados empreendedores e corajosos.

Ademais, quando se referiu aos Juizados Especiais, desconheceu até mesmo uma das peculiaridades mais importantes da Justiça Restaurativa que privilegia a atenção dispensada à vítima. O mesmo não ocorre nos Juizados, uma vez que nos caos em que há a transação penal, a figura da vítima não é considerada. Cumpre notar que esse foi um dos motivos da criação da denominada Lei Maria da Penha, pois as mulheres, vítimas da violência doméstica, ficavam insatisfeitas com muitas das soluções dadas aos casos levados aos Juizados, baseadas na transação penal, pois à vítima agredida, humilhada, na maioria dos casos, destituída de recursos materiais, não encontrava oportunidade sequer para manifestar-se sobre o assunto.

Raffaella Pallamolla<sup>326</sup> comenta que o primeiro problema do Projeto em análise já se encontra em seu artigo 1º, que estabelece: *Art. 1º - Esta lei regula o uso facultativo e complementar de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais*.

Conforme entendimento da autora referida, o emprego do termo *facultativa* representa inibição à sua aplicação, quando o que se faz necessário é uma cultura que aceite a Justiça Restaurativa.

O Art. 2º define o que pode ser considerado como procedimento de Justiça restaurativa.

---

<sup>326</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática. Opus cit*, p.179

No Art. 4º, o legislador<sup>327</sup> retoma a conotação de prática alternativa, que em nada contribui para a implementação da Justiça Restaurativa. Nesse sentido, vale refletir sobre o teor do artigo em comento:

Art. 4º - Quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, **poderá** (*grifo nosso*) enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa.

Por óbvio, o verbo *poderá* restringe possibilidades legais, porque ficará ao arbítrio do magistrado o envio ou não dos autos. Conforme análise da autora mencionada, a necessidade de anuência do Ministério Público constitui *dupla barreira*, acrescentando temor devido *ao conhecido e preponderante viés punitivo do órgão ministerial*.

Ainda de acordo com análise da mencionada autora<sup>328</sup>, o § 2º do artigo 6º privilegia a formação dos facilitadores, mencionando que, preferencialmente, devam pertencer às áreas de Psicologia e Serviço Social.<sup>329</sup> Essa preferência prejudica, sem dúvida, uma das metas restaurativas, qual seja, aproximar a justiça da comunidade, o que demanda seu envolvimento direto, que pode ocorrer por meio de pessoas que exerçam a função de facilitadores, independentemente de sua formação acadêmica.

A pesquisadora referida também se dedica ao exame do § único do art. 9º, o qual determina: *O princípio da confidencialidade visa proteger a intimidade e vida privada das partes*. Tal determinação é superficial na forma, uma vez que não menciona que esse princípio serve para resguardar o infrator, diante da possibilidade de que o caso seja levado a julgamento na esfera penal. Se isso ocorrer, o ofensor deverá ter garantida a presunção de inocência. É cediço que tudo o que foi abordado na Justiça Restaurativa não poderá ser usado em prejuízo da situação do acusado, caso se instale um procedimento de justiça criminal.

A pesquisadora referida destaca a importância do acréscimo previsto no Projeto, do Inciso X, no artigo 107 do Código Penal, o qual trata da extinção da punibilidade. Com esse intuito, o efetivo cumprimento do acordo restaurativo, se constituiria no décimo motivo de extinção punição, evitando-se o perigo do *bis in idem*, assim que o acordo for cumprido.

A previsão de novo capítulo no artigo 16 do Projeto lei: *Art. 16- Fica introduzido o Capítulo VIII, com os artigos 556, 557, 559, 560, 561 e 562, no Decreto-lei n.*

---

<sup>327</sup>PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. *Opus cit*, p. 182.

<sup>328</sup> Idem, p. 182.

<sup>329</sup> Idem, p. 182.

3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação: *CAPÍTULO VIII – DO PROCESSO RESTAURATIVO* [...]. Atualmente, os artigos 556 a 562 são inexistentes, por se acharem revogados.

Segundo análise da autora<sup>330</sup> o art. 556 falha, ao condicionar que a decisão de encaminhamento do caso à Justiça Restaurativa se atrele à personalidade e antecedentes do ofensor, ao dispor que:

Art. 556 - Nos casos em que a **personalidade e os antecedentes do agente**, (grifo nosso) bem como as circunstâncias e conseqüências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo.

De acordo com a autora, requisitos reprodutores da lógica punitiva do processo penal devem ser evitados a todo custo, por eternizar *um direito penal do autor*. Merece ainda relevo o desafio da constante “timidez” do legislador, quando emprega formas verbais como *poderá*<sup>331</sup>, as quais indicam que se permanece na dependência da vontade do Juiz e do Ministério Público, não havendo, portanto, coragem de prever a obrigatoriedade da implementação da Justiça Restaurativa.

Em face da cuidadosa análise de Pallamolla<sup>332</sup>, a existência do Projeto de Lei do Senado Federal nº 156, de 2009, que trata da Reforma do Código de Processo Penal, com andamento mais adiantado e possibilidades de aprovação, fazem com que as mudanças propostas no PL 7006/2006 restem sem qualquer propósito e efetividade.

Contudo, não há que se perder esperanças, considerando que o PL do Senado em sua Exposição de Motivos, conforme aludido anteriormente, faz, textualmente, referência à admissibilidade de um modelo restaurativo da instância penal<sup>333</sup>. Menciona, ainda, que os sistemas penitenciários não respeitam *condições mínimas de existência humanamente digna* e confirmam que medidas alternativas, evitando-se o cárcere, reduzem a reprodução da

---

<sup>330</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. *Opus cit*, p. 186.

<sup>331</sup> Observa-se a forma verbal *poderá*, a título de exemplo, no artigo 4º; nos parágrafos 3º e 4º do artigo 14; no aludido art.556 e no artigo 562, a serem introduzidos no Código de Processo Penal; no artigo 19, parágrafo 7º, o qual deverá ser acrescentado ao artigo 76, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

<sup>332</sup> Idem, p. 176 – 192.

<sup>333</sup> BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, p. 11



violência, impossível de ser contida nas prisões, além de ter destinado o Título V<sup>334</sup> para tratamento dos direitos da vítima.

O que resta claro é a necessidade de uma discussão a nível nacional, que examine os resultados dos projetos em execução. Renato Sócrates Gomes Pinto<sup>335</sup>, em 2005, já ressaltava a necessidade premente do modelo de Justiça Restaurativa para o Brasil, apresentando como justificativa irrefutável *a manifesta falência do sistema de justiça criminal e o crescimento geométrico da violência e da criminalidade*.

O mencionado Procurador de Justiça<sup>336</sup>, membro do Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília, avalia que o nosso sistema é *obsoleto, ineficaz e carcomido*, o que é evidente pela expansão acelerada da criminalidade e contribui para a descrença dos cidadãos nas instituições democráticas. Ele assevera que a problemática se complica pelo sensacionalismo da mídia, que mobiliza a opinião pública, mediante posição classificada pelo autor como *fundamentalista*. Por essa via, é compreensível que muitas pessoas defendam a criticamente que a solução para a violência social é mais prisões, penas maiores e segregação total. No discurso do senso comum, é habitual a frase: “fechar a porta da cadeia e jogar a chave fora”.

A despeito desses obstáculos, o autor em comento acredita no potencial da Justiça Restaurativa no país, participativa, para promover *os direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social, com dignidade*.

---

<sup>334</sup> Idem, p. 33 e 34.

<sup>335</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? IN SLAKMON, C, R De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. Justiça Restaurativa. Brasília- DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD. 2005, p 35.

<sup>336</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. *Crítica à implementação da Justiça Restaurativa no Brasil*. Disponível em <[http://ibjr.justicarestaurativa.nom.br/not/criticas\\_\\_aJR.pdf](http://ibjr.justicarestaurativa.nom.br/not/criticas__aJR.pdf)>. Acesso em 17/01/2010.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS E SUGESTÕES

Neste capítulo, pretende-se derivar dos conteúdos da investigação algumas considerações e sugestões, no intuito de contribuir para a implementação da justiça restaurativa no Brasil.

De início, cumpre mencionar que existem fundamentos teórico-legais que configuram a justiça restaurativa como possibilidade de operar no sentido de superação de problemas do sistema penal brasileiro.

A esse respeito, é pertinente ressaltar que, a despeito dos preceitos constitucionais garantistas, o sistema penal continua deficitário e injusto. As prisões encarceram uma população superior a sua capacidade e jamais alcançam o propósito de ressocialização. Além disso, não raro, conforme foi apontado no desenvolvimento deste trabalho, falhas processuais levam inocentes ao cárcere, como se pode inferir da jurisprudência dos tribunais.

O aumento das penas previstas não coíbe a prática delitiva. A despeito do agravamento das penas e da construção de cárceres mais seguros, a violência, antes, aparentemente restrita aos grandes centros urbanos, hoje obtém forte presença também em pequenas comunidades interioranas. A rigor, é preciso considerar a hipótese de que esse fenômeno atualmente tem maior visibilidade e, nesse sentido, os meios de comunicação de massa concorrem para a difusão do medo e, em paralelo, das demandas das elites no sentido de um direito penal máximo.

Outra situação exemplar refere-se ao fato de que, supostamente, visando a combater o chamado crime organizado, autoridades empregam meios violentos, em nome da ordem. No Direito brasileiro, a legislação não admite pena de morte; no entanto, cotidianamente, muitas pessoas são mortas, sob a justificativa de resistência à autoridade policial. Essas ocorrências, hoje banalizadas, apresentam-se em direção contrária aos comandos da Constituição da República, que assegura que “não haverá pena sem prévia cominação legal”, e nem “juízo ou tribunal de exceção”. A repressão ao crime feita de forma

violenta, por policiais despreparados, não concorre para a paz social, mas para a propagação da violência, fazendo vítimas desnecessárias e retroalimentando a violência social.

Por sua vez, prisões que não apresentam as mínimas condições, padecem de superpopulação, não dispõem de recursos para proporcionar assistência sanitária, médica, ou qualquer forma de respeito aos Direitos Humanos Fundamentais.

Tratado dessa forma, o apenado não encontra qualquer chance de recuperação: a vida na prisão reproduz o sofrimento, miséria e humilhação que provavelmente enfrentou desde a infância e certamente deverá suportar, quando tiver cumprido a pena, sendo a reincidência uma possibilidade que ocorre com enorme frequência.

Diante do evidente fracasso desse modelo, precisa-se, urgentemente, de uma política que promova a redução das desigualdades sociais, a melhor distribuição de renda, a possibilidade de educação para os jovens e condições para acesso ao trabalho, com remuneração condigna que possibilite uma vida decente.

Além disso, o Estado ao julgar o infrator, assumindo a execução da pena imposta, deve respeitar o princípio de que todos os homens, num Estado Democrático de Direito vivem sobre a proteção da lei. A democracia tem como premissa a garantia de igualdade de direitos, a justiça, preservando a cidadania.

A Lei de Execuções Penais existe e deve ser cumprida. Não foi criada para constar dos Códigos e dos livros de Direito. O legislador assumiu textualmente que é dever do Estado assistir ao preso e ao internado, com o propósito de prevenir o crime, orientando o retorno do mesmo à vivência em sociedade. Destarte, o Estado não pode se omitir, descumprindo suas responsabilidades.

São várias as violações dos preceitos legais da Lei de Execuções Penais. Uma das mais comuns é a da garantia preso de *proteção contra qualquer forma de sensacionalismo*. Esse direito é violado diuturnamente, precipuamente, quando pessoas presas são expostas na mídia, certamente com o intuito de prestar contas à sociedade, como suposta evidência de que as autoridades cumprem com seu dever de prestar segurança pública. Mas, como não houve inquérito, nem sentença condenatória, deveria prevalecer o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo que, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, deve predominar o direito previsto na Lei de Execuções Penais, pois não faz parte da pena a humilhação pública do condenado.

Em segundo lugar, quando se procura encontrar fundamentos filosóficos e sociológicos à Justiça Restaurativa, merecem relevo as produções de estudiosos de outras

áreas, os quais contribuem significativamente para que se questione a concepção tradicional sobre crime e justiça. Como indicado no decorrer da Dissertação, de longa data, alguns pensadores têm demonstrado que a origem das prisões não permite que se espere das mesmas algo similar à ressocialização.

Na mesma linha de raciocínio, pode-se pensar que o conflito não precisa ter como resposta a retribuição, na forma de pena e dor ao culpado. Num esforço de reverter esse quadro, cumpre levar em conta que um crime, que nada mais é do que a exteriorização do conflito que, na grande maioria dos casos, envolve problemas cuja origem radica fora do contexto do cometimento do ato ofensivo, compromete a vítima, o infrator e a comunidade.

Por isso, a Justiça Restaurativa representa novo paradigma ao processo penal tradicional, na medida em que busca intervir de forma efetiva no conflito. O pressuposto é de que se faz necessário restaurar as relações abaladas, promovendo-se a intervenção adequada à inclusão da vítima no processo restaurativo.

Também é crucial chamar atenção para o fato de que a Justiça Restaurativa não pretende substituir o sistema de justiça convencional, mas orienta-se para o propósito de que os conflitos obtenham resultados efetivos, ao encontro dos interesses das partes.

O histórico de implementação da Justiça Restaurativa em outros países, demonstra a possibilidade de sucesso no Brasil; reforçada por movimentos como a vitimologia e a criminologia crítica, a Justiça Restaurativa se baseia em valores, principalmente éticos, conferindo ênfase à dignidade do ser humano.

O enfoque principal da Justiça Restaurativa é a reparação do dano, obtida através do encontro das pessoas interessadas; trata-se de reconstrução, em busca das melhores soluções para os problemas, respeitando-se valores como participação, humildade, respeito, honestidade, responsabilidade, esperança, empoderamento.

A noção de empoderamento, em princípio, pode parecer confusa, duvidosa; porém, é importante para qualquer ser humano acreditar que pode mudar, participar e também pode ouvir o outro. Vítima e ofensor têm a oportunidade, cada um dentro de um contexto, de não se sentirem excluídos. Busca-se consenso, responsabilidade e nunca a impunidade, como muitos podem pensar. Assim orientado, o procedimento deve ser inclusivo, desenvolvido em colaboração e com solidariedade, sendo sempre uma escolha voluntária.

Alargando a abrangência do olhar, o estudo indica igualmente que o Neoconstitucionalismo detém alicerces relevantes para que se pense na Justiça Restaurativa. Nesse sentido, cumpre recordar que, após a segunda Guerra Mundial, redimensionou-se o

papel do Estado, com a repartição dos poderes, limitados e com o compromisso de garantir direitos e liberdades fundamentais.

Acompanhando a evolução da sociedade, o neoconstitucionalismo oferece um instrumental apoiado em princípios e direitos fundamentais, os quais precisam alcançar efetividade na vida dos cidadãos. Cumpre notar que o neoconstitucionalismo se orienta para a construção de uma sociedade justa, livre, de forma a preservar e respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana. Depreende-se do exposto que este é o ambiente ideal para o desenvolvimento da Justiça Restaurativa, pela segurança conferida ao sistema pela Constituição.

Em paralelo a considerações teóricas, esta Dissertação também contemplou algumas experiências que oferecem alguns indicadores de natureza prática acerca da implementação da Justiça Restaurativa no Brasil. Nessa ordem de raciocínio, cabe trazer a lume as seguintes conclusões, derivadas de relatórios de pioneiros desse modelo de justiça no território pátrio. Os Projetos desenvolvidos em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, em São Caetano do Sul, no Estado de São Paulo e no Distrito Federal, apresentam resultados significativos, os quais têm exercido influência na instalação de novas centrais de Justiça Restaurativa no país.

As experiências vivenciadas nas Varas da Infância e Juventude demonstraram uma nova visão no tratamento a ser dispensado aos jovens infratores. A política adotada foi a da inclusão, sem, contudo, esquecer a responsabilização.

Cabe mencionar a diferença de abordagem existente entre os projetos de Porto Alegre e São Caetano do Sul. Destarte, o grande canal de troca de experiências estabelecido por seus implementadores, tem de certo ajudado ao desenvolvimento dos programas.

O projeto desenvolvido em Brasília teve conotação diferente. Inserido num Juizado Especial Criminal – JECRIM, teve que superar a dificuldade de co-existir com o modelo de justiça retributiva.

O envolvimento de pessoas especializadas, como psicólogos e assistentes sociais, pode parecer obstáculo, encarecendo a implantação da Justiça restaurativa. Todavia, o sistema penitenciário é muito mais dispendioso, envolve maior número de profissionais, além de necessitar de grandes espaços físicos. A democracia envolve pluralismos, mas não há como se aceitar a idéia que muitos ainda têm de que a solução é a construção de grandes presídios.

Não se trata de um otimismo levado às últimas conseqüências. Num Estado Democrático de Direito é preciso investir e acreditar no homem, motivo final da existência do Estado. É premente valorizar as formas de relacionamento social, estabelecer canais que permitam formas de comunicação que construam o consenso, que promovam a igualdade, que procurem não excluir.

Outra conclusão é de que a prisão nem sempre é necessária... O sistema deficitário exclui o apenado da vida social, dando-lhe nova realidade, na maioria dos casos, cruel, autoritária. A dificuldade, a pergunta final é: como incluir novamente essa pessoa à sociedade?

Finalmente, no que concerne ao projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional, cumpre mencionar a importância de aprovação de uma lei infraconstitucional que retire o caráter experimental da Justiça Restaurativa. Enviado à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania em 13/03/2009, foi designado Relator o deputado Antonio Carlos Biscaia, do PT do Rio de Janeiro. O Parecer, apresentado por seu Relator<sup>337</sup> em 10/11/2009, rejeitou no mérito o PL nº 7.006, de 2006; embora reconhecesse a constitucionalidade e a juridicidade, julgou inadequada a técnica legislativa.

De fato, a técnica legislativa pode ser considerada inadequada, mas não pelos argumentos do Relator, mas pelas restrições que seus artigos contem para a prática restaurativa. Ademais, a demora no andamento da proposta em comento trouxe novo problema: a tramitação de projeto contendo reforma do Código de Processo Penal, que influenciará a elaboração da lei.

A rigor, desde o momento presente, até o que se pretende ao contemplar a possibilidade de ressocialização e restauração, em termos de direitos da vítima, há longo caminho a ser percorrido, com trabalho consciente e articulado, dia após dia. Acreditar na verdadeira democracia e na capacidade humana de modificar-se é o princípio de tudo.

---

<sup>337</sup>BRASIL. Parecer do Relator da Comissão de Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados Federais. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/712142.pdf>.> Acesso em 28/12/2009.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AZEVEDO, André Gomma de. O componente da mediação vítima-ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In SLAKMON, C., DE VITTO, e PINTO, R. Gomes (organizadores) *Justiça Restaurativa* Brasília: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 11<sup>a</sup> ed.. São Paulo: Malheiros, 1999.

BARRETO, Vicente de Paulo. Para além dos direitos fundamentais. IN KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.) *Direitos fundamentais e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo – RS: Unisinos. Rio de Janeiro –RJ: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. P.26 – 27. Capturado na Internet em 7/11/2008. Este trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante estada na Universidade de San Francisco (USFCA).

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. IN SILVA, Virgílio Afonso da, (org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnea Cretella. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. *Justiça Restaurativa: contribuições para seu aprimoramento teórico e prático*. IN´SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs.) *Criminologia e os Problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas S.A., 2008.,

BITTAR, Eduardo C.B. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social*. São Paulo: Manole, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. São Paulo: Forense, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3ª ed.. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BOTTINO, Thiago. *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY, Beatriz. *Projeto para o Século 21*. Disponibilizado em <[http://www.justica21.org.br/projeto\\_portoalegre.pdf](http://www.justica21.org.br/projeto_portoalegre.pdf)>. Acesso em 23/10/2009.

BRASIL. *Constituição da República do Brasil*. Livro Eletrônico de Legislação Brasileira: Servanda, 2009.

BRASIL. *Lei 9099/1995. Vade Mecum do Advogado*. Livro Eletrônico de Legislação Brasileira: Servanda, 2009.



BRASIL. Estatuto do Idoso: Lei 10.741/2003. *Vade Mecum* do Advogado. Livro Eletrônico de Legislação Brasileira: Servanda, 2009.

BRASIL. Código Penal: Decreto-Lei 2.848/1940. *Vade Mecum* do Advogado. Livro Eletrônico de Legislação Brasileira: Servanda, 2009.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei Nº. 3.689/1941. *Vade Mecum* do Advogado. Livro Eletrônico de Legislação Brasileira: Servanda, 2009.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L.8069.htm>. Acesso em julho de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Décima Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70022663934. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 26/06/2008) publicado em DJ de 16/07/2006 pesquisado em <<HTTP://www.tjrs.jus.br.>> Em 16/11/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS Apelação e Reexame Necessário Nº 70030285704, Quinta Câmara Cível. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 15/07/2009) <<HTTP://www.tjrs.jus.br.>> Em 16/11/2009.

BRASIL. Lei de Execuções Penais, de 11 de julho de 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L.7210/htm>. Acesso em: 25 de novembro de 2009.

BRASIL. Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L.10.792>>

BRASIL. Relatório da Comissão Participativa da Câmara dos Deputados – Brasília – Ano2006. Disponível em <<http://www.apache.camara.gov.br/porta/arquivos/camara/internet/comissoes/clp/publicacao/relatorio2006.pdf>>

BRASIL. Parecer do Relator da Comissão de Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados Federais. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/712142.pdf>. Acesso em 28/12/2009.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Reforma do Código de Processo Penal. Rio de Janeiro. Audiência Pública realizada em 15 de junho de 2009.

BRASIL. Carta de Araçatuba. Disponível em <http://www.un.org/ecosoc/doc/resdec.asp?id+315>. Acessado em 12/09/2008.

BRUNO, Aníbal. 3ª ed. *Direito Penal: pena e medida de segurança*. Tomo 3º. São Paulo: Forense, 1967

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezord. “Deu no jornal”: notas sobre a contribuição da mídia para a (ir) racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal. *IBCCRIM: Revista Liberdades* - nº 2 - setembro-dezembro de 2009.

CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4. ed., 2006.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de e BRANDÃO, Nuno. Sistemas processuais penais do Brasil e de Portugal – Estudo comparado. IN CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (Org.). *Processo Penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira*. Portugal: Almedina, 2009.

CARVALHO, Amílcar Bueno de. Conferência proferida no 15º Seminário Internacional - IBCCRIM, realizado em São Paulo no período de 25 a 28 de agosto de 2009.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

COMMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*. **In** Isonomia Nº 16/Abril 2002.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Trad. de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro, 2008.

COSTA, Álvaro Luiz da Silva e DELGADO, Ana Paula Teixeira. *A hermenêutica pós-positivista e o papel do magistrado*. In *Júris Poiesis*. Ano 9 n.9. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, Mestrado em Direito, 1999.

Declaración de Costa Rica: Sobre La Justicia Restaurativa em América Latina. Disponível em <<http://WWW.justiciarestaurativa.org/news/crdeclaration>. Acesso em 08/12/2009.

DALLARI, Dalmo. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Lei e cidadania. BDJUR.<<http://bdjur.Stj.gov.br>. > Acesso em 21/10/2009.

DUARTE, Écio Otto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito: aproximação à teoria argumentativa do direito*. São Paulo: Landy, 2004.

DUARTE, Écio Otto Ramos e Pozzolo, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

EDNIR, Madza [ e. all]. *Justiça e educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania/ Madza Ednir, organizadora*. - São Paulo : CECIP, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis – RJ: Vozes, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e trad. de Roberto Machado. 20ª ed.. Rio de Janeiro: Graal, 2004.

FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu e outros trabalhos*. Vol XIII. Tradução sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 2006

FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos*. Vol. XXI. Trad. sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago. 2006

GARCÍA – PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luís Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, 2 ed. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HASSEMER, Winfred. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles [et. al.]. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfred. *Direito penal libertário*. Trad. de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Trad. De Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ILANUD/Brasil. *Sistematização e Avaliação de Experiências de Justiça Restaurativa: Relatório Final*. 31 de janeiro de 2006. Disponível em <<http://www.ilanud.org.br>> Acesso 2/11/2009.

INFORMATIVO contido no <<http://www.idcb.org.br>> Acesso em XX de outubro de 2009.

INFORMATIVO institucional disponível em <<http://www.ibjr.org.br>> Acesso em 3/01/2010.

JORNAL O GLOBO, Rio de Janeiro, p. 14, 12 de junho de 2004.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In SLAKMON, C, R De Vítto, e R. Gomes Pinto, org. *Justiça Restaurativa*. Brasília- DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD. 2005.

KEMELMAJER, Aída. *Em búsqueda de La tercera via: La llamada “Justicia Restaurativa”, “Reparativa, “Reintegrativa” o “restitutiva. P. 274. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1723/15.pdf>>. Acesso em 08/12/2009.*

KOZEN, Afonso Armando. *Justiça Restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.*

LARRAURI, Elena. Criminologia crítica: abolicismo y garantismo. Disponível em <<http://www.cienciaspenales.net>. > Acesso em 12/09/2009.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Volume 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.*

LYRA, Roberto. *Expressão mais simples do Direito penal. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.*

MACIEL, Betânia. A ética da diferença: distribuição de bens e de oportunidades na produção do conhecimento científico. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt> >. Acessado em: 08/12/2009.

MALAGUTI BATISTA, Vera. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.*

MELO, Eduardo Rezende. A experiência em Justiça restaurativa no Brasil: um novo paradigma avançado na Infância e Juventude. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Ano IX, Nº 51, Ago-Set 2008.

MELO, Eduardo Rezende; MADZA, Ednir; YASBEK, Vânia Kuri. *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. São Paulo: CECIP, Fundo de População das Nações Unidas e Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasil. 2008.*

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. *Novo olhar sobre a questão penitenciária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. “Fac-símile da edição portuguesa, de Coimbra Editora, 2002”.*

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>>. Acesso em: 28 de setembro de 2009.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breve notícia sobre o projeto de lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal. In *Boletim do IBCCRIM*, Ano 17 – Nº 200, julho 2009.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Criminologia e Poder político: sobre direitos, história e ideologia*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

NETO, Pedro Scuro. *O enigma da esfinge. Uma década de justiça restaurativa no Brasil* In Revista Jurídica, Vol. 12, nº 23, p. 3-24, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.proxy.furb.br/ojs/index.php/juridico/article/view/833/655>>. Acesso em 08/12/2009.

Notícia disponível em <<http://www.defensoria.pa.gov.br>> Acesso em dezembro de 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Fábio Dantas de. Justiça Restaurativa e Lei Maria da Penha. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2078, 10 mar.2009. Disponível em: <[HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12439](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12439)>. Acesso em: 19 de setembro de 2009.

Diretrizes das Organizações das Nações Unidas – ONU, para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Resolução Assembleia Geral da ONU Nº 45/112 – 1990. Disponível em <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia>>. Acesso em 28/12/2009.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. In Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma>>. Acessado em 14/09/2009.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM- Monografia nº 52, 2009.

PELIZZOLI, Marcelo. *Fundamentos para restauração da Justiça. Resolução de conflitos, Justiça restaurativa e a ética da alteridade/diálogo*. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/documentos/artigos/040806/fundamentospararestauracaojustica.pdf>> Acessado em 10/12/2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? IN: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. 2005. *Justiça Restaurativa*, Brasília – DF: Ministério da Justiça e PROGRAMA DAS Nações Unidas Para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. *Crítica à implementação da Justiça Restaurativa no Brasil*. Disponível em <[http://ibjr.justicarestaurativa.nom.br/not/criticas\\_\\_aJR.pdf](http://ibjr.justicarestaurativa.nom.br/not/criticas__aJR.pdf)>. Acesso em 17/01/2010.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa. A era da Criminologia clínica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1442, 13 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9879>>. Acesso em: 19 de setembro de 2009.

PINTO, Renato Socrates Gomes. A construção da Justiça Restaurativa no Brasil. O impacto no sistema criminal. Disponível em < <http://www.idcb.org.br>> Acesso em 10/12/2009

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Mello. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (coordenador) *Acesso à Justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina, Introdução. In PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei do direito comparado*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2008.

POZZOLO, Susanna. *Metacritica dei neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico"*. Diretto E questioni pubbliche Palermo:n3, 2003.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed..Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

PRADO, Geraldo. Prefácio. In SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RANGEL, Paulo. *Reflexões teóricas sobre o processo penal e a violência urbana: uma abordagem crítica à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Rede de Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, Nº 4-outubro/novembro/dezembro de 2005. Disponível na Internet <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 08/09/2008.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e o e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2 ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Decisionismo e discricionariade judicial em tempos pós-positivista: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da constituição no Brasil*. Separata. Coimbra: Almedina, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. STRECK; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e Teoria geral do Estado*. 3. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Eliezer Gomes da; SALIBA. *Justiça Restaurativa, sistema penal, direito e democracia. Intercessões ético-discursivas*. Artigo originalmente publicado na *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, ano IX, n. 52, Out./Nov. 2008, pp. 171-198. Disponível em <[http://www.ibjr.justicarestaurativa./nom/br./pdfs/Justica\\_R.pdf](http://www.ibjr.justicarestaurativa./nom/br./pdfs/Justica_R.pdf)> Acesso em 30/11/2009.

TAVARES, Kátia Rubistein. *O direito penal do inimigo*. Disponível em <<http://icbnacional.org.br/IMG/pdf/doc-754.pdf>> Acesso em 14 de julho de 2009.

TODESCHINI, Remigio. *Os efeitos da globalização e regionalização do trabalho*. In SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio (Coord.). *Impactos da globalização: relação de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa*. São Paulo: LTR, 2001.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

UNITED NATIONS OFFICCE ON DRUGS AND CRIME – UNODC. *Handbook on Restorative Justice programmes*. United Nations publication; New York , 2006, p. 2.- Disponível em < [http://ibdr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/Ebook\\_justice.pdf](http://ibdr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/Ebook_justice.pdf)>. Acessado em 10/12/2009.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. de Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



WALGRAVE, Lode. *Imposição de restauração no lugar de dor: reflexões sobre a reação judicial no crime*. IN Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006 .Disponível em : ≤ <http://www.mj.gov.br/reforma>> . Acessado em junho de 2009.

VALE, André Rufino. *Aspectos do neoconstitucionalismo*. Revista do Direito Público. Estudos, Conferências e normas. N. 14. Out-nov. -dez./2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. de Sérgio Lamarão. 2. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed.. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 135 e 136.

ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, [et.al...]. *Direito penal brasileiro: primeiro vol*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZERH, Howard. Cap. 19. Avaliação e princípios da Justiça Restaurativa. In Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF:Ministério da Justiça, 2006, p. 416. Acessível em: < <http://www.mj.gov.br/reforma> > . Acessado em 19/09/2009

ZERH, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. de Tônia Van Acket. São Paulo: Palas Athena, 2008.

**ANEXO 1 -  
DECLARAÇÃO DA ONU SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA.**

Tomando nota da Resolução da Assembleia-Geral n. 56/261, de 31 de janeiro de 2002, intitulada “Planejamento das Ações para a Implementação da Declaração de Viena sobre Crime e Justiça – Respondendo aos Desafios do Século Vinte e um”, particularmente as ações referentes à justiça restaurativa, de modo a se cumprir os compromissos assumidos no parágrafo 28, da Declaração de Viena, anotando, com louvor, o trabalho do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa no encontro ocorrido em Ottawa, de 29 de outubro a 1º de novembro de 2001, registrando o relatório do Secretário-Geral sobre justiça restaurativa e o relatório do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa,

1. Toma nota dos princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativas em matéria criminal anexados à presente resolução;
2. Encoraja os Estados Membros a inspirar-se nos princípios básicos para programas de justiça restaurativa em matéria criminal no desenvolvimento e implementação de programas de justiça restaurativa na área criminal;
3. Solicita ao Secretário-Geral que assegure a mais ampla disseminação dos princípios básicos para programas de justiça restaurativa em matéria criminal entre os Estados Membros, a rede de institutos das Nações Unidas para a prevenção do crime e programas de justiça criminal e outras organizações internacionais regionais e organizações não-governamentais;
4. Concita os Estados Membros que tenham adotado práticas de justiça restaurativa que difundam informações e sobre tais práticas e as disponibilizem aos outros Estados que o requeiram;
5. Concita também os Estados Membros que se apoiem mutuamente no desenvolvimento e implementação de pesquisa, capacitação e outros programas, assim como em atividades para estimular a discussão e o intercâmbio de experiências;
6. Concita, ainda, os Estados Membros a se disporem a prover, em caráter voluntário, assistência técnica aos países em desenvolvimento e com economias em transição, se o solicitarem, para os apoiarem no desenvolvimento de programas de justiça restaurativa.

Anexo  
PREÂMBULO

Considerando que tem havido um significativo aumento de iniciativas com justiça restaurativa em todo o mundo.

Reconhecendo que tais iniciativas geralmente se inspiram em formas tradicionais e indígenas de justiça que vêem, fundamentalmente, o crime como danoso às pessoas,

Enfatizando que a justiça restaurativa evoluiu como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades,

Focando o fato de que essa abordagem permite que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades,

Percebendo que essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permite os ofensores compreenderem as causas e conseqüências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade,

Observando que a justiça restaurativa enseja uma variedade de medidas flexíveis e que se adaptam aos sistemas de justiça criminal e que complementam esses sistemas, tendo em vista os contextos jurídicos, sociais e culturais respectivos,

Reconhecendo que a utilização da justiça restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores.

I – Terminologia

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos
2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).
3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço

comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.

4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo.

5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.

## II. Utilização de Programas de Justiça Restaurativa

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional

7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais.

8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.

9. As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo.

10. A segurança das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução.

11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

## III - Operação dos Programas Restaurativos

12. Os Estados membros devem estudar o estabelecimento de diretrizes e padrões, na legislação, quando necessário, que regulem a adoção de programas de justiça restaurativa.

Tais diretrizes e padrões devem observar os princípios básicos estabelecidos no presente instrumento e devem incluir, entre outros:

- a) As condições para encaminhamento de casos para os programas de justiça restaurativos;
- b) O procedimento posterior ao processo restaurativo;
- c) A qualificação, o treinamento e a avaliação dos facilitadores;
- d) O gerenciamento dos programas de justiça restaurativa;
- e) Padrões de competência e códigos de conduta regulamentando a operação dos programas de justiça restaurativa.

13. As garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos;

- a) Em conformidade com o Direito nacional, a vítima e o ofensor devem ter o direito à assistência jurídica sobre o processo restaurativo e, quando necessário, tradução e/ou interpretação. Menores deverão, além disso, ter a assistência dos pais ou responsáveis legais.
- b) Antes de concordarem em participar do processo restaurativo, as partes deverão ser plenamente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis conseqüências de sua decisão;
- c) Nem a vítima nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo.

14. As discussões no procedimento restaurativo não conduzidas publicamente devem ser confidenciais, e não devem ser divulgadas, exceto se consentirem as partes ou se determinado pela legislação nacional.

15. Os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo a que tenham o mesmo status de qualquer decisão ou julgamento judicial, precluindo ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos.

16. Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal e ser decidido sem delonga. O insucesso do processo restaurativo não poderá, por si, usado no processo criminal subsequente.

17. A não implementação do acordo feito no processo restaurativo deve ensejar o retorno do caso ao programa restaurativo, ou, se assim dispuser a lei nacional, ao sistema formal de justiça criminal para que se decida, sem demora, a respeito. A não implementação de um

acordo extrajudicial não deverá ser usado como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente.

18. Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas.

19. Os facilitadores devem ter uma boa compreensão das culturas regionais e das comunidades e, sempre que possível, serem capacitados antes de assumir a função.

#### IV. Desenvolvimento Contínuo de Programas de Justiça Restaurativa

20. Os Estados Membros devem buscar a formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao uso da justiça restaurativa pelas autoridades de segurança e das autoridades judiciais e sociais, bem assim em nível das comunidades locais.

21. Deve haver consulta regular entre as autoridades do sistema de justiça criminal e administradores dos programas de justiça restaurativa para se desenvolver um entendimento comum e para ampliar a efetividade dos procedimentos e resultados restaurativos, de modo a aumentar a utilização dos programas restaurativos, bem assim para explorar os caminhos para a incorporação das práticas restaurativas na atuação da justiça criminal.

22. Os Estados Membros, em adequada cooperação com a sociedade civil, deve promover a pesquisa e a monitoração dos programas restaurativos para avaliar o alcance que eles tem em termos de resultados restaurativos, de como eles servem como um complemento ou uma alternativa ao processo criminal convencional, e se proporcionam resultados positivos para todas as partes. Os procedimentos restaurativos podem ser modificados na sua forma concreta periodicamente. Os Estados Membros devem porisso estimular avaliações e modificações de tais programas. Os resultados das pesquisas e avaliações devem orientar o aperfeiçoamento do gerenciamento e desenvolvimento dos programas.

#### V. Cláusula de Ressalva

23. Nada que conste desses princípios básicos deverá afetar quaisquer direitos de um ofensor ou uma vítima que tenham sido estabelecidos no Direito Nacional e Internacional.

Tradução Livre por Renato Sócrates Gomes Pinto<sup>338</sup>

---

<sup>338</sup>PINTO, Renato Sócrates Gomes. Tradução do documento arquivado no site <[www.un.org/ecosoc/docs/resdec.asp?id=315](http://www.un.org/ecosoc/docs/resdec.asp?id=315)>. Acesso em 18 de agosto de 2008.

## **ANEXO 2**

### **- CARTA DE BRASÍLIA**

Os participantes e painelistas da Conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”, realizada na cidade de Brasília, Distrito Federal, nos dias 14, 15, 16 e 17 de junho de 2005, ratificam a Carta de Araçatuba, aprovada pela Plenária do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado em Araçatuba – SP, em abril de 2005, e enunciam, no presente documento, denominado CARTA DE BRASÍLIA, os seguintes **PRINCÍPIOS E VALORES DE JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Considerando que:

O século XXI pode ser o século da justiça e da paz no planeta, que a violência, as guerras e toda sorte de perturbações à vida humana e ao meio ambiente a que temos estado expostos são fruto de valores e práticas culturais e, como tal, podem ser transformados;

O poder de mudança está ao alcance de cada pessoa, de cada grupo, de cada instituição que se disponha a respeitar a vida e a dignidade humana;

O modo violento como se exerce o poder, em todos os campos do relacionamento humano, pode ser transformado, mudando-se os valores segundo os quais compreendemos e as práticas com as quais concebemos a justiça em nossas relações interpessoais e institucionais;

Reformular nossa concepção de justiça é, portanto, uma escolha ética imprescindível na construção de uma sociedade democrática que respeite os direitos humanos e pratique a cultura de paz;

Essa nova concepção de justiça está em construção no mundo e propõe que, muito mais que culpabilização, punição e retaliações do passado, passemos a nos preocupar com o restabelecimento e a restauração de todas as relações que foram afetadas, em uma perspectiva focada no presente e no futuro;

Só desse modo será possível resistir às diversas modalidades de violência que contaminam o mundo, sem realimentar sua corrente de propagação;

Será necessário, por isso, recomendar que cada pessoa, família, comunidade e instituição promovam reflexões e diálogos acerca dos temas da justiça e da paz, em especial acerca das alternativas para implementar valores e práticas restaurativas;

Estas mudanças devem ser paulatinas e que, portanto não podem prescindir do modelo institucional de justiça tal como hoje estabelecido, sobretudo das garantias penais e processuais asseguradas constitucionalmente a todos aqueles que têm contra si acusações de práticas de atos considerados como infracionais, bem como a irrestrita observância dos direitos humanos garantidos pela ordem jurídica doméstica e internacional;

As práticas restaurativas não implicam em uma maximização da área de incidência do direito penal, mas, pelo contrário, uma reformulação do modo como encaramos a resolução dos conflitos;

As práticas restaurativas devem ser objeto da construção de uma política pública coordenada capaz de fomentar, fortalecer e difundir as boas experiências e devem ser objeto da reflexão específica diante do atual estágio da democracia na América Latina, devendo incluir necessariamente o poder público, a sociedade civil e organismos Internacionais do sistema global e regional de proteção dos direitos humanos;

As práticas restaurativas preconizam um encontro entre a pessoa que causou um dano a outrem e aquela que o sofreu, com a participação eventualmente de pessoas que lhe darão suporte, caso assim o desejarem, inclusive de advogados, assistentes sociais, psicólogos ou profissionais de outras áreas;

O envolvimento da comunidade é fundamental para a restauração das relações de modo não violento;

O encontro é a oportunidade dos afetados de compartilharem suas experiências e atenderem suas necessidades, procurando chegar a um acordo;

Os painelistas e participantes da Conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”, realizada na cidade de Brasília, Distrito Federal, nos



dias 14, 15, 16 e 17 de junho de 2005, registram que as práticas restaurativas e respectivas políticas públicas de apoio, devem se nortear pelos seguintes princípios e valores:

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. interdisciplinariedade da intervenção;
8. atenção às diferenças e peculiaridades sócio-econômicas e culturais entre os participantes e a comunidade, com respeito à diversidade;
9. garantia irrestrita dos direitos humanos e do 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 procedimentos restaurativos;
13. direito ao sigilo e 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 integradas;
16. Interação com o sistema de justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com base comunitária;
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.

Brasilia, 17 de junho de 2005.

## ANEXO 3

**CÂMARA DOS DEPUTADOS**  
**PROJETO DE LEI**  
**Nº , DE 2006**  
**(Da Comissão de Legislação Participativa)**  
**SUG nº 099/2005**

Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 1º - Esta lei regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 2º - Considera-se procedimento de justiça restaurativa o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa.

Art. 3º - O acordo restaurativo estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção.

Art. 4º - Quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa.

Art. 5º - O núcleo de justiça restaurativa funcionará em local apropriado e com estrutura adequada, contando com recursos materiais e humanos para funcionamento eficiente.

Art. 6º - O núcleo de justiça restaurativa será composto por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada.

§ 1º. À coordenação administrativa compete o gerenciamento do núcleo, apoiando as atividades da coordenação técnica interdisciplinar.

§ 2º. - À coordenação técnica interdisciplinar, que será integrada por profissionais da área de psicologia e serviço social, compete promover a seleção, a capacitação e a avaliação dos facilitadores, bem como a supervisão dos procedimentos restaurativos.

§ 3º - Aos facilitadores, preferencialmente profissionais das áreas de psicologia e serviço social, especialmente capacitados para essa função, cumpre preparar e conduzir o procedimento restaurativo.

Art. 7º - Os atos do procedimento restaurativo compreendem:

- a) consultas às partes sobre se querem, voluntariamente, participar do procedimento;
- b) entrevistas preparatórias com as partes, separadamente;
- c) encontros restaurativos objetivando a resolução dos conflitos que cercam o delito.

Art. 8º - O procedimento restaurativo abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos.

Art. 9º – Nos procedimentos restaurativos deverão ser observados os princípios da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinariedade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé.

Parágrafo Único - O princípio da confidencialidade visa proteger a intimidade e a vida privada das partes.

Art. 10 – Os programas e os procedimentos restaurativos deverão constituir-se com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, sempre que for necessário, para viabilizar a reintegração social de todos os envolvidos.

Art. 11 - É acrescentado ao artigo 107, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso X, com a seguinte redação:

X – pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo.

Art. 12 – É acrescentado ao artigo 117, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso VII, com a seguinte redação:

VII – pela homologação do acordo restaurativo até o seu efetivo cumprimento.

Art. 13 - É acrescentado ao artigo 10, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, o parágrafo quarto, com a seguinte redação:

§ 4º - A autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo.

Art. 14 - São acrescentados ao artigo 24, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, os parágrafos terceiro e quarto, com a seguinte redação:

§ 3º - Poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo.

§ 4º – Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo.

Art. 15 - Fica introduzido o artigo 93 A no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

Art. 93 A - O curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas.

Art. 16 - Fica introduzido o Capítulo VIII, com os artigos 556, 557, 558, 559, 560, 561 e 562, no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

## CAPÍTULO VIII

### DOPROCESSO

#### RESTAURATIVO

Art. 556 - Nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e conseqüências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo.

5

Art. 557 – Os núcleos de justiça restaurativa serão integrados por facilitadores, incumbindo-lhes avaliar os casos, informar as partes de forma clara e precisa sobre o procedimento e utilizar as técnicas de mediação que forem necessárias para a resolução do conflito.

Art. 558 - O procedimento restaurativo consiste no encontro entre a vítima e o autor do fato e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou contravenção, com auxílio de facilitadores.

Art. 559 - Havendo acordo e deliberação sobre um plano restaurativo,

incumbe aos facilitadores, juntamente com os participantes, reduzi-lo a termo, fazendo dele constar as responsabilidades assumidas e os programas restaurativos, tais como reparação, restituição e prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes, especialmente a reintegração da vítima e do autor do fato.

Art. 560 – Enquanto não for homologado pelo juiz o acordo restaurativo, as partes poderão desistir do processo restaurativo. Em caso de desistência ou descumprimento do acordo, o juiz julgará insubsistente o procedimento restaurativo e o acordo dele resultante, retornando o processo ao seu curso original, na forma da lei processual.

Art. 561 - O facilitador poderá determinar a imediata suspensão do procedimento restaurativo quando verificada a impossibilidade de prosseguimento.

Art. 562 -O acordo restaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final.

Parágrafo Único – Poderá o Juiz deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos.

Art. 17 - Fica alterado o artigo 62 , da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 62 - O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se, sempre que possível, a conciliação, a transação e o uso de práticas restaurativas.

Art. 18 – É acrescentado o parágrafo segundo ao artigo 69, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com a seguinte redação:

§ 2º – A autoridade policial poderá sugerir, no termo circunstanciado, o encaminhamento dos autos para procedimento restaurativo.

Art. 19 – É acrescentado o parágrafo sétimo ao artigo 76, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com o seguinte teor:

§ 7º – Em qualquer fase do procedimento de que trata esta Lei o Ministério Público poderá officiar pelo encaminhamento das partes ao núcleo de justiça restaurativa.

Art. 20 – Esta lei entrará em vigor um ano após a sua publicação.

Sala das Sessões, em \_\_\_ de \_\_\_ de 2006.

Deputado **GERALDO THADEU**

Presidente