

KAROLINE FREIRE OLIVEIRA

**JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO À AFIRMAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, como requisito parcial à obtenção de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska

CURITIBA

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

KAROLINE FREIRE OLIVEIRA

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO À AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska

Componentes:

Prof. Dr. Marco Berberi (PPGD/UniBrasil)

Prof.a. Dra. Clara Maria Roman Borges (PPGD/UFPR)

Curitiba

2019

Aos meus pais: Marlene, Itamar e Regina.

Pela vida.

“Se no teu distrito
Tem farta sessão
De afogamento, chicote
Garrote e punção
A lei tem caprichos
O que hoje é banal
Um dia vai dar no jornal
Se manchas as praças
Com teus esquadrões
Sangrando ativistas
Cambistas, turistas, peões
A lei abre os olhos
A lei tem pudor
E espeta o seu próprio inspetor
E se definitivamente a sociedade só te tem desprezo e horror
E mesmo nas galeras és nocivo
És um estorvo, és um tumor
Que Deus te proteja
És preso comum
Na cela faltava esse um”

Hino da Repressão, Chico Buarque.

AGRADECIMENTOS

Não caminhamos sozinhos. Ainda que diante de nossas mais íntimas reflexões sempre há alguém para compartilhar – ainda que sejam os atores e autores dos pensamentos. Esta dissertação foi construída por meio de um conjunto de pessoas, direta ou indiretamente, as quais foram fundamentais para sua realização. Logo, transcrever cada um daqueles que estiveram presentes nesta trajetória acadêmica, sinceramente seria um ato falho. Não intento a nominação de todos, o que não representa seu esquecimento. Porém, na pluralidade de influenciadores para essa jornada, alguns necessitam ser destacados.

Inicio meus sinceros agradecimentos ao meu orientador e amigo Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska, não apenas por sua sabedoria e seu olhar social crítico, mas, especialmente, por sua humildade, generosidade e pontualidade serem referências intelectuais e pessoais. Não obstante, no momento mais delicado deste período, você estava lá para dar-me as mãos com firmeza e confiança, ajudando-me a alcançar degraus mais altos e incentivando meu crescimento acadêmico, jurídico e como pessoa. Denomino-o como meu 'PAI DA ACADEMIA'! Minha gratidão é eterna! Obrigada!

Aos membros das bancas de qualificação e final, Prof^a. Dr^a. Clara Maria Roman Borges e Prof. Dr. Marco Berberi pelas contribuições críticas e sugestões feitas. Pressuponho que a edificação do saber advém de um processo crítico, vinculado com o diálogo e a argumentação.

Agradeço aos integrantes do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (NUPECONST), com os quais tive o prazer de dialogar durante este período.

Meu fiel agradecimento à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo financiamento da pesquisa durante os vinte e quatro meses de vigência de meu mestrado, o qual foi fundamental para que passos mais largos se fizessem possíveis.

Impulsionei minha gratidão ao Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law de Freiburg i. Br. (Alemanha), em nome de minha mentora, Dr^a. Johanna Rinceanu. Tive a satisfação de desenvolver, durante dois meses, pesquisa acadêmica neste centro de referência mundial. Estar na Alemanha foi basilar para que os horizontes sobre democracia, justiça e direito se ampliassem.

Não poderia deixar de agradecer ao amigo Marcelo Lebre, o responsável por me apresentar ao meu querido orientador Maliska, além de um grande incentivador à realização do mestrado. Obrigada!

Aos meus mestres Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier, Prof. Dr. Octávio Campos Fischer, Prof^a. Dra. Laura Garbini Both, Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira, Prof^a. Dr^a. Thais Lunardi, Prof. Dr. Flávio Bortolozzi Jr, Prof. MsC Valmor Padilha Filho, Prof. Dr. Rodrigo Pironti e Prof^a. MsC Rebeca Bacchi, cada um de vocês têm um cantinho especial nas minhas memórias acadêmicas, especialmente pelo incentivo para percorrer as estradas da pesquisa e da docência! Meus votos de agradecimento!

Exalto meus agradecimentos à minha amiga, companheira de mestrado e das atribuições de bolsista, Francieli Korquievicz Morbini. Pudemos dividir lágrimas, sorrisos, histórias, planos e ideias. Sempre somamos juntas! E, principalmente, pudemos construir uma amizade com o louvor de estarmos presentes uma para a outra em momentos delicados e semelhantes que vivemos nesse período. Obrigada pelas longas, construtivas e divertidas conversas.

Minha sincera gratidão à minha irmã de coração, Deborah Pereira Cardoso, amiga que esteve presente ativamente nesse período. Você sempre acreditou, incentivou, ouviu e foi a responsável por momentos de alegria memoráveis. Acredito serem incontáveis as noites de muitas risadas, loucuras instigantes e segredos compartilhados. Amo você 1.54m!

Ao meu amor, Paolo Martorano: *Thank you to support me, to believe in me and to be my partner, the love of my life and my best friend. Five thousand*

miles mean so little when someone means so much! I'm so honored to be part of your life. "How should I call this happy madness that I feel inside of me?" I know the answer: It's you! Ever thine. Ever mine. Ever ours. Love!

Aos meus anjos de quarto patas: Shakira, Khloe e Donatella. Sou feliz por amar os animais e ser retribuída com igual amor. Nos dias cansativos, aflitivos e felizes elas estão comigo. Shakira e seu dengo afetuoso; Khloe, 'a quadradinha', e sua calma cativante; e, minha bebê, Donatella, que chegou para ser meu querubim de luz e minha feliz companhia do despertar ao adormecer. Sempre ladeada por minhas meninas a vida é mais leve!

À Mama – Regina – minha madrinha, minha tia, minha melhor amiga, minha companheira da vida! Quando Deus me mandou ao mundo tive a honra de ganhar duas mães. Palavras são insuficientes para agradecer e externar o papel que desempenha na minha vida, desde aquela manhã fria de 29 de abril, quando me viu chegar ao mundo! Você é um exemplo de sensatez e fidelidade. Obrigada por estar ao meu lado sempre, pelos seus cuidados, por sua confiança e pela conexão espiritual que temos. Quero chegar aos setenta como você: disposta, risonha, divertida e feliz! Amo-a e a admiro infinitamente!

Em meus mais profundos pensamentos agradeço ao homem da minha vida, meu herói, meu companheiro, meu amigo, meu filho: meu pai, Itamar! De onde estiver, pai, obrigada por ser meu porto seguro, minha honra e meu acalento. Hoje está junto com Deus, certo que continua sorrindo, com seus olhos puxadinhos, protegendo-me. Em todas as etapas da minha vida estará sempre presente em meu coração. Obrigada por ser o melhor pai – fortaleza traduzida em alegria. Meu cisne branco agora cruza os ares e navega sob um belo céu anil. Amo você para sempre!

Finalizo meus agradecimentos à pessoa mais importante de minha vida, minha mãe, Marlene. A mais respeitável professora de minha vida. Por todos os lugares que passamos, você irradia luz. Guerreira, batalhadora, uma exímia profissional e com uma disposição invejável. Tenho orgulho e honro o legado que edificou. A experiência de sua vida, transformou a minha, me fez crescer,

ganhar asas, aprender a voar e finalmente perceber que com determinação, honestidade, humildade e sabedoria temos o mundo! OBRIGADA PELA VIDA, pela amizade, pelas oportunidades, por prezar por minha educação, pelo incentivo, pelos aplausos, pelo colo e pelo incondicional amor. Amo você indubitavelmente e eternamente! *Outros capítulos virão e você sempre será a protagonista da minha história.* Com amor, "TUTTI"!

RESUMO

A construção da justiça restaurativa no Brasil por meio da participação democrática à afirmação dos direitos fundamentais é a essencialidade da análise proposta. A pena é um elemento de representações sociais possíveis de desconstrução crítica, rechaçando-se seu domínio, em especial no que concerne à afluência. A alocação punitiva é entendida como prática edificada da realidade, vinculada com a concepção de poder punitivo, mas sem nele desaparecer, uma vez que procede um conceito de controle social, não especificamente estatal. O âmago da discussão está na edificação de práticas de restauração, as quais são dissemelhantes da aplicação da pena, com base na responsabilidade na alteridade, por meio de um discurso democrático, com a participação ativa dos envolvidos no conflito criminal. Analisa-se a teoria da pena com vistas à retribuição, à prevenção e às teorias ecléticas, por meio do olhar para o utilitarismo, posicionando-se pela inexequibilidade da matriz utilitarista. Revisita-se a análise em relação à relevância para a constituição de práticas de controle social, inserindo-se em uma proposição de práticas de restauração, impondo uma limitação ao discurso punitivo, com especial atenção no confisco do conflito e da exclusão da participação da vítima no processo penal. Rejeita-se a proposta de que a justiça restaurativa deve ser um mecanismo autônomo, apartado do sistema penal, como forma de alternativa penal. Observando os resultados do Relatório Analítico Participativo do Conselho Nacional de Justiça de 2018, que analisou programas de restauração entre os anos de 2005 e 2017, retirou-se que as práticas restaurativas tiveram seus objetivos desconstruídos, especialmente por exilar a legítima participação da vítima, do ofensor e da comunidade e mantendo o protagonismo do Poder Judiciário, ofendendo a democracia participativa e a perspectiva de afirmação dos direitos fundamentais. Nesta toada, fundamental a concepção de direitos fundamentais para a criação de um prognóstico de restabelecimento de práticas de restauração com efetividade no ordenamento jurídico brasileiro. Argumentou-se, por fim, que a justiça restaurativa tem elementos suficientes para a promoção da democracia participativa tal qual abertura à efetividade dos direitos fundamentais e da proteção à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Justiça restaurativa; democracia participativa; direitos fundamentais; controle social.

ABSTRACT

The construction of restorative justice in Brazil through participatory democracy to the affirmation of fundamental rights is the essentiality of the proposed analysis. The pen is an element of possible social representations of critical deconstruction, rejecting its dominion, especially as regards affliction. Punitive allocation is understood as a built practice of reality, linked to the conception of punitive power, but does not disappear there, once a concept of social control, not specifically state control, proceeds. At the heart of the discussion is the construction of restorative practices, which are different from the application of punishment, based on responsibility for otherness, through a democratic discourse, with the active participation of those involved in the criminal conflict. The theory of the penalty with respect to the retribution, the prevention and the eclectic theories is analyzed, through the perspectives of the utilitarianism, positioning itself by the unenforceable of the utilitarian matrix. The analysis is revised in relation to the relevance of constitution the social control practices, inserting itself in a proposal of restoration practices, imposing a limitation to the punitive discourse, with special attention in the confiscation of the conflict and the exclusion of the participation of the victim in criminal proceedings. Rejected is the proposal that restorative justice should be an autonomous mechanism, separate from the penal system, as a form of alternative criminal. The results of the Participatory Analytical Report of the National Council of Justice in 2018, which analyzed restoration programs between 2005 and 2017 developed inside the Brazilian system, it was found that restorative practices had their objectives deconstructed, especially for exiling the victim's legitimate participation, offender and the community, maintaining the leading role of the Judiciary Branch, offending the participatory democracy and the prospect of affirmation the fundamental rights. In this regard, it is essential to conceive fundamental rights for the creation of a prediction restoration practices with effectiveness in the Brazilian legal system. Finally, that restorative justice has sufficient elements for the promotion of participatory democracy, such as openness to the effectiveness of fundamental rights and protection of the dignity of the human person.

Keywords: Restorative justice; participatory democracy; fundamental rights; social control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. REVISITANDO A CENTRALIDADE DA PENA NO DIREITO PENAL	19
1.1 O FUNDAMENTO ESTATAL DA APLICAÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA.....	19
1.2 O DIÂMETRO PREVENTIVO E AS REFERÊNCIAS ECLÉTICAS DA TEORIA DA PENA.....	34
1.3 PARÂMETROS POLÍTICOS-FILOSÓFICOS DA PENA E OS CAMINHOS PELA VITIMOLOGIA	46
2. OS CAMINHOS PELA RESTAURAÇÃO E CONTROLE SOCIAL	61
2.1 A RELAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL COM AS PERSPECTIVAS RESTAURATIVAS.....	61
2.2 APARATOS CONCEITUAIS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	74
2.3 PRÁTICAS RESTAURATIVAS E A ATUAÇÃO DO ESTADO: EMBARAÇOS À INSTITUCIONALIZAÇÃO.....	87
3. JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CAMINHOS PELA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	103
3.1 A DESCONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA POR MEIO DAS SINGULARIDADES ADOTADAS NO MODELO BRASILEIRO.....	103
3.2 O PROGNÓSTICO DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL E A CONCEPÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	119

3.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A PROMOÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: O CAMINHO PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	136
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	165
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	169

INTRODUÇÃO

Em sua obra “Economia e Sociedade”, Max WEBER, ensinou que “o Estado moderno é uma associação de dominação institucional, que dentro de determinado território pretendeu com êxito monopolizar a coação física legítima como meio da dominação”¹. Inaugura-se enfatizando as lições do sociólogo e jurista alemão, uma vez que a linha de partida para a compreensão global do sistema criminal brasileiro soma duas locuções: coação legítima e dominação.

A fundamentação do controle de coação física legítima pelo Estado moderno, que concentra na aplicação da pena sua máxima entoação de superioridade, tenciona neutralizar e castigar pela dor como resposta afirmativa de um Estado atuante e punitivo – tal qual forma de publicidade mesquinha. Defronte a esta conjuntura social, a consolidação de um Direito Penal e Processual Penal edificados com base nas garantias constitucionais resultaria a tornar-se, não menos que, uma forma de baliza ao arbítrio.

Da apreciação do título proposto, podem ser feitas as primeiras anotações: a restauração no prisma de um instrumento que possa alavancar os direitos fundamentais trazidos na Constituição da República Federativa do Brasil, é um modelo que encaminha para um enfoque grandemente normativo e que deve ser estruturado sob a óptica da filosofia política da punição.

Deste modo, a agregação do termo “restauração” ao sentido de controle social exprime que se quer elevar o debate ao movimento da justiça restaurativa, a qual tem sido conteúdo de grande atenção às discussões acadêmicas de forma mais acirrada há cerca de duas décadas no Brasil. O intento é estremar questões fundamentais: inicialmente, que não faz parte da busca restaurativa aproximar, mas diferenciar a concepção de restauração em relação à atual compreensão de punição tradicional, o que apenas se faz possível por meio da afirmação de uma caracterização de censura que não pode ser compreendida como um meio de imposição proposital de causação de dor.

Desta partida, mister o resgate da latência à criticidade da reflexão em relação ao controle social e elevar o questionamento da necessidade da

¹ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. I e II. Trad. Regis Barbosa e Karen Barbosa. Brasília: Ed. UnB, 2012, p. 529.

existência de afluência para a obtenção de uma incumbência expressiva e comunicativa para a obtenção de resposta ao conflito sem sofrimento.

Assim, perspectiva-se a reflexão em relação à edificação de práticas de restauração que se baseiem na alteridade, ou seja, na ativa participação dos envolvidos no conflito, afastando a afluência a qual está calcada na imperatividade de mecanismos de sofrimento através da aplicação da pena.

Desta forma, deve-se deixar claro que as práticas restaurativas devem estar fundamentadas na alteridade e na democrática participação das partes envolvidas no conflito.

O atual cenário de práticas restaurativas no país, majoritariamente, não reflete seus valores e princípios o que vem resultando em um meio de “alternativa penal”, não sendo este seu objetivo, pois, da manutenção de programas de restauração sem a preservação da alteridade, não há margem para que as práticas restaurativas sejam efetivas, restando a elas resultados inexpressivos e insignificantes.

As práticas restaurativas instituiriam um limite ao discurso punitivo para a proclamação dos ditames constitucionais, em especial à um valor trazido pela Carta Maior o qual é imperioso diante do ordenamento jurídico do país, qual seja, a dignidade da pessoa humana e, claramente, do Estado Democrático de Direito e da consequente afirmação dos direitos fundamentais, uma vez que o controle social constitui meio discursivo que fundamenta o sistema penal tradicional; entretanto, essas iguais maneiras não suportariam servir como limite se montadas sob o prisma de censura pela restauração e estabelecidas na alteridade?

Deve-se perceber que com a restauração se buscam reintegrar os laços perdidos e, sob a ótica do todo social, a preservação da Carta Magna para que as práticas restaurativas desponham em um meio de participação democrática dos indivíduos vinculados com o conflito criminal e a comunidade, buscando a proclamação de um processo justo tal qual direito fundamental e como meio de afastamento da punição pela aplicação da pena como medidas de efetivação do eixo constitucional.

Neste diapasão a pretensão está nos verbos ‘querer’ e ‘modificar’. O querer está vinculado com a vontade das partes para a realização de um acordo que resgate os fundamentos constitucionais; o modificar está na perspectiva de

um Poder Judiciário atuante que altere suas lentes para a construção de práticas de restauração que tragam resultados eficazes, além de delinear o sentido do que se pretende com a justiça restaurativa no Brasil: a elevação dos direitos fundamentais, o resgate do valor basilar da Constituição e mecanismos garantidores do Estado Democrático de Direito.

O ideal é que a restauração, em cada programa, torne-se uma oportunidade de reconhecimento e transformação social, vindo a se tornar, assim, uma “justiça transformativa”². Harmonizar a justiça restaurativa no contexto brasileiro exige uma incitação especulativa de visualizar a punição afastada da aplicação da pena, parecendo sensato o resgate relacionado com o controle social material o qual foi basilar às teorias do *labeling approach*³. O desafio, então, é a procura pelo delineamento de um modelo que eleve o desígnio da restauração como meio cativante à esfera constitucional que abrange o resgate dos direitos fundamentais no tocante à ordem criminal, retirando a afluência para o alcance da democracia participativa.

Importante salientar que não considera a sugestão de uma substituição ao processo penal, mas na intenção do ajuste das práticas restaurativas no Brasil, com o objetivo de alcançar resultados satisfatórios em prol do restabelecimento dos direitos fundamentais. Ademais, precioso informar que o trabalho com a realidade fática não possibilita a autonomia à justiça restaurativa, mas preconiza que o Poder Judiciário seja comunicativo ao intento de criar possibilidades com a restauração para efetivar princípios básicos de cidadania, celeridade, dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos e promoção da paz social por meio da solução pacífica dos conflitos através das práticas de restauração.

Indica-se que, em qualquer momento se perspectivou à análise de que tipos penais cabem à justiça restaurativa ou como seria sua inserção no vigente processo penal ou de que forma seria institucionalizada, mas a atenção à democracia participativa e do justo processo intentos de fazer da justiça

² WOOLFORD, Andrew. **The Politics of Restorative Justice: a critical introduction**. Manitoba: Fernwood Publishing, 2009, p. 17.

³ Conforme a apresentação trazida no texto: MELOSSI, Dario. Overcoming the crisis in critical criminology: toward a grounded labeling theory. **Criminology**, v. 23, n. 2, 1985, p. 193-208.

restaurativa, com seus valores, princípios e resultados práticos, um instrumento à afirmação dos direitos fundamentais.

Ainda, para o conceito de justiça restaurativa, inexiste univocidade, assim não havendo conceito ou concreto modelo de aplicação, há valores e princípios estabelecidos da desconstrução de algumas fantasias legitimantes do sistema penal tradicional e que procuram dar um novo entendimento sobre a solução do conflito.

Cada prática pode aproximar ou distanciar, nos fatos, dos princípios fundamentais da justiça restaurativa e, consecutivamente, da exasperação do colendo constitucional fundamental. Entretanto, de qualquer maneira, debater a abertura das possibilidades de participação de vítima, ofensor e comunidade como um projeto político – o que também pode transportar a seu entendimento como movimento social – tanto porque situado pelo contexto em que se encontra inserida, como porque, se rejeitada tal inclinação para transfiguração social, as práticas de restauração serão seguramente adequadas e operacionalizadas para outras utilidades e, repetidamente, para o prolongamento e instrumento à relegitimação do poder punitivo do Estado, o que pode ser demonstrado pelo Relatório Analítico Propositivo publicado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018, que demonstra essa forma de distorção do estabelecimento e funcionamento das práticas restaurativas entre os anos de 2005 e 2017.

Para a compreensão do que foi trazido no título, apontaram-se parâmetros gerais relativos ao que de fato se compreende por direito fundamental e, especialmente, as restrições a esses direitos por parte do Estado.

Finalmente, a intenção basilar está na situação da justiça restaurativa em processos mais amplos que envolvem a redemocratização do país e os fenômenos correlatos do protagonismo do Poder Judiciário e da judicialização da política, e questões atinentes às inovações e permanências no campo estatal da administração de conflitos no país. As análises apontam para a tendência de formas dissemelhantes do tradicional modelo de justiça criminal na administração dos conflitos, ao absorverem determinadas particularidades do contexto brasileiro, passem a reproduzir o modelo restaurador e perpetuar sua lógica.

Portanto, as questões que se colocam nesta pesquisa envolvem o processo de edificação da justiça restaurativa e seus efeitos no campo da

administração de conflitos no Brasil, com olhos para a perpetuação de um modelo baseado na democracia participativa, na abertura para o restabelecimento do princípio da dignidade humana e, por consequência, dos direitos fundamentais. Fundamentalmente, procura-se compreender de que forma o campo da administração de conflitos criminais é impactado pela introdução da justiça restaurativa para a preservação dos preceitos constitucionais, e, ao mesmo tempo, quais efeitos decorrem do protagonismo do Poder Judiciário na implementação da justiça restaurativa no Brasil.

A dissertação se organiza, assim, em três capítulos. No primeiro, são elaboradas as premissas e discursos da centralidade da teoria da pena e sua crítica. Retomam-se apontamentos relativos ao debate entre a função retributiva da pena, justiça e utilitarismo na seara da filosofia; seguidamente foram visualizados os aspectos preventivos da pena e as teorias ecléticas, também denominadas mistas. Finalmente, perspectivou-se realizar uma breve análise dos argumentos político-filosóficos que englobam o fundamento estatal para a aplicação da pena.

O segundo capítulo cuidou por atinar os mecanismos restaurativos e o controle social, numa prima análise da relação entre o controle social e a justiça restaurativa, esboçando a sugestão de um modelo de censura distante daquele vinculado na produção de dor e aflição, mas de uma dimensão comunicativa, por meio da resolução pacífica dos conflitos, construindo um limite ao discurso punitivo através da participação ativa dos envolvidos no conflito criminal, com especial atenção na responsabilidade na alteridade. Ainda, neste instante que se abriu oportunidade para estabelecer os aparatos conceituais de justiça restaurativa e designar as dificuldades e embaraços à institucionalização da justiça restaurativa, com especial atenção à atuação do Estado.

O terceiro capítulo, por fim, passou a apresentar a justiça restaurativa como meio da promoção da democracia participativa e da proclamação da utilização de um justo processo como direito fundamental, sendo identificados os caminhos para a efetividade dos direitos fundamentais por meio de práticas restaurativas, com o resgate do princípio da dignidade à vítima e ao ofensor e à promoção dos ditames do Estado Democrático de Direito. Ademais, partiu-se de importante desdobramento para a compreensão da justiça restaurativa no Brasil: a contextualização da desconstrução do objetivo da justiça restaurativa por meio

dos arranjos particulares de aplicação, levando em conta o protagonismo do Poder Judiciário na construção de práticas que se desencontram dos valores e princípios restaurativos e promotores dos arquétipos constitucionais. Em segundo momento se ensejou apresentar o prognóstico da aplicação da justiça restaurativa no Brasil, com a concepção de direitos fundamentais e o incremento do processo de redemocratização.

Finalmente, as possibilidades para a promoção da democracia participativa e da visualização do devido processo legal substantivo, o qual remete à ideia de justiça do processo por meio da utilização e destaque ao princípio da razoabilidade, como direito fundamental o qual dá sustentação positiva central à justiça restaurativa, em especial pelo do direito fundamental ao processo justo como o caminho restaurador à efetividade dos direitos fundamentais, em especial à toada da harmonização social dos direitos fundamentais, com o progresso de uma reorganização do Poder Judiciário participativo e à atuação política das partes para a resolução pacífica do conflito criminal com a aplicação de práticas de restauração.

CAPÍTULO 1

REVISITANDO A CENTRALIDADE DA PENA NO DIREITO PENAL

A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia?

Serve para isso: para que não deixe de caminhar.

(Fernando Birri por Eduardo Galeano)

1.1 O FUNDAMENTO ESTATAL DA APLICAÇÃO RETRIBUTIVA DA PENA

A pauta das fervorosas discussões políticas que ocorrem, em especial, nos períodos eleitorais, está inserida no contexto da (in)segurança pública e da aplicação de pena, que são elementos de discursos utilizados para estabelecer um complexo emaranhado de comunicação com a população⁴. A clarividência das taxas de violência que se sobrepõe à atuação do sistema de justiça criminal no Brasil e em outros países do ocidente, são inversamente proporcionais aos estudos desenvolvidos academicamente, tanto naquilo que concerne à política quanto à justiça em relação à pena e sua justificativa estatal, o que gera incontáveis adversidades com antinomias, antagonismos e perquirições sem respostas, além de sustentar um singular vínculo em relação à teoria do delito⁵.

A pena é extraída de uma ordem do Estado e está atrelada aos indivíduos que são propriamente condenados, de uma aspereza que não seria admissível caso imposta a quaisquer outros sujeitos ou diante de uma situação dessemelhante: basta essa asseveração para se conceber a ímpar

⁴ Neste sentido, eleva-se ao cerne da proposta do populismo penal. Em relação à questão, válida leitura de SALAS, Denis. **La volonté de punir**: essai sur le populisme penal. Paris: Hachette Littératures, 2008.

⁵ Em relação à temática, v. BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal e nosso tempo**, p. 470 – 473: “é forçoso reconhecer que antes da composição de uma teoria do delito, os problemas do Direito Penal não eram apresentados de forma dissociada entre imputação e castigo. Os autores que se ocuparam de apresentar fundamentos para este ramo do Direito não afastaram, em momento algum, as razões da punição e o próprio castigo (...). Na verdade, resulta nítido o hiato entre o Direito Penal (...) que representava a defesa do indivíduo contra o interesse coletivo político-criminal e a perspectiva da pena, que tinha o caráter claramente orientado à recondução do indivíduo ao status quo determinado para a coletividade”.

indispensabilidade da justificação da pena⁶. Afirmar benemerência da pena, neste diapasão, aduz uma questão de natureza moral que não pode ser afastada da instituição legal da pena, que “envolve a inflicção deliberada e intencional de sofrimento. É por conta disso que se trata de uma instituição que exige justificação de uma maneira que outras instituições políticas não exigem”⁷.

De acordo com FERRAJOLI, o garantismo penal é um molde normativo que está vinculado com o dever-ser, isto é, exprimido diante do divórcio entre o direito e a moral, baseando-se no princípio da legalidade, na fundação de garantia à diretriz mais lânguida e na imposição de justificação externa do Estado aos seus atos⁸, em especial naquilo que concerne à prevenção geral da pena.

A pena privativa de liberdade é considerada imprópria para alcançar os fins a que se propõe e, neste sentido, FERRAJOLI destaca que, da observação de um lapso temporal longo, poder-se-ia falar na total abolição da pena, porém, numa realidade mais próxima, o que se projeta é a minimização do uso da pena e da ampliação da aplicação de medidas alternativas⁹.

Com a reconhecimento de que a pena carrega aspectos negativos e agnósticos, “a única função legítima possível que resta ao direito penal e processual penal não seria a justificação ou legitimação do poder punitivo, mas sua contenção e redução”¹⁰. Na busca por um fundamento jurídico da pena, Tobias BARRETO indica que tal pesquisa deve estar atrelada ao fundamento jurídico da guerra, uma vez que “o conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”¹¹, tal qual uma medida de aminguamento de prejuízos.

O que pode ser extraído é a contenda de que o conceito negativo e agnóstico nega todos os elementos legitimantes da pena presentes no contratualismo e liberalismo penal, os quais não captaram que “qualquer

⁶ BOONIN, David. **The problem of punishment**. New York: Cambridge University Press, 2008, p.1.

⁷ BEAN, Philippe. **Punishment: a philosophical and criminological inquiry**. Oxford: Martin Robertson, 1981, p. 2.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995, p. 851.

⁹ Ibidem, p. 411 – 412.

¹⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 23.

¹¹ BARRETO, Tobias. Fundamento do direito de punir. **Estudos de Direito**. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 177 – 178.

legitimação parcial é enganosa pois neutralizada e contamina toda a função de contenção”¹².

De qualquer maneira, incontestável que “a teoria agnóstica não é uma teoria da pena, mas um modelo dogmático crítico que objetiva (...) restringir a *potentia puniendi*”¹³.

A teoria agnóstica abstém-se de aderir a qualquer modelo de justificação, de um lado; concentra-se na minimização dos danos, de outro. Ocorre que mesmo se hipoteticamente observado, respeitado e bem-sucedido o modelo de um direito penal subsidiário e fragmentário, como limite do arbítrio, ou se admitida a pena somente nos casos de última e extrema *ratio*, respeitando-se todas as garantias processuais, seguiríamos sem atentar efetivamente à elaboração e resolução do conflito em questão, perdendo de vista (...) o referente material da criminalidade¹⁴.

ZAFFARONI afirma que tampouco o desígnio da finalidade de proteção dos bens jurídicos e nem a ideia de direito penal baseada na teoria negativa do poder de punir se aflingem essencialmente com os direitos individuais golpeados na materialização dos casos, restando, portando, a busca pela limitação do poder punitivo mediante a asserção de bens jurídicos “pertencentes a todos nós, vítimas em potencial”¹⁵. Nesta toada, GIAMBERARDINO enaltece que há uma preocupação verticalizada em relação à “coesão social e por meio do Estado”, reiterando-se, através do funcionalismo, a finalidade de prevenção geral positiva e, neste sentido, de nenhum modo buscando realocar a vítima na construção de um aparato capaz de refrear e comedir o poder punitivo¹⁶.

Para GÜNTHER, “no caso de renúncia à pena, a paz jurídica estaria ameaçada apenas porque a necessidade social de punição, (...) ficaria insatisfeita e precisaria procurar um novo meio para sua satisfação”¹⁷. Porém, tal

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde una margen. Bogotá: Temis, 1988, p. 62.

¹³ Ibidem, p. 66.

¹⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 24.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximación desde una margen. Bogotá: Temis, 1988, p. 61.

¹⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 25.

¹⁷ GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena – II. **Revista Direito GV5**, v.3, n. 1, jan/jun.2007, p. 138.

questão não deve ser sustentada na perspectiva de se perguntar diretamente o conceito de pena e a viabilidade de laborar com uma concepção de controle social, o qual não deve ser equivocadamente confundido com a noção de poder punitivo estatal. Desta forma, reconhecer o poder punitivo manejado pelo Estado “para ser uma premissa decisiva para que se possa tratar de outras” questões “que não sejam compreendidas simplesmente como a atribuição de uma nova função positiva à pena” e, por conseguinte, uma relegitimação do poder punitivo¹⁸. Primordial a retomada das perspectivas desconstrucionistas, baseadas na viabilização da possibilidade de uma crítica apta a altivar e não se satisfazer com expedientes de longo prazo com embaraços em não transfigurar, nos fatos, inéditas fórmulas de remodelação da estrutura penal.

Para tanto a compreensão da racionalização da pena e suas teorias retributiva e preventiva se fazem necessárias à edificação de um arsenal para a desconstrução da representação social da pena e a promoção da participação ativa dos sujeitos no conflito, impulsionando a constitucionalização da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro.

As diversas possibilidades expugnadas pelas justificações normativas da pena foram metodizadas por BARATTA em duas perspectivas diferentes, na primazia à ideia de justiça e naquela de utilidade. Por essa ordem, ocuparam-se das teorias absolutas e relativas, numa perspectiva europeia, ou por meio de uma querela entre prevenção e retribuição, reflexos das análises penológicas anglo-saxãs¹⁹.

Percebe-se que a atual perspectiva da pena, em seu sentido moderno, é a utilitarista com a redução da “preocupação com questões de justiça estritamente à força do princípio da proporcionalidade, especialmente no momento de aplicação judicial da pena”²⁰ e elevação da ideia de pena como um

¹⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 26.

¹⁹ BARATTA, Alessandro. Vecchie e nuove strategie di legittimazione della pena. **Dei delitti e delle pene**. v. 2, Bari: Scientifiche Italiane, 1985, p. 247 – 268.

²⁰ BURGH, Richard. Do the guilty deserve punishment? **The Journal of Philosophy**. v. 79, n. 4, 1982, p. 194. Ainda sobre a matéria, válida a leitura deste trecho: “*Thus, admitting that deliberate imposition of suffering is an evil, the utilitarian, in effect, claims that two wrongs may make a right. Not in the sense that the second wrong has a consequence a state of affairs in which there is more good than evil*”.

mal, porquanto dirigido à realização de um bem em desígnios de utilidade e efeito da prevenção²¹.

A punição como objeto de estudo é um conjunto complexo de processos e de instituições interligadas, nunca um objeto ou evento uniforme e insuscetível de redução a um singular significado de objeto²².

O conceito de pena quase sempre gira em torno à ideia de privação ou castigo previsto por uma lei positiva para quem se torne culpado de uma infração, podendo seguir uma de três linhas de justificação: como restabelecimento da ordem da justiça, como salvação ou correção do réu ou como defesa da sociedade²³.

O conceito de pena, por meio de uma análise filosófica²⁴, é mesclado à compreensão de pena privativa de liberdade, uma vez que têm elementos definidores baseados na exigência de um dano, devendo, para tanto, ser conflagrada de uma maneira intencional, objetivando retribuir e censurar o ato ilícito cometido e, para realizar-se, está autorizada pelo poder estatal²⁵.

Destaque para o fato de que “se o pensamento utilitarista funda o direito penal moderno tende a impor (...) o exaurimento”²⁶ das discussões relativas ao conceito de pena e, especialmente, o propósito da aplicação de uma pena, pouco restando ao anelo de racionalização da pena, que remete a “expressar alguma coisa que se apresente como moralmente aceitável, no âmbito prático”²⁷.

²¹ BURGH, Richard. Do the guilty deserve punishment? **The Journal of Philosophy**. v. 79, n. 4, 1982, p. 194.

²² GARLAND, David. **Punishment and Modern Society**: a study in a social theory. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 16 – 17.

²³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 68.

²⁴ Sobre o tema, ler: HART, Herbert. Prolegomenon to the Principles of Punishment. **Punishment and Responsibility: essays in the philosophy of law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 4 – 5.

²⁵ BOONIN, David. **The problem of punishment**. New York: Cambridge University, 2008, p. 26.

²⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 68.

²⁷ TAVARES, Juarez. A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no Estado Democrático. ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Org.). **Estudos críticos sobre sistema penal**: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 867. Nesta perspectiva, mister o destaque aos riscos de tal posicionamento, em particular, quando afasta-se a inquietude com o princípio da proporcionalidade e coloca-se em destaque a prevenção. Tal apontamento pode ser ilustrado por meio de um caso ocorrido nos Estados Unidos da América, em que o membro da Suprema Corte norte-americana, Antonin Scalia, proferiu sua argumentação no sentido que “a pena de 25 anos por roubo de três clubes de golfe não seria desproporcional porque a proporcionalidade é

Sob o prisma da retribuição da pena servem, claramente, inúmeros conceitos, sendo impossível a redução a uma designação homogênea²⁸. Tal ponderação é complexa por diversos aspectos, destacando-se a densidade da matéria, que não se basta diante dos estudos jurídicos, o que leva, muitos doutrinadores, ao acolhimento das designadas ‘teorias mistas’ ou ‘teorias ecléticas’, que carregam aspectos filosóficos herméticos que são antagônicos uns em relação aos outros²⁹.

As teorias utilitaristas (...) não adentram efetivamente no debate sobre a justificação retributiva da pena, supondo-a, simplesmente, como expressão de uma ‘vingança sem sentido’ ou de uma frágil vinculação entre culpa e castigo. Uma primeira linha de abordagem das teorias retributivas remota exatamente à filosofia idealista ocidental de base kantiana; em segundo lugar, há a emergência do neorretribucionismo na segunda metade do século XX, que embora com os mesmos fundamentos confere maior ênfase à ideia de ‘merecimento’; e, por fim, pode-se situar em apartado, como um terceiro grupo, as teorias expressivas ou denunciatórias da pena³⁰.

Nesta continuidade, essencial a diferença entre a justificação da instituição política da pena e a aplicação da pena no caso concreto. Diante desta acepção destacam-se as lições de DOLINKO que se expressam no diagrama: ‘por que punir?’, ou seja, a ideia da justificação racional da pena, vinculada aos

um conceito retributivo e a retribuição não seria um princípio político-criminal adotado nos EUA”. (TONRY, Michel. Introduction. Thinking about punishment. TONRY, Michel (Ed.). **Why Punish? How much? A Reader on Punishment**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 30). O argumento utilizado pelo Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos é confuso na medida em que apreensões com a proporcionalidade não são incomuns diante do utilitarismo, tal qual pode ser retirado das lições de Jeremy Bentham (BENTHAM, Jeremy. **The rationale punishment**. London: Prometheus Books, 2009 [1830]).

²⁸ DOLINKO, David. Some thoughts about retributivism. **Éthics**. v. 101, n. 3, The University of Chicago Press: 1991, p. 537.

²⁹ Assinala-se, em relação à discussão, que para BERINSTAIN, as teorias ecléticas são ‘pragas’ à legislação penal contemporânea, em especial ao ensino do Direito. (BERINSTAIN, Antonio. **La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas**. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 14). Sobre a ‘fragmentação das teorias da pena’, ou seja, a aplicação de teorias mistas, por exemplo, Salo de Carvalho enfatiza que “a opção por teorias unificadoras ou polifuncionais, que inclusive caracteriza grande parte das reformas legislativas do final do século passado, é uma das heranças modernas da crença fundamentalista nas metanarrativas e nos sistemas integrais”. (CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122 e ss.).

³⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 70.

retribucionistas fortes; e o ‘por que é moral punir neste caso?’, no sentido da justificação moral da pena, relacionada aos retribucionistas fracos. Para o autor, ainda que os axiomas sejam dessemelhantes, o fato de o Estado tomar para si a aquiescência do poder de punir os ‘malfeitores’ é depauperado se “o mesmo Estado não premia benfeitores, pois o conceito de merecimento deveria servir também nessa acepção”³¹. Inexistindo possibilidade de seleção, DOLINKO supõe o “retribucionismo forte” – justificação racional da pena, como uma hipótese inimaginável, restando somente o “retribucionismo fraco” – justificação moral da pena. Entretanto, o autor, no desenvolvimento de seu texto, concluirá que “a justificação da pena em abstrato por meio de escopos preventivos” guardará, naquilo que toca à retribuição, algo que diz, simplesmente, que “este indivíduo em particular merece moralmente a punição no caso concreto”³², o que acaba por tornar a teoria retributiva em mais uma espécie de teoria mista. Logo, o que se pode desfechar é que qualquer teoria vinculada à retribuição não será suficiente para responder às diligências da instituição política da pena ou àquelas relativas à aplicação da pena no caso concreto.

A noção de justiça concebida por KANT, da mesma forma que a diferenciação entre “direito positivo e obrigação moral”, escapam da acepção prática para serem solicitados na ‘razão pura’³³ e “é por ela que devem os sujeitos agir e interagir, tratando-se o delito de uma forma de inversão do dever moral fundado na obrigação de reciprocidade”³⁴. A pena justifica-se nela mesma, tal qual imperativo categórico, irremediavelmente vinculada com a quebra de um ‘dever universal’, e assim, sem possibilidade de ser substituída³⁵.

KANT justifica a pena tal qual ‘um fim em si mesma’, estando colocada em uma posição sublime. “A limitação da liberdade pode ser justificada apenas pela própria liberdade” e nunca por meio da utilidade. Assim, diante da teoria

³¹ DOLINKO, David. Some thoughts about retributivism. **Etichs**. v. 101, n. 3, The University of Chicago Press, 1991, p. 542.

³² Ibidem, p. 543.

³³ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 174.

³⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 70.

³⁵ Idem.

kantiana, não há espaço para conceber “o dever de cumprimento da obrigação moral com base em algo como o princípio da máxima felicidade”³⁶.

Salienta-se que KANT não negou ou rejeitou que a pena, diante dos fatos reais, e afastada de uma perspectiva ideal na qual edifica sua proposta filosófica, seria capaz de efetivar uma função irrepreensível aos demais: a dessemelhança é que “essa nunca foi aceita pelo filósofo como a justificativa inaugural para a instituição política da pena”³⁷, mas unicamente tal qual genuína consequência paralela de sua realização. Simplificadamente, para KANT a pena seria o fundamento geral do poder punitivo³⁸.

Na perspectiva de HEGEL, a pena é fundamentada pela ideia de negação da violação do direito, restaurando-o, como “violência que suprime a primeira violência, ou seja, o crime”³⁹.

Nota-se (...) em Hegel a visualização de uma essência na pena, condição fundamental para que se possa admiti-la como espécie de representação compensatória pelo crime e, ainda, como um direito do próprio punido, pois única forma de honra-lo como ser humano. A pena como negação da negação e direito do punido faz parte, porém, da reflexão hegeliana sobre o direito abstrato, na primeira parte de sua filosofia, esgotando-se por tal motivo o conceito de pena em seu caráter (...) de retorsão ao crime, mas sem se preocupar com o momento qualitativo concernente à sua aplicação no caso concreto e com suas finalidades. Por isso é que, não obstante conhecida como teoria da “retribuição jurídica”, para muitos a perspectiva de Hegel pode

³⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 71.

³⁷ PIRES, Alvaro. Kant face à la justice criminelle. PIRES, Alvaro; DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; LABADIE, Jean-Michel (Org.). **Historie des savoirs sur le crime et la peine. Tome II. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**. Montreal: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998, p. 34.

³⁸ Ibidem, p. 35.

³⁹ Lê-se em Hegel: “Como evento que é, a violação do direito enquanto direito possui sem dúvida, uma existência positiva exterior, mas contém a negação. A manifestação desta negatividade é a negação desta violação que entra por sua vez na sua necessidade ao reconciliar-se ela consigo mesma mediante a supressão da violação do direito. (...) A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa por si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios de Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 84 – 89).

ser reconduzida a um escopo de reforma do indivíduo, absolutamente distinta (...) do projeto correccionalista⁴⁰.

Da análise das lições de HEGEL não suporta desprezar que quando ele trabalhou com a matéria tateável da punição, inseriu outras concepções “como perigosidade, danosidade e emenda do indivíduo, variáveis em função da realidade social”⁴¹.

HEGEL, portanto, não salvaguardou uma ‘teoria retributiva’, porém ‘reformista’ no entendimento de mudança por meio da pena. Diferente das proposições retribucionistas, HEGEL quer aplicar “dor à pessoa para seu próprio bem, e visualiza a punição como uma honra, não uma desgraça. Ele se importa se o ofensor pode (...) fazer o bem no futuro. Diferentemente, os retribucionistas não desejam a melhora do criminoso ou da sociedade”⁴².

Aproximando-se do pensamento de HEGEL, Günther JACKOBS que desenvolveu a teoria preventiva geral positiva, a qual pode ser interpretada, segundo o próprio autor, como uma “versão contemporânea” da teoria da pena hegeliana, mormente quando justifica a pena tal qual “expressão comunicativa de marginalização do significado do fato a fim de reconfirmar a realidade normativa violada”⁴³.

Contudo, o pensamento jurídico às versões clássicas da ideia de retribuição é, na generalidade, insuficiente, especialmente por questões que são destacadas por ROXIN para a não admissão da pena como retribuição⁴⁴.

Algumas das razões apontadas por ROXIN seriam:

(a) Pressupor-se-ia a necessidade da punição, não servindo a culpa como princípio limitativo do poder de punir do Estado, mas sim como

⁴⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 72.

⁴¹ MIRANDA RODRIGUES, Anabela. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 173 – 175.

⁴² No original: “*Unlike the retributivists, Hegel wishes to inflict pain on a person for his ultimate good, and he sees punishment as an honour, not a disgrace. He also cares whether the offender can or will do good in the future. In contrast, retributivists do not wish to improve the criminal or society*”. (BEAN, Philippe. **Punishment: a philosophical and criminological inquiry**. Oxford: Martin Robertson, 1981, p. 52).

⁴³ JAKOBS, Günther. **Sobre la teoria de la pena**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 21 – 27.

⁴⁴ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. **Problemas fundamentais do Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986, p. 17 – 19.

uma “carta em branco” ao legislador; (b) pressupor-se-ia a liberdade de vontade, que é indemonstrável e (c) sustentando-se sobre a ideia de compensação do mal para outro mal, adotaria por base um mero ato de fé e reforçaria impulsos de vingança⁴⁵.

Entretanto, é um desacerto anunciar que a teoria retributiva não está apreensiva em dar uma conotação à necessidade da pena, pelo contrário, tal teoria justamente busca incessantemente esta justificação. Afirmar que o retribucionismo leva a “penas cruéis ou que se vincula necessariamente a impulsos de vingança” aponta um aspecto categorizado dele, pelo fator de que “não defende penas cruéis, e sim justas, isto é, proporcionais ao delito”⁴⁶.

Não há possibilidade de negar a teoria retributiva unicamente pelo fato de que ela não é calcada no utilitarismo⁴⁷. Da teoria de KANT pode-se extrair o “exemplo da ilha”, no qual aduz a defesa da “execução do último assassino de uma determinada sociedade mesmo não tendo, tal pena, qualquer utilidade”⁴⁸.

Vede a pena, então, tal qual imperativo categórico. Indaga GRECO o conteúdo do “exemplo da ilha”, indicando que se “ninguém ganha nada com a pena, ninguém perde nada sem ela, ao menos uma pessoa perde algo com ela”⁴⁹, assim pode ser considerada ‘justa’ a punição se a retribuição for entendida tal qual elemento outorgado de valor moral intrínseco⁵⁰, e não experimentalmente suscetível. “É teoreticamente problemático, portanto, contra argumentar fazendo referência a uma ausência de base empírica”⁵¹.

⁴⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 74.

⁴⁶ GRECO, Luís. A Ilha de Kant. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 273.

⁴⁷ MURPHY, Jeffrie. Marxism and Retribution. **Philosophy and Public Affairs**. v. 2, n. 3, 1973, p. 227.

⁴⁸ Sobre esta questão válida a leitura das lições kantianas: “Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguinária não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça” (KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 176).

⁴⁹ GRECO, Luís. A Ilha de Kant. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 273.

⁵⁰ Ibidem, p. 269.

⁵¹ Ocorre veemente fragilidade em relação à alegação de objetiva negas as teorias absolutas da pena, pois não atestaram seu “sucesso social real”. (STRATENWERTH, Günther. **Qué aporta**

Algumas teorias fundantes são interessantes à justificação da pena, entre elas está a “teoria da vantagem injusta” de Hebert MORRIS, baseada na ideia de que a pena apenas poderá ser aplicada caso houver um justo merecimento⁵².

A teoria de MORRIS é fundada na reciprocidade, uma das ideias com maior difusão nas últimas décadas em matéria de retribucionismo. Segundo o autor, aquele que pratica ato criminoso tem “direito a ser punido”, pois, apenas deste modo, estaria sendo tratado como pessoa e a punição seria um meio de respeito a autonomia do delinquente, uma vez que há presunção de sua concordância com a pena declaradamente exteriorizada no descumprimento do dever de atender às normas proibitivas do Estado e no desrespeito ao outro⁵³. A manutenção da ordem, diante da vedação da violência para que todos possam viver em harmonia, decorre do encargo de que cada sujeito deve “exercer sobre si o autocontrole para que se abstenha de qualquer tipo de conduta”⁵⁴ considerada ilícita diante das normas do Estado. Tal assertiva é o que MORRIS denomina de “regras primárias de convivência”, logo, a punição está baseada à “violação de regras primárias de abstenção e justificada, assim, como reequilíbrio da balança entre benefícios e deveres, anulando a vantagem injusta, obtida a partir do momento da violação”⁵⁵.

la teoría de los fines de la pena? Trad. Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 15 – 16).

⁵² MUNDLE, C.W.K. Punishment and Desert. ACTION, Harry Burrows (Ed.). **The Philosophy of Punishment**. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 71 – 72.

⁵³ MORRIS, Hebert Burrows. Persons and Punishment. BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (Org.) **The philosophy of punishment**. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1988, p. 75.

⁵⁴ Ibidem, p. 68.

⁵⁵ Sobre a questão, extrai-se diretamente do texto de Herbert Morris: “*If a person fails to exercise self-restraint even though he might have and gives in to such inclinations, he renounces a burden which others have voluntarily assumed and thus gains an advantage which others, who have restrained themselves do not process. This system, then, is one in which the rules establish a mutuality of benefit and burden and in which the benefits of noninterference are conditional upon the assumption of burdens (...). A person who violates the rules has something others have – the benefits of the system – but by renouncing what others have assumed, the burdens of self-restraint, he has acquired an unfair advantage. (...). Another way of putting it is that he owes something to others, for he has something that does not rightfully belong to him. Justice – that is punishing such individuals – restores the equilibrium of benefits and burdens by taking from the individual what he owes, that is, exacting debt*”. Livre tradução: “Se uma pessoa falha no exercício de seu autocontrole mesmo podendo ceder diante de tais inclinações, ela renuncia a um dever que todos voluntariamente assumiram e, portanto, obtém vantagem que os demais, os quais controlaram a si mesmos, não possuem. Este sistema, portanto, é aquele em que as regras estabelecem uma reciprocidade entre benefícios e deveres e no qual os benefícios da não interferência são condicionados à assunção de deveres (...). Quem viola as regras tem algo que os outros têm – benefícios do sistema – mas ao renunciar ao que os demais assumiram, o ônus do autocontrole, adquire uma vantagem injusta (...). Outro modo de dizer é que ele deve algo aos demais, porque tem algo que não o pertence. A justiça – que é punir tais indivíduos – restaura o equilíbrio entre os benefícios e os ônus retirando do sujeito o que ele deve, ou seja, quitando

Claramente a teoria de MORRIS sofreu diversas críticas, em especial naquilo que concerne à ausência de um critério relativo ao *quantum* da pena ‘merecida’. Neste sentido, Richard BURGH pretendeu solucionar tal obstrução indicando que “quanto maior o valor atribuído à esfera de não interferência violada, mais severa seria a punição”⁵⁶.

O que se percebe é que não é preciso trilhar por uma racionalidade consequencialista para se fazer a crítica da justificação retributiva e expor as objeções às diversas respostas possíveis à pergunta sobre “por que” o criminoso “mereceria” a punição. Nesse ponto, a crítica incide sobre a pena como “imperativo categórico”, ou seja, sobre a atribuição de uma relação de necessidade entre a pena e o cometimento do delito. Deste logo, o retribucionismo não questiona a definição legal estabelecida, fundando-se sobre o pressuposto que aceita, simplesmente, a regra dada e a violação desta como equivalente a uma ação “errada”. Afirmar, em segundo lugar, que para ter direitos é preciso cumprir o dever de respeitar os mesmos direitos de outrem, e quando se os viola o ofensor estaria abrindo mão de seus próprios direitos, restando justificado que sofra sua redução ou privação meio da pena, ignora que o nexos entre a violação de direitos de outrem e a perda dos próprios não é capaz de, por si só, justificar a inflicção da pena, justamente porque fundados em premissas distintas⁵⁷.

A edificação da vulnerabilidade da alocação da retribuição segue com GRECO quando trabalha com o “argumento da assimetria” na crítica ao “exemplo da ilha” de KANT⁵⁸. O fundamento da assimetria deriva do reconhecimento de um semblante negativo e outro positivo na pena retributiva: em sequencia, “a proibição de punir o inocente e o dever de punir o culpado”.

a dívida”. (MORRIS, Hebert Burrows. *Persons and Punishment*. BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (Org.) **The philosophy of punishment**. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1988, p. 68 – 69).

⁵⁶ BURGH, Richard. Do the guilty deserve punishment? **The Journal of Philosophy**. v. 79, n. 4, 1982, p. 204.

⁵⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 78. Sobre a “definição legal estabelecida”, v. BEAN, Philippe **Punishment: a philosophical and criminological inquiry**. Oxford: Martin Robertson, 1981, p. 15 – 17. Para referência em relação à justificação da pena, v. BURGH, Richard. Do the guilty deserve punishment? **The Journal of Philosophy**. v. 79, n. 4, 1982, p. 198.

⁵⁸ GRECO, Luís. A Ilha de Kant. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012**. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 275 – 278.

Entre as duas perspectivas, entretanto, existiria uma dissimetria qualitativa, ao passo que é mais injusto “punir um inocente do que não punir um culpado”, o que obstaculiza a pena como retribuição na medida em que a coerência retributiva instituiria apenas um dever de continência, porém não produziria efetivamente a obrigatoriedade de proceder solidamente na punição dos culpados⁵⁹.

Linhas diversas exequíveis de crítica se relevam, inicialmente, “à ruptura do paradigma do sujeito e da filosofia da consciência, sobre os quais se funda a base da teoria da pena de KANT e conseqüentemente das teorias retribucionistas”; e, de outro plano, “à crítica material” com base nas deficiências reais do ser humano e os vínculos de naturezas econômica e social nas quais ele está imerso⁶⁰.

A crítica material da retribuição evidenciada como todas as concepções manobradas, “da reciprocidade às definições de justiça”, do mérito à ‘vantagem injusta’, não passam de concepções ideais e alheias ao funcionamento factual do sistema penal⁶¹.

Karl MARX, em uma das poucas passagens que formulou expressamente sobre a questão penal, indicou de forma assertiva que “do ponto de vista do direito em abstrato, há apenas uma teoria da pena que reconhece a dignidade humana em abstrato, e se trata da teoria de Kant, especialmente na forma mais rígida dada por Hegel”⁶². Posteriormente, contudo, certifica como ilusória a comutação de “indivíduos concretos, com suas necessidades e complexas circunstâncias sociais, por seres abstratos que exercitam o livre arbítrio”⁶³, conferindo a este raciocínio como mera “expressão metafísica do talião”, encerrando que, nos acontecimentos, a punição não seria apenas um caminho de ‘defesa social’ que se opõe à opugnações às suas circunstâncias cotidianas.

Claramente, sendo as vinculações sociais evidentemente incongruentes, seja qual for a viabilidade de se esclarecer a punição através ante esses critérios

⁵⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 79.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Ibidem, p. 80.

⁶² MARX, Karl. **On Capital Punishment**. New-York Daily Tribune, London, Fev. 1853. Disponível em: <http://www.marxists.org.archive/marx/works/1853/02/12.htm>. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

⁶³ RUGGIERO, Vincenzo. **Il delitto, la legge, la pena: la contro-idea abolizionista**. Torino: Abbele, 2011, p. 82.

se desvanece⁶⁴. A questão central é: como é possível dissertar sobre “vantagem injusta”, em um contexto diante do qual o ‘delinquente’ sempre teve seus direitos e garantias fundamentais banidas? Logo, não havendo equipolência material, aniquila-se o parâmetro do ideal retributivo.

As teorias utilitaristas e consequencialistas são negadas por MURPHY, uma vez que as considera antagônicas com a primordialidade moral de se explicar a punição em relação aos direitos do sujeito que está sofrendo a punição. O autor, inclusive, pretende resgatar, ainda, a controvérsia em relação ao “direito de punir” do Estado, panorama deixado abandonado pelo utilitarismo penal. Veemente crítica em relação ao retribucionismo, é realizada com a manifestação de como a teoria retributiva é baseada em uma falsa ideia do homem e da sociedade e sobre convicções meramente pressupostas, porém que carregam consigo memórias incontestáveis⁶⁵.

At root, the retributive theory fails to acknowledge the criminality is, to a large extent, a phenomenon of economic class. To acknowledge this is to challenge the empirical presupposition of the retributive theory – the presupposition that all men, including criminals, are voluntary participants in a reciprocal system of benefits and that the justice of this arrangement can be derived from some eternal and ahistorical concept of rationality⁶⁶.

A justificativa segundo a qual as condições sociais não ideais, advindas de vínculos socioeconômicos de injustiça e abuso suportariam “excluir ou mitigar o juízo de reprovação sobre o fato decorre de uma lógica inegavelmente retributivista e já foi objeto de propostas de abertura a partir do conceito de culpabilidade”⁶⁷. Essa contingência pauta-se não em um juízo abstrato em

⁶⁴ ANDERSON, Jami. Reciprocity as a justification for retributivism. **Ethics**, 16:1, Institute for Criminal Justice Ethics: 1997, p. 17.

⁶⁵ MURPHY, Jeffrie. Marxism and Retribution. **Philosophy and Public Affairs**. v. 2, n.3, 1973, p. 233 – 235.

⁶⁶ Ibidem, p. 241. Livre tradução: Na base, a teoria retributiva falha em admitir que a criminalidade é, em larga escala, um fenômeno pertencente à classe econômica. Admiti-la é desafiar a pressuposição empírica da teoria retributiva – o pressuposto no qual todos os homens, incluindo os criminosos, são participantes voluntários em um sistema recíproco de benefícios e que a justiça dessa organização pode ser derivada de conceitos históricos de racionalidade eterno e não histórico.

⁶⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Pobreza, Culpabilidade e Prisão: diálogos entre a ética da libertação e o direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

relação ao âmago injusto da pena, mas mormente em uma certificação “empírica da negação da vida ligada ao exercício de poder dos sistemas penais latino-americanos⁶⁸. A recente deslegitimação e descrédito do sistema e do discurso jurídico penal advém de sua aleivosia e desunião diante da realidade, que são resultados de uma associação de classe intrínseca ao seu manejo seletivo e corrupto como evidências basilares⁶⁹.

Certifica-se que o fulcro das teorias expressivas não é obrigatoriamente retributivo, uma vez que não são em todos os casos que existe a exigência de haver vínculo entre a constatação pública da ofensa e a exigência proposital de sofrimento⁷⁰. E tal questão vincula-se, fortemente, à proporcionalidade, ou seja, na busca por uma harmonização entre crime e punição diante de um caso concreto. Logo “a versão dor-proporcional-à-maldade da teoria retributiva efetivamente ergue seu edifício de superstição moral com sustento no senso comum de que a justiça exige que de algum modo ‘a pena corresponda ao crime’⁷¹.

Os apontamentos realizados pela filosofia em relação a esse ponto, “reconhecendo que a pretensão de uma precisa equivalência entre a ação punida e o ato de punir é inaplicável e não passa de um ato de fé ou superstição⁷².

A proporcionalidade, a que muitos autores tentam alcançar entre crime e punição, é um critério racional impossível de ganhar aplicabilidade prática. Ainda que, de certa medida, seja possível criar uma “escala de crimes⁷³, tal qual a designação conferida por VON HIRSCH, hierarquizando atos mais ou menos atroz, não há possibilidade de “justificar no caso concreto o ato de punir como

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 15.

⁶⁹ Neste sentido: “A crítica deslegitimante dos sistemas penais no Brasil e na América Latina indica justamente a impossibilidade de que tais sistemas produzam e comuniquem censura, no sentido desejado. Há apenas violência, de forma brutal e seletiva. Não é à toa, enfim, que mesmo com altíssimos índices de violência estatal e encarceramento em massa seja empiricamente constatável a percepção subjetiva de impunidade por parte da população (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 82).

⁷⁰ WALKER, Nigel. **Punishment, danger and stigma**: the morality of criminal justice. Oxford: Basil Blackwell, 1980, p. 28.

⁷¹ FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. **Monist**, 49:3, 1965, p. 422 – 423.

⁷² BEAN, Philippe. **Punishment**: a philosophical and criminological inquiry. Oxford: Martin Robertson, 1981, p. 24.

⁷³ VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madri: Editorial Trotta, 1998, p. 61.

equivalente ou justo perante a ação punitiva”. Investigou-se o equilíbrio por meio de um consenso, a privação da liberdade, porém a típica propagação histórica da execução da pena de prisão corrobora com o antagônico: a solidificação da privação da liberdade “como modalidade hegemônica de punição foi pautada desde o início pela flexibilização segundo parâmetros utilitários, não passando a pena fixada na sentença condenatória de uma ‘pena virtual’ e sujeita a alterações qualitativas e quantitativas no curso de sua execução”⁷⁴.

Logo, sendo que o merecimento é averiguado por meio de parâmetros de reciprocidade, deve-se aposentar a percepção fulcral de que a pena necessita ser proporcional à gravidade do delito, conseqüentemente, o que se deve buscar são insólitos paradigmas para reconstruir o conceito de direito criminal⁷⁵. Logo, sem qualquer dúvida, é viável a afirmação de que, em nenhum caso, a punição é legítima ou aceitável, em matéria de retribuição.

1.2 O DIÂMETRO PREVENTIVO E AS REFERÊNCIAS ECLÉTICAS NA TEORIA DA PENA

Após averiguadas as questões pertinentes à justificação da aplicação da pena pautada na retribuição, passa-se a enaltecer outros pontos sumariamente relevantes à teoria da pena: a prevenção e as referências ecléticas.

A teoria da justiça utilitarista, naquilo que concerne à filosofia da moral, quer qualificar cada ação de acordo com sua capacidade de ‘produzir felicidade’, compreendida como a existência de prazer e exiguidade de sofrimento⁷⁶ e tal questão é basilar à concepção do princípio da utilidade, o qual está calcado na promoção da felicidade para o maior número de pessoas. Diante da refutação levantada em “como diferenciar qualitativamente as formas de prazer, definindo uma como superior ou inferior a outra”. STUART MILL, tutelou o critério da ‘experiência’ no sentido de que: diante de duas satisfações, seria supervalorizada aquela para qual a maioria que vivenciasse a experiência

⁷⁴ Para todos, v. PAVARINI, Massimo. **Lo scambio penitenziario**: manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva. 2 ed. Bologna: Martina, 1996.

⁷⁵ BURGH, Richard. Do the guilty deserve punishment? **The Journal of Philosophy**. v. 79, n. 4, 1982, p. 210.

⁷⁶ STUART MILL, John. **Utilitarianism**. Cambridge: Hackett Publishing Company, 2011, p. 7.

enunciasse sua predileção⁷⁷. O justo, portanto, não estaria vinculado à qualidade individual, mas estaria atrelado com a maximização da felicidade em relação ao maior número de pessoas, em especial naquilo que se refere à punição.

STUART MILL, continua, no mesmo sentido, sua argumentação em relação à sanção jurídica tal qual modo distintivo entre justiça e obrigações morais, indicando a justiça como “a denominação apropriada para certas utilidades sociais que são muito mais importantes, e, portanto, mais absolutas e imperativas”⁷⁸. Tendo admitido a ânsia “de vingança e autodefesa” como ingredientes da sede de justiça, ampara a necessidade de sua subjugação a análise do interesse do bem comum, o que não pode levar a outro lugar senão à “justificação da pena segundo o escopo da intimidação pela ameaça e pelo exemplo”⁷⁹, o que se torna translúcido quando da defesa do autor à pena de morte.

As teorias que justificam a pena com base no utilitarismo estão vinculadas, de forma mais abrangente, aos fatos futuros do que ao passado, e mais ao autor que ao ato, sendo elocuições que pretendem legitimar a pena como “medida de prevenção, geral ou especial, cada qual na forma positiva ou negativa, contrapondo-se nesse sentido às teorias retributivas”⁸⁰.

O debate entre retribucionistas e utilitaristas decorre de uma confusão conceitual que obscureceria, de um lado, a natureza lógica da teoria retributiva, com função de delimitação conceitual no sentido de se obstar a punição de inocentes, e de outro a natureza moral do utilitarismo, este sim voltado à questão se punir é bom ou ruim tendo em vista suas consequências⁸¹

⁷⁷ Ibidem, p. 35.

⁷⁸ Ibidem, p. 64. No original: “*Justice remains the appropriate name for certain social utilities which are vastly more importante, and therefore more absolute and imperative*”.

⁷⁹ STUART MILL, John. April 1868 speech on Capital Punishment. In: **Utilitarianism**. Cambridge: Hackett Publishing Company, 2011, p. 65. Na extração da continuidade textual, pode-se retirar que o autor indica que a eficácia de qualquer pena depende muito menos do que ela é, e mais do que ela “parece ser”. Nesse sentido, o núcleo da defesa da manutenção da pena capital está na capacidade de atingir o imaginário popular. Cf. Ibidem, p. 69.

⁸⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 85.

⁸¹ QUINTON, Anthony. On Punishment. ACTON, Harry Burrows (Ed.). **The Philosophy of Punishment**. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 55 – 64. Nota-se que QUINTON recebeu severas críticas em relação ao seu posicionamento, tendencioso à teoria utilitarista, especialmente naquilo que concerne à compreensão de “retribuição”. Neste sentido v. CLARKE, Dean. Justifications for punishment. **Contemporary Crises**, 6:1, 1982, p. 41 – 43. Em suas anotações, CLARKE indica que da mesma forma que QUINTON, considera injustificada a discussão entre

BARATTA propõe ser plausível entender a prevenção especial positiva e a prevenção geral negativa como teorias ideológicas da pena, uma vez que não estão solidificadas empiricamente e não instituem efeitos precisos⁸². Ainda, o autor ressalta que, numa perspectiva tecnocrática, a prevenção especial negativa tem capacidade de ser contestada em relação à sua eficácia neutralizante em associação à veracidade dos fatos, da mesma sorte, a prevenção geral positiva pode ser refutada através de aparatos empíricos, apontando-se uma irrisória interferência da lei penal em relação a convicção e aos anseios normativos do corpo social⁸³.

Naquilo que interessa às críticas axiológicas, em relação ao objetivo da pena, na perspectiva da prevenção especial positiva ocorrem contradições colossais em relação ao ‘princípio da secularização e da laicidade’, que causam transtornos vinculados à “legitimidade de pretensão pedagógica de reformar ou introjetar no sujeito determinados valores morais”; já as críticas perante o padrão dominante de valores da prevenção geral negativa, estão alicerçadas na incompatibilidade com a reconhecimento do indivíduo tal qual ser livre e que não tolera ser instrumentalizado como meio para a obtenção de “quaisquer fins que seja”⁸⁴.

Ainda assim, a prevenção geral negativa e sua formulação de pena tal qual meio de intimidação àqueles que pretendem infringir as regras penais, seja por meio de uma atemorização legislativa ou da demonstração judicial do cumprimento da pena, a mesma foi veementemente defendida por Jeremy BENTHAM, no século XIX, a partir da asserção pela qual a postura dos homens

retribucionistas e utilitaristas, porém pela ausência de uma diferenciação clara entre ‘objeto e justificação’. Para o autor, todas as teorias admitem a ameaça e o exemplo da pena tal qual um elemento válido, todas procuram explorar a essência do ‘merecimento’ e todas justificam a pena em relação às consequências ótimas: a dessemelhança estaria em seus arquétipos morais e políticos, o que, ao final, gera sentidos diferentes em relação ao “bem” e à “moral”, por exemplo. O interessante em CLARKE é que o autor não busca combinar os aspectos teóricos entre o utilitarismo e o retribucionismo, mas tem uma leitura *sui generis* em relação ao que defende cada uma das teorias.

⁸² BARATTA, Alessandro. Vecchie e nuove strategie di legittimazione della pena. **Dei delitti e delle pene**. v. 2. Bari: Scientificheltaliane, 1985, p. 248.

⁸³ BARATTA, Alessandro. Reintegrazione sociale. Redefinizione del concetto ed elementi di operazionalizzazione”. **Dei Delitti e Delle Pene**. v. 3. Torino: Gruppo Abele, 1994, p. 137.

⁸⁴ Todos em: GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 87.

é pautada pelos princípios da “dor e do prazer”⁸⁵. Assim, para o não cometimento de crimes, o sujeito deveria fazer um cálculo racional de ponderação entre a “dor e sofrimento advindos da aplicação de uma pena” e os proveitos a serem conquistados com a prática de uma ofensa de natureza penal. A matemática terminativa deveria resultar no pensamento dos efeitos negativos da execução da pena e, deste modo, o sujeito não praticaria o ato ilícito⁸⁶.

Partindo de viés semelhante ao de Jeremy BENTHAM, Cesare BECCARIA, afirmou que o propósito da pena “é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros a fazer o mesmo”⁸⁷.

Logo, o amedrontamento pela coação se adere ao grau de severidade da pena prevista; e de outro lado a ameaça pelo exemplo se acopla ao índice de certeza da punição. Neste sentido, nota-se que tanto BECCARIA quanto BENTHAM consignaram maior grau de relevância à intimidação pelo exemplo, ou seja, aquela estabelecida pela convicção da punição⁸⁸. Tal interpretação ampara a perspectiva legislativa brasileira, uma vez que acredita na latência da intimidação por meio da aplicação de penas mais rígidas.

O vínculo entre o direito penal e as experiências empíricas tem saldo negativo e, ainda assim, o legislador faz escolhas relativas à pena sem qualquer conhecimento experimental⁸⁹, imaginando que a lei que dispõe sobre as penas teria a capacidade de frutificar efeitos de despersuasão e modificação nas atitudes humanas não é nada mais que “uma prova do narcisismo teórico do Direito Penal, pretendendo gerar algo que não poderia porque não é o único dos referenciais éticos”⁹⁰. O âmago subjetivo da maneira como cada indivíduo trabalha com o ambicionado efeito de intimidação complicam a ratificação de um

⁸⁵ BENTHAM, Jeremy. **The rationale of punishment**. London: Prometheus, 2009 [1830], p. 61.

⁸⁶ Ibidem, p. 65.

⁸⁷ BECCARIA, Cèsare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini & Alessandro Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 62.

⁸⁸ Tal questão pode ser observada no seguinte trecho: “Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade. A certeza do castigo, (...) causará sempre a impressão mais intensa que o temor do outro mais severo, aliado à esperança da impunidade”. (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini & Alessandro Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 52).

⁸⁹ HASSEMER, Winfried. Prevención general y aplicación de la pena. NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. **Principales problemas de la prevención general**. Trad. Gustavo Aboso & Tea Low. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 75 – 76.

⁹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. “PENA (verbetes)”. BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 627.

elo de meio e fim entre a conduta de acordo com os ditames legais e a pena estabelecida. Para GÜNTHER, “a prevenção geral negativa apenas funciona (...) quando leva em conta a ideia de justiça da comunidade”⁹¹, uma vez que recepcionada como “injusta” não gera repercussões intimidatórias⁹².

No que tange à pena privativa de liberdade, desde o nascimento das penitenciárias, a efetivação das sentenças condenatórias cobriu-se com aspectos “do discurso da reforma do indivíduo ou da pena como terapia, deixando de lado, inclusive, seu conteúdo de reprovação pelo ato”⁹³. A otimização das vontades de prevenção especial positiva, entretanto, acarretou em um sistema de penas inclinado à intermediação, uma vez que o objetivo é recondicionar o infrator por meio da prisão, logo, não seria pertinente balizar o tempo de ‘tratamento’ àquele de forma proporcional imposto pela condenação em juízo.

Logo é perceptível uma maior envergadura à observação da periculosidade que da culpabilidade, quando a pena é disposta no sentido de ‘medida de defesa social’⁹⁴.

Naquilo que concerne às consequências preventivas em relação ao condenado, portanto, o propósito sempre foi a esquivança da reincidência, ou por meio de medidas positivas, conforme a essência que a pena recebe tal qual ‘terapia’ e a otimização do correccionalismo penal, ou por meio de medidas negativas, objetivando unicamente a neutralização e inabilitação do sujeito ‘temerário’ à sociedade⁹⁵. O intermédio das penas é, neste sentido, fruto austero do utilitarismo penal, em particular na proporção da prevenção especial, o que,

⁹¹ GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena – I. **Revista de Direito GV** 4, v. 2, n. 2, jul.dez/2006, p. 194.

⁹² Nesta toada, v. GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 88: “A intimidação seria produto de um cálculo do ‘agente racional’ que concluísse pela prevalência dos custos em relação aos benefícios pela ação praticada: e tais custos se vinculam, necessariamente ao que se entende por legítimo. Além da objeção concernente aos crimes cometidos por impulso, o utilitarismo penal também encontrou finalidades em explicar a reação frente os portadores de doença mental: como justificar conceitualmente a ausência de pena ao inimputável segundo um princípio de utilidade, e não de justiça, senão apelando ao conceito substancialmente equivalente de medida de segurança ou defesa social?”.

⁹³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 88.

⁹⁴ MENNINGER, Karl. *Therapy, not punishment*. BAIRD, Robert. ROSENBAUM, Stuart. (Org). **Philosophy of Punishment**. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1988, p. 50 – 51.

⁹⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 89.

observado na história, com a paulatina suspensão da fase de execução da pena privativa de liberdade em simetria ao *quantum* de pena determinado na sentença condenatória⁹⁶.

Os esforços realizados no sentido de congregar pressupostos tão diversos em teorias ecléticas, mistas ou unitárias da pena tiveram consequências relevantes no plano político-criminal. Considerando o processo de elaboração do Código Penal brasileiro em 1940, (...) o que se vê é que se buscou adaptar o normativismo kelseniano à questão criminal, com a redução da técnica à dogmática e a exclusão de reflexões de cunho filosófico ou sociológico, redefinindo-se o crime como uma mera espécie do gênero ato ilícito, tendo a pena como a respectiva consequência jurídica⁹⁷.

Assim, o inicial posicionamento adotado no Brasil foi uma mescla entre o classicismo penal e a Escola Positiva. Logo, as penas seriam aplicadas no sentido de ameaça à lei penal – cominadas, uma vez que “corretas”, sendo destinadas ao culpado, na forma de penitência ao ato cometido; as medidas de segurança, seriam compulsórias porque “pertinentes” segundo propósitos de prevenção especial – tanto no sentido de neutralização quanto de ressocialização por meio da pena, dos indivíduos não obrigatoriamente apontados como culpados, mas como perigosos. Finalmente, cabe ressaltar que no Brasil o tecnicismo jurídico alcançou o Código Penal por meio de Nelson Hungria, o qual declamou: “a pena só é aplicada aos responsáveis, sejam ou não perigosos; a medida de segurança somente se impõe aos perigosos, sejam ou não responsáveis”⁹⁸.

Em 1984 com a entrada em vigor da Lei nº 7.209, responsável por alterar dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848/1940 – Código Penal, é que o país passou a aplicar o sistema alternativo entre penas e medidas de segurança, atualmente denominado de ‘sistema vicariante’.

⁹⁶ PAVARINI, Massimo. La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad. **Capítulo Criminológico**, n. 21, Maracaibo: Universidad del Zulia, 1993, p. 34.

⁹⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 89.

⁹⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. III (arts. 75 a 101). 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959 [1948], p. 26.

Diante da confusão da determinação da aplicação das diversas vertentes políticas, jurídicas e filosóficas da teoria da pena, é recorrentemente visto na doutrina contemporânea, a aplicação da pena em diversos sentidos: ao mesmo tempo que a pena é uma maneira de retribuição ao condenado pela realização de um crime, ela também é um meio de prevenção à realização de delitos inéditos; tal concepção é recepcionada didaticamente com a designação de ‘teorias ecléticas’, também intituladas ‘mistas’.

Existem duas maneiras viáveis para o ato ou ação ser valorado com fulcro no princípio da utilidade⁹⁹, e duas perspectivas diferentes de utilitarismo.

Em um vértice, a correspondência pode ser às ações em particular, mensuradas como ‘conforme’ ou não à felicidade do maior número de indivíduos, estando atuando tal qual teorias utilitaristas tradicionais da pena, também denominadas de utilitarismo-ato. De outro pináculo verificam-se modos ou conglomerados de ações que têm de ser subjugadas a regras e deste modo visualizadas em seu agrupamento, o que se cognomina utilitarismo-regra, possibilitando então, na procura de uma justaposição, “a abertura a critérios de justiça típicos do retribucionismo”¹⁰⁰.

Assim, nesse sentido, encontra-se a mais razoável dentre as teorias ecléticas, desenvolvida por HART e analisada por GIAMBERARDINO e OLCCHANOWSKI, negando a viabilidade de uma teoria monista da pena, indicando que qualquer concepção deverá revelar que se aproxima de princípios diferentes e relativamente conflitantes. HART parte da diferenciação, entre “justificar uma situação em particular que se enquadra na primeira justificação geral”¹⁰¹.

No glossário aplicado por HART, cuida-se da “justificativa geral da punição”¹⁰², de um lado, e do “princípio de distribuição ou proporcionalidade” no momento de aplicação da pena ao caso concreto, de outro. Distingue-se, então, a “justificação da pena em abstrato da justificação da pena em concreto”¹⁰³.

⁹⁹ PRIMORATZ, Igor. **Justifying legal punishment**. New Jersey: Humanities Press, 1989, p. 118 – 119.

¹⁰⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 91.

¹⁰¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLCCHANOWSKI, Nikolai. A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a partir da Filosofia Política. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 50, jan/jun. 2017, p. 16.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Idem.

Em termos genéricos, RAWLS e HART advogam na resolução de consenso a partir do “reconhecimento de que a justificativa geral da punição que reside em suas consequências benéficas e em especial na prevenção geral decorrente da ameaça legal da pena, porém limitada por um princípio de distribuição na qual se inserem as condições retributivas sobre o ‘justo merecimento’”¹⁰⁴, sempre pautadas diante do caso concreto.

No momento da aplicação da pena é que surgiriam as questões de “quem punir e quanto punir: respectivamente, aquele que teve acertada sua responsabilidade penal, e nos limites do justo merecimento em face da gravidade do delito cometido”¹⁰⁵. Assim, HART procura negar a refutação ao utilitarismo que revela uma provável aquiescência para punir inculpadados¹⁰⁶.

De todo modo, “a justificativa geral da pena seguiria sendo substancialmente consequencialista”, existindo a inexatidão dos retribucionistas, de acordo com HART, em conceituar a retribuição como ‘justificativa geral’. Porém o autor não aceita a possibilidade de se sustentar a prevenção especial positiva tal qual ‘justificativa geral da punição’, como objetivaram os correcionalistas, categorizando como uma incoerência informar que se “pune o homicídio para reformar o homicida e não para prevenir novos homicídios”, de modo que, se o corpo social pode ser fragmentada, a todo instante, entre “aqueles que violaram determinada lei e aqueles que ainda não violaram, mas podem fazê-lo, não haveria sentido em não se priorizar o segundo grupo, numericamente bem maior, por meio da prevenção geral negativa”¹⁰⁷.

A crítica em relação à divisão proposta por HART está alcançada por duas principais questões. A primeira indica que a segmentação feita pelo autor é ‘confusa’, uma vez que “falar em uma ‘justificativa geral’ envolve o risco de

¹⁰⁴ HART, Herbert. Prolegomenon to the Principles of Punishment. **Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 12. RAWLS, John. Two concepts of rules. ACTION, Harry Burrows. (Ed.) **The Philosophy of Punishment**. Great Britain: Macmillan, 1969, p. 107.

¹⁰⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLCCHANOWSKI, Nikolai. A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a partir da Filosofia Política. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 50, jan/jun. 2017, p. 16.

¹⁰⁶ HART, Herbert. Prolegomenon to the Principles of Punishment. **Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 26.

¹⁰⁷ HART, Herbert. Prolegomenon to the Principles of Punishment. **Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 27.

misturar a questão do por que punir” com o que autoriza a punição¹⁰⁸. A crítica está no fato de que HART incorpora ambas justificações – racional e moral – em relação à chancela de sua “justificação geral”. Na segunda crítica feita à subdivisão de HART, indicam os examinadores que o autor falha na segunda metade de sua teoria “concernente a uma justa ‘distribuição’ da pena no caso concreto por permanecer indiferente ao princípio de justiça fundado em um juízo sobre o ‘merecimento’”¹⁰⁹. A última crítica não procede pelo fato de que HART definiu de forma efetiva a proporcionalidade na aplicação da pena em sentido unicamente negativo, tentando eliminar o sobejo de severidade, e não a sua carência, e este é “muito mais um mérito que um problema”¹¹⁰.

Uma segunda e essencial caminhada de justificação da pena por meio de uma teoria unitária, legítima e concede centralidade à prevenção geral positiva, estando vinculada à atribuição de uma função à pena “a maior parte das contribuições advindas da reflexão jurídica, inclusive no que tange à teorização de limitações materiais e formais do poder punitivo”¹¹¹.

Claus ROXIN aponta que as denominadas ‘teorias absolutas’ ou retribucionistas não se suportam uma vez que o direito penal apenas é lúdico no momento em que se preocupa com as consequências¹¹². A concepção consequencialista segue, deste modo, na edificação de um sistema penal justificado por seus propósitos preventivos. Não obstante, “o ponto de tensão para com o princípio da proporcionalidade presente no desdobramento lógico do escopo preventivo que conduziria a adoção de sentenças indeterminadas”¹¹³ é neutralizado pelo desenvolvimento da ‘teoria unificadora dialética’¹¹⁴, parecida com o que é proposto por HART, na aceção de “evitar exageros unilaterais e

¹⁰⁸ DOLINKO, David. Some thoughts about retributivism. **Ethics**, v. 101, n. 3, Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 541.

¹⁰⁹ FLETCHER, George. **Rethinking criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 419. PRIMORATZ, Igor. **Justifying legal punishment**. New Jersey: Humanities Press, 1989, p. 141 – 142.

¹¹⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 93.

¹¹¹ Idem.

¹¹² ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. **Problemas fundamentais do direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986, p. 15.

¹¹³ TONRY, Michael. Introduction. Thinking about punishment. TONRY, Michael (ed.). **Why Punish? How much? A Reader on Punishment**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 4.

¹¹⁴ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. **Problemas fundamentais do direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986, p. 43.

dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas”¹¹⁵.

MURPHY conceitua como retribucionismo ‘negativo’, aquele que apenas limita e não justifica a punição¹¹⁶. Não se objetiva alcançar com a rigidez da pena um “determinado grau de culpabilidade do ofensor, mas somente de evitar o excesso”. Neste diapasão, debate-se a conformidade entre a prevenção geral positiva, como meio de consolidação de uma norma e proteção da convicção da sociedade, e um viés retributivo, já tendo sido aquela designada de “teoria da retribuição funcional”¹¹⁷.

Em âmbito europeu-continental, a perspectiva defendida por Claus Roxin estabelece (...) a proteção subsidiária de bens jurídicos como matriz político-criminal de um direito penal compatível com o Estado de Direito. Indubitavelmente, a delimitação da conduta proibida ou mandada é imperiosa necessidade dogmática, na medida em que o tipo penal se constitui como norma de conduta que exige, assim, sua vinculação a uma determinada finalidade, que não pode ser outra senão a delimitação do poder de intervenção do Estado. A lesão de bem jurídico é definida não como pressuposto do tipo – visto que indemonstrável em seu caráter meramente formal – mas sim seu elemento primário, incorporado à norma e base material da delimitação do injusto. De um ponto de vista garantista ou liberal, portanto, trata-se ainda de um conceito fundamental; longe, porém de representar uma solução ou teorização capaz de efetivamente conter os processos de criminalização¹¹⁸.

Naquilo que concerne a demarcação do injusto, composição bastante restritiva foi a teoria constitucional do bem jurídico de Franco BRICOLA, o qual

¹¹⁵ Neste sentido, cabe destacar que: “A ideia de prevenção geral vê-se reduzida à sua justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, assim como pela exigência de prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade. A culpa não justifica a pena por si só, podendo unicamente permitir sanções no domínio do imprescindível por motivos de prevenção geral e enquanto não impeça que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial” (ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. **Problemas fundamentais do direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986, p. 44).

¹¹⁶ MURPHY, Jeffrie. Marxism and Retribution. **Philosophy and Public Affairs**. vol. 2, n. 3, 1973, p. 6.

¹¹⁷ STRATENWERTHM Günther. **Qué aporta la teoría de los fines de la pena?** Trad. Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 22.

¹¹⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 95.

lecionou que a partir do acolhimento da eficácia vinculante e cogente da Constituição, não apenas programática, e verificando que a determinação de uma pena revela a supressão ou redução proposital de um “direito de alta relevância constitucional como é a liberdade individual, entender-se-ia que só se poderá cogitar permitir ao Estado fazê-lo quando servir à proteção de outro bem ou direito de equiparável relevância”¹¹⁹. A teoria de BRICOLA aponta uma limitação diante do plano normativo, porém, fato é que o raciocínio do autor jamais foi utilizado de modo exclusivo na incumbência do legislador penal e este fato foi identificado por BARATTA, o qual buscou igualar o conceito de bem jurídico e direitos fundamentais, como restrição para a criminalização¹²⁰.

O que se percebe, então, é a significância na procura por algo avante da verbosidade garantista que, apesar de essencial para o controle do punitivismo, esgota-se em si mesma. As concepções de dano e bem jurídico, tal qual foram edificadas – por meio de perspectivas anglo-saxãs e europeias-continetais –, não refletem uma remição da valorização dos direitos suprimidos da vítima uma vez que a vítima, segundo o entendimento que vigora no ordenamento jurídico atual, é lesada de forma secundária, prevalecendo a ideia de que o dano é do Estado. Assim, a promoção do conceito de bem jurídico ao cargo de correspondência político-criminal está alicerçado ao processo de “marginalização da vítima e em uma concepção unilateral da pena”, conforme ensina ESER¹²¹.

Na perspectiva de COUTINHO E CARVALHO as teorias absolutas e relativas não consideram o papel centralizador da vítima no curso do processo penal e apenas a utilizam como meio de prova, e sem tal retomada, ou seja, o resgate da vítima, “o sistema penal não mudará e a pena continuará sendo uma punição pela desobediência ao sistema, (...) sem justificação racional”¹²².

¹¹⁹ BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. **Novissimo Digesto Italiano**, vol. XIV. Torino: Utet, 1973, p. 75.

¹²⁰ BARATTA, Alessandro. Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti dell'uomo come oggetto e limite della legge penale. **Dei Delitti e Delle Pene**, n. 3, 1985, Bari: Scientifiche Italiane, p. 443.

¹²¹ ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. **Quadernos de conferencias y artículos**. v. 18, Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 38.

¹²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. PENA (verbete). BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 627.

Parece não haver uma justificativa “racional para a pena, na medida em que as perspectivas consequencialistas tendem à supressão de princípios de justiça fundamentais”, tais quais a “exigência da responsabilidade pelo ato e a proporcionalidade”, enquanto o espectro retributivo é “filosoficamente problemático, justificando, no máximo, a punição no caso concreto, mas sem ser capaz de justificar a pena como instituição política”¹²³. Logo, não há possibilidade de realizar um esclarecimento sobre a pena a partir de conceitos de reciprocidade ou retribuição enquanto inexisterem fatos empíricos de justiça, vinculados a meros fatores de suposição¹²⁴.

A visão retribucionista não é equivocada. Afinal, a pena sempre foi e sempre será, porém, como imaginaram alguns, tão-só retribuição, pelo menos em países periféricos como o Brasil. E não pode ser porque tende a liberar (...) a todos, mas principalmente os operadores da execução penal, do fardo de conferir ao preso as condições mínimas exigidas pela Constituição da República, a começar pela dignidade da pessoa humana. O preso, assim, tende a virar objeto a ser ‘coisificado e, pior, a ser tratado como tal’¹²⁵.

Diante de tal veracidade do sistema jurídico-penal no Brasil, a questão é “até que ponto a limitação (...) do discurso punitivo é possível adotando-se uma teoria justificadora da pena que se contenta em se restringir a uma acepção negativa de retribuição”, sem procurar renovar o cenário à sombra do medo da “relegitimação de que se quer conter e limitar”, podendo tal desinteresse representar a real relegitimação¹²⁶.

Deste feito é que os componentes de uma adequada percepção descritiva ou sociológica do sistema penal, obrigatoriamente crítica e diligente à

¹²³ Todos em: FLETCHER, George. **Rethinking Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 415 – 417.

¹²⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 127.

¹²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Neoliberalismo e Sistema Punitivo. WOLFF, Maria Palma; CARVALHO, Salo de (org.). **Sistemas Punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5.

¹²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Neoliberalismo e Sistema Punitivo. WOLFF, Maria Palma; CARVALHO, Salo de (org.). **Sistemas Punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18.

consistência política do conceito de pena¹²⁷ não eliminam a inevitabilidade de dificultar sua esfera normativa. É improrrogável, ainda que da compreensão da pena como circunstância de poder, sem esclarecimento racional, fundamentalmente relacionada com a geração de particularização social, que abandone a tratativa de encontrar um itinerário à relegitimação do direito penal e passe a diligenciar sobre alternativas que ressignifiquem o sofrimento humano que está presente nos conflitos de natureza penal e que são absolutamente abandonados pelo Estado e pelos discursos políticos, uma vez que sempre há “à disposição uma alternativa menos repugnante que a pena”¹²⁸, alforriar a vítima de seu papel coadjuvante e trazê-la de volta para o conflito penal, bem como, ampliar a fórmula do conceito social, afastada do formalismo, porém antiautoritária, são meios concretos para o refreamento e a continência da atuação do poder condenatório e altamente punitivo do Estado.

1.3 PARÂMETROS POLÍCOS-FILOSÓFICOS DA PENA E OS CAMINHOS PELA VITIMOLOGIA

A compreensão de violação por meio do crime vinculada com a ideia de ofensa ao Estado, se analisada com aparatos históricos, é um fenômeno terminantemente vetusto – ainda fundamentado no ideal de desobediência ao soberano – que permanece aceso até hoje, de forma aprofundada, como sustentáculo dos processos de criminalização. O reflexo do passado no presente está, entre outros, baseado em um ponto corrente deliberativo, segundo o qual, de todo modo que se apresentar, o escopo é a “persecução quanto a qualquer forma de atentado ao sistema de poder enquanto tal”¹²⁹. Tornou-se contumaz informar, ademais, que o Estado seria o “sujeito passivo constante de todos os crimes e a vítima propriamente dita apenas o sujeito passivo eventual”¹³⁰.

¹²⁷ TAVARES, Juarez. A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no Estado Democrático. ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Org.). **Estudos Críticos sobre o Sistema Penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário**. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 881.

¹²⁸ ZIMMERMAN, Michael. **The immorality of punishment**. Toronto: Broadview Press, 2011, p. 165.

¹²⁹ SBRICCOLI, Mario. **Crimen Laesae Maiestatis**: il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna. Milano: Giuffrè, 1974, p. 187.

¹³⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 64 - 65.

Toda essa questão ganha aparato, em síntese, uma vez que, constituindo caso de oposição às convenções que resgatam a atuação dos envolvidos no processo sob a égide do liberalismo penal, parece essencial que sobrevenha clarividente o que verdadeiramente está se tutorando: a aplicação de meios alternativos que sejam capazes de frear o poder punitivo do Estado.

Nesse diapasão resta clara a conveniência de demonstração politicamente liberal do direito penal moderno, como barreira ao juízo estatal e vinculado à garantia da liberdade individual do cidadão. Reveste-se, entretanto, de um compromisso diuturnamente frívolo que a proposta primordial da modernidade é revestida de uma ambiguidade efetiva¹³¹. Diante desses aspectos, haveria possibilidade de distinguir direito e violência – tanto aquela legítima quanto das denominadas ilegítimas – que deveria ser unicamente comedida? E, ainda, teria probabilidade de contenção de instrumento utilizado com igual teor do que se pretende controlar?¹³². Considerar que o direito tem capacidade de controlar o conflito, preponderando sobre a seara do veredito político, é absoluto devaneio¹³³.

GIAMBERARDINO desataca que no momento em que se possibilita a abertura para uma “censura restaurativa” pelo fato de que é edificada na participação “ativa dos envolvidos”, a polêmica tem seu eixo transposto e “ressignifica a velha oposição entre retributivismo e utilitarismo na direção da assunção de uma postura normativa, de inclusão e integração”¹³⁴, e tal fato, diante da filosofia política, não coincide com o individualismo do ideal liberal.

Existe um vínculo notório entre a fundamentação liberal da pena e seus esclarecimentos modernos, tanto na seara retributiva quanto na utilitária. Esta relação é visualizada por GIAMBERARDINO e OLCCHANOWSKI, os quais

¹³¹ Em trecho de seu texto, destaca que: “A violência ritualizada e monopolizada seria a única possibilidade de interromper a violência difusa, mimética, mas sendo também violência, funcionaria como um veneno que se converte em antídoto. Porém como se depreende do conceito de [veneno], só teria efetividade antídoto se em doses moderadas, sem excessos, sob pena de tornar a ser veneno, concentrando-se nessa tentativa de contenção todo o esforço do iluminismo penal” (RESTA, Eligio. **La certeza e la speranza: saggio su diritto e violenza: saggio su diritto e violenza**. Bari: Laterza, 1992, p. 28 e 47).

¹³² GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLCCHANOWSKI, Nikolai. A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a partir da Filosofia Política. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 50, jan/jun. 2017, p. 17.

¹³³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 87.

¹³⁴ Idem.

indicam que não há uma definição uníssona de “liberalismo”¹³⁵. Os autores ainda admitem uma “incontroversa a importância do liberalismo no que tange à preocupação com o abuso de poder pelo Estado” e tal apontamento reverbera contraditoriamente no fundamento de legitimar a aplicação da pena como forma de “defesa social”, justamente pela circunstância de que não tem capacidade de entender o fato punido; e, ainda, sobre o aspecto da “violência” senão como acontecimento particular¹³⁶.

Outra questão que é trazida à baila é a possibilidade de reexaminar a fundamentação da pena por meio do republicanismo, idealizando a pena como instituição política. Nesta seara, as anotações trazidas por Roberto GARGARELLA¹³⁷ são interessantes, uma vez que o autor perspectiva harmonizar o liberalismo igualitário e o republicanismo, “afastando-se apenas do liberalismo conservador, levando sua reflexão também ao âmbito da questão da pena”¹³⁸.

GARGARELLA apresenta, por meio das releituras, feitas à teoria da justiça de John RAWLS, como pode ser perigoso consignar todos os assentamentos diretamente na filosofia política liberal para prevenção do direito à liberdade do Estado, singularmente se tais fundamentações políticas se dirijam à glorificação do retributivismo¹³⁹. Tal questão pode ser visualizada por meio do pensamento de Robert NOZICK, o qual alega um Estado deve ser pautado no minimalismo extremado, voltando, de maneira única, à proteção do indivíduo contra o abuso do uso da força¹⁴⁰.

Mister salientar que o republicanismo “é filosofia caracterizada, não obstante também seja um conceito unívoco, pela rejeição de toda forma de dominação” e, neste sentido, para que a lei não seja contextualizada em “uma

¹³⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLCCHANOWSKI, Nikolai. A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a partir da Filosofia Política. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 50, jan/jun. 2017, p. 17.

¹³⁶ Ibidem, p. 18.

¹³⁷ GARGARELLA, Roberto. **Las teorías de justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política**. Barcelona: Paidós, 1999, p. 210 e ss.

¹³⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLCCHANOWSKI, Nikolai. A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a partir da Filosofia Política. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 50, jan/jun. 2017, p. 18.

¹³⁹ GARGARELLA, Roberto. Penal Coercion in Contexts of Social Injustifce. **Criminal Law ans Philosophy**, v, 1, n. 1, 2011, p. 33.

¹⁴⁰ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 112.

violação do domínio, ela também deve ser elaborada em um contexto sem dominação, (...) ou seja, através de mecanismos concretos de suporte à cidadania e ao controle dos cidadãos sobre seus representantes”¹⁴¹.

O republicanismo, naquilo que toca a liberdade, não se trata de um campo de “não-interferência, mas sim de ausência de dominação”¹⁴²; não se baseia unicamente no estabelecimento de contornos precisos, mas pertence à dilatação dos direitos políticos de atuação e se aflige com os hiatos do Estado no que se refere às circunstâncias de desempenho dos direitos fundamentais¹⁴³.

Toda cautela é necessária, portanto, ao se falar em prevalência de parâmetros elaborados coletivamente por sobre os direitos individuais, com base no pensamento republicano. Quando se fala na pena como fato de poder e no manejo do conhecimento jurídico de “redução de danos”, restringindo-se o Estado a servir de instância de garantia, a fundamentação do direito penal como limite do arbítrio não fugirá da base liberal. A questão é que este não é um enfoque normativo, mas fundado na realidade empírica de violência e abuso do sistema penal, não se admitindo a atribuição de qualquer função positiva à pena. A perspectiva republicana, por outro lado, viria à baila na ampliação do horizonte normativo de compreensão sobre a ideia de “censura”, para além da pena estatal, havendo pontos de aproximação importantes na fundamentação política de outras práticas possíveis, fundadas na não-aflitividade e na participação ativa dos envolvidos¹⁴⁴.

GARGARELLA destaca que todas, sem qualquer exceção, formas costumeiras de tratamento em relação ao crime são supressoras e estabelecem

¹⁴¹ Todos em: GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLSCHANOWSKI, Nikolai. A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a partir da Filosofia Política. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 50, jan/jun. 2017, p. 19.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ GARGARELLA, Roberto. **Las teorías de justicia después de Rawls**: un breve manual de filosofía política. Barcelona: Paidós, 1999, p. 185. Ainda, v. GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLSCHANOWSKI, Nikolai. A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a partir da Filosofia Política. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 50, jan/jun. 2017, p. 10 – 39, no que tange a alguns apontamentos de Roberto Gargarella, leia-se: “Na conjunção entre republicanismo e liberalismo igualitário, sugerida pelo autor, há diferenças na priorização do autogoverno coletivo, no primeiro, e de autonomia individual, do segundo, mas ambos admitiram o ideal de autogoverno em suas concepções de democracia”.

¹⁴⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLSCHANOWSKI, Nikolai. A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a partir da Filosofia Política. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 50, jan/jun. 2017, p. 22.

a mais insensata resposta praticável¹⁴⁵, sendo que a pena privativa de liberdade deve ser completamente desconsiderada, procurando novas maneiras “de censura em comunidade que sejam includentes e distintas do castigo”¹⁴⁶, o que passa a representar uma restituição à sociedade por uma parcela das competências empreendidas pelo Estado, para manifestação do castigo, objetivando a edificação de um “processo comunicativo” conduzido à estipulação de um “diálogo moral” com o agressor, diante de uma idealização resolutiva da democracia¹⁴⁷. Intitulações pertinentes à “justiça restaurativa” são viáveis locuções desses princípios, mas não são as únicas: GARGARELLA cuida-as como um dos meios de dissolução republicana ao conflito, desde que se cuide a qual *status quo* se está restaurando¹⁴⁸.

Nesse sentido cabem as lições trazidas por meio da filosofia de Jacques DERRIDA, o qual indica que a experiência de justiça é conceituada como “experiência impossível”, sendo, desta forma, uma dúvida racional decorrente da impossibilidade objetiva de obter resposta ou conclusão, ou seja, uma *aporia*, tal qual é trazido por meio de uma concepção filosófica¹⁴⁹. A prática da justiça como *aporia* apenas tem fundamento se empregada uma ação “desconstrutivista”, a qual identifica a imanente fragilidade do direito, sem que se consiga indicar um “ato fundador”, a não ser se identificado seu componente inexplicável e violento. A ordem jurídica seria, deste modo, continuamente susceptível de rompimento, e tal instabilidade da política e do direito tornar-se-ia expediente de mediação social diante da desintegração e da anarquia¹⁵⁰. Da inexistência de justiça no direito senão como *aporia*, inexistente espaço para a consagração da justiça como

¹⁴⁵ GARGARELLA, Roberto. **Da injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008, p. 37.

¹⁴⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLSCHANOWSKI, Nikolai. A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a partir da Filosofia Política. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 50, jan/jun. 2017, p. 24.

¹⁴⁷ GARGARELLA, Roberto. **Da injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008, p. 70.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 68.

¹⁴⁹ DERRIDA, Jacques. Force de loi: le fondement mystique de l'autorité. **Cardoso Law Review**. vol.11, jul.ago. 1990, n. 5-6, p. 946.

¹⁵⁰ KOZICKI, Katya. A política na perspectiva da filosofia da diferença. OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilon Alves; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (org.). **Filosofia política contemporânea**, Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 142-145.

meio regulatório do poder punitivo estatal, sendo impraticável a aplicação de uma “pena justa” ou “proporcional”¹⁵¹.

Para os pesquisadores mais críticos da justiça restaurativa, os apontamentos filosóficos de DERRIDA podem ser de grande valia para que as práticas restaurativas sejam capazes de lidar, não apenas com o dano, mas como provável indício “de conflitos anteriores e violências estruturais”¹⁵².

As anotações de DERRIDA são valiosas, uma vez que, inexistindo a possibilidade de “fazer justiça” no caso concreto, abre-se margem para o pensamento além da punição como ato formal, em direção à conquista em relação ao conflito real, com a abertura de meios alternativos de diálogo e de formas figurativas de reparação e responsabilização e, em especial, com o resgate da vítima tal qual protagonista do conflito estabelecido com a ocorrência de um ato criminoso.

Nesta toada a compreensão dos movimentos vitimológicos se demonstra primordial para o entendimento da contenção do poder punitivo estatal a partir do resgate da vítima de um estado de desconhecimento para a condição de protagonista do conflito penal e elemento substancial à construção social das práticas restaurativas.

Apontamentos históricos informam que o termo ‘vitimologia’ foi utilizado pela primeira vez em uma Conferência, no ano de 1947, que aconteceu na capital romena, Bucareste, por Benjamin MENDELSON, considerado o pioneiro nessa área do conhecimento¹⁵³.

Ester KOSOVSKI leciona que a vitimologia é um “campo multidisciplinar por excelência e abrange vários níveis de atuação em diferentes contextos, podendo-se “dizer que repousa em um tripé: estudo e pesquisa; mudança da legislação e assistência e proteção à vítima”¹⁵⁴. Cada uma dessas divisões refere-se a um elemento essencial em relação à visualização do crime e de todo

¹⁵¹ DERRIDA, Jacques. **On cosmopolitanism and forgiveness**. London: Routledge, 2001, p. 28.

¹⁵² WOOLFORD, Andrew. **The Politics of Restorative Justice: a critical introduction**. Manitoba: Fernwood Publishing, 2009, p. 38 – 39.

¹⁵³ Nessa continuidade, ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. **O tempo das vítimas**. Trad. Lucia Valadares. São Paulo: Editora FAP – Unifesp, 2012, p. 45; e CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal Orientado para a Vítima do Crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 71.

¹⁵⁴ KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008, p. 146.

o sistema punitivo estatal. Ainda, afirma a autora que é fundamental a realização de pesquisas em relação ao impacto dos delitos e o papel das vítimas para que a legislação seja adaptada a uma nova abordagem e com o objetivo de constatar a intenção dos programas voltados às preferências dos ofendidos¹⁵⁵.

Interessante ressaltar as atribuições feitas por COSTA CÂMARA em relação à definição de vítima, a qual deve ser afastada de um mero modelo rígido sintetizado no tipo penal, não sendo a vítima necessariamente o sujeito passivo do delito, mas, de modo contrário atuando como “todo indivíduo, atingido direta ou reflexamente pela delinquência, na sua pessoa ou patrimônio, tendo suportado lesões físicas ou mentais”¹⁵⁶.

Frequentemente, a vitimização é referida como primária, na qual ocorrem danos físicos, econômicos e emocionais, por exemplo. Ainda, merece destaque a vitimização secundária, também denominada de sobrevivimização, a qual indica à intrínseca violação de direitos perpetrada pelo sistema de justiça criminal tradicional. “É possível afirmar que tais processos são inerentes ao contato com o sistema penal, e não produto de um mau funcionamento dele”¹⁵⁷, leciona GIAMBERARDINO. É digno de ser avaliado, ainda, a vitimização terciária, a qual engloba os mecanismos de estigmatização por parte da comunidade em relação ao ofendido e seus familiares¹⁵⁸.

Na concepção do devido processo legal não há vítimas ou agressores, mas todos em um mesmo ambiente. A liame estabelecido está entre a acusação e a defesa, restando claro que o réu tem direitos e garantias vinculadas à sua defesa. Com a vitimologia o leque se abre para a efetivação do direito das vítimas, porém vinculados ao entendimento estrutural das circunstâncias da experiência de vitimização e de forma concreta, individualizada.

¹⁵⁵ “Algumas das ações, já implantadas com sucesso, incluem o programa de intervenção em crimes, a compensação, a restituição, o ressarcimento do dano, a assistência médica, psicológica e jurídica, que prevê o acompanhamento tanto na mediação, como no processo criminal ou cível quando instaurado” (KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008, p. 148).

¹⁵⁶ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 77.

¹⁵⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 49.

¹⁵⁸ MORGADO, Helena Zani. **Direito penal restaurativo: em busca de um modelo adequado de justiça criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 117.

Diante da vitimologia crítica há também uma preponderante preocupação na apresentação da seletividade dos processos de vitimização, o que coincide com a procura por um referencial material dos acontecimentos socialmente inconvenientes¹⁵⁹.

Existe um histórico de relações, conseqüentemente, entre a vítima e o agressor e a comunidade, implementando o objeto da análise por parte dessa forma de contextualização. Presume-se que existe “para além da ação definida institucionalmente como delito, a qual é tomada como expressão de um conflito maior, mais profundo e complexo, do que as molduras próprias do sistema penal são capazes de abarcar”¹⁶⁰.

Observou-se que as sondagens de vitimização têm abrangência limitada no que concerne à vitimização primária, isto é, as implicações do delito para as vítimas diretas e indiretas. Em outro diapasão, por meio das pesquisas qualitativas, em especial àquelas que se voltam à investigação de um tipo penal em específico, podem ser observadas algumas questões relevantes. Da existência de violência direta se percebe a “maior possibilidade de produção de efeitos de médio e longo prazos”¹⁶¹; porém, nos delitos contra a propriedade, existe, para muito além do dano patrimonial, um “sentimento de violação da autonomia que gera uma espécie de insegurança pessoal vinculada a dificuldades de manutenção da rotina diária e nas relações interpessoais”¹⁶².

Da mesma gênese existe repercussão em relação às vítimas indiretas. De acordo com ZEHR, indicando estas conseqüências, usando como aparato fato de que “o índice de divórcios entre pais de crianças assassinadas é alto” e isso, entre outras questões dá-se pelo fato de que

¹⁵⁹ HOYLE, Carolyn; ZEDNER, Lucia. Victims, victimization and criminal justice. MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (Org.). **The Oxford Handbook of Criminology**. 4 ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 465.

¹⁶⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 30.

¹⁶¹ HOYLE, Carolyn; ZEDNER, Lucia. Victims, victimization and criminal justice. MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (Org.). **The Oxford Handbook of Criminology**. 4 ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 468.

¹⁶² GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 31.

o crime é essencialmente uma violação: uma violação do ser, uma dessacralização daquilo que somos, daquilo em que acreditamos, de nosso espaço privado. O crime é devastador porque perturba dois pressupostos fundamentais sobre os quais calcamos nossa vida: a crença de que o mundo é um lugar ordenado e dotado de significado, e a crença na autonomia pessoal¹⁶³.

Assim, percebe-se, um caminho delimitado pela convicção pautada na razão, e este é uma barreira que deve ser visualizada e ponderada. Ainda assim, mesmo que perante o limite dessa asseveração, a “experiência da vitimização pode ser definida como experiência de desumanização. A violência direta perturba a própria autonomia e clamará, por isso, pelo que depois se cunhou a denominar de ‘empoderamento’”¹⁶⁴.

De outro cerne estão os processos de “vitimização secundária” que abrangem os danos psicológicos e emocionais posteriores empreendidos não pelo delito, mas pela relação com o sistema formal de justiça criminal, desde a polícia e a investigação preliminar, até, dependendo do caso concreto, a execução penal. Diante do processo penal brasileiro, há possibilidade de se sistematizar, alguns dos vários exemplos de vitimização secundária, também denominada de “sobrevitimização”¹⁶⁵. Um desses paradigmas pode ser extraído entre “o fato e a investigação preliminar, um primeiro ponto de tensão está na decisão de se levar ao conhecimento da autoridade policial por meio de *notitia criminis*, qualquer que seja a natureza da ação penal”.

A cifra oculta, diferença entre a criminalidade real e registrada, é sabidamente de enormes proporções. Buscou-se a obtenção de dados mais consistentes que as estatísticas criminais tradicionais através da utilização de duas formas alternativas de investigação: as enquetes de vitimização e as enquetes de auto-denúncia, que consistem, respectivamente, em questionar anonimamente as pessoas de determinada região em relação ao número de vezes em que teriam sido vítimas e o número de vezes em que teriam cometido um delito,

¹⁶³ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 23-24.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 27.

¹⁶⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 73.

independentemente de ter sido realizada a denúncia ou o registro do fato¹⁶⁶.

Retirou-se que uma das questões de maior importância à amplitude da cifra negra da criminalidade seria a “baixa propensão da vítima à procura do sistema formal de justiça criminal, além de diferenças indicadas conforme a idade, classe social e tipo de delito”¹⁶⁷. De outro vértice, a denúncia pode ser sinônimo de “publicização de uma interação privada que devolve à vítima uma posição ativa, o que favorece sua autoestima e superação do sentimento de impotência muitas vezes decorrente da experiência de vitimização, especialmente se violenta”; ademais, tem capacidade para frutificar o resultado não desejado “de definição e reforço do papel da vítima, contribuindo por vezes à estigmatização e ao isolamento próprio e de sua família”¹⁶⁸.

A atuação ativa dos sujeitos – criminalizados e vitimizados – do conflito, em seu expediente, é o indispensável componente omitido da construção social moderna das atividades de repressão estatal¹⁶⁹.

Pode-se afirmar que o fato ofensivo à vítima transubstanciou-se em fato ofensivo ao Direito; e o Estado passou não apenas a ditar o Direito, mas, decidir quando uma norma foi ou não violada e a reagir contra aqueles que transgrediram um preceito legal¹⁷⁰.

Por meio da especialização, há a implementação de uma “distância neutralizante” que objetiva “organizar, segundo formas codificadas, a manifestação pública dos conflitos sociais e de lhes dar soluções socialmente reconhecidas como imparciais”¹⁷¹.

¹⁶⁶ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal**: Orientando para a vítima do crime Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 87.

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ SCALI, Melania; VOLPINI, Laura. L'ascolto delle vittime nella mediazione penale. PISAPIA, Gianvittorio (org.). **Prassi e teoria della mediazione**. Padova: Cedam, 2000, p. 103-104.

¹⁶⁹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 225. “A instituição de um ‘espaço judicial’ implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de fato dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social”.

¹⁷⁰ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 47.

¹⁷¹ Ibidem, p. 228.

O papel da vítima no atual processo penal pode ser descrito com uma palavra: insignificante. Em alguns momentos a vítima tem papel de “testemunha da acusação ou ator civil; no que toca ao Direito Penal substantivo: mero sujeito passivo ou objeto material do delito”¹⁷². O papel de protagonista do acontecimento criminal foi completamente perdido a partir do momento em que o Estado tomou para si a obrigatoriedade da condenação do “delinquente”. Sem espaço para se manifestar no âmbito criminal, ao ofendido restou a neutralização pela racionalidade penal moderna. É possível afirmar que as vítimas são meras “notas de rodapé do processo criminal”¹⁷³.

Para a vítima não é dado qualquer espaço para o diálogo, inclusive em relação à determinação de indicar se sofreu ou não algum dano. O que acontece é que sujeitos vinculados intimamente com o conflito penal não conseguem acompanhar o desenrolar das etapas do processo, não compreendem a linguagem forense, não sabem, sequer, factualmente o que aconteceu¹⁷⁴.

BOURDIEU enfatiza que a singular reconção do direito como meio de discurso legítimo que “a parte maior ou menor do arbítrio que está na origem do seu fundamento” continue desconhecida¹⁷⁵. Com a profissionalização do sistema de justiça criminal, o ofendido, o ofensor, seus familiares e amigos e a comunidade como um todo, são desviados da real viabilidade de entender o que está ocorrendo¹⁷⁶.

¹⁷² CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 45.

¹⁷³ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 31.

¹⁷⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 27).

¹⁷⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 243.

¹⁷⁶ GIAMBERARDINO realizou pesquisa empírica sobre questão posta, havendo as seguintes indicações consistentes dentre os estudos: “Uma mãe que só foi saber como foi a morte do filho por ocasião da entrevista; mãe que até a entrevista disse ‘achar’ que seu filho havia sido morto ‘por engano’; mãe que até aquele dia ‘não sabe bem o que aconteceu no dia do crime’; mãe que claramente diz que ‘almeja justiça’ de forma conectada ao fato de ainda desconhecer as circunstâncias em que sua filha foi morta; a própria vítima disse que ‘nunca ninguém lhe contou a história do crime’ e ‘deseja que o réu permaneça preso’; por telefone, a mãe da vítima relata que ela e o marido muitas vezes tinham tentado obter informações sobre o andamento do processo sem sucesso; familiar que se queixa da falta de informação e diz ‘sempre procurar saber notícias do processo nas delegacias’; irmão da vítima que afirma que o que deseja é ‘entender’ a situação, pois o réu era seu amigo, quer ‘entender porque ele foi morto’”. (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 27 – 28).

A principal contribuição da vitimologia consiste na inversão deste paradigma ao trazer a vítima do estado de desconhecimento ao de conhecimento. Isso em razão de que “é sabido que a ausência de reconhecimento pode provocar feridas tão intensas quanto o próprio traumatismo. Suportar não permite obter reparação”¹⁷⁷.

Nas lições de Nilo BATISTA para a superação da posição da vítima enquanto mero objeto passivo sobre o qual incide, primeiro, o delito, e, depois, o processo penal, o primeiro “requisito será outorgar à vítima um protagonismo cuja defecção é exatamente o elemento histórico-estrutural que caracteriza o modelo punitivo (‘confisco do conflito’)¹⁷⁸.

Cabe ressaltar que, em virtude dos movimentos acadêmicos e político-criminais, desde o início do século XX se passou a imputar à vítima uma “responsabilidade compartilhada pela ocorrência do delito”¹⁷⁹. Ou seja, o objetivo da vitimologia tradicional, citada nas lições de Benjamin MENDELSON e Hans VON HENTIG¹⁸⁰, foi e é indicar a cota de responsabilidade da vítima da ocorrência do delito, o que é capaz de auxiliar a políticas de prevenção, como ser obtido ao fundamento de valoração em relação a atitude do autor, podendo ter a condenação diminuída¹⁸¹.

A vitimologia crítica, a qual tem raízes no pensamento feminista, buscou demonstrar a seletividade dos processos de vitimização¹⁸². Discute-se a

¹⁷⁷ ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. **O tempo das vítimas**. Trad. Lucia Valadares. São Paulo: Editora FAP – Unifesp, 2012, p. 49.

¹⁷⁸ BATISTA, Nilo. Alguns princípios para a reforma da justiça criminal. In: **Novas tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 92.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 28.

¹⁸⁰ O primeiro seria o responsável por cunhar o termo “vitimologia”, v. MENDELSON, Benjamin. Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: victimologie. **Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique**, 11 (2), 1956, p. 95-109; e também VON HENTIG, Hans. **The Criminal and his Victim**. New Haven, Conn: Yale University Press, 1948.

¹⁸¹ O próprio art. 59 do Código Penal brasileiro pode ser interpretado nesse sentido: “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, *bem como ao comportamento da vítima*, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)”.

¹⁸² Discorda-se, pois, da vertente vitimológica que preconiza o denominado “princípio da autorresponsabilidade”, isto é, a visão da vítima-culpada. “Os esforços deste setor têm-se dirigido à elaboração de um princípio, o denominado ‘princípio da autorresponsabilidade, através do qual se sustenta que a vítima tem um dever de autoproteção. Esse dever, certamente, não alcançaria níveis desmedidos, restringindo-se à adoção de medidas possíveis, razoáveis, usuais e exigíveis. A partir daí, a omissão das mencionadas medidas implicaria, para a vítima, o não merecimento ou a falta de necessidade de proteção penal. Em suma, se a vítima, podendo e devendo autoprotoger-se, nos termos antes mencionados, não o fez, o autor pode chegar a ficar isento de toda a pena pela conduta delituosa”. Configura-se, então, a denominada revitimização.

atividade estatal e a própria lei na edificação de rótulos em relação aos quais se separa a vítima da discussão e a transforma em uma espécie de “consumidor”. Nesta perspectiva GIAMBERARDINO indica que essa vertente teórica

visa superar o debate se as vítimas teriam “necessidades ou direitos”, ambas respostas reducionistas, se isoladas. A primeira tende à monetarização do dano sofrido e da experiência de vitimização, enquanto, a segunda é em regra contraposta, ideologicamente, aos “direitos do réu”¹⁸³.

Pesquisas empíricas demonstram que a intensidade dos impactos emocionais decorrentes da prática de delitos supera consideravelmente a dimensão econômica do dano ocorrido¹⁸⁴. Verdadeiramente, “o interesse da vítima é encontrar uma cena adaptada a cada aspecto de seus danos, uma cena na qual seja tratada em seu benefício psicológico, moral ou patrimonial”¹⁸⁵. A vítima, ao contrário da falsa ideia formulada socialmente, nem sempre quer o sofrimento do ofensor.

Relatos de Louk HULSMAN, indicam que, desde os anos 1980, no Tribunal de Paris, há um serviço de atendimento para as vítimas. Os encarregados por esta atividade captam que “ali se apresentam espontaneamente quantidades de pessoas que não têm o menor propósito de perseguir quem quer que seja, embora se considerando vítima de toda sorte de fatos”¹⁸⁶. As afirmações de HULSMAN ainda indicam que “o que querem as vítimas é obter reparação e reencontrar a paz, assim como encontrar alguém que as escute com paciência e simpatia”¹⁸⁷. A punição não traz qualquer benefício aquele que foi agredido e neste sentido “quando pessoas

O ofendido, que já configura como duplo perdedor do processo tradicional, perderia duas vezes com a defesa do princípio de “autorresponsabilidade” (SANTANA, Selma Pereira de. A vitimodogmática: uma faceta da justiça restaurativa? In: **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 62, jun./jul. 2010, p. 61).

¹⁸³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 44.

¹⁸⁴ Ibidem., p. 47.

¹⁸⁵ ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. **O tempo das vítimas**. Trad. Lucia Valadares. São Paulo: Editora FAP – Unifesp, 2012, p. 203.

¹⁸⁶ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lucia Karam. Niterói: Luam, 1993, p. 118.

¹⁸⁷ Ibidem., p. 119.

compreensivas e amigáveis lhes permitem se expressar com calma e melhor se situar em seu conflito, um pouco de seu problema já está resolvido”¹⁸⁸.

A pesquisa empírica realizada por André GIAMBERARDINO, junto à 2ª Vara do Tribunal do Júri de Curitiba (Paraná) aponta que, dos 252 estudos que ouviram o sujeito vitimizado ou seu familiar em relação do que consideravam justo em comparação com o julgamento do réu demonstrou que, “em 123 deles (48,8%) é possível falar de uma expectativa de censura em sentido amplo”¹⁸⁹. O estudo apontou 52 manifestações nítidas em prol da prisão, vingança ou forma cruel de punição e 71 demonstrações de outras formas de censura. Em um segundo grupo, segue o autor afirmando que “reuniria as expressões evidentes de indiferença ou contrariedade à punição do réu, com 61 casos (24,2%) e por fim um terceiro grupo de 68 pessoas abrangeria tão somente as consequências do crime”¹⁹⁰, sem que houvesse afirmação em relação a qualquer probabilidade em relação a um julgamento formal.

Sinaliza a referida pesquisa empírica que, ao se proceder com a interpretação das entrevistas “é evidentemente necessário levar em conta a limitação do ‘arsenal retórico’ disponibilizado aos entrevistados”¹⁹¹ que apenas têm como referência o atual sistema de justiça criminal.

Ainda, percebe-se que o Estado se omite no atendimento dos interesses dos ofendidos em prol da análise sintática da lei e da persecução criminal do ofensor. Ou seja, os debates legais são “protagonizados por advogados e agentes estatais que se encarregam de traduzir as demandas para a linguagem jurídica. Os direitos humanos judicializados, segundo essa leitura crítica, encerram o risco de restarem subservientes à configuração legalista e estatista que o processo impõe”¹⁹². O objetivo é reintroduzir a vítima na gestão dos conflitos.

De se destacar que o grande dilema do nosso tempo, portanto, não é realizar uma escolha em relação à relegitimação do sistema de justiça penal,

¹⁸⁸ Idem.

¹⁸⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 36.

¹⁹⁰ Idem.

¹⁹¹ Ibidem., p. 37.

¹⁹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro**, v. 29, 2016, p. 129.

mas, conforme destaca Vera Regina PEREIRA DE ANDRADE, é “urgente tomar partido com clareza de uma clareza capaz de tocar a vida, porque é vital desemaranhar e agir por dentro dos labirintos do controle exercido pelo Estado”¹⁹³, inexistindo outro caminho, senão a busca por modelos alternativos de censura, sendo que, o que vem ganhando maior destaque nacional e internacionalmente é a censura pela restauração, com a participação dos envolvidos no conflito penal, objetivando a operação pela reparação simbólica, o que exprime uma forma de reparo que tenha a capacidade de conduzir de volta o sujeito e sua responsabilidade, em especial, no segmento da alteridade.

¹⁹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Sequência**. Florianópolis, v. 52, 2006, p. 180.

CAPÍTULO 2

OS CAMINHOS PELA RESTAURAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL

Se afastar de meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência sequer suspeitava. Da mesma forma, o desaparecimento do sistema punitivo estatal abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça.

(Louk Hulsman)

2.1 A RELAÇÃO DO CONTROLE SOCIAL COM AS PERSPECTIVAS RESTAURATIVAS

O conceito maximizado de controle social, vinculado com o exame sociológico, bem como à contestação da condição opressiva da punição são questões essenciais à edificação da compreensão do que é de fato o movimento restaurativo para, depois, serem explorados os aparatos conceituais específicos da justiça restaurativa.

Diante do que foi construído no primeiro capítulo, tanto no que concerne às apreciações relativas à deslegitimação da pena, de um lado, como a querela entre utilitarismo e retribuição, de outro, aparentam partir de igual proposição, segundo a qual discorrer sobre controle social significa demonstrar uma função inerente ao do Estado. Tal questão pode ser visualizada a partir do conceito amplo de pena trazido por ZAFFARONI, o qual o indica ser um conjunto “elementos negativos e ações ilícitas de agências oficiais do sistema”, o que também engloba a concepção de controle social atrelada ao poder estatal¹⁹⁴.

Ainda, o conceito punição é, da mesma forma, visualizado em uma perspectiva de aflição. Ainda que nas teorias preventivas, que enaltecem a punição tal qual elemento terapêutico, há certa dosagem de castigo para que a diligência seja visualizada como verdadeiramente punitiva. Para esta questão aquiescem, cada qual à sua maneira, tanto autores vinculados a uma teoria

¹⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 57.

eclética com destaque para o utilitarismo, tal qual Herbert Lionel HART¹⁹⁵; aos retributivistas que procuram fundear o grau de aflição ao princípio da proporcionalidade, como VON HIRSCH¹⁹⁶; como da mesma forma autores abolicionistas tal qual Nils CHRISTIE, para quem “o ato de punir deve ser descrito como a inflição intencional de dor a outrem”¹⁹⁷.

Assim, para a ideia de controle social vinculada à atividade do Estado, a melhor expressão não seria “causar dor”, mas “causar dano” ou, apenas, avocar que “para ser pena a medida deve fazer mal a alguém”¹⁹⁸.

Segundo outro diâmetro, vincula-se, da mesma maneira, a uma questão presente na economia política da pena, em especial naquilo que é trazido por RUSCHE e KIRCHHEIMER¹⁹⁹ em relação as alterações nos meios de punir ao longo da história quando conceberam como regra estrutural, aquela da *less eligibility*²⁰⁰, por meio da qual as “condições materiais do cárcere seriam sempre inferiores às condições do extrato mais carente da classe trabalhadora”.

Na concepção normativa, entretanto, a inevitabilidade do sofrimento pode até embasar indicativo do conceito de pena, mas sua proximidade a qualquer forma de censura é complicada²⁰¹, elevando-se a problemática sobre qual seria a vinculação entre retribuição e restauração. Refere-se de restaurar ao invés de punir ou, ainda “punir restaurando” e não coagindo. Para FEINBERG, se anunciada uma função de comunicação à pena, que manifesta um juízo de reprovação, continuaria em aberta a questão em relação a essencialidade do *hard treatment* para o discernimento em relação aos outros meios de punição²⁰².

Na perspectiva de Anthony DUFF, a oposição entre retribuir e restaurar estaria desacertada uma vez que provável e indispensável contemplar o objetivo

¹⁹⁵ HART, Herbert Lionel. Prolegomenon to the Principles of Punishment. **Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 4-5.

¹⁹⁶ VON HIRSCH, Andrew. **Censurar y castigar**. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 31.

¹⁹⁷ CHRISTIE, Nils. **A suitable amount of crime**. New York: Routledge, 2004, p. 103.

¹⁹⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 118.

¹⁹⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999. [1939].

²⁰⁰ Livre tradução: Menor elegibilidade.

²⁰¹ BURGH, Richard. Do the guilty deserve punishment? **The Journal of Philosophy**, v. 79, n. 4, 1982, p. 194.

²⁰² FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. **Monist**, 49:3, 1965, p. 400.

de restauração por meio de, não cessando, uma forma retributiva da pena²⁰³. A mediação, da mesma forma, também representaria outro meio punitivo, uma vez que também gera suplício. Entretanto, a proposta de DUFF sobrestima uma das particularidades que de fato são incluídos na ótica restaurativa, que é a “restauração da comunidade”, porém em desvantagem da atenção ao caso concreto que engloba o ofendido e o ofensor; para esses, cuidar-se-ia de simples “reparação/compensação”, e não da restauração.

No referencial trazido por WALGRAVE, com posição distinta, a geração de “sofrimento na justiça restaurativa pode ocorrer, mas nesse caso seria mero efeito colateral, não um objeto ou elemento necessário do processo, podendo servir como critério de redução da afluência da medida restaurativa acordada, jamais para aumentá-la”²⁰⁴. Na intenção de DUFF, de outro vértice, refere-se de ingrediente constituinte das finalidades da restauração²⁰⁵.

O texto de Howard ZEHR que fala em “trocar as lentes”, em uma publicação relativa à restauração de 1990²⁰⁶, trazia exatamente uma abordagem da justiça restaurativa em oposição à justiça retributiva, fomentando entre elas uma clara dicopodia. Porém, o mesmo autor, em uma terceira edição da mesma obra, passou a trazer uma nova perspectiva, concordando que a retribuição e a restauração são teoricamente parecidas, indicando que “pintar a retribuição e a restauração como mutuamente excludentes acaba por diminuir as possibilidades de exploração de traços comuns e interesses mútuos”²⁰⁷.

Em perspectiva símile, hodierna composição de Ross LONDON que aconselha como fundamental a inalteração de âmago punitivo de qualquer conduta institucional ao crime, tutorando, porém, sua redefinição diante de um tenro desígnio para a punição, qual seja, a “restauração da confiança básica perdida no cometimento do crime”. Sua alegação é a interpretação do crime

²⁰³ DUFF, R. Anthony. Restorative punishment and punitive restoration. JOHNSTONE, Gerry (ed.). **A Restorative Justice Reader**, Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 382.

²⁰⁴ WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). **Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 63 e ss.

²⁰⁵ DUFF, R. Anthony. Restorative punishment and punitive restoration. JOHNSTONE, Gerry (ed.). **A Restorative Justice Reader**, Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 393.

²⁰⁶ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 61 e ss.

²⁰⁷ Ibidem, p. 259-260.

como “violação do princípio da confiança e do altruísmo recíproco”²⁰⁸, entendimento de influência contratualista por meio da qual “cada um mantém o autocontrole e se abstém da agressão aos demais, confiando que o mesmo será feito por todos”²⁰⁹. Nesta perspectiva, a expectativa de justiça ou concepção de injustiça sobejariam relacionadas à contribuição do outro em relação a tais expectativas de mutualidade²¹⁰, restando por esta razão, segundo LONDON, tão acentuado o abalo emocional da falta de punição para aqueles que passam por uma vivência de vitimização²¹¹.

O argumento de LONDON é intrigante uma vez que, ao posicionar a “restauração da confiança recíproca”, como intenção primordial de qualquer modo de reação do crime, engloba “a deslegitimação das formas convencionais da pena estatal como uma inexorável consequência, valorizando-se, (...) as dimensões relacionadas ao empoderamento da vítima, à responsabilização do ofensor e ao envolvimento e participação ativa das respectivas comunidades”²¹². Entretanto, o autor conserva a pena em sua concepção tradicional tal qual elemento capaz a ser aplicado, mesmo se reorientado como um intermédio à restauração²¹³.

Ponto crucial, que não resta evidente no texto de LONDON, é qual o papel dedicado às concepções tradicionais de pena nessa proposta: “nada de novo no *front* se elas seguirem legitimadas como meios de coerção direta e indireta, mesmo se convivendo com alternativas penais”. Entretanto, se a maximização da capacidade de outras maneiras de “restauração da confiança” for capturada como artifício de continência e barreira da manifestação punitiva e especialmente da pena privativa de liberdade, localiza-se de aquiescência²¹⁴.

A demarcação de um conceito de restauração que não decorre ou faz parte daquele de poder punitivo como ponto chave a diferenciação entre reação estatal, seja dentro ou fora da legalidade, a que se denomina poder punitivo ou pena, e a censura como conceito ampliado

²⁰⁸ LONDON, Ross. **Crime, punishment and restorative justice**: from the margins to the mainstream. Boulder: First Forum Press, 2011, p. 60.

²⁰⁹ Ibidem, p. 63.

²¹⁰ Ibidem, p. 64.

²¹¹ Ibidem, p. 67.

²¹² Ibidem, p. 70.

²¹³ Idem.

²¹⁴ Ibidem, p. 190.

de controle social, vinculado à tradição da sociologia norte-americana que esteve na base no *labelling approach*²¹⁵.

Não está se procurando emoldurar a reação institucional de crime, na forma de pena estatal, como um acontecimento social, tal qual estabelece Émile DURKHEIM como “maneiras de agir, de pensar e de sentir exteriores ao indivíduo, dotadas de um poder de coerção em virtude do qual se lhe impõe”²¹⁶, o que importaria à solidariedade social, conforme definição:

O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de consciência coletiva ou comum. Sem dúvida, ela não tem por substrato um órgão único; ela é, por definição, difusa em toda a extensão da sociedade (...) podemos dizer que um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva²¹⁷.

O exame é erigido sob a concepção de que a ideia de consciência moral coletiva deve se descrever historicamente e ser concebido como artefato de dominações policiais e sociais em debate²¹⁸. A definição de crime, segundo DURKHEIM, está atrelada à quebra com o “código moral cuja sacralidade motiva e fundamenta toda a hostilidade inerente ao fenômeno da pena, uma reação passional”²¹⁹, com o objetivo de fortificar a harmonia social.

DURKHEIM estabelece um ensaio designado “Duas Leis da Evolução Penal”, diante do qual descreve a lei sob duas perspectivas, uma quantitativa e outra qualitativa. No que se refere à perspectiva quantitativa, indica-se “a qual a severidade penal tende a diminuir”; no diapasão da lei qualitativa, o autor informa

²¹⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 121.

²¹⁶ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**, 17^a ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 2002, p. 3.

²¹⁷ DURKHEIM, Émile. **A divisão do trabalho social**, Brasília: Martins Fontes, 1999 [1830], p. 50-51.

²¹⁸ GARLAND, David. **Punishment and modern society**: a study in social theory. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 54.

²¹⁹ Nesse sentido, o autor afirma que: “A pena não serve, ou só serve de maneira muito secundária, para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis imitadores; desse duplo ponto de vista, sua eficácia é justamente duvidosa e, em todo caso, medíocre. Sua verdadeira função é manter intacta a coesão social, mantendo toda a vitalidade da consciência comum”. (DURKHEIM, Émile. **A divisão do trabalho social**, Brasília: Martins Fontes, 1999 [1830], p. 56 e 81).

que ela é formatada para “a qual a privação da liberdade tende a se tornar a modalidade hegemônica de punição”²²⁰. A impetuosidade da punição é relacionada por DURKHEIM ao conceito de “consciência coletiva”. Para o autor, as “sociedades de tipo simples recorrem a formas draconianas de punição por causa da intensidade do impacto da violação em sua consciência coletiva, tomada como uma espécie de ameaça a toda comunidade”²²¹. Nesta diretriz, o progresso de uma “moralidade moderna e secularizada” inclinar-se-ia a diminuir a rigidez das penas através de uma alteração na “qualidade dos sentimentos coletivos, acompanhada de uma mutação nos próprios processos de criminalização que se voltariam cada vez mais à violação” de direitos fundamentais²²².

Em suas últimas anotações, DURKHEIM refuta a possibilidade de que a sociedade tenha a capacidade de se desvincular da vontade de punir tal qual reflexo emocional à frente de ultrajar suas cifras procedimentais²²³.

Na concepção moderna de justiça, inexistente negação da violência como meio de acareação dos antagonismos, mas a alteração de suas maneiras de gerência. A vingança passou a ser racionalizada por meio do sacrifício,

²²⁰ DURKHEIM, Émile. Deux lois de l'évolution pénale. **Année Sociologique**, IV, 1899-1900, p. 65-95.

²²¹ Idem.

²²² GARLAND, David. **Punishment and modern society: a study in social theory**. Oxford: Oxford University Press, 1990, p. 38.

²²³ Nas anotações do autor é possível extrair o seguinte trecho: “*Il n'y a donc pas en réalité un fléchissement général de tout le système répressif; seul, un système particulier fléchit, mais il est remplacé par un autre qui, tout en étant moins violent et moins dur, ne laisse pas d'avoir ses sévérités propres et n'est nullement destiné à une décadence ininterrompue. Ainsi s'explique l'état de crise où se trouve le droit pénal chez tous les peuples civilisés. Nous sommes arrivés au moment où les institutions pénales du passé ou bien ont disparu ou bien ne survivent plus que par la force de l'habitude, mais sans que d'autres soient nées qui répondent mieux aux aspirations nouvelles de la conscience morale*”. Em nossa livre tradução: “Não há, de fato, um declínio geral em todo o sistema repressivo; apenas um sistema em particular se dobra, mas é substituído por outro que, embora seja menos violento e menos difícil, não deixa de ter suas próprias severidades e não está destinado a uma decadência ininterrupta. Isso explica o estado de crise em que o direito penal é encontrado entre todos os povos civilizados. Chegamos a uma época em que as instituições penais do passado ou desapareceram ou estão apenas sobrevivendo pela força do hábito, mas sem que outras pessoas tenham nascido para responder melhor às novas aspirações da consciência moral”. (DURKHEIM, Émile. Deux lois de l'évolution pénale. **Année Sociologique**, IV, 1899-1900, p. 95). Em contradição com a posição de DURKHEIM, está aquela proposta por MARX, a qual é explicada no sentido de que: “Não há espaço para uma noção como a de ‘consciência moral coletiva’, sendo o direito penal não um reflexo dos costumes, mas um conjunto de regras definidas pelo Estado atendendo aos interesses da classe dominante e resultando dos conflitos inerentes às sociedades divididas em classes”, v. CHAMBLISS, William. *Functional and Conflict Theories of Crime: the heritage of Emile Durkheim and Karl Marx*. In: CHAMBLISS, William; MANKOFF, Milton (ed.). **Whose Law, What Order?** New York: John Wiley Sons Inc., 1976, p. 6.

compreendido como meio de violência que, no decorrer do rito, estipula um afastamento em relação à “violência originária”, cessando-a²²⁴. É o ritual que modifica o ato de violência em um ato de justiça, de modo a proteger a sociedade. Desta forma, porém, necessita-se da legitimação da violência, isto é, da conformidade à legalidade e aos anseios de todos os prováveis alcançados pelos atos violentos²²⁵.

Para Paul HIRST a punição como instituição social, é impossível de ser abolida uma vez que é funcional na maneira de sustentar a imposição de certas normas. Logo, tal apontamento não é um impeditivo da afirmação de que “todas as formas de punição sempre falharam” em relação aos seus declarados objetivos e que elas são decorrentes da maneira predominante de estruturação da sociedade²²⁶.

Segundo GIAMBERARDINO:

O legado de Émile DURKHEIM, com a compreensão da punição como “fenômeno moral” é, embora ambíguo, imprescindível. Na perspectiva marxista parece ser também funcional não a pena privativa de liberdade, mas a capacidade de se produzir censura, o que se coaduna ao desenvolvimento de uma noção de controle social para além da violência do Estado. Este é o debate fundamental, que esteve no núcleo da teoria do etiquetamento, com uma concepção ativa e horizontalizada de controle social, e que deve ser resgatado (...) pela criminologia crítica²²⁷.

A semiologia do controle social passa por diversas perspectivas. Sob a visão europeia, está vinculada com a ideia de poder e força; na concepção estadunidense, atrela-se ao desígnio de vigilância e inspeção²²⁸. Quando da análise de HOBBS, o controle social é exercido pelo “poder do Príncipe”, enaltecendo o nexo de sujeição entre quem controla e quem é controlado. Já os

²²⁴ BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. **Offesa e riparazione**: per una nuova giustizia attraverso la mediazione. Milano: Bruno Mondadori, 2005, p. 42.

²²⁵ Ibidem, p. 47.

²²⁶ HIRST, Paul. The concept of punishment. DUFF, Ronald; GARLAND, David (ed.). **A Reader on Punishment**. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 266.

²²⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 126.

²²⁸ BODÊ DE MORAES, Pedro Rodolfo. A justa medida da pena. Prefácio. In: SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 2.

preceitos sociológicos, tais quais os de DURKHEIM, usando a esfera de “controle” como social, não apenas na perspectiva penal, mas vinculada com a sociedade como um todo²²⁹.

Entretanto, o predomínio de um “funcionalismo estrutural e sistêmico no âmbito do direito” em especial no que tange ao direito penal tem por substancial decorrência a utilização de outro significado para controle social, vinculado à exteriorização do “poder monopolizado pelo Estado”²³⁰.

Perante a sociologia em relação ao controle social, há, de pronto, uma rejeição relativa ao cerne do Estado no manejo do poder e destaca “processos de comunicação e interação social”, concluindo que se a opressão por meio da “força da lei tem seu papel, este é relativizado e subordinado às necessidades de produção de consenso”²³¹. Ou seja, as interações com questões como ordem, autoridade e poder enfraquecem a essencialidade em relação de uma concepção vinculada com à socialização do sujeito em uma sociedade pluralista. Logo, neste diapasão, o controle social assume um papel de motivação, afastando-se da ideia de contenção²³².

Tal concepção foi fixada por Edward ROSS que partiu da compreensão de ordem como “ausência de colisões entre pessoas em recíproca relação capazes de exprimir objetos e interesses comuns. Assim, o conceito inclui o controle exercido pela sociedade sobre os indivíduos através de diversos modos, como a educação, a arte e, também, mas não só, a lei”²³³.

Percebe-se que o momento histórico da escrita de ROSS foi o do início do século XX, nos Estados Unidos, momento em que ocorriam acentuados fluxos migratórios²³⁴ e em que imperava uma cultura monista e assiduamente rigorosa com as dissimilaridades. A harmonização do pensamento de controle social com uma sociedade que se planejava democrática ocorreu com a Escola de Chicago, “que trabalhava com a categoria da pluralidade dentro de uma

²²⁹ PARK, Robert; BURGESS, Ernest W. **Introduction to the science of sociology**. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press., 1969 [1921], p. 27.

²³⁰ BERGALLI, Roberto. De cuál derecho y de qué control social se habla? In: **Contradicciones entre derecho y control social**, Barcelona: M.J.Bosch, 1998, p. 28.

²³¹ MELOSSI, Dario. **The State of Social Control**, Cambridge: Polity Press, 1990, p. 105.

²³² SUMNER, Colin. Social Control: The History and Politics of a Central Concept in Anglo-American Sociology. In: BERGALLI, Roberto; SUMNER, Colin (coord.). **Social Control and Political Order: European Perspectives at the end of the century**. London: Sage, 1997, p.7.

²³³ ROSS, Edward. *Social Control: a survey of the foundations of order*. New York: Johnson Reprint, 1901, p. 1 – 2.

²³⁴ MELOSSI, Dario. **The State of Social Control**, Cambridge: Polity Press, 1990, p. 108-109.

mesma cultura ao invés de supor a existência de várias, dentro da sociedade norte-americana”²³⁵. Neste momento histórico, o desenvolvimento da compreensão de controle social pautava-se em cerimônias, religiões, crenças políticas, tradições e opinião pública, todos esses quesitos vindos antes e com mais eficiência que a lei²³⁶ e, ainda, com a refutação da suposição do domínio de “um ato democrático da razão, ao invés de ato autoritário da vontade”²³⁷.

Esta foi a base para o desenvolvimento da produção de George MEAD, o qual foi responsável pela de uma investigação intensa em relação à interação social, partindo do fenômeno de cooperação, e não de subordinação a um poder soberano. O autor demonstra que não existe nada tão efetivo que a união dos homens para a eliminação de um “inimigo comum”²³⁸, ou seja, afasta-se uma abordagem de “integração individual” para o nascimento de uma “rede de interações sociais”²³⁹, alcançando uma ideia ativa de controle social.

O entendimento funcionalista traz a ideia de “concepção reativa”, transportando a contribuição da “centralidade do sistema jurídico-estatal como principal mecanismo de expressão de valores em comum e construídos sob uma ordem social fundamentada no consenso”²⁴⁰. Logo, a conduta desviante é entendida como manifestação de uma carência no “processo de socialização”, de uma ânsia que carrega o sujeito a agir de modo inverso aos “valores culturais dominantes, como fator de distúrbio do equilíbrio do sistema”; assim, neste enfoque o controle social é compreendido como meio de “(re)motivação do indivíduo e de (re)equilíbrio do sistema”²⁴¹.

A contraposição do funcionalismo é a teoria crítica do controle social, por meio da afirmação de que os dilemas sociais são “atividades antes que condições”, ou seja, são “atividades de indivíduos ou afirmações coletivas de reivindicação relativas a determinadas condições putativas”, uma vez que “o

²³⁵ SUMNER, Colin. Social Control: the History and Politics of a Central Concept in Anglo-American Sociology. In: BERGALLI, Roberto; SUMNER, Colin (coord.). **Social Control and Political Order: European Perspectives at the end of the century**. London: Sage, 1997, p. 14-16.

²³⁶ PARK, Robert; BURGESS, Ernest W. **Introduction to the science of sociology**. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press., 1969 [1921], p. 785.

²³⁷ MELOSSI, Dario. **The State of Social Control**, Cambridge: Polity Press, 1990, p. 111.

²³⁸ MEAD, George H. The Psychology of Punitive Justice. **The American Journal of Sociology**, vol. XXIII, n. 5, Chicago: The University of Chicago Press, 1918, p. 599.

²³⁹ MELOSSI, Dario. **The State of Social Control**, Cambridge: Polity Press, 1990, p. 116 – 117.

²⁴⁰ PARSONS, Talcott. **The Social System**. New York: The Free Press, 1951, p. 246.

²⁴¹ Ibidem, p. 250 – 251.

significado das condições está na afirmação em si mesma, e não em sua validade, segundo quanto seja possível avaliar desde um ponto de vista independente”²⁴².

A controle social na concepção de Edwin LEMERT está na diferenciação que se faz “do controle passivo um aspecto da conformidade às normas tradicionais; o controle social ativo, por outro lado, é um processo de implementação de objetivos e valores. O primeiro trabalha pela manutenção da ordem social, enquanto o segundo age para a integração social emergente”²⁴³. Em separado das críticas às restrições desse entendimento, foi por meio dele que surgiram as evoluções políticas e acadêmicas que edificaram as dicções críticas em criminologia em relação ao controle social:

O controle social seria expressão ideológica e linguística do discurso que, dentre os muitos possíveis, impõe-se como dominante para legitimar uma desigual distribuição da riqueza e do poder (...). Reconhece-se por outro lado, que houve nesse ponto uma nova redução do conceito de controle social ao poder estatal²⁴⁴.

Diante desta questão, MELOSSI traz à tona a edificação da ideia de que o Estado seria assumido como “variável conceitual dependente”, um remédio facundo, subjugado da estruturação social do significado diante de uma corrente democrática cada vez mais resistente²⁴⁵. “O processo em curso toma a forma da modalidade comunicativa de construção do significado presente na teoria de MEAD, e não o tipo autoritário presente na filosofia de HOBBS”²⁴⁶.

Tomando-se a atividade da polícia, inclusive, como chave para a compreensão da legitimidade de todo o sistema penal perante a população, já se constatou, no mesmo sentido, que legitimidade significa a obtenção da cooperação ou a influência sobre as pessoas porque elas acreditam que tais regras são apropriadas e a autoridade

²⁴² SPECTOR, Malcolm; KITSUSE, John I. **Constructing Social Problems**, Cambridge: Policy Press, 1997, p. 75 – 76.

²⁴³ LEMERT, Edwin. Beyond Mead: the societal reaction to deviance. **Social Problems**, vol. 21, n. 1, 1973, p. 21.

²⁴⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 131.

²⁴⁵ MELOSSI, Dario. **The State of Social Control**, Cambridge: Polity Press, 1990, p. 166.

²⁴⁶ Ibidem, p. 169.

é legítima, não porque têm medo ou simplesmente se subordinam ao poder. Esse tipo de reflexão se sustenta, portanto, não apenas na crítica ao poder punitivo reconduzido a uma função estatal, mas no resgate do interacionismo e na compreensão do conceito de controle social como a capacidade da sociedade ou de uma comunidade regular a si mesma (...) através da redução da coerção²⁴⁷.

Logo, “o oposto de controle social pode ser compreendido como controle coercitivo, ou seja, a organização de uma sociedade radicada essencialmente sobre a força – através de sua ameaça e de sua utilização”²⁴⁸.

Diante de todas as acepções, a questão que fica é: há possibilidade do controle social ser pautado em um método que se afaste da afluência? Ou, como indaga Massimo PAVARINI, “a necessidade de produção de ordem social através da censura (...) poderia, no ‘processo civilizatório’, progressivamente renunciar à produção artificial de sofrimento”²⁴⁹? Existem explicações assertivas no campo da crítica filosófica da pena, reconhecendo-se a viabilidade do controle social afastado da punição, qualificado e diverso da pena pelo fato de não abranger diretamente a esfera da intencionalidade no cometimento do prejuízo ou aflição²⁵⁰.

Parte-se da premissa de que a imposição proposital do castigo ou sofrimento faz parte da definição de pena e ainda, segundo PAVARINI e GIAMBERARDINO:

A censura (...) é componente da função expressiva ou de denúncia, como ato comunicativo, mas que não necessariamente é acompanhada da inflição intencional do castigo. Ocorre que os mais importantes defensores de uma função expressiva para a pena partem equivocadamente do pressuposto que equipara a capacidade expressiva e reprobatória da censura com a intencionalidade do ato de punir fazendo sofrer. Todavia, caso seja encontrada uma medida de censura suficiente para o reconhecimento público da ofensa,

²⁴⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 131 – 132.

²⁴⁸ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**: Parte General. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 19.

²⁴⁹ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal**: uma introdução crítica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 57.

²⁵⁰ BOONIN, David. **The problem of punishment**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 176-179.

restabelecendo o limite ao sujeito, sem a intenção do castigo na forma de dano e sofrimento, ter-se-á o exemplo de censura não-punitiva do qual se fala, sem prescindir da presença do Estado, mas efetivamente articulada como instância de garantia de abusos e voltada à elaboração do conflito²⁵¹.

A restauração procura distanciar a aflição característica com a profanação da norma, isto é, com a violação, no proveito da cautela a proporções enfraquecidas no panorama do direito penal formal. “O dano efetivamente produzido à vítima e a responsabilidade do causador perante ele, bem como o controle presente na interação humana e suas práticas sociais diversas. Trata-se do resgate, enfim, de questões de justiça relativamente abandonadas pelo utilitarismo penal”, as quais objetivam fortificar esse tipo de controle social pautado no desenvolvimento do colóquio e na diminuição da violência. Sendo a conduta política de atenuação de prejuízos é essencial perante ao ato violento e a opressão elaboradas refletidas pelos sistemas penais ocidentais, ela não desconsidera a tentativa de seu desmantelamento mais coerente, ao contrário de considerar, como alegação, sua imprescindibilidade²⁵².

Percebe-se, portanto, a necessidade da proposição da criação de um vínculo que tenha capacidade de trazer um novo sentido ao fato e aos envolvidos nele²⁵³. É nesse diapasão que, levando-se em consideração as circunstâncias e a “realidade material local”, a possibilidade de um modelo restaurativo o qual pode representar um “contradiscursos capaz de conter o poder punitivo na medida em que transforma e ressignifica a demanda e as expectativas por (...) punição”²⁵⁴.

O que se quer, naquilo que foi exposto por ZEHR, “não é necessariamente a pena como imposição de sofrimento, mas uma experiência de justiça”²⁵⁵.

²⁵¹ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 61.

²⁵² GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 133 – 134.

²⁵³ MEAD, George H. The Psychology of Punitive Justice. **The American Journal of Sociology**, vol. XXIII, n. 5, Chicago: The University of Chicago Press, 1918, p. 597.

²⁵⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 134.

²⁵⁵ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 27 – 28: “As vítimas precisam ter certeza de que o que lhes aconteceu é errado, injusto, imerecido. Precisam oportunidades de falar a verdade sobre o que lhes aconteceu, inclusive seu sofrimento. Necessitam ser ouvidos e receber confirmação”.

Defende HIRST²⁵⁶ que para “fazer a pena punir” haveria necessidade da realização de um ajuste à pena, sendo que esta deveria ser observada de maneira isolada, muito além dos padrões convencionados pela individualização da pena, o que seria incompatível com o devido processo penal como seria capaz de ser utilizado como justificativa ao desenvolvimento da rigidez e do estágio de aplicação de sofrimento.

Permite-se indicar que, com a exclusão da vítima “relação jurídico-penal o Estado, ainda que penetrado da correta intenção de promover a pacificação social, terminou por inviabilizar uma solução real dos conflitos – despersonalizando-os”²⁵⁷.

De modo semelhante, ZAFFARONI indica que “o modelo punitivo não é um modelo de solução de conflitos”, senão simples interrupção, por meio de um ato realizado pelo Estado que desconsidera a vítima impossibilitando a real solução da demanda²⁵⁸.

É por meio da restauração que se é capaz verdadeiramente atingir uma nova qualificação daquilo que se compreende por justiça, especialmente se a compreensão da justiça restaurativa não se distanciar do enquadramento em que o episódio está introduzido, procurando conceber o ensejo da idealização de um satisfatório corpo social.

²⁵⁶ HIRST, Paul. The concept of punishment. DUFF, Ronald; GARLAND, David (ed.). **A Reader on Punishment**, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 270.

²⁵⁷ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal**: Orientado para a Vítima de Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 46.

²⁵⁸ ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**: Parte General. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 7 – 8. “No modelo punitivo, não se limita a não resolver o conflito, mas se impede a sua resolução. Há diversos modelos de solução de conflitos. Se em uma escola, um aluno quebra um vidro com uma pedra, pode-se pensar em sua expulsão (modelo punitivo), mas também em chamar seu pai e exigir que pague um vidro novo (modelo reparatório ou restitutivo), ou em convocar o psicólogo e tratar o aluno (modelo terapêutico), ou sentar e conversar, para determinar quais comportamentos determinaram essa reação e corrigi-los (modelo conciliatório). O inconveniente do modelo punitivo é que impede a aplicação dos demais – ou ao menos dificulta – enquanto os outros modelos podem ser combinados e aplicados conjuntamente”. No original: “*Pero además, el modelo punitivo, no se limita a no resolver el conflicto, sino que, por lo general impide resolverlo. Hay diversos modelos de solución de los conflictos. Si en una escuela, un alumno rompe un vidrio con una piedra, puede pensarse en expulsarlo (modelo punitivo), pero también puede pensarse en llamar al padre y exigirle que pague la reposición del vidrio (modelo reparatorio o restitutivo), en convocar al psicólogo y tratar al alumno (modelo terapeutico) o incluso en sentarse a conversar, para determinar qué comportamientos de los otros determinaron esa reacción y corregirlos (modelo conciliatorio). El inconveniente del modelo punitivo es que impide la aplicación de los restantes – o al menos dificulta – en tanto que los otros modelos pueden combinarse y aplicarse conjuntamente*”.

2.2 APARATOS CONCEITUAIS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Conforme logrou-se demonstrar anteriormente, o modelo de justiça criminal, pautado na prevenção e na retribuição, tem como arcabouços o confisco do poder punitivo para o Estado, o qual maneja a afluência e exclui a vítima do protagonismo do conflito. Para tanto, reforçou-se a necessidade da busca por um modelo de censura alternativo, não excludente do atual, mas que demonstre um caminho apto à compreensão de justiça, procurando ser um meio que tenha como propósito na efetividade dos resultados. Deste modo, assume-se o pressuposto que não existe um modelo apriorístico de resolução de conflitos. O sistema de justiça criminal²⁵⁹ vigente não é exclusivo nem inevitável, e sim uma construção humana – portanto, uma escolha. Não há nada que impeça o desenvolvimento de um novo modelo, desvinculado da lógica centrada no sofrimento.

Na maneira como a pena é interpretada na contemporaneidade, cria-se um verdadeiro mito, no sentido de se considerar a pena como o melhor meio de defesa contra o crime²⁶⁰. Por conseguinte, verifica-se que a racionalidade penal moderna erige uma cláusula de barreira na medida que naturaliza a estrutura normativa punitiva vigente, demonstrando-a como caminho uníssono à questão criminal. “O pensamento aparente, (ainda) é automático: qual a solução para a violência? A cadeia”²⁶¹.

A partir dos aportes teóricos fornecidos nas seções anteriores, entende-se possível a edificação de um modelo distinto dessa forma quase universal e inquestionável de administração dos conflitos penais, voltado à “drástica redução da violência na forma de administrar as situações problemáticas”²⁶². Em detrimento da visão baseada, precipuamente, nos binômios repressão-punição

²⁵⁹ John Braithwaite acertadamente denomina “sistema de injustiça criminal”, justificando tal expressão a partir da seletividade intrínseca ao modelo e da diferenciação de tratamento dispensado “aos criminosos do colarinho branco” (BRAITHWAITE, John. Restorative Justice and a better future. **Dalhousie Review**, v. 76, n. 1, 1996. Disponível em: http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDk4>. Acesso em: 21 de novembro de 2018.

²⁶⁰ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos estudos CEBRAP**. São Paulo: CEBRAP, n. 68, 2004, p. 43.

²⁶¹ ACHUTTI, Daniel Silva. Mulher, violência doméstica e justiça restaurativa: sobre a necessidade de superação da violência doméstica no Direito Penal. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 52, out/nov, 2008, p. 217.

²⁶² ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52.

e crime-castigo, busca-se a prevalência dos valores “de respeito, responsabilidade e reciprocidade com relação à cidadania e aplicação das leis”²⁶³. Diante disso, necessário o aporte conceitual de justiça restaurativa para que, em momento oportuno, possa-se trabalhar com a institucionalização das práticas restaurativas como meio de garantir a efetivação dos direitos fundamentais trazidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Sendo que a democracia presume diversos discursos e pensamentos dissemelhantes, é cediço que o conflito faz parte de sua essência, uma vez que uma relação interpessoal plenamente consensual se demonstra faticamente impossível. A divergência é inerente a uma sociedade pluralista e, sob esta ótica, não deve ser encoberta, mas trabalhada para que, a partir das discussões e críticas, sejam encontradas contingências efetivas de promoção e remodelamento do justo.

Na gestão incorreta, seja através da negação ou da retaliação, seja pelo rompimento total, os conflitos se transfazem em violência. Claramente, os conflitos penais têm sido geridos inadequadamente. O paradigma punitivo de reação do delito fornece uma resposta verticalizada e aflagante, que apenas suspende o conflito no tempo e estende-se “a margem de puros atos unilaterais de poder”²⁶⁴, de maneira a manifestar violência em diferentes níveis.

O ponto inicial, então, é que o sistema não se mostra satisfatório: “nada ganha e todos perdem”²⁶⁵. Perde a vítima porque, além de ter sofrido a lesão, volve a ser vítima do sistema, uma vez que, ao ter o conflito confiscado, sua recuperação, que deveria ser o ponto crucial de qualquer sistema de resolução de conflitos, resta desconsiderada; perde o ofensor uma vez que ingressa em um sistema que o qualifica e que o faz sofrer; perde a comunidade porque experimenta sensações de injustiça, impunidade, insegurança, as quais, embora

²⁶³ KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev/mar. 2008, p. 146.

²⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 101.

²⁶⁵ TELLO, Nancy Flemming. A justiça restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out/nov. 2008, p. 206.

com o crescente número de encarcerados, tendem, cronologicamente, a elevar-se²⁶⁶.

Assim, a justiça restaurativa busca verdadeiramente atingir uma nova qualificação daquilo que se compreende por justiça, utilizando-se de um meio de censura baseado em uma confrontação construtiva, buscando amparar os direitos e garantias fundamentais e diminuir a gerência da punição pelo Estado. Para tal, precisa-se, retirar o conflito da moldura normativa que fundamenta a punição para devolve-la aos efetivos interessados, os quais devem possuir o ensejo de aclarar as consequências dos atos em que se envolveram. “Operar o Direito a partir do modelo burocrático requer tão somente conhecer as regras do ordenamento jurídico, a lógica e o funcionamento do sistema de justiça”²⁶⁷. Justiça não é sinônimo de decisão judicial imposta.

Procura-se, então, a abertura do sistema partindo da “revisão das regras à luz dos princípios”²⁶⁸. Intenciona-se que a definição de justiça seja promovida, em cada conflito, pelos próprios envolvidos, de maneira horizontal.

As práticas restaurativas encontraram um ambiente abundantemente favorável na seara penal, especialmente pelas objeções vinculadas à aplicação da pena – e todo o aparato da teoria da pena tradicional, bem como pelas adversidades do controle social, em especial naquilo que concerne à concentração do poder punitivo nas mãos do Estado. Assim, extrai-se das orientações de ZEHR que, ao invés de um “confronto trágico, o procedimento legal e a mídia o transformam em um crime envolvendo um criminoso e – algo lembrado apenas secundariamente – a vítima”²⁶⁹.

Desta forma, o atual modelo punitivo, ao funcionar como um “recipiente passivo”²⁷⁰, despreza as reais necessidades dos ofendidos e a singularidade dos

²⁶⁶ TELLO, Nancy Flemming. A justiça restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out/nov. 2008, p. 206.

²⁶⁷ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out/nov. 2008, p. 168.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa**. Trad. Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 18.

²⁷⁰ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out/nov. 2008, p. 168.

conflitos individuais para corresponder, de forma predominante, aos interesses punitivos do Estado. Nas palavras de Daniel ACHUTTI:

Ao estabelecer que o que está em jogo não é um conflito, mas um delito, concretizado pela infração à norma legal e não pela produção de um dano a uma pessoa, a lógica moderna do sistema penal reduz a importância e a magnitude de um fato delituoso na vida das pessoas (em especial, da vítima) e determina que o acontecimento não é nada mais do que um fato típico, ilícito e culpável e que, portanto, merece a reprimenda estatal²⁷¹

Logo, verifica-se que a razão instrumental que legitima o sistema penal tradicional está dirigida ao insucesso, mormente ao insistir em enfrentar da mesma maneira situações peculiares – qualquer que seja a ofensa típica, ilícita e culpável perpetrada, incorrerá uma pena, especialmente aquela que priva a liberdade.

De maneira inversa a essa interpretação, restauração, embora seja, da mesma forma, um instrumento de censura, busca “criar espaços para o diálogo, onde a construção das respostas seja viabilizada”²⁷². O foco, então, inclina-se ao vínculo particular, e não a uma regra abstrata.

Mylène JACCOUD leciona que os indícios das práticas restaurativas “se encontram em muitos códigos decretados antes da primeira era cristã”²⁷³. Para a autora, seu ressurgimento se justifica por três movimentos: (a) de contestação das instituições repressivas; (b) da (re)descoberta da vítima; e (c) do engrandecimento da comunidade. ACHUTTI visualiza esse ressurgimento a partir dos movimentos pelos direitos civis e das mulheres²⁷⁴, “que possuíam

²⁷¹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38.

²⁷² ACHUTTI, Daniel Silva. Mulher, violência doméstica e justiça restaurativa: sobre a necessidade de superação da violência doméstica no Direito Penal. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 52, out/nov, 2008, p. 220.

²⁷³ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 63.

²⁷⁴ Enaltece o autor: “Nos anos 1960 dos Estados Unidos, estes movimentos podem ser considerados pontos cruciais para a emergência da justiça restaurativa: enquanto a luta pelos direitos civil salientava a discriminação em todos os âmbitos do sistema de justiça e apontava para políticas de descarceirização com ênfase na necessidade de criação de alternativas ao sistema prisional e de respeito aos direitos dos presos, o movimento feminista chamava atenção

pontos em comum em suas experiências de injustiça e de tratamento indiferente pelo sistema oficial”²⁷⁵. De todo modo, enaltece SCURO que “aos encantamentos da justiça restaurativa está relacionada, igualmente, a dificuldade de saber de onde ela veio”²⁷⁶.

Por ser uma prática que ainda está sendo edificada, não foi estabelecido um conceito fechado à justiça restaurativa e tal questão é válida, uma vez que estabelecer uma definição fechada parece representar algo incompatível com os próprios princípios da justiça restaurativa, a qual carrega consigo características intrínsecas a diversidade e a fluidez. Nesse seguimento, examina Josefina CASTRO:

Se, em grande medida, o poder de sedução e o sucesso destes novos dispositivos de justiça informal podem ser atribuídos à fluidez e indefinição conceitual que os caracteriza e lhes proporciona uma natureza plástica capaz de servir diferentes e até contraditórios objetivos, a existência de um tão amplo consenso deve pelo menos fazer-nos pensar. Que pretendemos com a institucionalização destes dispositivos? Realizar um ideal de justiça comunicacional baseada no diálogo entre o ofendido e o autor da ofensa e, portanto, uma justiça mais próxima, mais participativa e reconstrutiva, ou responder a objetivos mais pragmáticos de simplificação e aceleração da justiça penal?²⁷⁷

Especialmente pelas questões acima colocadas, não se pretende estabelecer um significado rígido sobre restauração, uma vez que estar-se-ia afastando sua natureza plástica. Alguns doutrinadores defendem que a justiça restaurativa apenas pode “ser captada em seu movimento de construção”²⁷⁸, com o objetivo de superar a sólida base científica da retribuição e da prevenção,

para o mau tratamento das vítimas na justiça criminal, e igualmente estava envolvido em campanhas pelos direitos dos presos” (ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54).

²⁷⁵ Ibidem, p. 53.

²⁷⁶ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out/nov. 2008, p. 178.

²⁷⁷ CASTRO, Josefina. O processo de mediação em processo penal: elementos de reflexão. **Revista do Ministério Público**, a. 27, n. 105, jan/mar. 2006, p. 153.

²⁷⁸ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa: um novo caminho? **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez/jan, 2008, p. 192.

o caminho ideal para trilhar seria a partir de bases empíricas, e não o analítico. Conquanto, um possível ponto de partida para que se possam compreender, ainda que de forma genérica, os objetivos e as práticas restaurativas pode ser visualizado na Resolução 2002/2012 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU), que organiza os princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal²⁷⁹.

Neste sentido, Marcelo SALIBA destaca que a estrutura da restauração está na “deslegitimação das ‘instituições totais’ ou ‘aparelhos repressivos do Estado’, a revitalização da vítima, a participação da comunidade na solução dos conflitos, o respeito à dignidade da pessoa humana (...) e direitos humanos”²⁸⁰, além dos direitos fundamentais trazidos na Carta Magna. Ademais, nas lições de Aída KEMELMAJER a restauração “trata-se de uma variedade de práticas que buscam responder ao crime de um modo mais construtivo que as respostas dadas pelo sistema punitivo tradicional”²⁸¹. Para GIAMBERARDINO a restauração deve estar pautada “na participação ativa e criativa dos sujeitos criminalizados e vitimizados, na criação de espaços e oportunidades de diálogo e mútua compreensão”²⁸². Ainda, interessante destacar que com a restauração pretende-se uma mudança de paradigma “incumbido no processo de desregulamentação que, nas últimas décadas, modificou as relações entre Estado e sociedade civil, obrigando os governos a buscarem formas de tornar as instituições mais eficientes”²⁸³.

²⁷⁹ Diante das questões apontadas na Resolução nº 2002/12, veja-se: “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 e os círculos decisórios”. A íntegra da Resolução nº 2002/12 pode ser consultada em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

²⁸⁰ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 147.

²⁸¹ KEMELMAJER, Aída. **Em búsqueda de la tercera vía**. La llamada “justicia restaurativa”, “reparativa”, “reintegrativa” o “restitutiva”. Disponível em: <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1723/12.pdf>>. Acesso em: 23 de novembro de 2018.

²⁸² GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 153.

²⁸³ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out/nov. 2008, p. 177.

Visualiza-se, de pronto, que a restauração é constituída por uma série de apontamentos lógicos e importantes, objetivando a concepção de justiça de uma forma tendenciosa a se afastar da deliberação da punição exclusiva do Estado. Para Howard ZEHR:

Na melhor das hipóteses a justiça restaurativa é uma bússola que aponta em uma determinada direção, não um mapa detalhado que descreve como chegar lá. Em última análise o mais importante da justiça restaurativa talvez não seja sua teoria ou práticas específicas, mas o modo como ela abre, no âmbito de nossas comunidades e sociedades, o diálogo, a exploração dos nossos pressupostos e necessidades²⁸⁴

Sendo assim, na busca por uma concepção uníssona e simplificada da justiça restaurativa estar-se-ia ensejando “uma visão reducionista da proposta cuja riqueza está, justamente, na diversidade e na flexibilidade, o que permite a sua melhor adaptação a diferentes cenários sociais”²⁸⁵, tornando-se um movimento plural que não é reduzido por meio das teorias jurídicas²⁸⁶.

Porém deve-se ter cuidado ao ausentar a restauração de uma definição, ainda que mínima, com a finalidade de evitar que os princípios restaurativos não sejam cumpridos, ensejando práticas que serviriam para avaliações negativas do modelo. Nesse diapasão, a Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), considerando a necessidade de buscar uniformidade, no âmbito nacional, do conceito de Justiça Restaurativa, para evitar disparidades de orientação e ação, estabeleceu parâmetros indicando os princípios, técnicas e métodos restaurativos²⁸⁷.

²⁸⁴ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre crime e justiça restaurativa. Trad. Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 253.

²⁸⁵ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro

²⁸⁶ TELLO, Nancy Flemming. A justiça restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out/nov. 2008, p. 201.

²⁸⁷ Segundo a Resolução 225/2016: “Art. 1º: A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados da seguinte forma: I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença de representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos; II – as

Para que progressos sejam obtidos, é manifesto que a crítica ao sistema penal tradicional deve provocar uma alteração no modo de pensar. Nesse diapasão, ZEHR²⁸⁸ afirma que é necessário “trocar as lentes”, isto é, substituir o foco epistemológico e desconstruir a preconcebida visão sobre o crime para que se possa postular outra forma de gerir as respostas a ações consideradas danosas. Assim, ao invés na manutenção de um sistema alienante, poder-se-ia pensar em outros modelos de estruturação política que tenham capacidade para condução à emancipação social²⁸⁹.

Desta maneira, incumbe-se à justiça restaurativa propiciar uma substantivação do encontro entre as partes envolvidas para que, alheias à máquina estatal, consigam dialogar e chegar à melhor solução para o conflito, como sujeitos centras do processo²⁹⁰. Mister destacar que, a responsabilização pelo ato ilícito com base na alteridade apenas é possível se construída dentro de uma mesma prática que impossibilite de maneira consciente a ativação dos meios de “desumanização recíproca entre responsável ou acusado pelo ato e os sujeitos vitimizados”²⁹¹. A desumanização é referida como “determinada representação social ideologicamente construída, que despe o sujeito de seus atributos de aproximação como ser humano e faz da diferença um novo modelo de exclusão”²⁹², de distanciamento entre as próprias garantias dos sujeitos de direito.

práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos própria da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras; III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro” (A Resolução 225/2016 do CNJ está disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016_161414.pdf>. Acesso em: 23 de novembro de 2018).

²⁸⁸ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa**. Trad. Tonia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

²⁸⁹ MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLOKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Gomes Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). **Justiça restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 77.

²⁹⁰ DIVAN, Gabriel Antinolfi; HUMES, Keli Ananda. Assimilação de preceitos restaurativos pela dogmática jurídica e o medo do novo: estagnação ou retrocesso? **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 59, dez/jan. 2010, p. 56.

²⁹¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 136.

²⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2007, p. 78.

Busca-se, pois, a cooperação entre os envolvidos com o objetivo de se prevenir delitos futuros e reparar os erros do passado. O diálogo mostra-se um meio eficaz de sucesso às práticas restaurativas. Neste sentido, destacada PALLAMOLLA:

Trata-se de forma diferente da tradicional de auferir responsabilidade penal à pessoa, através da qual se pode chegar a diversas respostas, desde evitar o processo penal, atenuar ou eximir a pena, ou ainda reduzir a duração da pena privativa de liberdade, diferentemente, portanto, do processo penal, que está invariavelmente adstrito a uma decisão de condenar ou absolver o réu²⁹³.

Restaurar, portanto, implica minorar as consequências advindas da prática da infração penal. “O foco da justiça aqui, no novo paradigma, é a melhoria dos efeitos negativos do delito”²⁹⁴, fato que, de maneira inevitável, está afastado da concentração excessiva nas regras processuais e na busca pelo culpado e pela “verdade real”²⁹⁵, de maneira a prevalecer um entendimento que forneça, por meio da edificação coletiva da decisão, mais satisfação às vítimas e à comunidade²⁹⁶.

²⁹³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Possibilidades do trágico na justiça restaurativa. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 30, jul/set. 2008, p. 182.

²⁹⁴ LUZ, Ilana Martins. Da sanção ao preceito: o contributo da justiça restaurativa para a modificação da reciprocidade penal moderna. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 70, out/nov. 2011, p. 83.

²⁹⁵ Sobre a busca pela “verdade real” no processo penal, interessante mencionar as críticas de Daniel Achutti e Roberto Rodrigues: “Apropriando-nos do sentido psiquiátrico de delírio, a busca pela verdade real no processo penal parece aproximar-se bastante de um ‘delírio coletivo’, quando os operadores jurídicos menos avisados acreditam nessa busca – e pior: acreditam em sua viabilidade. Está instalado o delírio da crença na verdade real, tanto nos Foros e Tribunais quanto em diversos meios acadêmicos, por mais que se argumente e tente demonstrar, desde bases epistemológicas interdisciplinares, o quanto essa busca não passa, de fato, de um caminho que não encontrará seu ponto de chegada” (ACHUTTI, Daniel Silva; RODRIGUES, Roberto da Rocha. Tempo, memória e direito no século XXI: o delírio da busca da verdade no processo penal. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, v. 4, jan/dez. 2005, p. 150).

²⁹⁶ Por esta razão enfatiza Raffaella Pallamolla: “A ‘justiça’ do modelo restaurador perde seu caráter metafísico de busca de um ideal, passando a encontrar a saída mais adequada no caso concreto, sem extirpar-lhe sua complexidade, de acordo com as necessidades dos envolvidos no conflito. Nesse sentido é que parece possuir a justiça restaurativa caráter trágico, relacionado ao abandono dos conceitos ideais (metafísicos) característicos da modernidade” (PALLAMOLLA, Raffaella Porciuncula. Possibilidades do trágico na justiça restaurativa. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 30, jul/set. 2008, p. 185).

As práticas modernas de censura, reduzidas à produção e reprodução da diferenciação social através da pena e da violência estatal, prescindem da atribuição de efetiva responsabilidade ao inviabilizarem a possibilidade do encontro e da mediação. Excluem e segregam, sem responsabilizar; punem gratuitamente, embora de modo funcional à estrutura social e econômica, sem estabelecer vínculos reais com o dano produzido a outrem²⁹⁷.

Assim, com as práticas restaurativas pretende-se a “inversão do objeto”²⁹⁸: a essência passa para as consequências do crime e das relações sociais afetadas pela conduta delituosa em detrimento do delito em si. Acontece que o discurso de minimização da atuação estatal “despreza o homem justamente porque operando um desmonte do Estado furta-lhe a possibilidade de exercer a função paterna”²⁹⁹, ou seja, o controle do uso da força e da possibilidade centralizada de punir. Logo, mister modificar o olhar e perceber a necessidade da internalização de responsabilidades de todas as partes envolvidas no conflito – encontrando aqui suporte na ineficácia do Estado propiciar a efetivação dos direitos fundamentais.

A responsabilidade está relacionada, desta forma com o acolhimento de um papel ativo na problemática direta sobre “o que fazer”, possibilitando sua atuação direta na edificação de uma proposta de reparação. ZEHR, neste sentido, destaca que necessita-se compreender a proporção das implicações dos próprios atos³⁰⁰.

A definição de “responsabilidade” está distante e não deve desorientar com os propósitos de prevenção típicos do correccionalismo penal, “seja em sua dimensão positiva ou negativa, voltadas à evitação da reincidência por meio, (...)

²⁹⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 144.

²⁹⁸ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 27.

²⁹⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 145.

³⁰⁰ Neste sentido Howard Zehr destaca que: “A verdadeira responsabilidade, portanto, inclui a compreensão das consequências humanas advindas dos nossos atos – encarar aquilo que fizemos e a pessoa a quem o fizemos. Mas a verdadeira responsabilidade vai um passo além. Ela envolve igualmente assumir a responsabilidade pelos resultados de nossas ações. Os ofensores deveriam ser estimulados a ajudar a decidir o que será feito para corrigir a situação, e depois incentivados a tomar as medidas para reparar os danos” (ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. Trad. Tonia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 41).

do disciplinamento pelo binômio educação/trabalho e da neutralização³⁰¹, uma vez que as duas constituem predicções e se baseiam em políticas públicas vinculadas com a questão criminal, sendo, entretanto, um inquietante desacerto a obrigatória afiliação para com as práticas denominadas restaurativas, pelo fato de que “a assunção de responsabilidade com base na alteridade não equivale nem se aproxima à ‘transformação’ ou ‘reforma’ do sujeito, sempre na posição passiva, escopo inevitavelmente impregnado de conteúdo disciplinar e não atento à objeção kantiana quanto à autonomia e dignidade humana³⁰²”.

Conforme exemplifica GIAMBERARDINO, esta questão está calcada em uma constante ameaça, especialmente motivando que a grande parte das práticas restaurativas atuais abrangem adolescentes, *locus* por primazia de um funcionamento da “ortopedia da moral”. “Compreendido o adolescente como sujeito, e não ‘menor’ a ser assujeitado, moralizado, o ato infracional poderá ser visco como (...) sintoma de que algo não está acertado subjetivamente, o que permitiria buscar trazer o adolescente para o laço social, constituindo-se um limite³⁰³”.

Alexandre Morais da ROSA, neste diapasão indica que:

No Brasil, qualquer pretensão pedagógica-ortopédica será sempre charlatã, de boa ou má fé. Resta, pois, no limite do possível eticamente, contra o senso comum social, respeitar o sujeito e com ele, se houver demanda, construir um caminho, sempre impondo sua responsabilidade pelo ato e o relembrando, ou mesmo advertindo, de que existe algo de impossível, algo que se não pode gozar. Nem nós, nem eles. Daí o papel, função e lugar da Justiça Restaurativa³⁰⁴.

³⁰¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 149.

³⁰² WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (Ed.). **Restorative justice and Criminal justice**: competing or reconcilable paradigms? Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 69.

³⁰³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 149 – 150.

³⁰⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, v. 9, n. 50, Porto Alegre: 2008, p. 211.

Logo, na condição de uma nova interpretação por meio da reforma do sujeito, ainda medida como a reparação do dano à vítima ou outras penas restritivas de direito não podem ser classificadas como restaurativas.

A compreensão de BARATTA em relação ao tema da prevenção especial positiva ou “reintegração social” – o qual parte da premissa de que é necessário estabelecer um novo significado do conceito como forma de redução de danos, ou seja, a “reintegração social do condenado” jamais se dará por meio da pena privativa de liberdade, mas apesar dela³⁰⁵. Desta forma, com a teoria de BARATTA, busca-se um ponto fulcral para a harmonização de suas propostas para que a ideia de “reintegração social” tenha tal aplicabilidade limitadora de danos e alguns princípios específicos das práticas restaurativas.

Sendo que a restauração baseia-se na alteridade, as experiências devem ser conduzidas com gestos de ternura e sensibilidade, permitindo que cada envolvido se coloque no lugar do outro e compreenda globalmente sua responsabilidade e a situação, de forma a solucioná-la partindo-se do melhor método para todos os envolvidos.

Não se pode omitir, finalmente, da necessidade de se direcionar esforços para as ações a serem adotadas após as práticas restaurativas bem-sucedidas posto que o cumprimento das condições acordadas constitui etapa importante na consecução de uma efetiva restauração.

O mais importante, talvez: os núcleos de justiça restaurativa deverão atuar em conexão com a rede social de assistência, com apoio dos órgãos governamentais, de empresas e das organizações não-governamentais, operando em rede, para encaminhamento das vítimas e infratores para os programas indicados para as medidas acordadas no plano traçado no acordo restaurativo. Essa conexão é

³⁰⁵ Neste sentido, traz Alessandro Baratta que: “Primeiramente, o combate à estigmatização mediante a rejeição de qualquer concepção patologizante e a ‘simetria funcional’ entre os programas sociais voltados a condenados ou egressos e aqueles voltados à população em geral. Em segundo lugar, a proposta de se compreender a situação socialmente negativa como uma oportunidade para que a própria comunidade tome consciência de seus problemas e contradições, conexas com o conflito concreto ali em questão. Finalmente (...) a “destecnização” da questão carcerária e a relativização das funções profissionalizadas, desinstitucionalizando-se gradualmente o conflito e seu controle” (BARATTA, Alessandro. Reintegrazione sociale. Redefinizione del concetto ed elementi di operazionalizzazione. **Dei Delitti e Delle Pene**, v. 3, Bari: Scientifiche Italiane, 1994, p. 137 e ss).

requisito essencial para a idoneidade de um programa restaurativo comprometido com metas de inclusão social³⁰⁶.

Interessante as anotações trazidas por SHERMAN e STRANG, os quais rechaçam os argumentos que alegam ser a justiça restaurativa um ideal romântico, demonstrando empiricamente os êxitos práticos³⁰⁷.

Leonardo SICA, a seu turno, indica que estudo realizado na Austrália, “*Recidivism, patterns in the Camberra Reintegrative Shaming Experiences (RISE)*”, elaborado por Lawrence Sherman, Heather Strang e Daniel Woods, logrou comprovar que jovens envolvidos em crimes violentos encaminhados a programas restaurativos “reincidiram 38% menos que o grupo de controle que praticou os mesmos crimes e foi submetido à Justiça Penal”³⁰⁸.

Os resultados trazidos com as pesquisas empíricas e a idealização de uma concepção desconstrucionista à justiça não devem “perder de vista” a apreensão com a edificação da figura do “acusado” como sujeito, “sob pena de os próprios envolvidos nas práticas restaurativas contribuírem com a mesma lógica (...) do sistema formal de justiça penal”³⁰⁹. A concepção de meios de criminalização não autoriza uma interpelação essencialmente individualizada do dano causado, havendo sempre a necessidade de levar em conta a violência estrutural e institucional e, especialmente, as condições estruturais para que o caso em questão acontecesse. Nesse sentido leciona WOOLFORD, informando que os “danos estruturais relacionados à desigualdade de gênero, à discriminação racial, ou à injusta distribuição econômica, por exemplo, estão

³⁰⁶ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa: um novo caminho? **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez/jan. 2008, p. 197.

³⁰⁷ Segundo análise realizada pelos autores: “Uma revisão de pesquisa sobre práticas restaurativas no Reino Unido e em outros países mostrou que em 36 casos de comparação com a justiça criminal convencional, a restaurativa: (i) reduziu substancialmente a reincidência em determinadas categorias de infratores; (ii) dobrou (ou mais) o número de ofensores trazidos à justiça; (iii) reduziu os sintomas de estresse pós-traumáticos das vítimas de atos criminosos, assim como os custos decorrentes; (iv) propiciou às vítimas e aos infratores maior satisfação com o processo judicial; (v) reduziu o desejo de vingança violenta por parte das vítimas em relação a seus agressores; (vi) reduziu os custos com a justiça; (vii) diminuiu a reincidência, mais que prisão (para os adultos) e tantos quanto o internamento (para os adolescentes)” (SHERMAN, Lawrence; STRANG, Heather. **Restorative Justice: the evidence**. Londres: The Smith Institute, 2007, p. 4).

³⁰⁸ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 141.

³⁰⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 152.

frequentemente na base dos conflitos do cotidiano que são o dia-a-dia da justiça restaurativa”³¹⁰.

Assim, por exemplo, se a questão trata de “um marido que agrediu e violentou a própria esposa, a questão também seria quais condições sociais, econômicas, ideológicas, que permitem a reprodução da violência de gênero nesse contexto”³¹¹. Por outra forma, experiências restaurativas de censura não serem capazes de se reduzir ao caso individual, como defendem diversos doutrinadores, sob pena de repetirem rótulos e intolerâncias.

Assim, procura-se com a justiça restaurativa a alteração do arcabouço doutrinário do sistema criminal com vistas para a edificação de uma nova racionalidade de censura penal, baseada na alteridade e na busca pela diminuição do poder punitivo do Estado.

2.3 PRÁTICAS RESTAURATIVAS E A ATUAÇÃO DO ESTADO: EMBARAÇOS À INSTITUCIONALIZAÇÃO

A edificação de uma nova proposta de justiça buscando, essencialmente, valorizar e cumprir com os preceitos constitucionais é urgente. O pluralismo jurídico de natureza popular³¹² e uma crise na administração da Justiça – especialmente a partir da década de 1970 – está vinculada com o crescimento da demanda pela afirmação de direitos sociais, na seara do “Estado de Bem-Estar” e a incapacidade do Estado por atendê-lo³¹³.

Assim, é por meio da restauração que mais parece adequar-se à política judiciária a qual é defendida por SOUSA SANTOS quando aderiu tal qual fundamento, a inevitabilidade da democratização da administração da justiça³¹⁴.

Deste modo, recorrer ao direito como meio de solução e racionalização dos conflitos sociais é uma particularidade moderna³¹⁵. Tal questão é válida para

³¹⁰ WOOLFORD, Andrew. **The Politics of Restorative Justice: a critical introduction**. Manitoba: Fernwood Publishing, 2009, p. 27.

³¹¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 152.

³¹² SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 21, Lisboa, 1983, p. 16-17.

³¹³ Idem.

³¹⁴ Ibidem, p. 28.

³¹⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 103.

a “crise do direito penal, que seria definível, no máximo, como a crise na crença na utilidade da pena privativa de liberdade ou da própria finalidade”³¹⁶ da pena.

A diferenciação essencial, no entanto, é que a crise no campo penal não transita pela questão da eficiência no “atendimento a determinadas expectativas”, mas sim pela correspondência entre “o direito e a complexidade social que ele visa regular e reduzir”. A nova proposição é de que a “complexidade não pode ser gerida ou reduzida pelo instrumento jurídico”³¹⁷. Nesse sentido, a crítica realizada pelo funcionalismo jurídico-penal, especificamente, no que alcança a concepção de “controle social” (Item 2.1), dirige-se à manifestação da inexecutabilidade de estruturação da complexidade social pelo direito, o qual precisa, em suma, expandir-se “cognitivamente aos conflitos expostos em uma democracia e especialmente reconhecer a pluralidade de seus princípios de justificação”³¹⁸. Desta maneira, é na coerência de edificar meios viáveis de uma justiça que “se deixe conduzir pela complexidade dos conflitos que trata, ao invés de os reduzir violentamente”³¹⁹, que se apresentam as práticas restaurativas.

Quando se trata de uma possível correspondência de “alternatividades estrategicamente não-excludente” entre práticas de justiça restaurativa e práticas tradicionais do sistema de justiça penal, tem sentido de informar, inicialmente, que a efetivação eficaz da restauração que tem capacidade de sobrevir à justiça penal tradicional naquilo que atinge à aplicação da pena ou sanção; na mesma dimensão, que embora se pretenda diminuir a atuação punitiva do Estado, não há possibilidade de distanciar-se do mesmo e negar sua importância naquilo que concerne à “instrução probatória e ao acerto do caso penal” a todo momento que quer proteger garantias atreladas ao direito à ampla defesa e ao contraditório; finalmente, que é possível exercer com “práticas de censura distintas da punição de modo gradual, (...) inclusive porque essa

³¹⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 171.

³¹⁷ Todos em: SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 133 e ss.

³¹⁸ VIANELLO, Francesca. **Diritto e Mediazione**. Per riconoscere la complessità. Milano: Franco Angeli, 2004, p. 41.

³¹⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 172.

pode ser uma forma de desconstruir demandas coletivas pela própria pena e, assim miná-la de dentro para fora³²⁰. Não se cuidaria, diretamente, de uma reciprocidade, uma vez que não decorreria o meio instantâneo ao sistema penal na hipótese de não cumprimento do convencionado em uma prática restaurativa, diferenciando-se, neste diapasão, da proposição apresentada pela Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas³²¹.

O ponto central reside em superar a lógica que potencializa a hostilidade na medida em que impede a comunicação entre os envolvidos, uma ideia que, no Brasil, já tem encontrado guarida no âmbito do direito privado, sendo tema em curso de grande discussão e atenção política, como se vê da instituição da Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos pela Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça. Tal Resolução trata da possibilidade de mediação penal ainda de forma muito restrita, nos termos de seu art. 7º, §3º, o qual permite que sejam criados programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução n. 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos, vinculando-os, entretanto, aos art. 73 da Lei 9.099/95 e aos art. 112 e 116 da Lei 8.069/90, o que significa a redução de seu âmbito de aplicação às infrações de menor potencial ofensivo e à aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes³²².

Diante destes apontamentos, mister assentar que uma dúvida inicial: as práticas restaurativas necessitam de previsão legislativa para que sejam postas

³²⁰ Todos em: GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 172.

³²¹ Vide os itens 16 e 17: ONU, Resolução 2002/12: “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”.

³²² GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 173.

em prática? Para SICA não deve ser esta uma questão impositiva *a priori* no alcance em que se incumbe catalogar pela “adaptabilidade e flexibilidade”³²³. A Lei 9.099/95, a qual dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com seu *savoir-faire* deve servir como instrução em relação à deficiência da previsão legal para o legítimo estabelecimento de novas práticas no ordenamento jurídico brasileiro; de outro vértice, “reconhece-se que sem normatização fica muito difícil superar as resistências políticas e ideológicas a proposições de inovação”³²⁴.

Desta maneira verificando a impreterível coexistência com o sistema jurídico-penal formal, capacita-se o trabalho por meio de três modelos quanto às vinculações entre direito penal e mediação, que podem ser extraídas das lições de SHAPLAND:

De *estraneidade total*, ou perspectiva macrosistemática, com a autonomia das práticas restaurativas em relação ao processo e com a mútua exclusão entre as esferas; de *complementaridade estrutural*, coexistindo ambos sistemas mediante a colonização da mediação pelo direito, estabelecendo-se apenas uma divisão de competências e de *complementaridade funcional*, com a manutenção da ameaça do processo ou da pena em face da possibilidade de conversão no caso de fracasso do instrumento mediatório. Nos modelos de complementaridade ou de perspectiva microsistemática, nos quais se deve discutir que tipo de colocação interna teriam as práticas restaurativas, há o risco de violação do princípio do *non bis in idem* caso se tenha mais de uma sanção pelo mesmo fato³²⁵.

GIAMBERARDINO defende, ainda, a um quarto modelo de vinculação entre o direito penal e a mediação, o qual denominou “alternatividade estrategicamente não-excludente”, segundo o qual se reconheceria não uma

³²³ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, n. 12, Belo Horizonte: 2009, p. 419.

³²⁴ ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 141-178.

³²⁵ SHAPLAND, Joanna. “Restorative justice and criminal justice: just responses to crime?”. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). **Restorative justice and Criminal justice**: competing or reconcilable paradigms? Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 212-213.

correspondência de “complementaridade e dependência”, mas de “autonomia e alternatividade”, suportando-se, entretanto, o convívio contingente entre as práticas restaurativas e os meios tradicionais de justiça penal com o propósito de, “produzindo-se coesão e estabilização sem a imposição de sofrimento, problematizar e transformar as representações que constroem socialmente a ideia de censura”³²⁶. Esta é a centralidade: restringir o poder punitivo estatal por meio da contestação vinculada sobre a “construção social do que se define por censura, pena, justiça, ao invés de desprezar essas questões e crer que o direito penal, que assume todas as definições pré-estabelecidas de censura e pena, seria capaz de se construir efetivamente como limite”³²⁷.

As práticas restaurativas passariam a fazer parte de uma tática de segurança ativa, diferente da intenção repressiva uma vez que não é baseada na renúncia do desalinho e do conflito. A ideia de restauração parte exatamente do reconhecimento da impraticabilidade de se anular a “violência interpessoal”³²⁸.

Critérios regulamentares, no entanto, podem ser encontrados na Carta Magna do Brasil. Desde já, porque todo o seu teor axiológico é manifesto pelo assentamento dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, o que consolida um princípio de secularização em relação à pena³²⁹ e a refutação kantiana antagônica a quaisquer perspectivas de prevenção que tomem o indivíduo como meio para obtenção de outros fins, ainda que esses sejam promissores à sociedade. Dentre os escopos da República, a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRF) não capacidade de conotar a realidade brasileira, que hoje tem a terceira maior população carcerária, em termos absolutos, do mundo³³⁰, e que não corresponde às taxas de diminuição da criminalidade, mas, de outro vértice, seu crescimento.

³²⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 174.

³²⁷ Idem.

³²⁸ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, n. 12, Belo Horizonte: 2009, p. 419.

³²⁹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

³³⁰ Atualmente a população carcerária de aproximadamente 730.000 presos, de acordo com o Levantamento de Informações Penitenciárias de junho de 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br>.

Quando se refere prontamente à pena, a Constituição da República designa interdições e orientações: impede o estabelecimento de pena de morte, salvo nos casos de declarada guerra, veda penas perpétuas, de banimento, de trabalhos forçados ou de penas cruéis (art. 5º, XL VII, CRF), sendo que esta última ainda demanda ponderação e observância jurisprudencial se compreendida a ser apurado em concreto. Ademais, entre as sumárias orientações, a Constituição oportuniza ao legislador o estabelecimento das formas de penas apontadas no art. 5º, XLVI, CRF, as quais são: privação de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e a suspensão e interdição de direitos. A demarcação infraconstitucional é visualizada, atualmente, por meio do art. 32 do Código Penal, que determina as penas como sendo restritivas de direito, privativas de liberdade e multa.

Aconselha-se conservar a diferenciação da concepção entre o conceito de pena e as práticas de restauração; entretanto, sendo o caso de, taticamente, procurar-se instantaneamente base constitucional e legal para a aplicação das práticas restaurativas, estas poderiam estar vinculadas com a ideia constitucional de prestação social alternativa e a determinação legal das penas restritivas de direitos. A enorme transformação dedicar-se-ia na receptividade de espaços de diálogo e mediação entre os envolvidos no conflito penal.

Para que ocorresse a institucionalização das práticas restaurativas diante do ordenamento jurídico brasileiro, sugere GIAMBERARDINO³³¹ que, diante do atual cenário, alguns apontamentos permanecem transponíveis. Podem ser vislumbradas três perquirições: (i) a (in)conveniência de controle de sua dimensão, devendo ser referidos os parâmetros de aplicabilidade do caso e quais são seus legitimados; (ii) quais seriam os momentos processuais apropriados para a realização das práticas restaurativas; e (iii) quais seriam os impactos jurídicos de eventual encontro restaurativo, com sucesso ou não, ou se contrariadas as medidas de reparação acordadas. “Todos dizem respeito, diretamente, a que tipo de relação de autonomia ou dependência, de alternatividade ou complementariedade, estabelecer-se-ia entre práticas restaurativas e o sistema penal”.

³³¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 176.

No que diz respeito à aplicabilidade, sinteticamente, as práticas restaurativas trazidas do âmbito internacional, preveem o estabelecimento de um núcleo especializado o qual pode ser outorgado à Polícia, porém com duvidoso crescimento de sua influência discricionária, do Ministério Público, do Poder Judiciário ou dos envolvidos no conflito. Sinteticamente, existem duas formas de refreamento de inverossímil anuência: a interdição da autonomia dos próprios envolvidos para iniciarem à prática restaurativa e a “restrição de sua abrangência consoante valoração em abstrato”³³² praticadas em relação a gravidade do crime ou sua natureza.

Importante salientar que o Projeto de Lei n. 7006/2006, o qual *faculta* o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, aponta a exata escassez de prever a viabilidade de remessa do caso apenas pela Polícia ou pelo Ministério Público, de maneira subordinada à anuência do juiz, sem apresentar mudanças significativas em relação às regras concernentes ao exercício do direito de ação³³³, o que é acentuado, ademais, pelo prognóstico da necessidade do exame da “personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstância e consequências do crime ou da contravenção penal”. Não se justifica a continência dos parâmetros de remessa a um juízo sobre a “gravidade do crime fundado no *quantum* de pena em abstrato ou outras definições normativas”. Percebe-se que, se há um fundamento de impossibilidade do encontro, da mediação, do diálogo, ele está atribuído “muito mais à existência de um espaço para tanto, de laços sociais, de predisposições conforme o contexto e o caso concreto, do que qualquer juízo prévio sobre o fato ocorrido”³³⁴. Restringir o uso de práticas de restauração unicamente para os delitos de menor potencial ofensivo, ou àqueles sem violência, não tem suporte algum na teoria e na prática da justiça restaurativa, mas significa apenas uma escolha político-criminal conservadora disciplinada por “razões de celeridade e

³³² GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 177.

³³³ ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 225-226.

³³⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 177.

economia processual e não pela preocupação com a efetiva resolução dos conflitos, culminando na expansão do controle social formal por meio do efeito *net-widening*³³⁵. Neste sentido, para MANNOZZI:

Não se refere à inviabilidade do encontro e da mediação no caso concreto, o que pode ocorrer por diversas razões, mas às vedações em abstrato, que *pressupõem* a impossibilidade da mediação, prévias a qualquer tentativa de organização e realização da prática restaurativa. Mesmo em casos de danos difusos relevantes, em que “não há vítima” ou ela é referenciada à coletividade, por exemplo, é possível pensar em práticas “parcialmente restaurativas”, ou seja, pensadas somente com o ofensor e a comunidade. A ausência da possibilidade de se individualizar a vítima não obstaculiza por completo a produção de censura sem afluência, na mesma linha do que se faz em situações de difícil viabilização do encontro entre os sujeitos: pensa-se em práticas de “mediação indireta”, trocando acusados e vítimas de crimes similares (ocorrendo o encontro, mas não diante do “seu” ofensor ou ofendido), ou mediante correspondência. Enfim: como bem indicam os adjetivos nesse ponto, a restituição é criativa, a reparação é simbólica³³⁶.

Quando há uma relação entre práticas restaurativas e o processo penal, emerge uma questão relativa à adequação ou não das práticas restaurativas. Imaginando sua indispensabilidade importante o debate em relação ao momento conveniente para seu oferecimento. A partir de um olhar processual, há substancialmente dois caminhos exequíveis para se refletir a circunstancial institucionalidade das práticas de restauração: “antes ou depois do acerto do caso penal”. As ameaças e as implicações são muito diferentes: “no primeiro caso, será necessário enfrentar dilemas inerentes ao conceito tradicional de jurisdição e ao embate entre os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade, além dos obstáculos relativos à manutenção das garantias processuais e do direito de defesa”³³⁷. Porém, depois da certeza diante do caso penal, a

³³⁵ COHEN, Stanley. **Visions of social control**, Cambridge: Polity Press, 1985, p. 83-86.

³³⁶ MANNOZZI, Grazia. **La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale**. Milano: Giuffrè, 2003, p. 86.

³³⁷ ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 228.

ponderação se transpõe à ênfase da reação institucional que acompanha à enunciação da certeza da responsabilidade penal.

Aconselha-se, de pronto, que o conceito de jurisdição não contrapõe com o de mediação, uma vez que estão em âmbitos dessemelhantes. Na concepção de jurisdição em CHIOVENDA³³⁸, inexistente lugar à mediação, o qual estipula que como “o poder pelo qual vai o Estado concretizar o escopo não de composição de um conflito de interesses, mas da atuação da vontade da lei no caso concreto, verificando se há ou não o dever de punir, através de decisão que forma coisa julgada, com força vinculante, sendo (...) também uma garantia do cidadão”³³⁹. Assim, a aplicação da pena está vinculada ao respeito aos preceitos do devido processo legal. Nesse sentido, interessante as anotações de BORGES em relação às propriedades de subsidiariedade, uma vez que com a exegese não mais se discute a vontade da lei, como aquele de substitutividade na definição de CHIOVENDA, eis a crítica:

Ao transferir ao Estado o direito de governar a si mesmo, o homem teria feito nascer o poder deste sobre todos, também conhecido como soberania. Nesse sentido, pode-se dizer que esta não foi cedida pelos homens ao Estado, mas que surgiu para este quando o homem deixou de agir de modo a seguir suas próprias paixões. Equivocado afirmar, portanto, que a soberania teria sido delegada pelos cidadãos ao Estado por meio de um “contrato”: o Estado não substitui os cidadãos no exercício do poder jurisdicional, mas apenas atua a soberania que lhe é inerente³⁴⁰.

Deve-se salientar que a edificação da ideia de conflito entre o direito civil e o direito penal teve um conflituoso e crítico caminho teórico, especialmente pela negação entre os estudiosos das ciências criminais em conceber a existência de uma “lide” entre vítima e ofensor. COUTINHO³⁴¹ realizou

³³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**, vol. II. 2°. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957, p. 1-7.

³³⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 181.

³⁴⁰ BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição penal e normalização**. Florianópolis: Conceito, 2010, p. 77-83.

³⁴¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

contundente posição em relação às acepções de CARNELUTTI, uma vez que este último tentando criar uma “teoria geral do processo”, concebeu à “lide” uma ideia centralizada como um debate controlado pelo direito³⁴², ideia esta alterada com as polêmicas analisadas por COUTINHO, a qual passou a considerar a pena como um “bem” estando, diante desta toada, o processo penal baseado em um mecanismo processual espontâneo, diante do qual o “Ministério Público teria um *affaire* (projeto de condenação)³⁴³ no qual a execução resultaria de uma aquiescência fornecida por meio das decisões do juiz³⁴⁴. Entretanto, um posicionamento largamente reconhecido no ordenamento penal no Brasil é a ideia de uma teoria do direito processual penal, diante da qual haveria “um conflito presumido entre a pretensão punitiva do Estado e a pretensão à liberdade do cidadão”³⁴⁵ e, ainda que a definição de “lide penal” seria baseada em “uma situação imanente de conflito entre o direito punitivo do Estado e o direito de liberdade (jurídica) do imputado”³⁴⁶. A conjectura e corporificação do conflito de interesses são rudimentos existentes na antinomia entre uma pretensão de punir do Estado e o direito à liberdade. Diante dessas considerações, importante a análise realizada por GIAMBERARDINO, da ideia de lide proposta por CARNELUTTI e a inclusão de procedimentos de mediação e a ideia de restauração no ordenamento jurídico do Brasil.

Presumir o conflito significa objetivá-lo de forma absoluta e, assim, excluir qualquer dimensão disponível à vontade das partes, excluindo o “conflito real” entre ofensor e ofendido, conflito este que se não equipara ao conceito carneluttiano de lide. O ponto é que se não pretende, em qualquer sentido, retornar à primeira concepção de CARNELUTTI e buscar fortalecer uma base de direito privado para sustentar a teoria do direito processual penal, mesmo porque o autor, quando falou em conflito entre autor e vítima, jamais se referiu ao tema sob o escopo restaurativo, na medida em que o suporte de seu

³⁴² CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**, v. I, Padova: Cedam, 1926, p. 131.

³⁴³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 181.

³⁴⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 93-94.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 96.

³⁴⁶ BELLAVISTA, Girolamo. **Studi sul processo penale**, v. I. Milano: Giuffrè, 1952, p. 13 e ss.

conceito decorria de uma determinada concepção de jurisdição, e não de mediação, referindo-se a uma pretensão resistida a compor a esfera material da lide, consistente na expressão de uma vontade por uma das partes sem que encontre a aceitação da outra³⁴⁷.

Desta maneira, o que se pode extrair é que o processo penal passou a ser traduzido única e exclusivamente por uma atuação jurisdicional, em que existe uma imposição à aplicação de “uma norma (abstrata) a um caso (concreto)” significando a composição no caso dado, devendo, portanto, “tornar concreto o juízo hipotético contido na norma instrumental ou material”³⁴⁸.

Pois bem, percebe-se, então que o afastamento da vítima do processo penal e da execução penal, não decorre da esquiva da promoção de justiça “com as próprias mãos” tal qual proteção do sujeito. A institucionalização do Ministério Público, este sentido, foi um meio de efetivar os direitos do acusando, numa proposta de evitar “a vingança privada (...) e atribuir a tarefa de acusar a órgão distinto do julgador”³⁴⁹.

Então não se pode trabalhar com a ideia de restauração que interfere em um conflito e a punição que decorre da afirmação do caso penal como uma divisão ou antinomia, exatamente pelo fato que de são concepções erguidas sob

³⁴⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 180. Sobre este sentido, v. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 30-31: “A presença da pretensão resistida ou contrastada, como queria CARNELUTTI, faz do conflito de interesses uma lide, lá na esfera material. Os envolvidos, os litigantes, podem compô-la por suas próprias atuações, dando dela cabo. Se isso sucede – e é normal, já não tanto para cada um manter sua paz de espírito no meio social, mas porque é lugar comum a descrença em uma solução rápida das lides nos processos –, tudo se acomoda. No caso contrário, não resta outro caminho ao titular da pretensão que não aquele de dirigir-se à jurisdição, vedada há muito a justiça pelas próprias mãos”.

³⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 32.

³⁴⁹ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 23. Neste sentido: “O princípio da necessidade do processo legal devido para a aplicação da pena e a absoluta indispensabilidade da intervenção jurisdicional, expressos na expressão *nulla pena sine iudicio*, não são o mesmo que a estrutura de confisco da vítima, pois enquanto esta última remete à base do sistema inquisitório, o primeiro constitui um princípio de garantia que surgiu depois como limite desta última. Eles não se equivalem e, por isso mesmo, o primeiro não veda, por si só, a absorção da possibilidade de se levar em conta a inserção do ofendido e um juízo de valor que, no caso concreto, conclua pela injustiça ou inutilidade de punir (...). A presença da vítima é mecanicamente associada a uma concepção privatística de processo porque, afinal, jamais é trazida à mesa a questão da resolução do conflito real, reduzido ao conceito de caso penal” (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 182 – 183).

égides e fundamentos diferentes. Ainda, práticas restaurativas tais quais a mediação entre ofendido e ofensor não estão inseridas do espectro de questionamentos relativos à natureza jurídica do processo³⁵⁰. Os embaraços à recepção processual de práticas restaurativas residem, entre outros, em se a dificuldade “estaria no exercício do direito de ação no processo penal”, o qual é caracterizado pela massiva atuação do Estado, tal o que pode ser visualizado no art. 129, I, da Constituição do Brasil, sendo que, salvo raríssimos casos, o exercício da ação está vinculado com a atuação do Ministério Público, ao qual inexistente faculdade, mas obrigatoriedade³⁵¹, em relação à ação penal. Ou seja, “ao Ministério Público não é facultado decidir se, no caso concreto, exercerá ou não o direito de ação, sendo este um poder-dever de natureza democrática e com sustento na igualdade de todos os cidadãos perante a lei”³⁵². No ideal de efetivação máximo do princípio da obrigatoriedade da atuação do Ministério Público, FIGUEIREDO DIAS³⁵³ indica que não se deve discutir se a obrigatoriedade seria abandonada pela entrada em vigor de elementos restaurativos no âmbito penal, por exemplo por meio do trabalho com o princípio da oportunidade, sendo que nas práticas restaurativas tem capacidade de ser um veículo para que a manifestação da vítima afaste a intervenção penal³⁵⁴.

Haverá que se equilibrar e limitar o princípio da obrigatoriedade, na atuação do Ministério Público, frente a eventuais medidas restaurativas decididas em conjunto. Vários países, dentre os quais Portugal e Alemanha, criaram para situações como esses institutos como a suspensão do processo. Nesses casos, em regra, o descumprimento do “acordo” ou a recusa do acusado implicam o retorno ao iter processual previsto em lei. O risco de deturpação do caráter voluntário, nesse sentido, é evidente na presença estrutural da ameaça penal como elemento de definição da mediação, justamente quando a

³⁵⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

³⁵¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 43.

³⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p.96 e ss.

³⁵³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 130.

³⁵⁴ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. n. 12, Belo Horizonte: 2009, p. 428.

mediação deveria decorrer de uma ressignificação do problema totalmente diversas³⁵⁵.

Segundo a Resolução 125/10-CNJ, há uma real preocupação sobre a garantia da presença do titular da ação penal em todos os atos, ou seja, a presença do Ministério Público. Neste sentido FIONDA³⁵⁶ elencou três modelos possíveis sobre a atuação do Ministério Público, os quais envolvem a eficiência operacional e o modelo restaurativo. Quando se refere às práticas restaurativas identificou que as mesmas estão voltadas à credibilidade, “correspondente aos mecanismos de concentração e agilização do atendimento, visando produzir no público a sensação de eficiência e rapidez por parte do Poder Judiciário”³⁵⁷.

Para a abertura ao espaço de mecanismos restaurativos, em termos genéricos, deveria o juiz, identificando a presença de provas válidas para a condenação do réu, afastar a decisão para “abrir aos diretamente envolvidos a possibilidade de discussão sobre a medida adequada a ser aplicada”, abandonando a dosimetria da pena. Nas lições de HASSEMER, interessante a anotação entre duas questões fundamentais à compreensão da aplicação de práticas de restauração: “o fundamento do juízo de punibilidade” e “o fundamento da determinação da pena”³⁵⁸, a partir desses dois pontos enfatiza o autor que a redenção “do direito penal como limite da pena estaria na sua redução à dogmática e aos critérios de imputação, diferenciando-se e afastando-se a aplicação da punição. A sentença seria apenas condenatória, reprobatória, reconhecendo a responsabilidade, mas sem pena”³⁵⁹: a indagação sobre a

³⁵⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 187.

³⁵⁶ FIONDA, Julia. **Public Prosecutors and Discretion**. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 176-193.

³⁵⁷ Interessa o papel do Ministério Público em um modelo restaurativo, ponto delicado a se discutir, na medida em que é princípio fundante das práticas restaurativas o resgate do lugar e da fala da vítima. Ocorre que tal mudança não equivale a transferir à vítima a titularidade do direito de ação. Nunca foi essa a preocupação ou reivindicação. Trata-se sim de definir a relevância da aproximação entre autor e vítima e seus pares no que tange à discricionariedade e oportunidade do Ministério Público para o exercício da ação penal, mitigando-se significativamente o princípio da obrigatoriedade: esta parece ser a abertura legal saudável e necessária a ser ainda realizada no Brasil. (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 187).

³⁵⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2ª ed. Trad. Pablo Aflên da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005. p. 150 -151.

³⁵⁹ Ibidem, p. 152.

operacionalização demarcaria os limites entre a função da jurisdição e da mediação.

O ponto mais abaladiço, entretanto, é a espécie de vínculo estabelecido em relação à reverberação jurídica do encontro restaurativo no processo penal o qual está atrelado às “consequências jurídicas processuais e matérias da prática restaurativa”³⁶⁰. Diante dessa questão, interessante visualizar como a questão foi tratada em outro ordenamento jurídico, com a finalidade de buscar elementos sólidos para a edificação das práticas restaurativas de maneira legal no Brasil. Os mecanismos restaurativos utilizados na Bélgica, o qual é, por diversos doutrinadores restaurativistas brasileiros, tido como o referencial normativo a ser adaptado, uma vez que mantém relativa autonomia entre a restauração e o modelo de justiça penal tradicional, em especial com a entrada em vigor da Lei de 22 de junho de 2005, a qual concebeu a “mediação para a reparação” em qualquer das fases processuais ou, ainda, na fase da execução da pena. ACHUTTI, o qual se debruçou a estudar o modelo belga, indicou que os “aspectos positivos são principalmente a não definição de um formato rígido de mediação e a compreensão da mediação como processo comunicativo de restabelecimento do diálogo, não conferindo valor de resultado do encontro”³⁶¹. Assim, as práticas restaurativas estabelecidas são pilotadas em ambiente externo aquele do Ministério Público ou do Poder Judiciário, e sua conclusão “poderá ser enviada ao processo, caso essa seja a vontade das partes, e o juiz, ao tomar conhecimento do resultado da mediação, poderá leva-lo em consideração no momento de prolatar a sentença”³⁶². Assim, diante da realidade brasileira, tomando a mesma base, poderia o Ministério Público estudar o procedimento da mediação e levar em consideração seus resultados no momento do oferecimento ou não da denúncia³⁶³.

³⁶⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 190.

³⁶¹ ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 196 – 197.

³⁶² Ibidem, p. 205.

³⁶³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 190.

Assim, para que as práticas restaurativas tenham sucesso há necessidade que exista autonomia em seu direcionamento e que não estabeleça vínculos de dependência ou que levem a uma relação ao sistema penal formal. Contudo, não há como “ignorar a importância da expectativa de mínimo respaldo e segurança jurídica para estipular e garanti a própria adesão e a participação ativa dos envolvidos, bem como para impedir abusos e para equilibrar relações de poder e força inerentemente desiguais”³⁶⁴. Esta questão é traduzida como a *accountability* da restauração, sem tradução literal à língua portuguesa, mas que expressa “o estabelecimento de garantias de confiabilidade, voltadas à possibilidade de controle externo de eventuais abusos e sua revisão, sempre que necessário, tornando a própria proposta mais ‘responsável’”³⁶⁵.

A postura do Estado diante de práticas restaurativas produzida pela interação entre os próprios atores sociais não deve, portanto, ser de omissão, embora não seja de protagonismo: nesse meio caminho, a garantia de direitos e a evitação de abusos fazem mais sentido. Por exemplo, através da possibilidade de impugnação e controle se a medida acordada na prática restaurativa exceder a pena prevista para o caso: haveriam parâmetros máximos, para cada caso, para além dos quais não se poderia ultrapassar³⁶⁶.

Assim, a atuação estatal é o de “minimizar a dominação, reequilibrar eventuais desigualdades que impeçam a constituição de espaço comunicativo

³⁶⁴ ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 201. “Narrando o ocorrido com organização não-governamental, na Bélgica, que se propôs a atuar de forma absolutamente autônoma realizado procedimento de mediação: ‘apenas 2 ou 3 casos de mediação foram realizados em 2 anos’. (...). Conforme o relato do entrevistado, concluiu-se que ‘se tratava de um grande desastre! Nós distribuímos dez mil panfletos e as pessoas não apareceram’, o que conduziu a um movimento de aproximação com o Ministério Público e o Poder Judiciário”.

³⁶⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 192. Nesse sentido, v. ROCHE, Declan. **Accountability and Restorative Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 21: “*Accountability is defined as a procedural safeguard, whereby decision makers are required to explain or justify their actions or decisions, with the aim of improving the quality and legitimacy of decisions in restorative meetings*”. Em livre tradução: “Accountability é definida como uma garantia procedimental, pela qual quem decide é chamado a explicar ou justificar suas ações e decisões, com o objetivo de incrementar a qualidade e a legitimidade das decisões tomadas em encontros restaurativos”.

³⁶⁶ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**, São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 260.

necessário ao encontro restaurativo”, além de ser utilizado como intermediador dos encontros e das soluções, sem olvidar do fato de que os “atores tradicionais do processo, imersos na cultura inquisitória”, porventura “sejam figuras menos indicadas para atuar”³⁶⁷ diante da mediação ou de outras práticas restaurativas.

Diante desses apontamentos de sistematização abre-se caminho à análise da aplicação da justiça restaurativa como mecanismo capaz de efetivar os direitos fundamentais, os quais, embora inquebráveis diante do ordenamento jurídico tradicional e em operação, foram absolutamente ignorados. Porém, para que a análise constitucional seja consistente alguns pontos, que até aqui foram diagnosticados, devem ser enfatizados: a justiça restaurativa é um mecanismo de censura, o qual se baseia na alteridade – ou seja, no sentido de responsabilização, bem como na interação entre as partes que a compõe; não se objetivando encontrar a verdade absoluta – uma vez que ela é descaracterizada e impossível, pretendendo, portanto, demonstrar a capacidade de abrir novos caminhos à forma de punir que se está buscando.

³⁶⁷ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 252.

CAPÍTULO 3

JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CAMINHOS PELA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

“Temos o direito a reivindicar a igualdade quando a desigualdade nos inferioriza; temos direito a reivindicar a diferença quando a igualdade nos descaracteriza”.

(Boaventura de Sousa Santos)

3.1 A DESCONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA POR MEIO DAS SINGULARIDADES ADOTADAS NO MODELO BRASILEIRO

Ao longo da construção dos dois primeiros capítulos, elementos basilares do atual sistema de justiça criminal, bem como aspectos essenciais à compreensão da justiça restaurativa foram trazidos com o objetivo de procurar enaltecer sua importância constitucional, especialmente quanto à valorização dos direitos fundamentais, os quais são cláusulas pétreas no ordenamento jurídico brasileiro. Não há outro caminho senão analisar o Texto Magno e de forma pontual relacioná-lo com as propostas de justiça restaurativa. Enfatiza-se a terminologia ‘proposta’ uma vez que carecem no campo jurídico estudos a respeito dos instrumentos de concretização da democracia para a restauração e para a justiça criminal e, consecutivamente, a forma como o modelo restaurativo é capaz de valorizar os direitos fundamentais. Por exemplo, estudos que abordem a questão da participação dos cidadãos na produção da justiça e de que forma essa participação articula a um fundamento democrático que não se esgota no modelo hegemônico de democracia (liberal), mas vai além das formalidades legais para se manifestar como expressão da democracia participativa e da concretização dos direitos fundamentais.

O resgate dos temas abordados nos capítulos antecessores, neste ponto da pesquisa, tem o objetivo de volver à demanda da participação conjunta de atores – vítimas, ofensores, comunidade – analisando o caso específico da justiça restaurativa brasileira. Sendo assim, propondo a justiça restaurativa uma forma inovadora da compreensão de censura e punição (não violenta) com a participação ativa dos cidadãos na justiça, é necessário analisar, no contexto

brasileiro, como pode-se institucionalizar sem que haja uma nova quebra com os preceitos constitucionais, melhor dizendo, qual local é outorgado à participação para a garantia dos direitos fundamentais.

Ademais, no ponto em que a temática da participação na justiça criminal se vincula, de certa medida, ao tema da democracia participativa e da manutenção dos direitos fundamentais, faz-se mister a análise de se a dimensão democrática e os direitos fundamentais existem no modelo de justiça restaurativa construído no Brasil, bem como se ainda prevalece o protagonismo de poder judiciário, resultando no uso periférico da justiça restaurativa na justiça criminal, em uma comparação com processos de institucionalização.

Inicia-se a exposição partindo da compreensão de que o processo de institucionalização da justiça restaurativa no Brasil não pode ser separado do processo de institucionalização e judicialização da mediação de conflitos, uma vez que também integra os 'meios alternativos'³⁶⁸ de administração dos conflitos.

Desta feita, mister atentar para o processo de institucionalização da mediação de conflitos no país. A mediação foi, inicialmente, regulamentada por meio da Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 125, de 2010. Todavia, antes mesmo de ser regulamentada, já era utilizada de forma extrajudicial.

Depois da regulamentação da mediação judicial pelo CNJ, o caminho para a institucionalização perscrutou-se com a edição e publicação da Lei de Mediação (Lei nº 11.140/2015) e com o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)³⁶⁹.

³⁶⁸ Tal destaque entre aspas vincula-se com a compreensão de TONCHE, que indicou para o fato de que a justiça restaurativa não está sendo utilizada, não apenas no contexto brasileiro, tanto naquilo que tangencia os aspectos teóricos quanto práticos, como alternativa ao modelo de justiça tradicional, mas sim como resposta complementar a este. Tal questão atrela-se, conforme leciona a autora, ao fato da justiça restaurativa se "auto-caracterizar", na dimensão teórica, como um modelo atrelado ao modelo de justiça em vigência, e não alternativo e, naquilo que toca à prática, de suas práticas resultarem num amparo para o sistema tradicional. No que toca à mediação, o relatório não é diferente, uma vez que atualmente tais práticas passaram a fazer parte do processo civil, logo, vinculada aos procedimentos judiciais.

³⁶⁹ PALLAMOLLA, em pesquisa empírica que compôs sua tese de doutorado, ao questionar desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), informou que os mesmos afirmaram que com a entrada em vigor da Lei de Mediação e sua precisão no NCPC a aceitação à mediação passou a ser diferente, uma vez que tornou-se obrigatória, contemplando a 'força da lei'. Ademais, em dado momento da entrevista, uma desembargadora destacou que a forma com que a mediação foi inserida no código traz insegurança, uma vez que pode ser "engolida pelo sistema", uma vez que o destaque é para a solução do processo e não do conflito (PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário: permanências e inovações no campo da administração de**

Tem-se capacidade para destacar, desta forma, que a mediação e a justiça restaurativa, consideradas inovadoras no campo jurídico, passam por processo similares envolvendo a regulação da matéria. Entretanto, há uma dissemelhança significativa: “enquanto o processo de institucionalização da mediação culmina com a aprovação de uma Lei para regular a matéria, o da justiça restaurativa, no âmbito da justiça criminal, até aqui, conta apenas com uma Resolução do órgão do Poder Judiciário”³⁷⁰.

Ainda, na mediação inexitem propriamente agentes como protagonistas, mas instituições como parâmetro referencial – a instituição de referência é o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da sorte que superintende, desde 2006, o Movimento Nacional pela Conciliação³⁷¹.

No Brasil, então, diz-se que o desenvolvimento da justiça restaurativa e da mediação está vinculado ao CNJ. Entretanto, a mediação está atrelada ao campo jurídico com maior intensidade que a justiça restaurativa. Tal assertiva pode ser verificada pelo fato de existir regulação legal e por 22 dos 27 Tribunais de Justiça Estaduais do Brasil possuírem serviços na esfera da mediação³⁷², fato que colaciona a realidade da justiça restaurativa, para a qual apenas 17 Tribunais cumpriram a Meta 8 de 2016 do CNJ – que dispõe sobre a implementação da justiça restaurativa³⁷³.

A discrepância entre os processos de institucionalização da mediação e da justiça restaurativa podem estar vinculadas às lições de SANTOS, o qual intitulou de ‘diferentes intensidades de dominação política’³⁷⁴ praticadas pelo Estado e que estão imersas na seara da justiça.

conflitos. 286 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, p. 229).

³⁷⁰ Idem.

³⁷¹ Em notícia veiculada pelo CNJ, pode-se conferir o histórico do movimento iniciado em 2006: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao>. Acessado em 29/12/2018.

³⁷² MELLO, Kátia Sento Sé. **A mediação judicial de conflitos em perspectiva**: moralidades e ética na construção do diálogo. 2017. Inédito.

³⁷³ Em notícia publicada pelo CNJ, datada do ano de 2016, visualiza-se o incentivo à implementação da justiça restaurativa no Brasil, em cumprimento a Meta 8: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84200-meta-8-do-cnj-incentivou-praticas-de-justica-restaurativa-pelo-pais-em-2016>. Acesso em: 29/12/2018.

³⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 10, 1982, p. 20.

A justiça criminal estaria localizada no ‘núcleo central’ da dominação política do Estado e, por este motivo, estaria dominada por dois ou três elementos que compõe a legalidade capitalista: burocracia e violência. O terceiro elemento, o da retórica, seria estranho a este núcleo e dificilmente permearia, sendo comum à esfera da justiça comum³⁷⁵.

SANTOS, contudo, informa que sua análise não contempla a justiça criminal e a justiça civil como homogêneas, mas, de forma contrária, todos os campos jurídicos tradicionais – direito e jurisdição do trabalho, dos contratos, da família e do crime – são heterogêneos no diâmetro de que transpassam dois campos de hegemonia política – núcleo central e periferia – e tal heterogeneidade “reflete-se numa distribuição desigual da retórica, da burocracia e da violência em cada um deles”³⁷⁶.

As lições de SANTOS permitem compreender porque processos de “informalização da justiça civil”³⁷⁷ teriam maiores chances de ocorrer, da mesma forma que têm capacidade para atingir proporções em um espaço de tempo relativamente curto, enquanto a mesma equação não será resolvida com facilidade naquilo que tange à seara da justiça criminal³⁷⁸, pelo desinteresse do

³⁷⁵ PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário**: permanências e inovações no campo da administração de conflitos. 286 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, p. 231.

³⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 10, 1982, p. 20.

³⁷⁷ Mister salientar que a visão de Santos está vinculada com uma perspectiva fortemente economicista e é bastante crítica das reformas informalizadoras, no sentido de que as compreende como estratégias para reduzir os custos com a administração da justiça, recuperar a legitimidade do Estado e, sobretudo, estabilizar as relações de poder na sociedade: “a informalização da justiça acarretará sempre a redução ou eliminação do poder coercitivo ao seu dispor e por esta via ajudará a estabilizar as relações sociais, pois nenhuma mudança dramática nestas pode ser esperada de instituições ou contextos de decisão que, por causa dos limites estritos dos poderes ao seu dispor, têm forçosamente de se orientar para a obtenção do consenso e da harmonia (através de instrumentos de mediação, negociação, conciliação e arbitragem, etc.)” (SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 10, 1982, p. 27).

³⁷⁸ As lições de SANTOS não são unânimes à justiça restaurativa e da mediação. Em recente análise, na dimensão do ‘campo estatal da administração de conflitos’ no Brasil pode ser extraída dos estudos realizados por SINHORETTO, a qual indica significativos elementos para o entendimento desse campo, bem menos homogêneo e mais complexo. Especialmente interessante são as quatro lógicas de administração de conflitos existentes neste âmbito, aos quais corresponderiam hierarquias de rituais, de pessoas e tipos de conflitos (SINHORETTO, Jacqueline. **A justiça perto do povo**. Reforma e gestão de conflitos. São Paulo: Alameda, 2011, p. 24).

Estado, uma vez que o diâmetro criminal sempre pertenceu, tal qual propriedade, ao Poder Público e realizar uma dinâmica abertura para meios alternativos, seria negar a própria gerência autoritarista dos atores criminais públicos, em especial, magistrados e o Ministério Público.

De outro vértice, no que tange à dimensão democrática e aos direitos fundamentais que existem no modelo de justiça restaurativa construído no Brasil, é possível examinar que há uma redução do potencial democrático de justiça restaurativa brasileira. Entretanto, utilizando breve análise do Tribunal do Júri como exemplo, o qual é abordado como modelo de participação do tipo tradicional, é possível constatar que tal processo não é privativo da justiça restaurativa e, ainda que o propósito da reforma do procedimento do Júri de 2008 tenha sido democratizá-lo, com o objetivo de o adequar aos parâmetros da Constituição de 1988, em especial aos direitos fundamentais, o que se observa é a “continuidade de um modelo de Tribunal de Júri que não incorporou importantes elementos democráticos (como é o caso da deliberação entre os jurados sobre o veredito)”³⁷⁹.

Assim, a diminuição do potencial democrático desses dois tipos de participação, os quais equivalem a modos diferentes de administração de conflitos³⁸⁰, aparenta certificar uma permanência na justiça criminal brasileira tal qual uma forma de cultura jurídica, na qual convivem harmoniosamente, e de forma suplementar, duas tradições legítimas distintas: a particularista, vinculada

³⁷⁹ PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário**: permanências e inovações no campo da administração de conflitos. 286 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, p. 256.

³⁸⁰ Enquanto o Tribunal do Júri tem a função de julgar o acusado, decidindo se é o caso de considerá-lo culpado e impor-lhe uma pena (cujos limites estão previstos em lei), na justiça restaurativa, como resultado do processo participativo ou deliberativo entre os direta ou indiretamente envolvidos num conflito, não é uma decisão condenatória ou absolutória, mas uma decisão consensuada sobre a(s) resposta(s) que consideram adequado para aquele caso concreto. Importante referir, no entanto, a existência de debate acerca dos conteúdos dos acordos restaurativos serem considerados punição, na medida em que os processos restaurativos são geralmente realizados quando já existe um processo penal em andamento. Ou seja, por estarem vinculados ao sistema de justiça criminal, os processos restaurativos seriam mais uma forma de punição utilizada por esse sistema. Sobre esse posicionamento e seu contraponto, conferir: PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. Restorative Justice and the decision-making process beyond deliberative democracy? In: AERTSEN, Ivo; PALI, Brunilda (eds.). **Critical restorative justice**. London: HART, 2017.

com a concepção hierárquica da sociedade, e a universalista de caráter individualista e igualitário³⁸¹.

A tradição particularista seria representada pela pirâmide³⁸² e a universalista por meio da figura do paralelepípedo³⁸³. Nas lições trazidas por KANT DE LIMA, o Brasil seria um caso paradoxal, no qual elementos do modelo de paralelepípedo se associariam com o modelo de sociedade de pirâmide, assim, sobre o modelo do sistema jurídico do Brasil imprime o autor:

[o modelo] não reivindica uma origem “popular” ou “democrática” para a legitimação de sua existência. Ao contrário, alega-se ser o produto de uma reflexão iluminada, uma “ciência normativa”, que tem por objetivo o controle de uma população sem educação, desorganizada e primitiva. Os modelos jurídicos de controle social, portanto, não têm nem poderiam ter como origem “a vontade do povo”, enquanto reflexo das normas que regem seu estilo de vida, mas são resultado destas formulações legais especializadas, legislativa ou judicialmente. Nestas circunstâncias não é difícil compreender que, ao não ser considerada como fórmula ideal a “aplicação da lei pelo povo”, valores legais, quando se aplicam, tendem a ser vistos como constrangimentos externos ao comportamento dos indivíduos. Em consequência, o capital simbólico do campo do direito não reproduz ampliadamente seu valor porque expressa a “vontade do povo”, ou um conjunto de prescrições morais partilhadas e internalizadas pelo cidadão comum,

³⁸¹ KANT DE LIMA, Roberto. Administração de conflitos, espaço público e cidadania. Uma perspectiva comparada. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, ano 1, n. 2, dez. 2001.

³⁸² Sobre esta concepção: “No caso da pirâmide, a base é maior que o topo. A sociedade é composta de segmentos desiguais e complementares que devem se ajustar harmonicamente. As regras são sempre gerais para toda a pirâmide, mas como se destinam a segmentos desiguais em direitos e interesses, devem ser aplicadas particularizadamente através de sua interpretação por uma autoridade” (KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. In: **Anuário Antropológico**, 2009-2, 2010).

³⁸³ Sobre esta concepção: “No paralelepípedo, onde o topo é igual à base, a sociedade era composta de indivíduos portadores de interesses diferentes, mas iguais em direitos, fato que os coloca em oposição e conflito permanentes. A desigualdade de status, assim, se dava em termos das escolhas melhores ou piores que os indivíduos faziam entre as opções disponíveis no elenco daquelas publicamente dadas. As regras eram sempre vistas como de origem e legitimamente localizada, limitadas a um universo definido. Tinham interpretação literal e aplicavam-se universalmente, de maneira uniforme, a todos” (KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. In: **Anuário Antropológico**, 2009-2, 2010).

mas como uma imposição das “autoridades”, não importa quão legal e legitimadamente produzidas e postas em vigor³⁸⁴.

Tais modelos de sociedades equivalem distintas percepções do conflitos e díspares modos de conduzi-los. “No modelo do paralelepípedo, o conflito seria percebido como inerente à sociedade, eis que esta é constituída por indivíduos iguais, porém com interesses diferentes. Já no modelo da pirâmide o conflito seria percebido como negativo e, portanto, ameaçador à ordem social”³⁸⁵.

Em termos de justiça restaurativa, na proporção em que não está sendo valorizada a participação da vítima e da comunidade, pode-se afirmar que sua compleição democrática perde robustez.

Para que a compreensão sobre as baixas participações da vítima e da comunidade na aplicação da justiça restaurativa no Brasil sejam entendidas, alguns apontamentos devem ser realizados.

Em outro momento já foram destacadas as ondas vitimológicas e a vasta extirpação do papel da vítima no processo penal, aqui o objetivo é destacar a participação das vítimas e a dimensão correccionalista à prática restaurativa no Brasil e as peculiaridades que avoca no contexto brasileiro.

Segundo apontamentos realizados por PALLAMOLLA, a primeira questão que deve ser visualizada na democratização e valorização dos direitos fundamentais é a “participação dos envolvidos no conflito nos processos restaurativos (...) – mediação vítima-ofensor, círculo ou conferência”. No Brasil, preponderantemente, são utilizados círculos de restauração³⁸⁶, ou seja, o destaque à atuação da vítima, do ofensor e da comunidade³⁸⁷. Porém, a tríade

³⁸⁴ KANT DE LIMA, Roberto. Administração de conflitos, espaço público e cidadania. Uma perspectiva comparada. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, ano 1, n. 2, dez. 2001, p. 13.

³⁸⁵ PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário**: permanências e inovações no campo da administração de conflitos. 286 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 260.

³⁸⁶ Vera Regina Pereira de Andrade, em palestra proferida no dia 2 de junho de 2017, na Universidade La Salle, Canoas/RS, mencionou que vem observado em sua pesquisa sobre programas de justiça restaurativa em âmbito nacional a preponderância do uso dos círculos. No entanto, disse também ter encontrado outras práticas como a mediação vítima-ofensor e as conferências, além da influência de teorias de outras áreas, como assistência social e psicologia.

³⁸⁷ Faz-se mister distinguir ‘comunidade de apoio’ (*community of care*) e comunidade em sentido amplo. A ‘comunidade de apoio’ é composta por pessoas próximas ao ofensor e à vítima, ou seja, com quem detenham vínculos afetivos – familiares, por exemplo; a segunda é composta por pessoas que não possuem vinculação direta com a ofensa, mas, por integrarem a ‘comunidade’, podem participar do processo restaurativo (SCHIFF, Mara. Models, Challenges

destacada nem sempre é reunida nos círculos restaurativos, não sendo incomum apenas a participação do ofensor e da comunidade, mantendo-se a vítima afastada, ainda que em um modelo de justiça em que deveria ganhar destaque.

Segundo pesquisas realizadas pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD)³⁸⁸, no ano de 2006, já era identificada a participação deficitária das vítimas nos programas restaurativos. Para os investigadores deveriam ser criados serviços de assistência às vítimas, uma vez que nos projetos que haviam analisado a dificuldade repetia-se: em que momento e de que forma é possível inserir a vítima nos processos restaurativos? Tomando por base as últimas análises sobre os programas de justiça restaurativa, em especial no relatório analítico propositivo ‘Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário’, publicado no ano de 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça³⁸⁹, a realidade não ganhou novos vértices. Avante de não se ter informações consistentes em relação à “criação de serviços de assistência a vítimas que atuem em conjunto com os programas de justiça restaurativa”³⁹⁰, as práticas acabam por ser realizadas sem a presença destas, apenas com a enfática

and the Promise of Restorative Conferencing Strategies In.: Andrew von Hirsch, et. al. (Ed.). **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland, Orgeon: Hart Publishing, 2003).

³⁸⁸ INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD). **Sistematização e Avaliação de Experiências de Justiça Restaurativa**, 2006.

³⁸⁹ BRASIL. Relatório Analítico Propositivo. Direitos e Garantias Fundamentais. **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2018.

³⁹⁰ Enfatiza-se inexistem levantamentos nacionais sobre a existência de serviços de assistência a vítimas, não apenas relacionados com programas de justiça restaurativa, mas destinadas a vítimas em geral. Maria Gabriela Viana Peixoto, ao tratar sobre o tema das vítimas e controle punitivo, salientou que o desamparo das vítimas de crimes é uma realidade. Baseando-se em pesquisa desenvolvida pelo Grupo Candango de Criminologia (GCCRIM), entre os anos de 2006 e 2008, a respeito da atenção dispensada às vítimas em casos de furto e roubo no Distrito Federal, Peixoto evidenciou que as vítimas não tinham formas de elaborar o fato e que isso “não ocorre em função de que não há a criação de oportunidades para que a vítima possa conversar com algum profissional que a ajude a significar o evento, a se defrontar com seus sentimentos ou a assimilar alguma aprendizagem da experiência. As vítimas não falaram sobre alguma instituição comunitária ou judiciária que promova a oportunidade para que elas pudessem ir além do fato e promover elaboração psíquica e emocional sobre a agressão sofrida” (PEIXOTO, Maria Gabriela Viana. **Vítimas e controle punitivo: um percurso pelos discursos acadêmicos no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 217). Ainda sobre a questão da assistência às vítimas, mister mencionar que há recente empreendimento no Estado do Paraná, com a criação do projeto “Cuida de Mim”, sobre o qual podem-se obter mais informações por meio do sítio eletrônico:

<http://www.seti.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=5017&tit=Projeto-da-UEL-ampara-vitimas-de-crimes>. Acesso em: 29/12/2018.

participação do ofensor e, esporadicamente, com a presença de seus familiares³⁹¹. O exílio das vítimas dos processos restaurativos também tem contornos políticos, conforme assevera PALLAMOLLA:

Um dos debates travados nas reuniões técnicas sobre justiça restaurativa na Câmara de Deputados auxilia a compreender que a pouca centralidade conferida às vítimas não é um fenômeno adstrito à prática, mas que também está presente no discurso. O debate versava sobre a inserção das palavras *vítima* e *ofensor* em dispositivos do Código de Processo Penal que tratariam da justiça restaurativa e de suas práticas. A questão era: vítima e ofensor deveriam ser consideradas figuras *essenciais* para a realização de prática restaurativa? Parte do grupo considerava que a menção expressa às duas partes vincularia demasiadamente a justiça restaurativa à prática da mediação vítima-ofensor e excluiria, por conseguinte, a comunidade. Outra parte entendia que a vítima e o ofensor constituíam o núcleo duro da justiça restaurativa, sem as quais não seria possível realizar uma prática restaurativa que pudesse impactar no desfecho do processo penal – ora mitigando a resposta punitiva, ora substituindo-a. Ainda no âmbito dessas reuniões, outro debate correlato veio à tona e é exemplificativo da presença de diferentes visões sobre a aplicabilidade (ou os limites) da justiça restaurativa. A dúvida era se deveria haver um dispositivo legal no CPP prevendo a possibilidade de utilização da justiça restaurativa nos casos em que não há vítima ‘corpórea’, ou seja, naqueles casos em que a parte ofendida é a coletividade ou o Estado. Aqueles que entendiam que a justiça

³⁹¹ Para o desenvolvimento de sua tese de doutorado, PALLAMOLLA indica que: “Entre os meses de agosto de 2016 e fevereiro de 2017, realizei visitas a estabelecimentos prisionais (de regime fechado, semiaberto, aberto) e patronatos que utilizavam práticas restaurativas. Foram mais de dez estabelecimentos visitados e, na grande maioria deles, o que pude observar foi a realização de práticas apenas com os presos. Houve casos, também, de práticas restaurativas, mais especificamente, de círculos, serem utilizados para administrar problemas entre os servidores dos estabelecimentos prisionais e apenas um caso de um círculo entre um preso e um agente penitenciário da segurança, realizado no âmbito de um procedimento administrativo disciplinar. Foram raros os casos relatados em que a comunidade de apoio do preso esteve presente e ainda mais raros os casos nos quais a vítima esteve presente. Sobre a presença da vítima, foram frequentes os relatos sobre as dificuldades de trazer as vítimas para os estabelecimentos prisionais. Falta de estrutura dos estabelecimentos, de segurança, de espaços adequados para a realização das práticas e de apoio institucional (seja da administração da unidade prisional, seja do Judiciário), foram alguns dos pontos levantados” (PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário**: permanências e inovações no campo da administração de conflitos. 286 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 252).

restaurativa poderia ser usada nesses casos argumentavam que sua utilização contribuía para a conscientização dos ofensores a respeito de suas condutas. Aqueles que não estavam de acordo com essa proposta, apontavam que a vítima era uma figura essencial e, portanto, defendiam que apenas poder-se-iam considerar como práticas restaurativas aquelas que envolvessem a vítima 'corpórea' (e o ofensor). Salientavam que o que se discutia ali era a adoção de práticas restaurativas no âmbito da justiça criminal (de adultos) e que eventuais experiências com adolescentes não deveriam ser automaticamente incorporadas pela justiça crimina³⁹².

A partir dessas premissas, no mais das vezes, é verdadeiro indicar que a justiça restaurativa tem se edificado tal qual recinto de “restabelecimento de autoridade do que de autonomia das partes para dialogarem e construírem soluções em comum acordo”. A peculiaridade da autoridade visualizada nas práticas de restauração passou a ser elemento presente corriqueiramente que tratou de ser matéria de questionamento em relação à aceção da afirmação de que a justiça restaurativa seria alternativa, uma vez que “em muitos momentos, o que parece haver é uma mimetização do modelo informal em relação ao seu par institucional”³⁹³, ou seja, ao tipo de justiça que está vinculada, neste caso com a justiça criminal tradicional.

Exemplo claro é trazido por PAVARINI, ao trabalhar com o uso da mediação na justiça juvenil da Itália. O autor indica que a maneira cultural dessa justiça é a da correção e reabilitação do adolescente infrator, o que denomina de ‘modelo correcionalista-reabilitador’, aglutinado “fundamentalmente na obsessiva atenção pedagógica prestada ao menor em dificuldade”. Ademais, destacou o doutrinador que a “causa da justiça juvenil italiana” até então é a

³⁹² PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário**: permanências e inovações no campo da administração de conflitos. 286 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 252.

³⁹³ Ambos em: TONCHE, Juliana. **A construção de um modelo 'alternativo' de gestão de conflitos**: usos e representações de justiça restaurativa no estado de São Paulo. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Universidade de São Paulo, 2015, p. 150.

disciplinada pela “recuperação, reeducação, ressocialização, em resumo, de ‘fazer o bem’ ao menor desviante”³⁹⁴.

O que pode ser extraído das lições de PAVARINI à realidade da atuação da vítima nos processos restaurativos no Brasil é o fato de que inexistiu uma justiça apresentada como nova modalidade de tratamento de punição e censura, maquilar completamente, à proporção que a vítima continua no local em que previamente colocaram-na, qual seja, no limbo, não permitindo, aos moldes em que se apresenta na atualidade um meio de participação democrática de garantia aos direitos fundamentais em solo brasileiro.

Na toada da baixa participação da vítima, passa-se à análise da deficitária participação da comunidade. Importante iniciar com a compreensão da comunidade que, aos moldes restaurativos, contempla não à comunidade de apoio (*community of care*) do ofensor – que habitualmente está presente nas práticas restaurativas brasileiras. Também não se refere à comunidade de sustentáculo à vítima, mas à comunidade em sentido amplo, isto é, “a justiça restaurativa vem sendo construída e aplicada no âmbito do Poder Judiciário sem a participação efetiva da sociedade civil”³⁹⁵.

Em 2005 o Ministério da Justiça, em conjunto com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), empreendeu um mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais de meios alternativos de administração de conflitos, sendo os resultados analisados por um grupo heteróclito de representantes do Governo Federal e outros membros³⁹⁶. Das

³⁹⁴ PAVARINI, Massimo. Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile. In: PICOTTI, Lorenzo (Org.). **La mediazione nel sistema penale minorile**. Padova: Cedam, 1998, p. 15.

³⁹⁵ PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário**: permanências e inovações no campo da administração de conflitos. 286 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 260.

³⁹⁶ De acordo com o material oficial do Ministério da Justiça (“Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos – Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais”), houve duas reuniões realizadas no Ministério da Justiça, nos dias 05 e 06 de abril de 2005: “Participaram dos trabalhos, os seguintes representantes do Governo Federal: Programa da Subsecretaria de Programas e Ações Temáticas da Secretaria Especial de Promoção de Políticas para as Mulheres da Presidência da República; Núcleo de Apoio à Cooperação Internacional da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça; Ministério do Desenvolvimento Agrário, Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana; Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça; Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República; Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Como convidados, participaram: Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem, IMAB – Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil;

conclusões das atividades, os representantes governamentais presentes designaram os parâmetros da política pública de apoio a “sistemas alternativos de administração de conflitos”³⁹⁷.

Para fazer um recorte dos parâmetros identificados em relação à matéria de justiça restaurativa, passam a ser apresentadas cinco orientações mínimas determinadas para os programas.

Inicialmente os programas devem objetivar a busca pela integração, com a finalidade de estabelecer-se uma “rede permanente de programas e conferir visibilidade aqueles não detectados pelo mapeamento”; ademais, os programas “devem voltar-se à aplicação do acesso à Justiça e à afirmação de direitos fundamentais, com vistas à construção de uma cidadania plena”; necessitam ser efetuadas avaliações técnicas e qualitativas, baseadas em índices para o aprimoramento dos programas e estímulo à edificação de “um conjunto homogêneo mínimo de princípios, conceitos, metodologias de trabalho, objetivos e resultados esperados”, sendo que programas que têm supervisão técnica e monitoramento devem ser favorecidos; ainda, a capacitação e a formação de profissionais, com a observância à “peculiaridades regionais, bem como à natureza do conflito ao qual se destina a intervenção, levando em consideração as relações sociais existentes no país”, a participação universitária com o intento de disseminar o conhecimento e auxiliar na avaliação dos programas; por fim, “deve-se estimular a participação da sociedade civil local, seja através do engajamento de membros da comunidade destinatária nas equipes dos projetos, seja por outras formas de participação a serem contempladas”³⁹⁸.

Tais referências são aplicáveis, em maior ou menor escala, e, ainda que mais de dez anos após sua publicação, estão absolutamente atuais ao quadro

Balcões de Direitos do Viva Rio; Grupo de Trabalho Mediação da UNB – Universidade de Brasília; Projeto Conciliação em Direito de Família; Projeto Justiça Comunitária; Pró-Mulher Família e Cidadania; Políticas Setoriais do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD; CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais; Jus Populi; Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**. Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. p. 55)

³⁹⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**. Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Brasília: Ministério da Justiça, 2005, p. 53.

³⁹⁸ Todos em: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**. Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. p. 54 e 55.

da promoção de justiça restaurativa no Brasil existente até o presente momento. Com relação a questão posta em pauta, qual seja, a participação comunitária, percebe-se que a incitação à atuação da sociedade civil já era “uma questão sensível na temática dos meios alternativos de resolução de conflitos e, como se percebem ainda não superada”³⁹⁹.

Além disso, adicional questão para ser analisada é o objetivo dos programas restaurativos e a vinculação da comunidade. Em 2005 o objetivo pautava-se no acesso à justiça e na afirmação de direitos fundamentais como elementos essenciais na edificação da plena cidadania⁴⁰⁰. Naquele momento a construção da justiça restaurativa no país era uma iniciativa da Secretaria da Reforma do Judiciário o qual compreendia que com a restauração ampliar-se-ia o acesso à justiça e, portanto, seriam garantidos os direitos fundamentais, bem como seria um meio democrático de justiça. Porém detectou-se que esse enunciado perdeu força e espaço e tal derrota deu-se, majoritariamente, pelo afastamento e desinteresse da Secretaria de Reforma do Judiciário no processo de institucionalização da justiça restaurativa⁴⁰¹.

No diâmetro em que o destaque passa a se centralizar, gradualmente, no Poder Judiciário, a manifestação oficial não refere-se ao acesso à justiça, à sustentação dos direitos fundamentais ou à democratização da justiça tais como cerne na discussão, mas sim à pacificação social. Logo, percebe-se uma cisão da justiça restaurativa, diante dos debates políticos, dos “sistemas alternativos de solução de conflitos”⁴⁰².

Logo, o resultado direto da fragmentação dos processos de reforma do sistema de justiça foi um “enfraquecimento do aspecto democrático e

³⁹⁹ PELIZZOLI, Marcelo L. Cultura de paz restaurativa. In: PELIZZOLI, Marcelo L. (org.). **Justiça restaurativa: caminhos da pacificação social**. Caxias do Sul: EDUCS/ Recife: UFPE, 2016, p. 76.

⁴⁰⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**. Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Brasília: Ministério da Justiça, 2005, p. 58.

⁴⁰¹ PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário: permanências e inovações no campo da administração de conflitos**. 286 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 263.

⁴⁰² Tal nomenclatura é usada pela pesquisa do Ministério da Justiça a qual se fez menção anteriormente. Hoje existem diversas outras denominações, entre elas as “formas alternativas de administração dos conflitos” (TONCHE, Juliana. **A construção de um modelo 'alternativo' de gestão de conflitos: usos e representações de justiça restaurativa no estado de São Paulo**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Universidade de São Paulo, 2015, p. 35).

participativo no discurso oficial da justiça restaurativa”⁴⁰³, além de afastar a preocupação sobre a valorização dos direitos fundamentais trazidos na Constituição de 1988⁴⁰⁴.

A extenuação da proporção dos direitos fundamentais da justiça restaurativa, bem como da democracia, entretanto, não se confina ao nível do discurso. Conforme exposto neste item, as práticas de restauração não têm protegido o desenvolvimento da atuação das comunidades e das vítimas. Assim, a cooperação insuficiente é mais um “elemento do modelo que vem sendo construído no Brasil”⁴⁰⁵, cujas principais características buscou-se destacar. Cuida-se de um “modelo autocentrado no Poder Judiciário, baseado numa ideia de cultura de paz que é concretizada ou instrumentalizada por meio dos círculos restaurativos”⁴⁰⁶.

A paz pode assumir diferentes moldes a depender do contexto jurídico no qual está inserida. Para AZEVEDO e SOUZA, se em determinada situação

o conflito é visto como negativo ou perigoso à ordem social, a paz estará associada à ausência de conflitos (...), mas se compreendido

⁴⁰³ PELIZZOLI, Marcelo L. Cultura de paz restaurativa. In: PELIZZOLI, Marcelo L. (org.). **Justiça restaurativa: caminhos da pacificação social**. Caxias do Sul: EDUCS/ Recife: UFPE, 2016, p. 84.

⁴⁰⁴ Dentre as entrevistas realizadas em sua pesquisa empírica para a elaboração de sua tese de doutorado, PALLAMOLLA trouxe momentos em que os protagonistas puderam apresentar suas narrativas sobre a construção da justiça restaurativa brasileira, o tema dos direitos fundamentais e da democracia não estiveram presentes. Um dos entrevistados disse: “Não! Tentei falar dos direitos da Constituição e de democracia várias vezes e ninguém deu [bola]! Curioso, né? [...] Acho que é um pouco do distanciamento entre justiça, direitos fundamentais e democracia, né, ninguém gosta de ligar muito os temas. (...) É como se os temas caminhassem separados, especialmente no Brasil. Eu tenho pra mim que especialmente pros juízes, falar [de] democracia e da valorização dos direitos fundamentais arrepia o pelo deles, não sei porquê. Todos que conversei, eles... ‘não, não, isso não é comigo. Isso aqui não, aqui dentro não’, entendeu? Os direitos fundamentais, são todos evidentemente defensores deles (...) mas democracia e ter direitos fundamentais para eles é voto, é liberdade de expressão, liberdade sindical. Mas não a administração da justiça” (PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário: permanências e inovações no campo da administração de conflitos**. 286 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 264).

⁴⁰⁵ TONCHE, Juliana. **A construção de um modelo 'alternativo' de gestão de conflitos: usos e representações de justiça restaurativa no estado de São Paulo**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Universidade de São Paulo, 2015, p. 97.

⁴⁰⁶ PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário: permanências e inovações no campo da administração de conflitos**. 286 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 264.

como positivo a consequência é que a ideia de paz estará associada à administração satisfatória desse conflito, e não a sua supressão⁴⁰⁷.

Deste modo, percebendo-se que a cultura jurídica brasileira seria um arquétipo no qual o conflito tem uma percepção negativa e a justiça restaurativa seria um protótipo de conflito com aceção positiva – que compreende o conflito como algo a ser administrado e não reprimido – a decorrência de se associar a justiça restaurativa à justiça criminal tradicional seria que a restauração transformar-se-ia num espelho do modelo atual⁴⁰⁸.

A coexistência desses dois sistemas, em contextos como o brasileiro, poderia representar que não só a lógica retributiva poderia impregnar a justiça restaurativa, mas igualmente que as representações acerca da sociedade presentes na justiça criminal tradicional poderiam ser transmitidas ao novo modelo ao longo do processo de influência recíproca decorrente de sua atuação conjunta, transformando-a em instrumento para a manutenção dessas concepções já presentes na cultura jurídica ao invés de ferramenta para a sua transformação⁴⁰⁹.

AZEVEDO e SOUZA⁴¹⁰ indicam que a justiça restaurativa enfrentaria dois processos de ‘contaminação’: no instante de edificação do modelo de justiça restaurativa na conjuntura cultural, o modelo seria contaminado pelos cânones

⁴⁰⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. Que “paz” é essa? Os significados do conflito na cultura jurídica brasileira e a justiça restaurativa no Brasil. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Crime e Interdisciplinaridade - Estudos em homenagem a Ruth Maria Chittó Gauer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 34.

⁴⁰⁸ SCHUCH, na análise do caso da justiça restaurativa no país, indica para o risco em relação aos efeitos de estratégias de administração de conflitos baseadas no consenso, mas que esse risco apenas pode ser afirmado com base em experiências concretas: “O modelo de uma ‘justiça restaurativa’ baseada nos princípios da negociação e harmonia poderia, por hipótese, até mesmo vir a corroborar elementos relacionais e hierárquicos de nossa cultura jurídica e não ser um rompimento significativo com esses valores. Tal hipótese, contudo, somente deve ser analisada à luz das experiências concretas de implantação do projeto, da pesquisa da heterogeneidade das práticas judiciais existentes e do entendimento dos significados desses novos dispositivos judiciais para os próprios agentes envolvidos na sua implantação” (Schuch, Patrice. **Práticas de Justiça: Uma Etnografia do “Campo de Atenção ao Adolescente Infrator” no Rio Grande do Sul depois do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. p. 78).

⁴⁰⁹ SCHUCH, Patrice. **Direitos e afetos: análise etnográfica da “justiça restaurativa” no Brasil**. Trabalho apresentado no 30º Encontro Anual da ANPOCS, 2006, p. 17.

⁴¹⁰ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. Que “paz” é essa? Os significados do conflito na cultura jurídica brasileira e a justiça restaurativa no Brasil. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Crime e Interdisciplinaridade - Estudos em homenagem a Ruth Maria Chittó Gauer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 35.

em relação ao conflito; no átimo de harmonização entre a justiça restaurativa e a justiça criminal tradicional, a coerência desta contaminaria a lógica daquela⁴¹¹.

Destaca SINHORETTO⁴¹² que da permanência dessas lógicas hegemônicas de gestão de conflitos, há o risco de que outras práticas inovadoras de gerenciamento de conflitos sejam dissipadas e transfiguradas em “mais do mesmo” ao difundirem esses ideais.

Com relação às particularidades da justiça restaurativa brasileira, o que torna-se perceptível a olhos nus é que não unicamente os programas de justiça restaurativa estão “sendo realizados dentro dos tribunais, mas também a própria justiça restaurativa é construída por agentes centrais do campo jurídico: os magistrados”. De mais a mais, percebe-se que a justiça restaurativa no Brasil tem demonstrado maior continuidade do que rompimento em simetria às lógicas vigentes no sistema de justiça criminal tradicional, afastando-se de seus objetivos centrais e não garantindo a prevalência dos direitos fundamentais trazidos na Carta Magna de 1988, ainda que tenha capacidade para assegurá-los. Finalmente é possível assinalar que o Poder Judiciário passou a desempenhar o protagonismo da justiça restaurativa no país.

Conforme foram apontados neste item, inexiste complexidade na conclusão de que o Poder Judiciário – compreendido como instituição e seus agentes – atua com papel central no âmbito restaurativo, sendo que, o protagonismo de Judiciário se desloca “da base desse Poder para seu topo”⁴¹³, porém não transferindo absolutamente das ‘mãos dos primeiros juízes’ para o protagonista mais recente, qual seja, o Conselho Nacional de Justiça, na medida em que os magistrados permanecem atuando diretamente do campo da justiça

⁴¹¹ Neste sentido válidas as lições de SINHORETTO, ao tratar das inovações introduzidas no campo estatal de administração de conflitos: “os obstáculos às reformas das instituições judiciais tornam-se nítidos quando elas acabam por se parecer com um inventário de propostas parcialmente fracassadas por estarem aprisionadas a lógicas hegemônicas de administração de conflitos e a hierarquias estruturantes do campo, fazendo com que essas reformas atinjam apenas setores restritos, ou animem somente uma parte minoritária dos agentes ou se amoldem a estruturas de pensamento e a práticas preexistentes, perdendo sua força transformadora” (SINHORETTO, Jacqueline. **A justiça perto do povo**. Reforma e gestão de conflitos. São Paulo: Alameda, 2011, p. 117).

⁴¹² Idem.

⁴¹³ ROLIM, Marcos. Justiça restaurativa: para além da punição. In: ROLIM, Marcos. **Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos**. Porto Alegre: Instituto de Acesso à Justiça – IAJ, 2004, p. 37.

restaurativa, desconfigurando o propósito da mesma que deveria ser trabalhada como 'alternativa'.

Segue-se, então, para a demonstração da reinserção da justiça restaurativa num processo nacional vinculado com a redemocratização e a garantia dos direitos fundamentais.

3.2 O PROGNÓSTICO DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL E A CONCEPÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O mais recente mapeamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual data do ano de 2018, intitulado 'Direitos e Garantias Fundamentais – Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário', traz os mais recentes dados estatísticos quantitativos e qualitativos da aplicação da justiça restaurativa no circuito nacional. À baila do que foi demonstrado no item antecessor deste capítulo, o atual estudo, que levantou dados de práticas restaurativas entre os anos de 2005 e 2017 e objetivou compreender a concepção, as finalidades e a vinculação da justiça restaurativa ao sistema de justiça tradicional, demonstrou o que anteriormente já foi destacado: o domínio e o protagonismo do Poder Judiciário e o não desprendimento das práticas restaurativas da justiça criminal vigente no país⁴¹⁴, o que eclode na conclusão de que: para que os direitos fundamentais sejam de maneira fática garantidos por meio da justiça restaurativa, as lentes devem ser alteradas, procurando na 'alternatividade' a razão de ser da justiça restaurativa, impedindo que, da sua possível corporificação no ambiente jurídico criminal, com a institucionalização das práticas ou a inserção das mesmas no Código de Processo Penal, inexista caducidade e frívola função aos mecanismos de restauração no Brasil.

Com a confirmação, pelo supramencionado relatório do CNJ, do protagonismo exercido pelo Poder Judiciário, seus atores e órgãos conexos – juízes, desembargadores, Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, Conselho Nacional de Justiça – em contexto nacional, deve-se adicionar o adjetivo 'personalizado': trata-se de um protagonismo

⁴¹⁴ BRASIL. **Relatório Analítico Propositivo**: Direitos e Garantias Fundamentais – Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário, Brasília: CNJ, 2018, p. 31.

personalizado⁴¹⁵, porque liderado, sobretudo, por pessoas e equipes específicas que buscam e têm dependido, em grande escala, a própria sustentabilidade dos programas, ambicionando a retomada dos preceitos trazidos no Título II da Constituição de 1988, quais sejam: os direitos e garantias fundamentais, querendo alcançar resultados com a aplicação da restauração pela punição não violenta e na solução pacífica dos conflitos.

Entretanto, há resistências substanciais à aplicação de práticas restaurativas no ambiente jurídico – as quais são largamente destacadas no Relatório Analítico como sendo recorrente entre os membros do Ministério Público – e, considerando sua capacidade de obstaculizar sucessões e até mesmo de inviabilizar a manutenção de programas de restauração, tal antagonismo estabelece a outra face da personalização com impacto na sua sustentabilidade. Sustentabilidade que desponta em campo como uma das inquietações mais constantes e generalizadas dos restaurativistas, que apresentam uma clara consciência a respeito da importância da alteração da atuação dos programas de justiça restaurativa no Brasil, para evidenciar a necessidade da retomada à salvaguarda dos preceitos constitucionais⁴¹⁶.

Em se tratando de contextualização, o protagonismo do Judiciário em matéria restaurativa não está só, uma vez que aponta para uma face do protagonismo judicial que está inscrito no movimento mais amplo denominado “ativismo” judicial, cuja base é, por sua vez, a politização do Judiciário, no contexto de crise de legitimidade do Estado e do poder punitivo e disciplinar e de crise estrutural do capitalismo⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Sobre a questão consta no documento do CNJ que: “Ouviu-se, em campo, por parte dos juízes, que o trabalho ainda é artesanal, que se encontra em fase de aprendizagem, mas, ao mesmo tempo, por parte de outros, que existe um longo acúmulo de conhecimento e experiência produzidos, que tem despertado interesse nacional e internacional (incluindo visitas aos programas) e que há uma generalizada percepção, para além dos limites da quantificação estatística adequada, de um impacto muito positivo na vida das pessoas, instituições e comunidades que vivenciam o corredor do restaurativismo, conseguindo, de forma eficaz a defesa dos direitos e garantias fundamentais” (BRASIL. **Relatório Analítico Propositivo: Direitos e Garantias Fundamentais – Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário**, Brasília: CNJ, 2018, p. 153).

⁴¹⁶ BRASIL. **Relatório Analítico Propositivo: Direitos e Garantias Fundamentais – Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário**, Brasília: CNJ, 2018, p. 154.

⁴¹⁷ MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas**. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, Coleção Pensamento Criminológico, n. 18, 2012, p. 45.

A justiça restaurativa, a partir dos apontamentos práticos e dados doutrinários, ganhou novos desenhos ao adentrar no contexto brasileiro. Ainda que sexagenária, no Brasil a justiça restaurativa, ainda é bastante jovem, ganhando maior ênfase a partir dos anos 2000. Sendo assim, tentar analisá-la de forma unitária, ou seja, sem estar atrelada ao Poder Judiciário, não representa o melhor caminho para que as garantias constitucionais sejam enfatizadas pelos programas de restauração em vigência no país. A fortaleza do Poder Judiciário sobre o direito criminal tem raízes de sequoia, quer dizer, estão absolutamente cravadas no sistema judicial e tentar derrubar abruptamente uma árvore tão bem enraizada – ainda que distante de ser considerada ideal – é sinônimo de fazer com que um novo broto – a justiça restaurativa – o qual ainda não tem consistência suficiente, seja absolutamente liquidado. Por esta razão optou-se por perspectivar o estudo da justiça restaurativa no Brasil, com o objetivo de visualizar os direitos fundamentais renascendo em um sistema restaurativo atrelado ao Poder Judiciário – ainda que não seja sublime.

Dessa premissa, o relatório traz que a compreensão da justiça restaurativa como meio garantidor dos direitos fundamentais é necessária e central, em especial pelo liame com o Poder Judiciário, o que faz com que os programas tenham caráter que extrapolam o social, mas que têm contornos políticos. Ainda, compreende-se que, embora o campo da justiça restaurativa se apresente com um discurso inscrito na seara ética-valorativa-principiológica, do humanismo, da valorização dos direitos fundamentais e do pacifismo universalistas, é essencial não descentralizar seu horizonte, uma vez que, tratando-se está, de forma efetiva, de uma rediscussão sobre um ‘novo’⁴¹⁸ ideal de justiça e da forma de reação a condutas, logo, de um debate sobre poder, controle social, emancipação e dominação⁴¹⁹.

No protagonismo do processo restaurativo, o que está em jogo, para o Judiciário, não é apenas a procura de uma ‘outra justiça’, mas de uma maneira de fazer justiça mais legítima e exigente, ao tempo em que a redistribuição do

⁴¹⁸ Destaca-se o vocábulo ‘novo’, pelo fato de que, como já foi ora discutido em outros momentos, inexistente tal meio de justiça inédito, porém com traços dissemelhantes do usual, o que faz parecer ser algo insólito, porém que, visualizado no horizonte prático, percebe-se que carrega diversos traços de outros preceitos jurídicos na solução de conflitos.

⁴¹⁹ BRASIL. **Relatório Analítico Propositivo**: Direitos e Garantias Fundamentais – Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário, Brasília: CNJ, 2018, p. 154.

poder de fazer justiça está, até o momento, institucionalizada e monopolizada pelo poder público. Durante a pesquisa para a elaboração do diagnóstico de análise do CNJ, o que logrou atenção foram as diversas explicações – durante uma fase que englobou entrevistas com os operadores de programas de restauração e integrantes das entidades públicas – em relação à superação de “um modelo de poder ‘sobre o outro’ para construir um modelo de ‘poder com o outro’”⁴²⁰. Desta forma, os resultados e particularidades extraídos do relatório enfatizam a necessidade de um elemento que até o momento está limitado nas práticas de restauração: a participação e o empoderamento, os quais são prezados pelo restaurativismo e que são elementos que o diversificam para defesa dos direitos fundamentais.

Ademais, a justiça restaurativa tem um valor em si, e sua proporção lúdica de legitimidade direta são as partes – vítima, ofensor e comunidade – as quais, conforme destacado em sessão antecessora neste capítulo, não estão desempenhando seu papel com esmero pela condução inadequada dos programas de justiça restaurativa e, principalmente, pela atuação caduca do Poder Judiciário. Na justiça restaurativa a vivência deve ser dos envolvidos no conflito, cumprindo o papel de centralidade no processo de restauração e fazendo respeitar e glorificar o Texto Maior do ordenamento jurídico brasileiro. Com a justiça restaurativa deve-se “operar o trânsito do acesso à justiça estatal à vivência da justiça”⁴²¹. Por tal razão, a atuação simétrica das partes ganha espaço de destaque. Caso propósitos regulatórios se justapõem às necessidades e às responsabilidades das partes, estará ocorrendo um desencaminho do leito, no que concerna à sua instrumentalização ou funcionalização para finalidades sistêmicas, em detrimento dos objetivos do poder público⁴²².

Porém, com os resultados trazidos no Relatório do CNJ de 2018, é possível capturar que, no transcorrer da pesquisa, esse protagonismo tem resultado em acúmulo e não redistribuição de poder – com as vítimas, os ofensores e a comunidade – nas mãos do Judiciário, uma vez que, “ele não

⁴²⁰ BRASIL. **Relatório Analítico Propositivo**: Direitos e Garantias Fundamentais – Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário, Brasília: CNJ, 2018, p. 154.

⁴²¹ Idem.

⁴²² Ibidem, p. 155.

apenas tem implantado a justiça restaurativa, mas ocupado um lugar hegemônico da própria construção do(s) sentido(s) do restaurativismo”, em além disso, tem lecionado em relação aos rumos da justiça restaurativa, seja “legislando, estimulando a produção e reprodução de conhecimento, formando, modelando e monopolizando o conteúdo das decisões”, carimbando seu autoritarismo por meio dos operadores públicos e de sua institucionalidade. “Constatou-se que o Judiciário não é apenas um executor nem implantador, mas construtor da grande artesanaria que é o campo da justiça restaurativa no Brasil”⁴²³.

Destarte, uma das implicações não desejadas, no transcorrer da implantação à institucionalização, não obstativo o impulso normativo e prático da justiça restaurativa no Brasil para introduzir as partes e a comunidade, “pode estar sendo a perda da própria pedra de toque democrática da justiça restaurativa, a saber, a ‘participação’”⁴²⁴. Quando se salienta a participação, quer-se dizer a “participação da totalidade das partes no encontro”, uma vez que, conforme anteriormente sublinhado, a realidade da justiça restaurativa no Brasil é caduca, edificada nas bases da justiça criminal tradicional e que não respeita seu preceito básico, que se dá pela participação das partes no conflito penal, com a finalidade de buscar uma solução pacífica à conflagração e mudar os contornos que impedem a efetivação dos direitos fundamentais, os quais são largamente descumpridos pelo modelo em vigência no país. Caso a aurora da não participação seja mantida, como nos atuais programas de justiça restaurativa, não se resgata o “confisco das vítimas”⁴²⁵ produzido pelo poder punitivo do Estado e sua justiça estatal, e “corre-se o risco de perder, nas práticas, o núcleo definatório da justiça restaurativa e a referência da responsabilidade (de ofensores, comunidades, redes de apoio), que são precisamente os danos provocados”⁴²⁶.

⁴²³ Todos em: BRASIL. **Relatório Analítico Propositivo: Direitos e Garantias Fundamentais – Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário**, Brasília: CNJ, 2018, p. 154 – 155.

⁴²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 336.

⁴²⁵ CHRISTIE, Nils. Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, [S.l.], v. 17. n. 1. p. 1-15, Jan. 1977, p. 10.

⁴²⁶ Todos em: BRASIL. **Relatório Analítico Propositivo: Direitos e Garantias Fundamentais – Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário**, Brasília: CNJ, 2018, p. 155.

No que concerne à participação da comunidade, ela pode tanto se fazer sentir na base da edificação da restauração, quanto como presença nas práticas, contemplando os pilares da justiça restaurativa para o diálogo participativo democrático, que ampliam a guarda e observância dos direitos fundamentais⁴²⁷.

Ainda, práticas unilaterais que são realizadas apenas com a presença dos ofensores perdem a direção para a recomposição dos relacionamentos quebrados, das reconexões que criam vínculos e concorrem para impossibilitar novos rompimentos – mencionam-se, aqui, crimes ou infrações, por exemplo. Outrossim, quando facilitadores não têm a adequada capacitação e compreensão sobre a restauração e guiam o processo sem alguma das partes, sobrepuja a possibilidade da ocorrência de intervenção direta diante do caso. “O risco é o de que uma intervenção moralizadora/disciplinadora sobre as partes, notadamente sobre o ofensor, tome o assente de intervenção criminalizadora, estendendo um controle interveniente de tipo correccionalista para o centro da justiça restaurativa”⁴²⁸. Um controle social com essa natureza se superpõe à evolução da autonomia das partes e roga cada vez mais controle, sendo utópico, conforme demonstrado na utilização da justiça restaurativa em sessão anterior, em termos de pacificação social.

Na análise do CNJ é possível visualizar que, em especial no campo da Justiça e das escolas, que a extensão do controle, “seja na forma de disciplinamento ou de moralização (substituindo a criminalização) para o cenário das práticas restaurativas, não pareça ser a regra, ela foi percebida em campo”⁴²⁹, o que cria oportunidade para a violação do “princípio da não dominação”, enunciado por BRAITHWAITE⁴³⁰ para a prognose de estremecimento de poder entre as partes.

⁴²⁷ Na pesquisa desenvolvida pelo CNJ é possível identificar que os municípios que demonstraram a maior participação da comunidade, inclusive na construção dos programas de justiça restaurativa, para além da contribuição de um voluntariado atuando na facilitação das práticas, foram os de Laranjal Paulista, Tatuí, Santos e Caxias do Sul (Todos em: BRASIL. **Relatório Analítico Propositivo**: Direitos e Garantias Fundamentais – Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário, Brasília: CNJ, 2018, p. 155).

⁴²⁸ MUMME, Monica. Justiça Restaurativa: um caminho de valor social que acontece no coletivo. In: PELIZZOLI, Marcelo Luiz (Org.). **Justiça Restaurativa**: caminhos da pacificação social. Caxias do Sul: Educs; Recife: UFPE. 2016. p. 87.

⁴²⁹ BRASIL. **Relatório Analítico Propositivo**: Direitos e Garantias Fundamentais – Pilotando a Justiça Restaurativa: O papel do Poder Judiciário, Brasília: CNJ, 2018, p. 156.

⁴³⁰ BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 112.

Também, assevera o autor que “os processos da justiça restaurativa devem evitar a dominação e minimizar o desequilíbrio de poder”⁴³¹. Desta forma, qualquer tentativa dos envolvidos numa prática restaurativa em comandar o outro deve ser impedida. E, da existência de risco de desequilíbrio de poder, deve ser realizada atividade de preparação que antecede a prática e que está presente durante a realização do processo restaurativo, afim de preservar a estabilidade e os fins a que se propõe, em especial com o destaque à defesa dos direitos fundamentais⁴³².

Por meio de um olhar que vai nesse caminho, PALLAMOLLA⁴³³, ao proclamar o “déficit democrático e a não efetivação dos direitos fundamentais da justiça restaurativa judicial” indica que o estado das práticas “ao invés de realmente abrir espaços de diálogo entre os envolvidos nos conflitos, têm servido como momentos de disciplinamento e controle”, afastando-se de seus fins e tornando-se um importante afluente da justiça criminal tradicional, baseada no correccionalismo e na ausência de zelo à Constituição de 1988.

Portanto, o exacerbado punitivismo e a não participação das partes nas práticas de restauração surgem como resolutivo obstáculo epistemológico a superar⁴³⁴, também para a democratização e garantia dos direitos fundamentais por meio da justiça restaurativa.

Diante desses apontamentos é artificiosa a percepção de que a justiça restaurativa brasileira parece estar vinculada não só a um discurso de paz, conforme previamente mencionado, mas, da mesma forma, a um discurso, de certa medida, messiânico, ou seja, digno de uma confiança desmedida e vã. Frente a essas exposições, rico frisar que a pretensão das críticas não é transformar pedra em pão, numa tentativa de colocar a justiça restaurativa em um pedestal e fazer com que ela, de forma imediata, desprenda-se do tradicional modelo de justiça vigente no Brasil, mas a pretensão é procurar um

⁴³¹ Ibidem, p. 128.

⁴³² ROSEMBLAT, Fernanda Fonseca. Pesquisa em Justiça Restaurativa. In: PELIZZOLI, Marcelo (Org.). **Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social**. Caxias do Sul: EducS; Recife: UFPE. 2016. p.113.

⁴³³ PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário: permanências e inovações no campo da administração de conflitos**. 286 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 270.

⁴³⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

aprofundamento da reflexão sobre possíveis problemas da justiça restaurativa, para apresentar argumentos que sejam sólidos para resistir à consolidação de um modelo de justiça restaurativa pouco democrático e que ignora os direitos fundamentais. Deste modo, é preciso construir uma justiça restaurativa que inove de forma positiva no âmbito da administração dos conflitos e “não seja um instrumento de continuidade de velhas lógicas e práticas”⁴³⁵. Para isto, depreende-se fundamental ampliar os espaços de diálogo para a garantia dos direitos fundamentais através da justiça restaurativa no Brasil, fazendo com que, especialmente, o Poder Judiciário se abra à comunicação.

Dito isso depreende-se que a justiça restaurativa, majoritariamente, está sendo aplicada de forma incorreta no país e necessita de caminhos para a aplicação eficaz, buscando a garantia da efetividade dos direitos fundamentais. Porém, quais seriam esses direitos? E, ademais, de que maneira são compreendidos constitucionalmente tais direitos e como se efetivam no ordenamento jurídico?

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz, em seu Título II os Direitos e Garantias Fundamentais e da leitura da Carta Magna podem ser extraídos alguns desses direitos que estão intimamente relacionados com a seara criminal. Para compreender o argumento de que, por meio de práticas restaurativas é possível efetivar os direitos fundamentais, inicialmente é necessário compreender a concepção desses direitos. É o que se passa analisar.

Quando se fala em direitos fundamentais alguns vocábulos logo vêm à mente, em especial a geral percepção de que no Brasil tais direitos são, com destaque à esfera criminal, suprimidos pelo desinteresse do Poder Judiciário em garantir que tais preceitos magnos sejam efetivamente cumpridos. Logo, a razão de ordem dos direitos constitucionais existe, previamente, atrelada à indignação para as restrições aos direitos fundamentais⁴³⁶, mas, sem que se estabeleça uma ideia, ainda que genérica de direitos fundamentais, a necessidade de fazê-

⁴³⁵ PALLAMOLLA, Raffaella de Porciuncula. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário**: permanências e inovações no campo da administração de conflitos. 286 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2017, p. 272.

⁴³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 47.

la é indispensável para a compreensão de como os modelos de justiça podem ser capazes de efetivar tais direitos.

Deste modo, faz-se necessário destacar as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, com o propósito de averiguar até que ponto o conteúdo das normas jusfundamentais correspondentes pode estipular as ações do Estado.

Segundo OLSEN⁴³⁷, na perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais requerem o poder de seu “titular exigir judicialmente a conduta estatal prevista na norma”. Por meio da teoria dos princípios, grande parte dos direitos fundamentais, por pressuposição, outorgam concepções jurídicas subjetivas, que poderão se tornar definitivas a partir do processo de ponderação. Tal metodologia de ponderação abrangerá “todo o tipo de direito, interesse ou princípio contrário, e mesmo restrições não normativas”. No campo dos direitos fundamentais sociais há também os que “se aproximam da modalidade normativa das regras, de modo que as posições subjetivas por eles instituídas devem ser reconhecidas como definitivas – a não ser que esteja presente alguma restrição à sua eficácia, como, por exemplo, a reserva do possível”.

Sem detença, a perspectiva objetiva vincula os direitos fundamentais com o núcleo axiológico da Constituição, referenciando aos preceitos considerados essenciais pela sociedade. Todas as vezes que esses direitos forem omitidos pelos poderes públicos, “os valores que eles representam serão violados”, o que pode reproduzir uma noção de justiça negativa na sociedade, o que, conforme destaca OLSEN podem “desencadear desde protestos públicos até ações judiciais em massa”. Para além do quadro axiológico, não se deixa de destacar “a eficácia dirigente de uma Constituição que preveja estes direitos, a qual vincula a atuação dos poderes públicos no sentido de determinar não só respeito a esses direitos, como também sua promoção”⁴³⁸, por meio da elaboração de arcabouços institucionais e técnicas primordiais à sua concretização.

Anotação importante é a percepção de uma dimensão hermenêutica dos direitos fundamentais, suscitada pela ordem objetiva, pela qual “toda norma deve ser interpretada a partir do prisma substantivo destes direitos”. Desta maneira,

⁴³⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1 ed (ano 2008). 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 247.

⁴³⁸ Ibidem, p. 247 – 248.

uma norma que esteja vinculada com a cátedra dos direitos fundamentais, mesmo que infraconstitucional, deverá ser entendida na percepção que lhes conceder maior efetividade praticável. “Por outro lado, se norma ou ato administrativo for contrário ao conteúdo jusfundamental, a filtragem constitucional, relacionada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, também produz efeito de cobri-lo nulidade”⁴³⁹.

Vale lembrar a eficácia protetora que os direitos fundamentais emanam a partir de sua dimensão objetiva, no sentido de que incumbe ao Estado não apenas deixar de interferir negativamente na realização dos direitos fundamentais, não só adotar políticas públicas voltadas para a sua realização, mas, ainda, proteger o seu exercício, seja reprimindo atuação de particulares que causam empecilhos à realização destes direitos, seja controlando a atuação do próprio Estado⁴⁴⁰.

Em linhas gerais, independente do que se deva compreender por direito fundamental em sentido material e qual seja o conteúdo material que se considere mais ajustado à ordem constitucional, o objetivo é observar a concepção dos direitos fundamentais e suas restrições para que, em próxima sessão, possa-se compreender como se mecanismos vinculados com a justiça restaurativa são capazes de atender aos direitos fundamentais individuais e sociais trazidos na Constituição de 1988.

Em que pese, a designação ‘direitos fundamentais’, até aqui e que em oportunidade serão citados, compreende a uma maneira relativamente indiferenciada, atendendo, nessa designação, toda a multiplicidade de posições subjetivas e de valores e efeitos objetivos que são possíveis enaltecer sob essa referência. A atenção está centrada, unicamente, nos direitos jusfundamentalmente protegidos por normas constitucionais, tais quais, direitos e garantias⁴⁴¹.

⁴³⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1 ed (ano 2008). 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 248.

⁴⁴⁰ Idem.

⁴⁴¹ Cabe aqui a posição de NOVAIS em relação à nomenclatura ‘direitos fundamentais’, o qual ensina: “A utilização indiferenciada da expressão direitos fundamentais pressupõe a consciência, que aqui se dá como adquirida, de que sob uma tal designação se abrigam posições, situações, faculdades, competências, deveres e obrigações muito diversificadas” (NOVAIS, Jorge Reis. **As**

Neste transcorrer constitucional é importante indicar um aporte em relação às normas de direitos fundamentais: para todas as normas constitucionais, há a imposição do Estado ou às entidades públicas – enquanto destinatários primários dos direitos fundamentais – de “particulares deveres jurídicos de fazer, de não fazer ou se suportar, de todas as normas de direitos fundamentais resultam para os particulares, enquanto titulares de direitos fundamentais”⁴⁴². Ademais, através da força de sua consagração constitucional ou a sua importância, quer indicadas obrigações estatais quer as situações individuais de vantagem, são excluídas da disponibilidade das maiorias políticas conjunturais: “tanto o legislador ordinário, quanto, embora já num outro plano, do próprio legislador constitucional”⁴⁴³. Assim, extrai-se das lições de NOVAIS que

independente da formulação constitucional encontrada, todas as normas de direitos fundamentais são reconduzíveis a uma estrutura típica cujo conteúdo consiste na imposição ao Estado de obrigações ou deveres de que, direta ou indiretamente, resultam para os particulares posições de vantagem juridicamente tuteladas, ou seja, os direitos fundamentais⁴⁴⁴.

Sendo que as obrigações jurídicas que ocasionam para o Estado e as entidades públicas por meio de uma norma de direito fundamental podem ser deveres de fazer, deveres de não fazer ou deveres de suportar, da mesma maneira as convicções jurídicas dos possuidores dos direitos fundamentais relativamente ao bem jurídico protegido podem assumir uma natureza diversificada: podem ser faculdades de fazer ou de não fazer, pretensões e prestações ou, além disso, poderes ou competências de conformar uma dada situação jurídica. De outro diapasão, para efetivar a posição jurídica do detentor do direito fundamental otimizam-se, iminentemente, com início nas normas de direito fundamental, “pretensões instrumentais de garantia individual

restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 49).

⁴⁴² Ibidem, p. 54.

⁴⁴³ Idem.

⁴⁴⁴ Idem.

relativamente ao Estado”⁴⁴⁵, posicionamento que segue o exposto por ALEXY⁴⁴⁶, que designa pretensão a algo e que, ignorando o elo instrumental que as faz emanar, se podem caracterizar de forma autônoma “como posições jurídicas subjetivas da vantagem relativa a um bem jusfundamentalmente protegido, ou seja, se podem configurar como direitos fundamentais”⁴⁴⁷.

O direito fundamental, como um todo, quando perspectivado do ponto de vista dos titulares do direito, é um conjunto de posições de vantagens juridicamente tuteladas susceptíveis de referência ao mesmo direito fundamental – ou à mesma norma de direito fundamental; mas é também quando se tem em conta a intervenção do Estado, a contrapartida do conjunto de deveres e obrigações estatais que resultam da imposição constitucional da norma de direito fundamental. Por sua vez, (...) é possível considerar o direito à vida como um todo ou, diversamente, considerar apenas uma das posições que o integram – por exemplo, a garantia constitucional de proibição da pena de morte – enquanto direito fundamental⁴⁴⁸.

Ainda nesta seara, há possibilidade de ponderar individualmente as posições anteriormente colocadas nas perspectivas objetiva e subjetiva. Diante do entendimento objetivo percebe-se estar atrelada por meio da sua titularidade abstrata pela agregação dos indivíduos titulares dos direitos fundamentais; da perspectiva subjetiva, através da situação jurídica em que se encontra um possuidor efetivo do direito fundamental em um determinado contexto concreto e individual⁴⁴⁹.

Para NOVAIS, a vantajosa posição ocupada pelos particulares, as quais advém de imposições que a norma de direito fundamental estabelece ao Estado,

⁴⁴⁵ Ibidem, p. 57.

⁴⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 171.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 224.

⁴⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 55. Ver também que este conjunto de deveres e obrigações objetivos do Estado, resultantes das normas de direitos fundamentais ou respectivos dos direitos fundamentais, não se confunde, obviamente, com o conceito constitucional de “deveres fundamentais”. Sobre essa diferença, cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 526.

⁴⁴⁹ CASTRO. Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação Constitucional e Prestação Jurisdicional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 77.

faz com que os direitos fundamentais sejam válidos juridicamente para planos díspares e demarcados de vida onde garantem uma guarida variável e primariamente fixada pelo denominado “âmbito de proteção do direito fundamental”. Nesse âmbito os direitos fundamentais concedem uma essência de tutoria multifuncional que se desenvolve diante de duas dimensões: objetiva e subjetiva. Na perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais possibilitam aos particulares haveres juridicamente vigorosos de “ação, comportamento, pretensão ou competência” que, de forma genérica, podem ser qualificados pelo uso ou exercício de direito fundamental. Por fim, nos casos que oferecem ameaça ou lesão das posições de vantagem individual que os constituem, os direitos fundamentais garantem aos seus titulares meios de proteção que lhes proporcionam reivindicar ao Estado a efetivação dos deveres que lhes são exigidos pela norma de direito fundamental, ou seja, fornecem uma “garantia subjetiva de direito fundamental”⁴⁵⁰.

Deste modo, existem duas variáveis que são cabíveis à garantia jusfundamental e cujos limites são: “uma dimensão objetiva, que resulta essencialmente na garantia de deveres jurídicos objetivos ao Estado e uma dimensão subjetiva, que resulta na garantia jurídica (...) de uma posição de vantagem individual na fruição dos bens protegidos [pelos] direitos fundamentais”⁴⁵¹, concebendo uma e outra dimensões, por meio da glorificação ou acolhida constitucional do direito fundamental, direito vinculante de todo o poder público.

Feitos tais apontamentos, cabe informar que, diante do cenário de justiça criminal, portanto, em conjunto à teoria dos direitos fundamentais, pode-se extrair que o Estado⁴⁵² não cumpre com seu papel de garantidor da efetividade dos direitos fundamentais trazidos na Constituição. Logo, para além das funções genéricas de apelo e legitimação de uma atuação do Estado, a relevância jurídica dos direitos fundamentais – em especial na dimensão objetiva – manifesta-se ainda na dedução de deveres concretos de atuação estatal,

⁴⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 56.

⁴⁵¹ Ibidem, p. 57.

⁴⁵² Neste diapasão contemplam o Estado todos os órgãos e pessoas que estão vinculados com o poder público, os quais devem garantir a efetividade dos direitos e garantias fundamentais

designadamente por força do encargo constitucional de proteção dos direitos fundamentais.

Da anexação comunitária dos direitos fundamentais advém a obrigação do Estado proteger pela integridade dos bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais, não apenas diante de entidades públicas, mas também em relação às agressões ou ameaças advindas de outros particulares, ainda quando estes baseiam seu comportamento na titularidade dos direitos fundamentais⁴⁵³.

Entende-se que o Estado está compelido, nomeadamente por meio da mediação do legislador ordinário, mas, da mesma forma, em caso de omissão deste, através da atuação autônoma do poder judicial e da Administração⁴⁵⁴, para uma atuação normativa, judicial ou fática que tenha contornos tendenciosos à garantia dos elementos protegidos pelos direitos fundamentais e também contra as agressões que não estão no âmbito estatal, ou seja, contra a interferência de terceiros ou contra eventualidades naturais ou ameaças sociais.

[A] obrigação geral de proteção é uma consequência primária da atribuição ao Estado do monopólio da utilização da força que garante a existência da sociedade enquanto ordem de paz, onde a autodefesa dos particulares é, em princípio, vedada, donde decorre que, em contrapartida, o Estado que reivindica esse monopólio tem que garantir a proteção dos seus cidadãos contra agressões ou ameaças de terceiros. Ela fundamenta-se juridicamente, no que se refere ao dever de proteção dos bens jusfundamentais, não apenas na vinculação geral de todos os órgãos estatais pelos direitos fundamentais (...), mas também na dimensão jurídico-objetiva autônoma de cada disposição de direito fundamental e nos deveres constitucionais explícitos ou implícitos que dela decorrem⁴⁵⁵.

⁴⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 67.

⁴⁵⁴ Percebe-se que no caso da Administração, uma atuação desenvolvida na seara da realização deste dever de proteção dos direitos fundamentais contra terceiros, mas que simultaneamente envolva a restrição dos mesmos ou outros direitos fundamentais desses outros particulares, suscita a questão da necessidade de observância das garantias típicas de Estado de Direito, designadamente o princípio da legalidade, e remete a controvérsia em relação ao alcance da subordinação da Administração à lei no domínio das restrições de direitos fundamentais. Ver em: SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 100 – 101.

⁴⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 88 – 89.

Afirma-se, portanto, que a obrigação de proteção se traduz numa obrigação abrangente do Estado conformar a sua ordem jurídica de tal maneira que nela e por meio dela os direitos fundamentais encontrem-se garantidos. Em mesmo vértice, destaca BÖCKENFÖRDE⁴⁵⁶ que o poder de proteção tem a capacidade de constituir o cerne do conceito da dimensão jurídica-objetiva dos direitos fundamentais.

Desta forma, escolher ‘como’ e ‘quando’ deve agir para a garantia dos direitos fundamentais é um encargo do Estado, em especial, do legislador ordinário; logo, mesmo que não ache-se em causa a integridade juridicamente vinculativa do dever, há uma atenuação da devida consistência. Portanto, saber se a proteção estatal deve ser medida por análogas normas do Direito Penal⁴⁵⁷ depende da apreciação articulada da importância constitucional alusiva do “bem de proteção, da iminência ou grau de probabilidade do ataque ou da gravidade da ameaça que sobre ele impede (...) e das consequências restritivas que a medida de proteção produz nas esferas da autonomia privada dos afetados”⁴⁵⁸ que, ao que pese, ocupa-se de uma deliberação congruente a ser decidida substancialmente por meio da avaliação do legislador⁴⁵⁹.

Por meio da Constituição é possível deduzir a comparência do dever de proteção, mas a sua configuração prática concreta deve ser fundamentalmente

⁴⁵⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Grundrechte als Grundsatznormen**. 2 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1981, p. 12.

⁴⁵⁷ Comentando e desenvolvendo a decisão de 1975 do Tribunal Constitucional Alemão sobre o aborto (BVerfGE 39, I, pp. 45), ver BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Grundrechte als Grundsatznormen**. 2 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1981, p. 80.

⁴⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 90.

⁴⁵⁹ “A delicadeza da escolha a ser feita por ele [legislador] é tanto mas problemática quanto ela [decisão], em geral, implica ou determina, nomeadamente quando se traduz no recurso das medidas penais, a restrição de direitos fundamentais de outros particulares, pelo que o dever de proteção da liberdade de uns facilmente se transmuda em fundamento de restrição da liberdade de outros; daí o déficit de justificação de uma condescendência de partida para uma atividade estatal, em princípio ‘amiga’ dos direitos fundamentais, mas potencialmente mutável em intervenção legislativa restritiva” (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 98). Neste aspecto interessante a leitura da veemente crítica que mereceu a decisão do Tribunal Constitucional Alemão em 1975 sobre o aborto por parte dos juizes vencidos, que viam aí uma inversão inadmissível da função dos direitos fundamentais, já que se recorria à sua dimensão jurídico-objetiva para fundamentar uma agressão, de outra forma ilegítima, contra esses mesmos direitos, pelo que, de critérios de verificação do preenchimento dos pressupostos sob os quais o Estado podia penalizar, os direitos fundamentais se viram transformados em critérios determinadores da obrigação estatal de penalizar (cf. BVerfGE, 39, p. 68 ss e 73).

preterida, em primeiro lugar, ao obséquio de deliberação e prerrogativa de contemplação do legislador.

Assim, deve-se ponderar a substancial abertura de conformação de que o legislador dispõe e a ínfima consistência de controle que o Poder Judiciário pode exercer, “as prestações ou direitos subjetivos à proteção, a existirem, constituiriam sempre direitos fundamentais sob uma verdadeira reserva do politicamente adequado ou oportuno”⁴⁶⁰.

O que percebe-se é que não se vê neste mérito a relação entre o cidadão e o Estado, mas uma relação tripolar entre o cidadão, o Estado e terceiros, estando perante uma questão pluridimensional, no sentido de que o Estado está obrigado a reflexionar sobre dissemelhantes interesses. Desta forma, quando a displicência do Estado é clarividente inconstitucional, sempre que há uma “multiplicidade de alternativas de ações de proteção há necessidade de proceder a ponderações complexas entre medidas de natureza e consequências”, em especial quando estão em causa parâmetros de proteção configuráveis como restrições de direitos fundamentais. É verdadeiro que uma performance restritiva violadora de direito fundamental pode ter, da mesma maneira, uma “multiplicidade de comportamentos alternativos, mas, entre estes, há pelo menos sempre um [que determina uma susceptível forma] de ser imediatamente deduzido da decisão judicial de inconstitucionalidade e que é, precisamente, a omissão do comportamento lesivo”⁴⁶¹. Longe disso, quando está diante de uma causa de inconstitucionalidade de uma omissão estatal, a sua eventual verificação judicial não admite definir, intrinsecamente, a seleção da diligência cabível.

Deste modo, sem fazer exclusão da viabilidade de averiguação de direitos ou pretensões subjetivas a proteção – uma vez que há possibilidade de determinar, por meio da norma de direito fundamental, o *como* da satisfação do dever estatal de proteção ou, da averiguação de todos os fatores juridicamente relevantes da situação, resulta a determinação concreta das medidas estatais aptas a garantir a proteção efetiva do bem jurídico – é capaz de se afirmar que

⁴⁶⁰ NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven & London: Yale University, s.d, p. 198 – 199.

⁴⁶¹ Todos em: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 94.

a única pretensão subjetiva geral *prima facie* imperiosamente subsistente é a de que a conjuntura de conformação ou de discricionariedade de que o poder estatal sistematiza neste domínio seja acertadamente empreendida, na coerência de que as ações tomadas pelos poderes públicos, responsáveis pelo dever de proteção, não sejam completamente inaptas ou exíguas. Aparenta, deste modo, ser mais conveniente “fundamentar o dever de proteção”, em especial no que tange à dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais⁴⁶².

Dito isso, SARLET⁴⁶³ destaca que na maior parte dos conflitos de natureza jurídico-criminais levados ao Poder Judiciário – pretendendo que o “Estado incumbe um dever de proteção dos direitos fundamentais e de que sua atuação deverá observar as exigências tanto da proibição de excesso quanto da insuficiência” – há preferências tomadas pelos órgãos jurisdicionais na aplicação dos direitos fundamentais⁴⁶⁴: não se pode generalizar que todos os componentes do Poder Judiciário não cumprem com a efetivação dos direitos fundamentais, porém, por meio de uma análise global, não é distante a ineficiência da percepção de que o Poder Judiciário é o acionista majoritário – senão único – das interferências, ampliações e decisões em relação ao cenário criminal e que descumpra seu papel de proteção aos direitos jusfundamentais, devendo abrir-se ao diálogo, com a finalidade de fazer renascer o império da guarda à Constituição de 1988.

Sendo assim, nada mais bastaria senão buscar alternativas eficazes de proteção aos direitos fundamentais que podem ser ofertadas ao direito penal⁴⁶⁵ e, neste diapasão, destacam-se as práticas e recursos restaurativos, com olhos às exigências do Estado Democrático de Direito o qual está comprometido com a promoção dos direitos fundamentais de todas as dimensões e que, sem meios

⁴⁶² CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O poder político do Poder Judiciário, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 38, jan./mar. 2002, p. 294.

⁴⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza: Unichristus, v. 4, n. 7, 2006, p. 182.

⁴⁶⁴ A análise minuciosa de como os Tribunais têm de posicionado frente aos casos penais não faz parte da análise deste trabalho, porém para uma averiguação aprofundada deste tema, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza: Unichristus, v. 4, n. 7, 2006, p. 160 – 209.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 189.

alternativos, tem empreendido um sistema de “máxima intervenção na esfera penal”⁴⁶⁶.

Finalmente, para que seja eficiente na promoção dos direitos fundamentais, a justiça restaurativa deve agir dentro dos limites necessários à consecução dos fins essenciais do Estado Democrático de Direito⁴⁶⁷, perante o qual deve proteger e promover a dignidade da pessoa humana de todos os cidadãos, bem como viabilizar respostas coerentes à esfera jurídico-penal, do contrário prevalecerá o “reinado na intolerância”⁴⁶⁸, o que definitivamente não se pretende com as práticas restaurativas, as quais buscam uma solução pacífica dos conflitos.

Oportunidade, neste instante, de seguir com a apreciação das medidas restaurativas como elemento de concretização do Estado Democrático de Direito, conseqüentemente, dos direitos fundamentais e da demonstração prática de efetivação destes direitos.

3.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A PROMOÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: MEIOS PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os olhos da justiça restaurativa, para que possam se efetivar de forma adequada e gerar resultados importantes diante do ordenamento jurídico brasileiro, devem estar voltados, como anteriormente mencionado, ao respeito diante do Estado Democrático de Direito com proeminência do valor da dignidade da pessoa humana para a promoção dos direitos fundamentais.

Em face disto inicia-se enfatizando que dignidade da pessoa humana⁴⁶⁹ consolida-se como valor basilar do Estado Democrático de Direito. Para

⁴⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza: Unichristus, v. 4, n. 7, 2006, p. 191.

⁴⁶⁷ Indica-se que pretende-se um uma ideia de “Estado essencial, nem mínimo nem máximo, mas necessário à realização dos seus fins ancorados na Constituição”, cf. FREITAS, Juarez. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31.

⁴⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza: Unichristus, v. 4, n. 7, 2006, p. 191.

⁴⁶⁹ Neste diapasão, filia-se a compreensão ao o que se dialoga nesta dissertação em relação à dignidade da pessoa humana tal qual valor que foi positivado como um princípio constitucional. Na leitura de TIEDMANN constata-se que: “O (...) entendimento sobre dignidade humana

SIQUEIRA JUNIOR e OLIVEIRA⁴⁷⁰, a dignidade da pessoa humana reveste o valor constitucional brasileiro e deve ser evidenciada como um princípio globalizado.

A dignidade da pessoa humana não é um elemento intrínseco da sociedade, mas é inerente ao ser humano, uma vez que, “a vida e o nascimento de uma pessoa são as razões para sua dignidade”⁴⁷¹.

Mas seria a dignidade humana uma justificativa para a efetivação dos direitos fundamentais elencados na Carta Magna? A partir do momento em que a dignidade humana é um “valor máximo absoluto”, perpetua a responsabilidade social – e, consecutivamente do Estado – de utilizar todos os mecanismos que possam estar dispostos com a finalidade de garantir os direitos fundamentais, fazendo com que a razão conceda tais direitos. “É uma contradição performativa e, por isso, impossível de respeitar a dignidade humana e ao mesmo tempo querer negar a concessão”⁴⁷² dos direitos fundamentais trazidos na Constituição de 1988, os quais derivam da dignidade humana e são irrevogáveis. Nesse sentido, traz TIEDMANN:

O caráter obrigatório [do] ato de concessão [dos direitos fundamentais] leva a fazer na prática nenhuma distinção relevante, se você, como representante do Direito Natural, diz que os direitos [fundamentais] são inatos e inerentes às pessoas e inalienáveis, ou se você diz, que nós, humanos, damos uns aos outros. Mesmo, neste caso, eles são inevitáveis, por isso “como inato”, pertencem a cada pessoa humana e são irrevogáveis. Eles são absolutos. As reservas de restrição que

assenta-se na etimologia do termo ‘Würde’ (Dignidade), a qual não é descrita como uma propriedade do mundo dos fatos, senão que é distinguida, em certo sentido, como um valioso objeto determinado. Trata-se assim de um conceito universal. Quando se trata de valores eu defendo uma teoria subjetiva dos valores, para a qual os valores não são propriedade do objeto avaliado, mas muito mais a expressão de uma opinião subjetiva de uma pessoa que realiza a valoração. Isso traz para a opinião a impressão de uma preferência, algo que ela aprecia, tem um interesse particular e que prefere outro objeto de acordo com o grau de valor. Pelo termo “Dignidade” se destaca que o grau de valoração do objeto, o qual se premia a dignidade, é absoluto. Então, não há nada que possa ser mais valorado e, em caso de conflito, preferido”. (TIEDMANN, Paul. A Dignidade da Pessoa Humana. Trad. Marcos Augusto Maliska. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 87 – 95, jul./dez. 2013, p. 87).

⁴⁷⁰ SIQUEIRA Jr, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 166.

⁴⁷¹ Idem.

⁴⁷² TIEDMANN, Paul. A Dignidade da Pessoa Humana. Trad. Marcos Augusto Maliska.

Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 87 – 95, jul./dez. 2013, p. 93.

preveem as codificações dos direitos [fundamentais] não devem se aplicar a eles⁴⁷³.

Diante da seara criminal não se pode afastar a perspectiva de valor da dignidade da pessoa humana, ao contrário, o ofensor, como qualquer outro cidadão, carrega consigo a dignidade e esta deve ser fielmente preservada por meio da responsabilidade da justiça penal e, quando não é resguardado, gradativas são abertas para que outros modos de justiça, tal qual a justiça restaurativa, possam volver com a condecoração do Estado Democrático de Direito. Desta feita, na liberdade irrestrita e plena de sua existência, à pessoa humana dotada de dignidade não se admite qualquer tipo de distinção, uma vez que o Texto Magno enuncia que “todos são iguais perante a lei”, tal o que pode ser apurado no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988⁴⁷⁴.

A Carta Magna majorou a dignidade da pessoa humana ao princípio basilar do Estado Democrático de Direito de tal maneira que o ordenamento jurídico pátrio se fundamentou no ser humano como “centro convergente de direitos”⁴⁷⁵, assim, todos os direitos fundamentais devem conduzir-se pelo valor-fonte da dignidade. Vale ressaltar ainda que o texto da Constituição traz, em seu artigo inaugural, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana⁴⁷⁶. Desta forma, a consciência e autodeterminação do ser humano não fundamentam e não admitem uma atitude que venha a ferir a dignidade de outro ser humano, por esta razão, o Estado goza de poder limitativo, o qual deve conter o desrespeito ao ‘direito de ter direitos’, preservado constitucionalmente.

Mas, como a justiça restaurativa favorece a construção da dignidade humana? Para que tenha êxito, as práticas restaurativas, como visto nas

⁴⁷³ TIEDMANN, Paul. A Dignidade da Pessoa Humana. Trad. Marcos Augusto Maliska. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 87 – 95, jul./dez. 2013, p. 93.

⁴⁷⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988).

⁴⁷⁵ GARCIA JUNIOR, Ivan Chaves. A justiça restaurativa como instrumento para garantir a dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo: Universidade Passo Fundo, v. 28, n. 1, p. 133 – 148, jan./jun. 2014, p. 142.

⁴⁷⁶ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988).

sessões anteriores, devem passar por um processo de remodelação, com a finalidade de, verdadeiramente, construir espaços de diálogo democrático com as partes – a vítima, o ofensor e a comunidade –, as quais são elementos essenciais para o sucesso e os bons frutos da aplicação da justiça restaurativa. Ademais, para afastar o sentimento de ‘dignidade perdida’ por quaisquer das partes envolvidas no conflito, devem estar presentes elementos essenciais com vistas à construção de uma cidadania plena. Necessitam ser efetuadas avaliações técnicas e qualitativas, baseadas em índices para o aprimoramento dos programas restaurativos, com supervisão técnica e monitoramento; a capacitação e a formação de profissionais às práticas de restauração; a participação universitária, com o intento de disseminar o conhecimento; e, por fim, o estímulo à atuação da sociedade civil⁴⁷⁷.

Com tais alterações será efetivada a restauração dos laços perdidos e, com isso, poderá ser estabelecido o sentimento pessoal de dignidade. Hoje, com a realidade da justiça criminal tradicional, da ocorrência de um delito, há, majoritariamente, apenas uma solução: o encarceramento. A aplicação da pena, como meio de punição, gera ao ofensor danos irreparáveis, visto as condições degradantes das prisões e o desinteresse do Estado em garantir direitos fundamentais para que o valor da dignidade humana, elemento íntimo ao âmago do homem, seja preservado. De outro vértice, a vítima se torna impotente, não tendo qualquer significado para a operação processual penal, o que também afeta sua dignidade. E, finalmente, uma sociedade confeitada pelo medo, pela insegurança pública e pelas atitudes desmedidas dos poderes públicos – em especial em relação às ações tomadas pelas autoridades políticas – retiram dela o manto da dignidade.

Ora o valor basilar do Estado Democrático de Direito virou estampa de caderno, perdendo absolutamente sua razão de ser. Sem perspectivas de mudanças a curto prazo, olhar para uma reformulada justiça restaurativa a ser aplicada no ordenamento jurídico, é sinônimo de pretender o resgate do mais nobre dos valores constitucionais, qual seja, a dignidade da pessoa humana, que tem nos direitos fundamentais instrumentos suficientes à sua proteção.

⁴⁷⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**. Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. p. 54 e 55.

A prática restaurativa bem executada vem respeitar não só a dignidade da vítima do ato como do autor do delito e, conseqüentemente, com sua ampliação e aprimoramento, resgata para a comunidade o mesmo sentimento de dignidade, ao afastar o medo social que domina os cidadãos no Brasil.

Conforme referido anteriormente, a dignidade da pessoa humana é medular ao Estado Democrático de Direito e este, por conseguinte, efetiva os direitos fundamentais trazidos na Constituição de 1988, assim, cabe indicar que, diante desta fórmula, a justiça restaurativa é um elemento para a concretização do Estado Democrático Constitucional, o qual eleva o que roga o Título II da Carta Magna⁴⁷⁸.

Tal afirmação se assenta no fato de que, diante de uma percepção democrática e cooperativa, as partes tendem, em uma correta condução de práticas de restauração, a estimularem-se mais, uma vez que ganham centralidade e voz para a solução pacífica do conflito, especialmente baseado do diálogo, na voluntariedade e no restabelecimento dos elos perdidos com o acontecimento do delito. Assim sendo, a justiça restaurativa encontra nos Estados Democráticos um espaço ideal para seu desenvolvimento, uma vez que opera diante do “multiculturalismo e do respeito às diversidades, em meio a uma pluralidade, observada sob a ótica da liberdade individual e da formação da cidadania”⁴⁷⁹.

Pode-se visualizar a crescente utilização das práticas restaurativas como promoção da democracia em alguns países da América Latina que, nas últimas duas décadas, têm desenvolvido práticas de restauração. Universidades da Argentina, México, Costa Rica e Brasil têm procurado aprimorar o desenvolvimento do olhar democrático da justiça restaurativa por meio de projetos-piloto – com o domínio do uso de mediação entre vítima, ofensor e comunidade – e estimulado a institucionalização por meio de uma legislação que favoreça a democracia e, no caso brasileiro, os direitos fundamentais da Constituição de 1988. Outros países como Colômbia, Equador, Bolívia, Peru e Guatemala, estimulados pelas práticas indígenas de restauração de laços,

⁴⁷⁸ O Título II da Constituição de 1988 refere-se aos Direitos e Garantias Fundamentais.

⁴⁷⁹ FILGUEIRA, Elissandra Barbosa Fernandes. **Justiça Restaurativa no sistema penal e processo penal como forma de concretização do Estado Democrático Constitucional**. 251 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Constituição e Garantia dos Direitos, UFRN, Natal, 2013, p. 218.

introduziram os meios conciliatórios à legislação penal, com recepção pelas respectivas Constituições. Percebe-se que há ênfase na resolução pacífica dos conflitos para que a coesão social não seja perdida, em especial nos países latino-americanos que convivem com tensões e conflitos políticos. No Chile são realizados ‘acordos de reparação’⁴⁸⁰ para crimes contra a propriedade, fraudes e furtos, com o objetivo de alcançar um acordo de negociação entre a vítima e o ofensor⁴⁸¹.

Outros países de ordem democrática recepcionaram a justiça restaurativa em seu ordenamento jurídico, com a institucionalização e resultados salutares. Aqui cabe o olhar para países de *civil law*⁴⁸² como França, Bélgica, Portugal e Alemanha, que recepcionaram e efetivam as práticas de restauração.

Na França as práticas restaurativas, diferente de experiências em outros países, surgiu de forma pragmática. No início da década de 1990, juízes e promotores de justiça, começaram a implantar programas de mediação inseridos na denominada “Justiça de Proximidade”, voltada para locais com maior índice de adversidades sociais. Em 1993 a justiça restaurativa foi regulamentada por lei, permitindo maior acesso, efetividade democrática e reconhecimento constitucional. A eficácia das práticas restaurativas na França é satisfatória e acontece por meio de mediação – que vigora na ordem jurídica francesa em conjunto com o processo judicial e o arquivamento⁴⁸³.

A Bélgica é um país que tem despontado em matéria restaurativa, com a implantação do *European Forum of Restorative Justice Institute*, que tem propiciado debates, conferências e estudos nesta temática. A preocupação belga com a implantação de programas restaurativos, objetivando preservar a democracia no país, vem desde 1987, com a criação de programas voltados a adolescentes infratores, procurando que os mesmos assumissem a responsabilidade pelos danos causados às vítimas. A partir de 1993 ampliaram-

⁴⁸⁰ Livre tradução para: “*reparative agreements*”.

⁴⁸¹ LIEBMAN, Marian. **Restorative Justice: How it Works**. London and Philadelphia: Jessica Kingsley Publishers, 2007, p. 276 – 277.

⁴⁸² A escolha por países de *civil law* em relação aqueles de *common law* está apenas para o sentido didático do trabalho, uma vez que a compreensão dos países de *civil law* tem maior intimidade com o sistema jurídico em operacionalidade no Brasil. Mas destaca-se que com grande proeminência e efetividade, países como Estados Unidos, Canadá, Austrália e Nova Zelândia têm ampla recepção à justiça restaurativa, com resultados extremamente positivos na seara penal, valorando a democracia e sendo balizados pelos fundamentos constitucionais.

⁴⁸³ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 103 – 104.

se os programas restaurativos e, desde o ano 2000, a justiça restaurativa tem sido aplicada na forma de mediação penal na fase de execução da pena⁴⁸⁴.

Portugal recepcionou a justiça restaurativa a partir de 2007, com a entrada em vigor da Lei 12/2007, quando implantou uma forma *sui generis* em matéria processual penal. Com tal vigência legislativa surgiu no ordenamento jurídico português a chamada “mediação positivada”, que apenas pode ser utilizada para crimes de natureza privada ou que dependam da iniciativa do ofendido ou de seu representante legal. Neste processo restaurador a vítima atua de forma bastante ativa, no sentido de poder desistir da queixa até a finalização do processo em primeiro grau, em razão da ocorrência de um acordo, tal qual determina o artigo 116, 2 do Código Penal Português⁴⁸⁵.

Por fim, o movimento restaurativo alemão, o qual se iniciou nos anos 1980, ocorreu por meio da absorção de técnicas de conciliação entre vítima e ofensor em busca de solução em conflitos penais na justiça criminal comum e para os atos infracionais praticados por menores. Tais técnicas desabrocharam a partir de inúmeros debates em relação ao tema da justiça restaurativa em diversos setores da sociedade alemã. Superada a fase inicial de compreensão sobre o tema, diversos projetos-piloto começaram a ser implantados em todo território da Alemanha. O primeiro deles, *Tater-opfer-Ausgleich* (conciliação entre vítima e ofensor), aconteceu na cidade de Braunschweig em 1985, através de uma instituição integrante da administração pública, a Assistência

⁴⁸⁴ Cabe salientar que de acordo com o artigo 216 do Código de Instrução Criminal Belga, o processo é transmitido aos serviços que funcionam nas Casas de Justiça dentro da Circunscrição do Ministério Público. O assistente de justiça procura um contato individual com cada um dos envolvidos, objetivando proporcionar um encontro entre ele, caso haja concordância é marcada a mediação visando um acordo, que se não for alcançado, retorna à atribuição do Ministério Público. Caso seja firmado o acordo, após o seu cumprimento, o Ministério Público arquiva o processo. (LIEBMAN, Marian. **Restorative Justice: How it Works**. London and Philadelphia: Jessica Kingsley Publishers, 2007, p. 288).

⁴⁸⁵ O artigo 116, 2 do Código Penal Português refere-se a “Renúncia e desistência da queixa” e indica: “O queixoso pode desistir da queixa, desde que não haja opção do arguido, até à publicação da sentença de 1ª instância. A desistência impede que a queixa seja renovada”. Disponível em: www.pgdlisboa.pt/leis. Acesso em: 27 de janeiro de 2019. Salutar indicar que faz-se necessária a verificação da voluntariedade das partes. Caso não seja obtido o acordo ou o processo de mediação ultrapassar três meses, o mesmo retornará para o Ministério Público que dará andamento ao processo, mas se houver acordo, de igual modo o processo será avaliado pelo mesmo órgão para fins de atenção ao artigo 6º, que proíbe a aplicação de penas privativas de liberdade, contra a dignidade humana e ainda ultrapasse seis meses de duração. Poderá o Ministério Público, ainda, homologar a desistência da queixa no prazo de cinco dias ou em caso de descumprimento do acordo, conforme o ponto 4 do artigo 5º do Código Penal Português. (ROBALO, Tereza Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça Restaurativa: um caminho para humanização do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 206 – 207).

Judicial de Jovens. O objetivo do programa restaurativo, além da reintegração do jovem à sociedade, buscava a redução da carga processual dos tribunais, além da redução de gastos do processo penal e da promoção da celeridade⁴⁸⁶. Após este e outros projetos-piloto de justiça restaurativa, ocorreram algumas alterações na legislação processual alemã como forma de aplicar as mudanças trazidas pelas novas práticas. Tais alterações modificaram os §§ 153 e 153^a do Código de Processo Penal de 1993⁴⁸⁷. Ainda ocorreu alteração no § 45 do Tribunal de Jovens, que passou a interpretar a necessidade da conciliação entre vítima e ofensor. Finalmente, outra mudança legislativa importante que ocorreu na ordem jurídica alemã, foi que a concepção de reparação passou a ser citada em diversas passagens da legislação processual penal, desde o inquérito até a execução da pena. Merece destaque a modificação do § 380 da Lei Processual Penal da Alemanha que passou a determinar a obrigação da busca pela conciliação – uma das formas de realizar prática restaurativa – como pressuposto aos crimes de injúria, violação de domicílio, dano e ameaça para as ações privadas⁴⁸⁸.

Extraí-se desses breves apontamentos, relativos a aplicação da justiça restaurativa em países da América Latina e, com maior concretude, de alguns países europeus de *civil law* que a recepção no contexto jurídico não ocorreu de forma imediata ou isolada – conforme anotado, em quaisquer dos países a justiça restaurativa está desatrelada do Poder Judiciário – mas o traço comum entre esses países é que todos têm um propósito delineado do enquadramento, das finalidades e dos objetivos os quais pretendem com as práticas de restauração e, ademais, que de forma globalizada o restaurativismo vem

⁴⁸⁶ DALY, Kathleen. Making variation a virtue: evaluating the potential and limits of restorative justice. In: WEITEKAMP, E. G. M.; KERNER, H-J (Ed.), **Restorative justice in context: International practice and direction**. Cullompton: Willan Publishing, 2003. p. 23-50.

⁴⁸⁷ Essas alterações passaram a permitir que o Ministério Público não prossiga na persecução penal quando se tratar de crime cuja pena mínima seja inferior a um ano ou possa ser cumprida por meio do pagamento de multa, a culpabilidade do infrator seja pequena e não exista interesse público na persecução penal. Neste caso, quando as consequências do delito tenham sido ínfimas, torna-se desnecessária a concordância do Tribunal no momento do arquivamento. O Ministério Público pode adiar o oferecimento da denúncia por até seis meses, buscando oportunizar às partes a realizarem um acordo voluntário nos crimes de aborto, lesão corporal leve, contra a honra, furto, apropriação indébita, crimes ambientais, receptação e falsificação de documentos. (DALY, Kathleen. Making variation a virtue: evaluating the potential and limits of restorative justice. In: WEITEKAMP, E. G. M.; KERNER, H-J (Ed.), **Restorative justice in context: International practice and direction**. Cullompton: Willan Publishing, 2003. p. 23-50).

⁴⁸⁸ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 101 – 102.

demonstrando que é um modelo de justiça que viabiliza a inclusão/deliberação, fundamentos dos ideais democráticos, como trilhar para atingir o bem estar e a paz social, dando espaço às partes para a direta participação no centro de decisão do conflito criminal, apresentando ser um caminho para a “consolidação da democracia”⁴⁸⁹.

No Brasil, embora as decisões proferidas pelo sistema de justiça criminal tradicional e o quilate democrático dos processos de tomada de decisão não terem angariado atenção por parte dos cientistas políticos modernos, os quais optaram por se debruçar para os parlamentos, partidos e burocracias, PARKINSON e ROCHE⁴⁹⁰ indicam que esta resenha se modificou a partir da prosperidade das teorias da democracia deliberativa⁴⁹¹. Com tais teorias, os estudiosos da democracia começaram a analisar com maior afeição os processos de tomada de decisão de reduzida escala, como por exemplo daqueles que iniciaram a ser utilizados pelo sistema de justiça criminal, a partir de meados da década de 1980 – como antecipadamente evidenciado com a

⁴⁸⁹ SILVA, Maria Coeli Nobre da. **Justiça de Proximidade**: instrumento de proteção e defesa dos Direitos Humanos para vítimas. Curitiba: Juruá, 2009, p. 131.

⁴⁹⁰ PARKINSON, John and ROCHE, Declan. **Restorative Justice: deliberative democracy in action?** Australian Journal of Political Science, 39:3, 2004, p. 505 –506.

⁴⁹¹ O objetivo deste trabalho não é delimitar definições ou aprofundar-se no conteúdo da democracia deliberativa, porém, para que o leitor se situe, importante compreender que essa classificação de democracia eleva os preceitos da inclusão, da igualdade política, da razoabilidade e da publicidade. “Num modelo de democracia deliberativa, para que os processos de tomada de decisão coletivos tenham legitimidade e racionalidade é necessário que as instituições políticas estejam organizadas de tal maneira que o que é considerado no interesse comum de todos resulta de processos de deliberação coletiva conduzidos de forma racional e justa entre indivíduos livres e iguais. Quanto maior a aproximação dos processos de tomada de decisão coletiva do modelo de democracia deliberativa, ou seja, quanto mais as decisões das instituições forem abertas a processos públicos de deliberação apropriados e conduzidos por cidadãos livres e iguais, maior a presunção de legitimidade e racionalidade de tais processos. Isso porque, a legitimidade das instituições democráticas – que reivindicam para si poder obrigatório – se assenta na presunção de que as decisões delas decorrentes representam, de maneira imparcial, igualmente o interesse de todos”. Assim, pode-se identificar que o processo de deliberação possui as seguintes características: “1) participação em tal deliberação é governada pelas normas da **igualdade e simetria; todos têm as mesmas chances de iniciar atos de fala, de perguntar, de interrogar, e de abrir o debate**; 2) todos têm o direito de **questionar os temas** de conversa designados; e 3) todos têm o direito de **iniciar argumentos reflexivos** sobre as próprias regras do procedimento discursivo e a maneira como eles são aplicados ou realizados. **Não há regras, *prima facie*, limitando a agenda da conversação**, ou a identidade dos participantes, desde que cada pessoa ou grupo excluído possa justificadamente mostrar que eles são relevantemente afetados pela norma proposta em questão” (BENHABIB, Seyla. *Toward a deliberative model of democratic legitimacy*. In: Benhabib, Seyla (Ed.). **Democracy and Difference**. Princeton: Princeton University Press, 1996).

exposição relativa ao nascimento da restauração em alguns dos países europeus – e que seguidamente vieram a ser identificados como justiça restaurativa⁴⁹².

Conforme previamente exposto, o modelo de justiça proposto pela justiça restaurativa gera a utilização de meio de solução de conflitos dissemelhantes daqueles empregados pelo tradicional sistema de justiça criminal. Diferente do processo penal, orquestrado da justiça criminal com a finalidade de conferir culpa àquele que foi acusado de ter cometido um delito, a justiça restaurativa tem como pilar o diálogo entre os envolvidos no conflito com o propósito de que tentem alcançar um acordo.

Para adiante das reflexões realizadas em relação a justiça restaurativa, é intrigante visualizar que, os valores deste modelo de justiça, dispõe significativa afinidade com os ideais normativos da democracia deliberativa. Os preceitos lecionados por BRAITHWAITE⁴⁹³ são amplamente esclarecidos na medida que se debruçam, máxime, ao procedimento deliberativo executado pela justiça restaurativa e pretendem salvaguardar as intenções deste modelo de justiça, dentre elas, a redução da violência da atuação do próprio sistema de justiça criminal.

O autor fraciona os valores restaurativos em “conjunto de valores”⁴⁹⁴. O primeiro deles, proposto por BRAITHWAITE⁴⁹⁵, abriga valores obrigatórios do processo restaurativo, que devem ser irremediavelmente respeitados e impostos (*constraining values*) para precaver que o processo se torne autoritário. Para tal finalidade, a análise e exposição de tais valores é necessária, uma vez que são

⁴⁹² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa e Democracia: para além da democracia deliberativa. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais: Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. 4., 2013, Porto Alegre. **Anais**. Porto Alegre, 2013, p. 10. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais>. Acesso em: 27 de janeiro de 2019.

⁴⁹³ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. Von HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 8 – 11.

⁴⁹⁴ Para formulá-los, optou-se utilizar como fonte os valores empregados por tratados internacionais que justificam os direitos humanos e valores que aparecem repetidamente em avaliações empíricas de experiências de vítimas e ofensores, nas quais estes dizem o que querem e esperam de um processo restaurativo na justiça criminal.

⁴⁹⁵ I BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. Von HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 8 – 11.

prioritários e intervêm como ferramentas para garantir um procedimento restaurativo pautado na democracia deliberativa.

Inicia-se destacando o valor da ‘não-dominação’. Como em qualquer momento de interação social, a dominação também desponta nos processos restaurativos. Por tal razão, estando a prática restaurativa bem estruturada, tem capacidade para minorar as possíveis diferenças que podem evitar a dominação. A tentativa de dominar o outro participante deve ser contornada, cabendo, em especial, aos demais participantes reconhecer a dominação e “dar voz a quem está sendo dominado. Se esta tentativa falhar ou não ocorrer, poderá o mediador intervir dando voz à pessoa dominada”⁴⁹⁶.

PARKINSON e ROCHE, ao evidenciar a função do mediador na garantia do equilíbrio de forças no processo democrático deliberativo, rememoram que, diversas vezes, a estabilidade pode partir dos envolvidos:

Assim como outro processo deliberativo, o mediador tem um papel central a desempenhar em assegurar que os encontros não sejam dominados por pessoas que fazem assertivas e opinam. As vezes, o apoio pode vir de fontes inesperadas: a dinâmica das deliberações face-a-face significa que as pessoas de um lado podem chegar a novos entendimentos a respeito daqueles do outro lado, de forma que as pessoas no grupo de vítimas têm sido conhecidas por saltar para a defesa do ofensor e vice-versa⁴⁹⁷.

Tal seguimento de modificação de entendimentos e perspectivas que ocorre nos processos deliberativos da justiça restaurativa – com destaque para a mediação – é viabilizado pelo encontro entre vítima, ofensor e comunidade, cuja finalidade é debelar a dicotomia existente entre as partes, desmistificando estereótipos vinculados, especialmente, em relação à vítima e ao ofensor: “ao defrontarem-se cara a cara, vítima e infrator podem superar os mitos e estereótipos mútuos, desde que esse encontro ocorra com a orientação de um

⁴⁹⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa e Democracia: para além da democracia deliberativa. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais: Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. 4., 2013, Porto Alegre. **Anais**. Porto Alegre, 2013, p. 11. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais>. Acesso em: 27 de janeiro de 2019.

⁴⁹⁷ PARKINSON, John and ROCHE, Declan. **Restorative Justice: deliberative democracy in action?** Australian Journal of Political Science, 39:3, 2004, p. 512.

facilitateur. O objetivo prioritário é o restabelecimento do diálogo e o secundário é a dissuasão⁴⁹⁸.

Entretanto, no que tange ao equilíbrio do poder, os distúrbios defrontados pelos processos deliberativos da justiça restaurativa são abundantemente significativos e, diversas vezes, não são ultrapassados pelos participantes, especialmente em casos que envolvem menores infratores – na posição de ofensores – e mulheres – na posição de ofensoras ou vítimas⁴⁹⁹.

Outro valor é o ‘empoderamento’ no especial sentido de que a não-dominância acarreta empoderamento. É por meio deste valor que é possível compreender como a situação conflituosa é percebida por cada uma das partes, uma vez que dilucidam suas versões sobre o fato ocorrido. Naquilo que diz respeito ao empoderamento das vítimas, ZEHR constata que elas “precisam se sentir necessárias e ouvidas ao longo do processo. No mínimo isso significa que elas devem ser a peça principal na determinação de quais são suas necessidades, e como e quando devem ser atendidas”⁵⁰⁰.

Naquilo que concerne ao empoderamento existente nos processos de tomada de decisão coletivos, interessante destacar a concepção de empoderamento concebida por YOUNG no texto *Punishment, treatment, empowerment: three approaches to policy for pregnant addicts*, capítulo da obra *Intersecting voices: dilemmas of gender, political philosophy and policy*⁵⁰¹. A compreensão de empoderamento elaborada pela autora, transpassa a dimensão do empoderamento individual e alcança uma proporção social. Em sua obra, YOUNG⁵⁰² trabalha com duas perspectivas realizadas por prestadores de serviços sociais e terapeutas que aderem a percepção de empoderamento no tratamento. Todavia, segundo as lições da autora, apenas uma delas desliga-se da abordagem individualista – focalizada para o incremento da autonomia

⁴⁹⁸ AZEVEDO, Rodrigo G. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (orgs.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 124.

⁴⁹⁹ BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. Von HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 9.

⁵⁰⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p.183.

⁵⁰¹ YOUNG, Iris Marion. **Intersecting voices: dilemmas of gender, political philosophy and policy**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

⁵⁰² Ibidem, p. 75 – 94.

individual, autocontrole e confiança – para enfatizar no desenvolvimento da “solidariedade social através da tomada de consciência e da possibilidade de ação coletiva”⁵⁰³. A partir desta interpretação, o empoderamento está atrelado com o desenvolvimento de uma compreensão de influência coletiva sobre as condições sociais da vida de um cidadão. Logo, o empoderamento é concebido tanto no nível pessoa quanto no coletivo e, por tal razão, de acordo com YOUNG, esta perspectiva circunda ideias da democracia participativa, autorreflexão crítica e ação coletiva. YOUNG, então define este sentido de empoderamento

como um processo no qual o indivíduo, pessoas com relativa falta de poder, engajam-se no diálogo umas com as outras e assim compreendem as fontes sociais de sua falta de poder e veem a possibilidade de agir coletivamente para mudar seu meio social. Neste processo, cada participante é pessoalmente empoderado, sofre alguma transformação pessoal, mas no contexto de uma recíproca ajuda dos outros para fazê-lo, de modo que juntos eles podem ser empoderados a engajarem-se numa ação coletiva eficaz⁵⁰⁴.

Por meio desta forma de tratamento, os moldes confessionais de diálogo são abandonados e resgatam um colóquio denominado de “tomada de consciência”. Através dele, ao invés de um monólogo individual do modelo confessional, o discurso passa a ser dialógico e empoderador pelo fato de que “desenvolve nas pessoas a habilidade de ser reflexivo e crítico sobre a base social onde se situa a ação individual”⁵⁰⁵ permitindo que as partes discutam e construam “uma compreensão de suas vidas pessoais como socialmente condicionadas, limitadas de forma semelhante à dos outros por estruturas institucionais, relações de poder, pressupostos culturais ou forças econômicas”⁵⁰⁶.

Percebe-se, de mesmo modo, que o modelo de diálogo empreendido pela autora, inclina-se ao modelo de democracia comunicativa⁵⁰⁷, em especial nos

⁵⁰³ YOUNG, Iris Marion. **Intersecting voices: dilemmas of gender, political philosophy and policy**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 78.

⁵⁰⁴ Ibidem, p. 91.

⁵⁰⁵ Idem.

⁵⁰⁶ Idem.

⁵⁰⁷ O modelo de democracia comunicativa estabelece uma maneira de comunicação ainda mais inclusiva por levar em consideração (1) as diferenças sociais, (2) que o poder, muitas vezes, penetra o próprio discurso, além de reconhecer (3) que as práticas deliberativas possuem

atos de *storytelling*, sem abandonar a análise da dimensão social, a qual é integrante a qualquer forma de práticas restaurativas que buscam empoderar todos os envolvidos no conflito e perpassar a influência individual das conflagrações⁵⁰⁸.

PARKINSON e ROCHE⁵⁰⁹ estabelecem crítica à ideia de YOUNG, no sentido de para compreender o quanto uma prática restaurativa é inclusiva e democrática, não bastam apenas estarem presentes os envolvidos no conflito, mas também averiguar quais as regras que norteiam a participação, uma vez que, “os cidadãos podem estar fisicamente presentes, mas, para todos os efeitos e propósitos, efetivamente excluídos pelas regras e normas que regem como as pessoas devem deliberar”⁵¹⁰.

Além do empoderamento e da não-dominação, outro valor sumário às vistas democráticas dos processos restaurativos, é a honra aos limites máximos estabelecidos legalmente como sanções. Embora a justiça restaurativa ocupe-se com a ideia de *reintegrative shaming* (vergonha reintegrativa)⁵¹¹, tolerando

especificidades culturais. Na concepção de YOUNG, “uma teoria democrática baseada na discussão deve admitir diferentes formas e estilos de fala e não apenas aquele tipo de discurso normalmente pensado pelos teóricos da democracia deliberativa”. A autora propõe três formas de comunicação que se somam à argumentação crítica e que são necessárias para uma ampla concepção de democracia comunicativa: (1) acolhimento, (2) retórica e (3) narrativas ou o ato de contar histórias (*storytelling*). Segundo YOUNG, essas formas de comunicação ajudam a “estabelecer e [a] manter a pluralidade (...) necessária ao significado e à existência da publicidade. Ainda mais onde um certo público possui grupos com diferenças culturais, diferenças de perspectiva social e valorativas, estas formas de comunicação complementam o argumento, fornecendo formas de falar através da diferença na ausência de significativos entendimentos partilhados” (YOUNG, Iris Marion. *Communication and the Other: beyond deliberative democracy*. In Benhabib, Seyla (Ed.). **Democracy and Difference**. Princeton: Princeton University Press, 1996, p. 120).

⁵⁰⁸ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa e Democracia: para além da democracia deliberativa. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais: Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. 4., 2013, Porto Alegre. **Anais**. Porto Alegre, 2013, p. 13. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais>. Acesso em: 27 de janeiro de 2019.

⁵⁰⁹ PARKINSON, John and ROCHE, Declan. **Restorative Justice: deliberative democracy in action?** *Australian Journal of Political Science*, 39:3, 2004, p. 511.

⁵¹⁰ Idem.

⁵¹¹ “A ‘vergonha reintegrativa’ (*reintegrative shaming*) é um dos pilares da teoria de BRAITHWAITE sobre justiça restaurativa. Para o autor, a vergonha que sente o indivíduo que cometeu um delito frente à reação social de desaprovação de sua conduta tem duas facetas. A faceta negativa leva à marginalização social e estigmatiza o indivíduo. A positiva, representada pela vergonha reintegrativa, soma à reação de desaprovação uma reação de reaceitação deste indivíduo à sociedade e faz com que o infrator se sinta responsável pelo que fez e queira se reintegrar. A vergonha reintegrativa é importante ‘tanto na construção de mecanismos internos de reprovação a partir de experiências de vergonha reintegrativa observadas no dia-a-dia, em uma função marcadamente pedagógica, quanto no encaminhamento de casos em que a consciência por si mesma não é capaz de inibir o crime’” (BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa em face da criminologia da reação social. In SLAKMON, C.; MACHADO, M.R.;

inclusive a ideia de estigmatização não destrutiva, sendo absolutamente proibido qualquer meio degradante ou humilhante de desfecho em uma prática de restauração.

BRAITHWAITE ainda enaltece o valor da escuta respeitosa que “assim como as sanções estabelecidas em lei são limites para o empoderamento, os cidadãos também não podem desrespeitar, diminuir ou oprimir o outro. Escutar o outro respeitosamente é condição de participação”⁵¹². Ademais, outro valor pelo qual advoga o autor é o da ‘preocupação igualitária com todos os participantes’, destacando que cada uma das partes – vítima, comunidade e ofensor – devem ser atendidas conforme as suas necessidades⁵¹³.

Dois outros valores que são sublimes segundo a interpretação de BRAITHWAITE são, respectivamente, *accountability* e *appealability* (responsabilidade e possibilidade de recurso). Para o autor estes são os princípios que devem ter maior defesa pelos restaurativistas, uma vez que, por meio deles as partes envolvidas em um conflito criminal devem ter o direito de preferir um processo restaurativo em detrimento de um processo judicial tradicional – sendo que, a opção contrária também deve ser possibilitada às partes⁵¹⁴.

Finalmente o último dos valores defendidos por BRAITHWAITE⁵¹⁵ é o ‘respeito aos Direitos Humanos’ constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros documentos internacionais os quais versam sobre a temática.

Cabe destacar que diante dos estudos relativos à democracia e à ênfase da perspectiva da manutenção do Estado Democrático de Direito, cientistas políticos vêm se preocupando cada vez mais com o espaço democrático, o qual foi tomado pelo poder público. Interessante, para o vínculo e grandeza da justiça restaurativa algumas anotações relativas à “poliarquia diretamente deliberativa” da democracia, apresentadas por COHEN e SABEL⁵¹⁶, segundo a qual

BOTTINI, P. C. (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 505).

⁵¹² BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. Von HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 9.

⁵¹³ Idem.

⁵¹⁴ Ibidem, p. 10.

⁵¹⁵ Idem.

⁵¹⁶ COHEN, Joshua; SABEL, Charles. Extra rempublicam nulla justitia? **Philosophy and public affairs**. Princeton, v. 34, n. 2, p. 147-175, mar. 2006.

“decisões que reúnam interesses públicos e privados devem ser tomadas diretamente pelos interessados e apenas monitoradas pelos poderes estatais”⁵¹⁷. O sistema é denominado de ‘poliarquia’ – governo de muitos – uma vez que, tanto a tomada de decisão quanto a sua implementação, são elaboradas para unidades de “níveis inferiores” (indivíduos ou grupos). Ele é diretamente deliberativo porque uma porção de atores políticos atuam na tomada da decisão, a qual é alcançada por deliberação. Difere, portanto da democracia tradicional, uma vez que “defende que uma decisão democrática, para ser legítima, deve ser precedida de deliberação autêntica, e não apenas da agregação de preferências, como ocorre em uma votação”⁵¹⁸. Esses novos arranjos são atraentes porque surgem com o objetivo de promover valores democráticos fundamentais – de liberação e participação direta dos cidadãos. Ademais, a ideia política de uma poliarquia diretamente deliberativa encontra respaldo também no conceito de esfera pública, defendido por HABERMAS⁵¹⁹, o qual refere-se a espaços sociais onde as pessoas se reúnem para discutir assuntos comuns e, desse modo, podem organizar-se contra as formas arbitrárias e opressivas de exercício do poder estatal.

Neste condão, a justiça restaurativa guarda similitudes com a poliarquia diretamente deliberativa, na medida em que não só permite, mas requer a participação dos interessados ou atingidos pelo conflito⁵²⁰, além de resguardar valores, anteriormente mencionados, integrar métodos e buscar uma solução pacífica do conflito, resguardada pela comunicação não violenta⁵²¹.

Com base nas teorias políticas apontadas e por meio da apresentação dos valores citados, vê-se a possibilidade de assegurar que a justiça restaurativa, na medida que permite ao cidadão participar de forma democrática

⁵¹⁷ TIVERON, Raquel. A justiça restaurativa e a emergência participativa na dicção do direito: contribuições para a teoria da prática democrática. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Edições Técnicas do Senado Federal, a. 50, n. 197, jan./mar. 2013, p. 179 – 180. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/> Acesso em: 27 de janeiro de 2019.

⁵¹⁸ Ibidem, p. 180.

⁵¹⁹ HABERMAS, Jüger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁵²⁰ COHEN, Joshua; SABEL, Charles. Extra republicam nulla justitia? **Philosophy and public affairs**. Princeton, v. 34, n. 2, p. 147-175, mar. 2006.

⁵²¹ TIVERON, Raquel. A justiça restaurativa e a emergência participativa na dicção do direito: contribuições para a teoria da prática democrática. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Edições Técnicas do Senado Federal, a. 50, n. 197, jan./mar. 2013, p. 184. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/> Acesso em: 27 de janeiro de 2019.

– tanto no que diz respeito à democracia deliberativa, na democracia comunicativa ou na poliarquia direta deliberativa – e ativa do resultado final do processo, há superioridade democrática do procedimento restaurativo em relação ao tradicional.

Vide a exposição traçada nada mais genuíno que enfatizar que a justiça restaurativa tem se mostrado como instrumento de celeridade, economia de gastos públicos e satisfação de seus envolvidos na proclamação e efetivação dos acordos. A evolução social por meio da compreensão de que as práticas restaurativas são modos diferenciados de censura, que visam o reestabelecimento de laços e a solução pacífica dos conflitos, permite seu desenvolvimento e institucionalização.

Da análise da legislação brasileira, com referência ao Estado Democrático de Direito, à promoção dos direitos fundamentais constitucionais, permite-se dizer que há um fértil terreno legislativo para o aprimoramento e melhor desenvolvimento das práticas restaurativas no Brasil, em especial pela anotação de que a Constituição de 1988 traz como princípios fundamentais a promoção da cidadania, da prevalência dos direitos humanos e da promoção social, além do valor basilar de todo o ordenamento jurídico do país: a dignidade da pessoa humana. Ademais, o Texto Maior traça como objetivos medulares da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, com a promoção do bem de todos sem quaisquer distinções ou discriminações⁵²².

O rol de direitos fundamentais se entrelaçam e se harmonizam aos valores democráticos e princípios para promoção da justiça restaurativa, citando-se aqui a intervenção mínima, a adequação social, a proporcionalidade, a razoabilidade, a voluntariedade, a celeridade, a imparcialidade, todos legitimados e assegurados pelo Estado Democrático de Direito.

A coerência até aqui sustentada abre margem à averiguação constitucional para a efetivação dos direitos fundamentais por meio de práticas restaurativas e, nada mais salutar, que estender a análise ao Texto Magno, com destaque ao eixo participativo, o qual foi, até o momento, o cerne da investigação basilar da efetividade da justiça restaurativa para promoção dos direitos fundamentais.

⁵²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

Logo, da análise nua da Constituição de 1988⁵²³, extrai-se de partida que, entre outros, são direitos e garantias fundamentais:

Artigo 5º, *caput* que “todos são iguais perante a lei, (...), garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida, (...) e à segurança”; artigo 5º, ‘III’ “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano e degradante”; artigo 5º, ‘XLVII’ “não haverá penas: (...); e) cruéis; artigo 5º, ‘XLIX’ “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”; artigo 5º, ‘LIV’ “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; artigo 5º, ‘LV’ “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; artigo 5º, ‘LXXVIII’ “a todos, no âmbito judicial (...), são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁵²⁴.

Satisfatório seria se os supramencionados artigos constitucionais fossem respeitados e balizados ferozmente pelo Estado e por aqueles que detém a competência de guardar a Constituição, mas sem delongas, não se faz dificultosa a apreciação de que a violação aos direitos fundamentais é irrestrita, não há sequer políticas públicas amplamente difundidas em seara criminal para que o Texto Magno seja valorizado e efetivado. Dissertar sobre direito criminal leva à pacotes de medidas políticas que não têm fundamentos clarividentes de caminhos lógicos para o combate ao crime e à valorização constitucional. O que se apresenta são oratórias populares como o velho – porém absolutamente atual – ‘pão e circo’. A atuação política desposta para a apresentação de “novos” textos legislativos, endurecimento de penas e ampliação de tipificações penais, sem pensar nas consequências práticas. Assim sendo, o que é a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil? Nada mais que fotografias antigas, postas em empoeiradas estantes, servindo como mero adorno gráfico diante do ordenamento jurídico criminal no país. Deste condão, edificante ‘trocar as lentes’

⁵²³ Salienta-se que a efetivação dos direitos fundamentais por meio da aplicação de programas de restauração não se esgota nos artigos aqui mencionados, mas, por questões didáticas, optou-se por selecionar tal rol para a especial edificação da participação democrática dos envolvidos no conflito penal e da solução pacífica dos conflitos, tais quais meios coerentes à justiça restaurativa.

⁵²⁴ Todos em: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

para a utilização de mecanismos que guardem e efetivem o Texto da Constituição e, aqui, vinculam-se essas manobras a partir dos propósitos concretos da implementação e difusão da justiça restaurativa.

Nas lições de SARLET⁵²⁵, os direitos fundamentais, trazidos do Título II da Constituição de 1988, demonstram o quão plural é o Texto Maior, indicando que inexistiu adesão para apenas uma teoria sobre direitos fundamentais – uma vez que carrega direitos sociais e/ou políticos em um mesmo artigo – e, essencialmente que o conteúdo trazido no artigo 5º da Constituição de 1988 tem aplicabilidade imediata.

Neste sentido as atenções iniciais voltam-se à elucidação do *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988 ao trazer o direito à vida. Tal questão gera inúmeras discussões, mas à termos restaurativos, a compreensão da vida está intimamente vinculada com a dignidade humana – no pêndulo de “um nível mínimo de vida”⁵²⁶. Conforme anteriormente explorado, os direitos fundamentais são instrumentos para proteção da dignidade. Na gerência do aprisionamento massificado, da exclusão das vítimas, da insegurança social, da inexistência da democrática participação de todos no âmbito da resolução de conflitos em direito criminal, retira-se, conforme mencionado em outro momento, a dignidade: dignidade de receber uma censura justa, dignidade vinculada com o sentimento e atuação da vítima, dignidade do atendimento às necessidades sociais; tais elementos somados demonstram que a atual atuação do Estado é negativa. Com a justiça restaurativa o resgate por meio da participação das partes envolvidas no conflito criminal, traz à baila a efetividade do direito à vida – no sentido da interpretação lecionada por SARLET⁵²⁷, que enuncia a vida e seu vínculo com o valor dignidade humana na Constituição de 1988.

Naquilo que concerne ao direito à segurança, também trazido no *caput* do artigo 5º, há vinculação de seu sentido à estabilidade das relações jurídicas, previsibilidade da atuação estatal e redução de riscos – no sentido de segurança pública, da proibição do retrocesso e da dimensão social. “A segurança é materialmente fundamental, por se entrelaçar com a dignidade da pessoa

⁵²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. Brasília: Saraiva, 2018, p. 385.

⁵²⁶ Ibidem, p. 427.

⁵²⁷ Idem.

humana, provendo a tranquilidade e a previsibilidade⁵²⁸. A violação do direito à segurança é ferozmente realizada pelo Estado e pela aplicação dos ditames legislativos penais. Enunciar a justiça restaurativa tal qual elemento que tem subsídios suficientes à promoção da segurança, embora seja arriscado, faz-se necessário no cenário atual. Com a estabilização das relações entre as partes, por meio das práticas restaurativas, abre-se um caminho para o progresso da segurança. Porém, para que se possa impulsionar a segurança, a dimensão de restauração deve subsidiar os meios para a melhoria de direitos sociais e da participação democrática dos envolvidos no conflito, isso porque participar ativamente do processo criminal é um meio viável de compreender o ofensor e de forma conjunta atuar na aplicação de meios de censura eficazes. O sustentáculo da justiça restaurativa é, a longo prazo, uma trajetória para a dimensão da dignidade da pessoa humana, uma vez que essas garantias têm o propósito de impedir a ação casuística ou arbitrária do Estado, sendo que a “previsibilidade da atuação estatal permite que os particulares estabeleçam responsabilmente seus planos de ação e saibam com antecedência quais serão as consequências de seus atos”⁵²⁹, gerando, então, maior segurança.

A perspectiva do artigo 5º, ‘III’, da Constituição de 1988 traz o tratamento degradante. Olhar para o verbo punir, em sentido amplo, leva, conseqüentemente, à punição por meio da aplicação de pena e com a aplicação de pena, ao aprisionamento. A Constituição prevê o não tratamento degradante, mas, ainda que por meio de olhares discretos, não é difícil perceber que as condições das penitenciárias são mais do que degradantes, desumanas. “O tema referente à proibição de tratamento cruel ou degradante está diretamente ligado ao direito à vida e, como consequência, como direito à integridade física e mental”⁵³⁰. O objetivo das práticas restaurativas, conforme anteriormente mencionado, não é trabalhar como meio alternativo ou autônomo, mas promover uma modulação de censura baseada justamente no afastamento do aprisionamento, tomando medidas diversificadas que devem ser estabelecidas

⁵²⁸ SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Segurança. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. Brasília: Saraiva, 2018, p. 472 – 474.

⁵²⁹ Idem.

⁵³⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. Tortura e Tratamento Degradante. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. Brasília: Saraiva, 2018, p. 514.

nos círculos de debate entre os envolvidos no conflito criminal. Desta sorte, a promoção do não tratamento degradante se esvai com o distanciamento dos meios de punição atuais para com as práticas de restauração que emergem, justamente, da resolução pacífica dos conflitos.

Enfatiza o artigo 5º, 'XLVII' que não haverá penas cruéis, vinculando-se ao princípio da humanidade, conforme leciona CARVALHO⁵³¹. O que se pretende com a justiça restaurativa é justamente um projeto que se afaste da ideia de punição⁵³². A inexistência de penas cruéis pode ser efetivada com a ampliação de programas restaurativos, que promovem o afastamento de aplicação de pena.

Depreende-se a análise da efetivação dos direitos fundamentais por meio da promoção de práticas de restauração diante do artigo 5º, 'XLIX' que se refere a garantia da integridade física e moral do preso. Crê-se ser um salutar direito fundamental violado pelo Estado. A despeito das disposições constitucionais e da Lei de Execuções Penais em relação às modalidades de assistência a serem prestadas aos presos, foi relatado, em publicação do ano de 2008, a partir de estudos instaurados pela Comissão Parlamentar de Inquéritos do Sistema Carcerário, ambiente prisional cruel, desumano, ilegal e inconstitucional, sendo um local de agressão aos direitos fundamentais e de completa barbárie.

Ademais, no final de 2017 foi publicado o novo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN-DEPEN/MJ)⁵³³, com dados que remontam ao ano de 2016. Não obstante o atraso de mais de dois anos, as informações expuseram de forma dramática os efeitos de décadas de políticas de encarceramento em massa. A população carcerária no Brasil atingiu o

⁵³¹ CARVALHO, Salo de. Princípio da Humanidade. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. Brasília: Saraiva, 2018, p. 820.

⁵³² Para CARVALHO, o sentido de punição no ordenamento jurídico brasileiro: “no ordenamento constitucional brasileiro, os princípios relativos à punição preveem exclusivamente formas (...) de sanção e, sobretudo, limites punitivos. Percebe-se, que o constituinte abdicou da resposta ao “por que punir?”, direcionando esforços para delimitar o “como punir”. Neste ponto fundamental notar a relevante alteração no cenário punitivo: a perspectiva absenteísta sobre os discursos de justificação, a opção por sanções alternativas ao encarceramento, e as vedações de penas degradantes e cruéis, impõem critérios limitativos à interpretação, à aplicação e à execução das penas. A consequência deste entrelaçamento entre a ausência de discurso legitimador e determinação de critérios limitativos à imposição de penas é a projeção de verdadeira política punitiva de redução de danos, a partir da ciência dos malefícios provocados pelo encarceramento” (CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 37).

⁵³³ Levantamento de Informações Penitenciárias. INFOPEN-DEPEN/MJ/2016.

patamar de 726.712 pessoas, enquanto o número de vagas existentes no sistema prisional é de 368.049, e o déficit de vagas é de 358.663. Adotando a referência do início dos anos 1990, o percentual de aumento do encarceramento no país alcançou os 707%.

Desta forma a visualização dos valores e propósitos da justiça restaurativa vai completamente em descontrao à realidade atual. Não se objetiva punir, não se pretende o encarceramento, não se quer a neutralização, não se busca a massificação desumana em estabelecimentos prisionais. Do contrário, os propósitos restaurativos vêm para diminuir o encarceramento no país, utilizar métodos de solução de conflitos que garantam a satisfação dos envolvidos na contenda criminal e da amplamente argumentada participação democrática para a perpetuação do valor da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro e da efetivação dos direitos fundamentais, os quais são essenciais e urgentes. Porém, para resultados satisfatórios, deverá ocorrer a reconfiguração dos métodos de utilização dos programas restaurativos no país, com a vinculação do Poder Judiciário aberto para mudanças no cenário criminal, não querendo a justiça restaurativa ser mais um mecanismo sem efeitos, sem propósitos e sem aderência por parte do Estado e dos postulados constitucionais.

Frisa-se, ainda, o artigo 5º, 'LXXVIII' que dispõe sobre a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Segundo ARRUDA⁵³⁴, a Constituição de 1988 não se limitou a assegurar a razoável duração do processo, buscou garantir da mesma forma os meios que propiciam a celeridade da tramitação dos feitos. O constituinte demonstrou tal preocupação pelo expresse reconhecimento de que a preservação desse direito fundamental depende de investimentos do poder público e de uma melhoria na gestão da administração da justiça. Ou seja, quando não são disponibilizados meios materiais suficientes não poderá haver processo célere⁵³⁵. O que se extrai essencialmente da razoável duração do processo é que para que seja esse

⁵³⁴ ARRUDA, Samuel Miranda. O Direito Fundamental à razoável duração do processo. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. Brasília: Saraiva, 2018, p. 1000.

⁵³⁵ Para Arruda, a razoável duração do processo "assemelha-se aos direitos processuais sociais, gênero que engloba, por exemplo, o direito à assistência judiciária gratuita (ARRUDA, Samuel Miranda. O Direito Fundamental à razoável duração do processo. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. Brasília: Saraiva, 2018, p. 1000).

direito assegurado há dependência de medidas de política e gestão judiciárias e, só haverá justiça estruturalmente célere, com boa governança judiciária⁵³⁶.

Neste sentido qual seria o papel das práticas restaurativas à efetivação deste direito fundamental? A apresentação da hipótese não se torna difícil ao se visualizar a finalidade da aplicação de programas de mediação realizados na Alemanha desde os anos 1980, conforme anteriormente elucidado. A morosidade da solução dos conflitos no Brasil, em conjunto com a perspectiva qualitativa da cláusula, no sentido de que cada vez mais são comuns erros judiciais grosseiros ou ausência de fundamentação de decisões, por exemplo. Percebe-se com isso uma negação à atividade de qualidade na tomada de decisões. Porém, tomando por base o exemplo alemão, cabe aos programas restaurativos papel essencial para desafogar tribunais, tornar o processo mais célere e com acordos que sejam satisfatórios e eficazes no aspecto comunitário, à vítima e para o ofensor, especialmente por ser um meio de justiça afastado de burocracias ou de recursos infundáveis.

A partir da perspectiva apresentada em relação aos direitos fundamentais trazidos pela Constituição de 1988, os quais são amplamente violados com a atuação do modelo de justiça criminal em vigência, ainda há dois incisos sumariamente importantes à visualização da justiça restaurativa como fenômeno para a efetivação dos direitos fundamentais: o artigo 5º, 'LIV', o qual relaciona-se com o fato de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; e o artigo 5º, 'LV', que enuncia que aos acusados são assegurados o contraditório e a ampla defesa.

⁵³⁶ Neste sentido: "A norma lança, pois, um comando ao administrador da justiça que deve exercer suas funções tendo como norte, também, o cumprimento do dever de assegurar a tramitação dos feitos em tempo razoável. Tais tarefas são de cunho eminentemente administrativo e aproximam-se das funções exercidas pelo Executivo. Ora, mas este poder tem pouca ingerência na gestão direta dos tribunais. Não lhe compete distribuir competências, repartir e criar comarcas, deslocar cargos, propor a racionalização dos serviços judiciais. Estas todas são prerrogativas do próprio Poder Judiciário a teor do disposto nos artigos 96 e 99 da Constituição. Ainda assim, vemos o Executivo como destinatário da norma. Em primeiro lugar porque lhe cabe a responsabilidade de traçar as diretrizes maiores da administração nacional ou estadual. Evidentemente, são os recursos arrecadados pelo Executivo que findarão por financiar os custos do cumprimento do dever de prestar justiça em tempo hábil. Daí que a administração da justiça não tem como deixar de subordinar-se, ao menos indiretamente, às políticas públicas estabelecidas e fixadas pelo Executivo" (ARRUDA, Samuel Miranda. O Direito Fundamental à razoável duração do processo. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. Brasília: Saraiva, 2018, p. 1000).

Pois bem, algo que vigorou entre os argumentos da satisfação restaurativa para a grande maioria dos incisos do artigo 5º, que foram aqui expostos, está a efetiva e democrática participação das partes no processo legal. Deste diapasão retira-se que o direito ao devido processo legal em sentido substantivo efetiva a participação das partes no processo criminal para a resolução dos conflitos – o qual tem como aporte normativo complementar a ideia de uma interpretação aberta do sentido do devido processo legal.

Fundamental compreender que o devido processo legal substantivo (*substantive due process*), está assentado à ideia de um processo legal justo e adequado, “materialmente informado pelos princípios da justiça”⁵³⁷, ou seja, é um processo que vai além do que a simples decisão formal prolatada pelo magistrado diante do caso concreto. Neste sentido, mister salientar que alguns princípios são carreados pelo direito fundamental do processo legal substantivo, em especial a razoabilidade. Com isso “surgem o postulado da proporcionalidade e algumas garantias constitucionais processuais, como a ampla defesa, o contraditório e a igualdade entre as partes”⁵³⁸. Na compreensão da igualdade entre as partes diante do conflito criminal, chave mestra é a atuação da justiça restaurativa, a qual fornece elementos suficientes para, diante da realização do processo, ministrar voz para o ofensor, a vítima e a comunidade, como meio de promoção democrática e da efetivação do devido processo legal tal qual direito fundamental⁵³⁹.

A compreensão do devido processo legal substantivo foi trazida na interpretação de MENDES, no sentido de que o devido processo legal representa “exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética”⁵⁴⁰ das partes envolvidas no conflito, ou seja, a democrática participação, objetivando resgatar a dignidade da vítima agredida, como do agressor, de ter a possibilidade de retornar à

⁵³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Almedina, 2000, p. 482.

⁵³⁸ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008, p. 332.

⁵³⁹ Desta medida, com interesse aos incisos ‘LIV’ e ‘LV’ do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, entendimento trazido pelo Supremo Tribunal Federal, consagrou o devido processo legal nos seus aspectos substantivo e processual (BRASIL, STF – **ADI (MC) nº. 1.511**. Voto do Min. Carlos Velloso [DJ 06.06.2003]).

⁵⁴⁰ BRASIL, STF – **AI nº. 529.733**. Voto do Min. Gilmar Mendes (DJ 01.12.2006).

sociedade como cidadão merecedor de respeito e vincular a promoção de segurança e estabilidade social.

O cerne da questão relativa à ênfase do devido processo legal substantivo, que remete à compreensão de justiça no processo judicial por meio da notoriedade do princípio da razoabilidade, especialmente no que concerne à participação igualitária entre as partes, é trazido à baila nas lições de MARINONI e MITIDIERO⁵⁴¹ no sentido de que com a entrada em vigor do texto constitucional em 1988, o processo justo passou a ganhar status de direito fundamental. Esta perspectiva, que advém do direito anglo-saxão, faz do *fair trial* a honrosa contribuição do Common Law para a contemporânea interpretação do *jus commune* em matéria processual para o direito brasileiro⁵⁴². “O direito do processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional”⁵⁴³, representando uma forma mínima de atuação processual do Estado, sendo sua atenção requisito necessário e substancial para a obtenção de decisões justas, e, neste sentido, importante perceber que:

A Constituição faz menção à locução devido processo legal (...). A expressão é criticável (...). Em primeiro lugar, porque remete ao contexto cultural do Estado de Direito, em que o processo era concebido unicamente como um anteparo ao arbítrio estatal, ao passo que hoje o Estado Constitucional tem por missão colaborar na realização de tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo. [Ainda], é preciso perceber que os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade (...) decorrem dos princípios da liberdade e da igualdade⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 615 – 623.

⁵⁴² Vinculação da ideia do direito fundamental ao processo justo está calcada nas Emendas V e XIV à Constituição dos Estados Unidos da América, as quais indicam, respectivamente: “i) *Amendment V. No person shall be (...) deprived of life, liberty, or property, without due process of law*”; ii “*Amendment XIV. Section 1. (...) nor shall any State deprive any person of life, liberty, property, without due process of law*” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 615).

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 616.

⁵⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 616.

Desta medida a vinculação de um direito processual justo – o qual é balizado por um modelo mínimo de composição processual – consoma-se com os fins dos meios restaurativos, no sentido de que, demonstra ser um modelo expansionista, variável – podendo assumir diferentes formatos – e perfectibilizável, sendo de responsabilidade de todos os envolvidos no conflito intensificar os propósitos do Estado Constitucional⁵⁴⁵.

Ademais, às vistas do direito processual justo procuram garantir a consecução de uma decisão justa, sendo o instrumento para o exercício da “pretensão à justiça e pretensão à tutela jurídica”, sendo seu cerne diante do Estado Constitucional. O processo criminal, abarcando os meios pacíficos de solução dos conflitos conquistados por meio da aplicação de métodos restaurativos, submete-se “à cláusula do processo justo para sua adequada conformação”⁵⁴⁶. Diante dessa cláusula do processo justo, deve-se ter em mente que há um perfil mínimo para sua realização, – que coaduna com os fins restaurativos – assegurando seu núcleo essencial e inalienável, podendo-se destacar, neste diapasão, a constituição de um processo que tem a capacidade de “prestar tutela adequada e efetiva, em que partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa”⁵⁴⁷ e promovendo uma razoável duração do processo e uma solução satisfatória às partes. Ademais, o processo justo pressupõe e requer a composição do direito à tutela jurisdicional adequada, objetivando a otimização de soluções em concordância com o direito fundamental ao processo justo⁵⁴⁸.

Na identificação trazida à baila em relação ao direito fundamental ao processo justo, verifica-se que tal direito *jus* fundamental está contemplado diante da categoria dos direitos à participação e organização e ao procedimento de realização dos direitos⁵⁴⁹, sendo que tal dimensão dos direitos fundamentais está vinculada com a designação de *status activus processualis*⁵⁵⁰, ou seja, na

⁵⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 617.

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 618.

⁵⁴⁷ Ibidem, p. 619.

⁵⁴⁸ Ibidem, p. 620 e 623.

⁵⁴⁹ MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 150.

⁵⁵⁰ MALIKSA traz tal concepção por meio da ideia dimensionada por Häberle (MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 150); v.

defesa dos direitos de participação dos cidadãos com a finalidade de garantir a perspicuidade democrática⁵⁵¹, bem como na dimensão procedimental dos direitos fundamentais, que também pode ser qualificada de um autêntico devido processo dos direitos fundamentais⁵⁵², vinculando-se, portanto, à concepção dos direitos fundamentais como participação democrática, que consiste no cerne da atuação das partes em termos de justiça restaurativa, – participação democrática da vítima, da comunidade e do ofensor para a solução pacífica do conflito, com a finalidade de um acordo – encapando a ideia de que tal modelo de justiça se faz capaz tal qual fundamento que protege os direitos fundamentais.

A ideia da participação democrática, também é destacada por MALISKA⁵⁵³ no sentido da “democratização de democracia”, concepção política europeia dos anos 1960, e da “relevância do procedimento como instrumento de legitimação [e] dinamização das leis fundamentais através da ‘processualização da Constituição’” para a participação efetiva das partes envolvidas no conflito. Tal concepção advém do sentido de que “a democracia não se desenvolve apenas no contexto da delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais, mas também mediante as alternativas, as possibilidades e as necessidades da realidade”⁵⁵⁴, ademais, para SARLET, há possibilidade de exigir-se do Estado meios que “objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento”⁵⁵⁵, o que pondera a utilização de medidas restaurativas para a ampliação do aspecto democrático à protetividade dos direitos no Estado Constitucional, sustentando positivamente à centralidade da justiça restaurativa que vincula a atuação dos envolvidos na contenda em conjunto ao Poder Judiciário, não pretendendo atuar de forma autônoma, mas

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 546 – 547.

⁵⁵¹ MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 151.

⁵⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 225 – 226.

⁵⁵³ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 88

⁵⁵⁴ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: abertura, cooperação, integração**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 89; v. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 36).

⁵⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 229.

ampliando os aspectos democráticos, os quais se fazem necessários à efetivação dos direitos fundamentais.

O condão restaurativo deve ser percebido como norma jurídica fundamental, uma vez que representa a consolidação, tanto dos princípios constitucionais estruturantes quanto do valor basilar do Texto Magno, traduzido por meio da dignidade da pessoa humana, os quais estão presentes na Constituição Federal de 1988. Por meio dos direitos enfatizados pelo modelo restaurativo, podem ser materializados os valores formadores da ordem jurídica democrática, posto possibilitar por meio do diálogo entre os envolvidos no conflito penal a edificação de uma sociedade calcada nos pilares democráticos e que permitem a efetivação dos direitos fundamentais por meio da solução pacífica dos conflitos⁵⁵⁶.

A paz é um dos objetivos mais importantes do direito. A garantia de direitos tem como consequência a contrariedade de interesses e, por vezes, o conflito. No entanto, dialeticamente a tensão decorrente da existência de interesses contrapostos decorrentes do reconhecimento de direitos não afasta a superação dessa tensão e a busca da paz social. Uma sociedade democrática vive em tensão permanente, visto que os direitos são afirmados a toda hora e a pacificação social depende de decisões pautadas juridicamente. Desta forma, o direito tem como finalidade social a pacificação da sociedade por meio de decisões juridicamente sustentáveis. Quanto mais desenvolvida for essa sociedade, maior será o número de conflitos a serem pacificados, visto que, quando os cidadãos possuem consciência de seus direitos, lutam por eles. Portanto o conflito e a pacificação constituem a dialética própria do direito⁵⁵⁷.

Das lições de MALISKA⁵⁵⁸, retira-se que a paz, no sentido de solução pacífica dos conflitos, deve ser realizada de modo positivo, ou seja, vinculada à justiça e, no âmbito da promoção da restauração existem elementos suficientes

⁵⁵⁶ AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa**: a humanização do sistema processual penal como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 124 – 125.

⁵⁵⁷ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013, p. 29.

⁵⁵⁸ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013, p. 30.

que possibilitam a promoção da paz, por meio de um modelo de justiça baseado na comunicação não violenta entre os envolvidos no conflito penal e na promoção dos ditames constitucionais, com a finalidade de que, em uma sociedade complexa, tal qual a brasileira, os cidadãos devem ter seus direitos preservados e a justiça restaurativa, vinculada com seus aspectos altamente democráticos e valorizadores do Estado Democrático de Direito, buscam efetivar os direitos fundamentais para uma resposta pacífica às conflagrações criminais.

Diante de uma atividade democrática e participativa, legitimada pela voluntariedade das partes envolvidas, pode-se chegar a um satisfatório e célere acordo entre vítima, ofensor e comunidade, proporcionando a concretização dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Resta ao Poder Judiciário o aprimoramento e desenvolvimento da justiça no país a partir dos princípios e valores aos quais ela se propõe, buscando, com resultados realmente satisfatórios e restauradores – sem o uso de máscaras, tal o que vigora em solo brasileiro – sua institucionalização, como forma de uma realização enfática tal qual política pública.

Resta claro que valores, princípios e, especialmente, a preocupação com a utilização da justiça restaurativa de forma aperfeiçoada é um atributo para a melhor credibilidade do Poder Judiciário no país, com a ampliação ao acesso e qualidade das necessidades das vítimas e dos ofensores, tal qual meio de materializar a participação democrática, numa perspectiva de proteger e garantir os direitos fundamentais, como uma engrenagem para a concreta promoção da dignidade da pessoa humana.

Assim, com respeito ao pluralismo, a liberdade de expressão e ao poder de decisão direto dos afetados pelo conflito, com o apoio do Poder Judiciário, de forma ampla, participativa e eficaz, a justiça restaurativa demonstra um caminho seguro para promoção da paz com a concretização do Estado Democrático Constitucional e confirmação dos direitos *jus* fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça restaurativa não é o remédio da cura para o processo criminal no Brasil. A posição de que ela deve ser autônoma, desvinculada do Poder Judiciário, produzindo efeitos imediatos, céleres e efetivos é mera utopia construída pela farmácia jurídica que, por vezes, transforma os processos restaurativos em apostilas, tal qual fórmula que será a cura para a transformação do complexo ordenamento jurídico brasileiro.

A negativa feita resulta da análise e da oitiva de ponderações desmedidas que disseminam valores e princípios que não pertencem aos propósitos restaurativos, resultando em ineficiência ou projetos caducos.

O cerne da restauração está na alteridade, ou seja, na democrática participação de vítimas, ofensores e comunidade, com o objetivo de um acordo final que reestabeleça o laço entre as partes, por meio de uma resolução pacífica do conflito e que edifique os pilares constitucionais, especialmente no que concerne ao restabelecimento da dignidade da pessoa humana e da consequente afirmação dos direitos fundamentais.

O quadro da justiça restaurativa no Brasil é caótico, sua aplicação sem propósitos e sem a atenção ao sustentáculo restaurativo foi demonstrado por meio do Relatório Analítico Propositivo do Conselho Nacional de Justiça, publicado em 2018, o qual debruçou-se na pesquisa de gestão e resultado dos programas restaurativos em vigor no Brasil entre os anos de 2005 e 2017.

O protagonismo do Poder Judiciário, ao invés de alicerçar os propósitos da alteridade e da democracia participativa, advindos do assento restaurativo, faz resultar em desconstruções dos propósitos de restauração e da visualização de programas que podem ser observados como experiências negativas ou recheados com lacunas.

Não se pode negar que a compreensão da justiça restaurativa é complexa, especialmente em um país no qual a demanda generalizada é pela aplicação imediata de uma pena. A politização do aumento da percepção de insegurança repercute em diversos setores da vida em sociedade e sob a ótica penal. É coerente que, em um quadro como este, a manifestação crítica aglutine esforços para o estabelecimento de instrumentos políticos e normativos de limite e retenção à decisão e à quebra de direitos.

O propósito central desta dissertação é ampliar a discussão dos meandros constitucionais sob a ótica da restauração e incentiva-se maior exploração. A essencialidade da pesquisa é instigar a ampliação para o diálogo acadêmico. Aqui não há uma resposta pronta, portanto; esta pesquisa defende especialmente que o *modus operandi* dos programas que utilizam mecanismos restaurativos no Brasil tenham seus propósitos balizados pela alteridade e pela democracia participativa, em busca de um resultado processual justo, com vistas a proporcionar aos envolvidos no conflito o restabelecimento da dignidade – pilar do Estado Democrático de Direito, a fim de alcançar a afirmação dos direitos fundamentais, ao invés da canalização institucional da hostilidade.

Mister salientar que as teorias retributivistas da pena não devem ser ignoradas por justificativas utilitaristas, mas devem ser indagadas em suas contradições internas e distantes as causas morais que suportam a benemerência da punição. A profundidade expressiva e comunicativa, não obstante, deve ser tomada a sério, sem que a afluência, a hostilidade e a violência sejam vistas como elementos necessários à punição – na interpretação de punição como castigo doloroso e institucionalizado.

Aqui opera o obstáculo. No afastamento da afluência, a comunicação deve permitir guaridas para a prontidão aos sujeitos vitimizados e criminalizados para que sejam desafiados a ressignificar o ocorrido e propor medidas criativas e simbólicas de reparação e restauração.

Para que haja possibilidade, as acepções doutrinárias devem trocar as lentes e estabelecer caminho adiante da crítica ao poder punitivo reconduzido a uma função estatal, consolidando a alforria do interacionismo e a compreensão da concepção de controle social tal qual a eficiência de regulação com a diminuição da coerção estatal e da afluência.

Contudo, a atual condução política e o medo institucional de que práticas de restauração sejam responsáveis pelo enfraquecimento do Estado e da gestão do Poder Judiciário, acabam por produzir maneiras de punição fundamentalmente contrárias à alteridade e à responsabilidade, autorizando a pregação da punição por meio da pena de quaisquer balizas e majorando sua afluência.

Deste modo quando remete-se a ideia da institucionalização das práticas de restauração, deve-se atentar com muita cautela para o objetivo central da

aplicação dos programas, que, especialmente, devem estar afastados do discurso de punição pautado na dor. Do contrário o cenário de preservação dos preceitos constitucionais permanecerá sem efeitos e com a continuidade da desvalorização dos direitos fundamentais, do discurso democrático criminal e da dignidade da pessoa humana, subsistindo as restrições estatais à aplicação dos direitos *jus* fundamentados à realidade fática. Tal apontamento não se opõe, todavia, à convivência da restauração e do sistema de justiça criminal – pautado no Código de Processo Penal e no Código Penal – crendo na paulatina e impreterível deslegitimação do sistema punitivo consecutivo da compreensão, por todos, de que práticas de censura sem punir por meio da aplicação da pena e sem ser uma ação desumana são possíveis.

Com as práticas restaurativas, para além da concepção de cidadania e dos fundamentos político-filosóficos, estar-se-ia falando em um modelo de justiça inclusiva e baseado na solução pacífica dos conflitos, com a eminência da democracia participativa para a confirmação dos direitos fundamentais, na construção de outro meio de censurar, fundado na libertação da alteridade e da responsabilidade para a participação à solução dos conflitos criminais e da sustentação por base em um devido processo legal substantivo, calcado na objetivação de um processo justo, posicionando os direitos fundamentais como dentro da categoria de direitos à organização e ao procedimento, justamente a conjuntura vinculante dos direitos fundamentais à concepção da participação nos procedimentos da realização dos direitos, ou seja, seu *status activus processualis*, vinculando, portanto a justiça restaurativa à efetivação dos direitos fundamentais como participação democrática.

Ainda, ponto central que deve ser destacado é o resgate da vítima ao processo penal. A vítima deveria ter sido preservada, mas foi esquecida nas masmorras do processo penal. Com os movimentos vitimológicos, foi possível operacionalizar a importância do resgate da vítima como elemento essencial na construção da base restaurativa, para a composição da alteridade na responsabilidade e para a pronta devolução do sentimento de dignidade advindo das práticas restaurativas.

Não se advoga que a justiça restaurativa atue de forma autônoma. Desejar essa autonomia é o mesmo que ignorar o véu de toda a construção do propósito da restauração, uma vez que, para o ordenamento jurídico brasileiro,

a atuação do Poder Judiciário não desvincular-se-á da seara criminal em tempos próximos. O que a esfera estatal deve compreender, no desenvolvimento de programas restaurativos, é a viabilização ativa dos sujeitos diretamente vinculados com o conflito, em especial para preservar a comunicação democrática, demonstrando a possibilidade de aplicar um meio de censura que seja eficaz para consumir os direitos e garantias fundamentais.

Válido lembrar que a desconstrução do objetivo da justiça restaurativa no Brasil – por meio das análises dos programas de restauração entre os anos de 2005 e 2017 – abre espaços que, ao invés de promoverem o diálogo entre os envolvidos no conflito, têm servido como momentos de disciplinamento e controle, o que lembra a mofada justiça criminal, fundamentada no positivismo criminológico e no correccionalismo.

É considerável expor que a pretensão das críticas que foram apresentadas à maneira da operacionalização dos mecanismos restaurativos no país, não é sinônimo de pedir que seja sancionado o abandono das práticas no Brasil. Pelo contrário, a ambição é procurar o aprofundamento da reflexão sobre a patologia da justiça restaurativa, para apresentar um prognóstico afim de resistir à consolidação de um modelo de justiça restaurativa pouco democrático e que se afaste das finalidades fundamentais da Constituição de 1988.

Não poder-se-ia afastar a construção crítica no sentido de que no Brasil, onde o sistema penal é altamente instrumentalizado, de modo seletivo, para a gerência penal da pobreza, o fechamento de espaços de participação torna-se claramente cruel.

Assim, é salutar edificar uma justiça restaurativa que se baseie na democracia participativa para a promoção dos direitos fundamentais, buscando o cumprimento com a base do Estado Democrático de Direito, ampliando os espaços de diálogo em relação a justiça restaurativa no Brasil e sendo indispensável que a alçada jurídica mude seu comportamento, e que tanto o Poder Judiciário quanto a academia se abram para a difusão de ideias e valorização da ordem constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel Silva; RODRIGUES, Roberto da Rocha. Tempo, memória e direito no século XXI: o delírio da busca da verdade no processo penal. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, v. 4, jan/dez. 2005.

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Mulher, violência doméstica e justiça restaurativa: sobre a necessidade de superação da violência doméstica no Direito Penal. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 52, out/nov, 2008.

_____. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa**: a humanização do sistema processual penal como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ANDERSON, Jami. Reciprocity as a justification for retributivism. **Ethics**, 16:1, Institute for Criminal Justice Ethics: 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Sequência**. Florianópolis, v. 52, 2006.

_____. **Pelas Mãos da Criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ARAUJO, Luiz Alberto David. Tortura e Tratamento Degradante. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. Brasília: Saraiva, 2018.

ARRUDA, Samuel Miranda. O Direito Fundamental à razoável duração do processo. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. Brasília: Saraiva, 2018.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. Que “paz” é essa? Os significados do conflito na cultura jurídica brasileira e a justiça restaurativa no Brasil. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Crime e Interdisciplinaridade - Estudos em homenagem a Ruth Maria Chittó Gauer**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre e CARVALHO, Salo de (orgs.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

BARATTA, Alessandro. Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti dell'uomo come oggetto e limite della legge penale. **Dei Delitti e Delle Pene**, n. 3, 1985, Bari: Scientifiche Italiane.

_____. Reintegrazione sociale. Redefinizione del concetto ed elementi di operazionalizzazione”. **Dei Delitti e Delle Pene**. v. 3. Torino: Gruppo Abele, 1994.

_____. Vecchie e nuove strategie di legittimazione della pena. **Dei delitti e delle pene**. v. 2, Bari: Scientifiche Italiane, 1985.

BARRETO, Tobias. Fundamento do direito de punir. **Estudos de Direito**. Brasília: Senado Federal, 2004.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BATISTA, Nilo. Alguns princípios para a reforma da justiça criminal. In: **Novas tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BEAN, Philippe **Punishment: a philosophical and criminological inquiry**. Oxford: Martin Robertson, 1981.

BECCARIA, Cèsare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini & Alessandro Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BELLAVISTA, Girolamo. **Studi sul processo penale**, v. I. Milano: Giuffrè, 1952.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa em face da criminologia da reação social. In SLAKMON, C.; MACHADO, M.R.; BOTTINI, P. C. (Orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. In: Benhabib, Seyla (Ed.). **Democracy and Difference**. Princeton: Princeton University Press, 1996.

BENTHAM, Jeremy. **The rationale of punishment**. London: Prometheus, 2009 [1830].

BERGALLI, Roberto. De cuál derecho y de qué control social se habla? In: **Contradicciones entre derecho y control social**, Barcelona: M.J.Bosch, 1998.

BERINSTAIN, Antonio. **La pena-retribución y las actules concepciones criminológicas**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Grundrechte als Grundsatznormen**. 2 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1981.

BODÊ DE MORAES, Pedro Rodolfo. A justa medida da pena. Prefácio. In: SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

BOONIN, David. **The problem of punishment**. New York: Cambridge University Press, 2008.

BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição penal e normalização**. Florianópolis: Conceito, 2010.

BOUCHARD, Marco; MIEROLO, Giovanni. **Offesa e riparazione**: per una nuova giustizia attraverso la mediazione. Milano: Bruno Mondatori, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRAITHWAITE, John. Principles of Restorative Justice. Von HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds.). **Restorative Justice & Criminal Justice**: Competing or Reconcilable Paradigms? Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

BRAITHWAITE, John. Restorative Justice and a better future. **Dalhousie Review**, v. 76, n. 1, 1996.

Disponível em: http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDk4>.

_____. **Restorative Justice and Responsive Regulation**. New York: Oxford University Press, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Relatório Analítico Propositivo. Direitos e Garantias Fundamentais. **Pilotando a Justiça Restaurativa**: o papel do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2018.

_____, STF – **ADI (MC) nº. 1.511**. Voto do Min. Carlos Velloso (DJ 06.06.2003).

_____, STF – **AI nº. 529.733**. Voto do Min. Gilmar Mendes (DJ 01.12.2006).

BRICOLA, Franco. Teoria generale del reato. **Novissimo Digesto Italiano**, vol. XIV. Torino: Utet, 1973.

BURGH, Richard. Do the guilty deserve punishment? **The Journal of Philosophy**. v. 79, n. 4, 1982.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Almedina, 2000.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**, v. I, Padova: Cedam, 1926.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Princípio da Humanidade. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. Brasília: Saraiva, 2018.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. O poder político do Poder Judiciário, **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 38, jan./mar. 2002.

CASTRO, Josefina. O processo de mediação em processo penal: elementos de reflexão. **Revista do Ministério Público**, a. 27, n. 105, jan/mar. 2006.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. **Interpretação Constitucional e Prestação Jurisdicional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHAMBLISS, William. Functional and Conflict Theories of Crime: the heritage of Emile Durkheim and Karl Marx. In: CHAMBLISS, William; MANKOFF, Milton (ed.). **Whose Law, What Order?** New York: John Wiley Sons Inc., 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**, vol. II. 2°. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957.

CHRISTIE, Nils. **A suitable amount of crime**. New York: Routledge, 2004.

_____. Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, [S.l.], v. 17. n. 1. p. 1-15, Jan. 1977.

CLARKE, Dean. Justifications for punishment. **Contemporary Crises**, 6:1, 1982.

COHEN, Joshua; SABEL, Charles. Extra rempublicam nulla justitia? **Philosophy and public affairs**. Princeton, v. 34, n. 2, p. 147-175, mar. 2006.

COHEN, Stanley. **Visions of social control**, Cambridge: Polity Press, 1985.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. "PENA (verbete)". BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. Neoliberalismo e Sistema Punitivo. WOLFF, Maria Palma; CARVALHO, Salo de (org.). **Sistemas Punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DALY, Kathleen. Making variation a virtue: evaluating the potential and limits of restorative justice. In: WEITEKAMP, E. G. M.; KERNER, H-J (Ed.), **Restorative justice in context: International practice and direction**. Cullompton: Willan Publishing, 2003.

DERRIDA, Jacques. Force de loi: le fondement mystique de l'autorité. **Cardoso Law Review**. vol.11, jul.ago. 1990, n. 5-6.

_____. **On cosmopolitanism and forgiveness**. London: Routledge, 2001.

DIVAN, Gabriel Antinolfi; HUMES, Keli Ananda. Assimilação de preceitos restaurativos pela dogmática jurídica e o medo do novo: estagnação ou retrocesso? **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 59, dez/jan. 2010.

DOLINKO, David. Some thoughts about retributivism. **Ethics**, v. 101, n. 3, Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

DUFF, R. Anthony. Restorative punishment and punitive restoration. JOHNSTONE, Gerry (ed.). **A Restorative Justice Reader**, Cullompton: Willan Publishing, 2003.

DURKHEIM, Émile. **A divisão do trabalho social**, Brasília: Martins Fontes, 1999 [1830].

_____. **As regras do método sociológico**, 17^a ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 2002.

_____. Deux lois de l'évolution pénale. **Année Sociologique**, IV, 1899-1900.

ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. **O tempo das vítimas**. Trad. Lucia Valadares. São Paulo: Editora FAP – Unifesp, 2012.

ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. **Quadernos de conferencias y artículos**. v. 18, Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1998.

FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. **Monist**, 49:3, 1965.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FILGUEIRA, Elissandra Barbosa Fernandes. **Justiça Restaurativa no sistema penal e processo penal como forma de concretização do Estado Democrático Constitucional**. 251 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Constituição e Garantia dos Direitos, UFRN, Natal, 2013.

FIONDA, Julia. **Public Prosecutors and Discretion**. Oxford: Clarendon Press, 1995.

FLETCHER, George. **Rethinking criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARCIA JUNIOR, Ivan Chaves. A justiça restaurativa como instrumento para garantir a dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo: Universidade Passo Fundo, v. 28, n. 1, p. 133 – 148, jan./jun. 2014.

GARGARELLA, Roberto. **Da injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008.

_____. **Las teorías de justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política**. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. Penal Coercion in Contexts of Social Injustifce. **Criminal Law ans Philosophy**, v, 1, n. 1, 2011.

GARLAND, David. **Punishment and Modern Society: a study in a social theory**. Oxford: Oxford University Press, 1990.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLSCHANOWSKI, Nikolai. A Pena Estatal contra a Democracia: Reflexões a partir da Filosofia Política. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 50, jan/jun. 2017.

_____. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. Pobreza, Culpabilidade e Prisão: diálogos entre a ética da libertação e o direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 94, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

GRECO, Luís. A Ilha de Kant. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Org.). **Direito Penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de setembro de 2012. Madri: Marcial Pons, 2012.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena – I. **Revista de Direito GV 4**, v. 2, n. 2, jul.dez/2006, p. 194.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert Lionel. Prolegomenon to the Principles of Punishment. **Punishment and responsibility**: essays in the philosophy of law. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. 2ª ed. Trad. Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

_____. Prevención gederal y aplicación de la pena. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. **Principales problemas de la prevención general**. Trad. Gustavo Aboso & Tea Low. Buenos Aires: B de F, 2006.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios de Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HIRST, Paul. The concept of punishment. DUFF, Ronald; GARLAND, David (ed.). **A Reader on Punishment**. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HOYLE, Carolyn; ZEDNER, Lucia. Victims, victimization and criminal justice. MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (Org.). **The Oxford Handbook of Criminology**. 4 ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lucia Karam. Niterói: Luam, 1993.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. III (arts. 75 a 101). 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959 [1948].

INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE (ILANUD). **Sistematização e Avaliação de Experiências de Justiça Restaurativa**, 2006.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

JAKOBS, Günther. **Sobre la teoria de la pena**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

KANT DE LIMA, Roberto. Administração de conflitos, espaço público e cidadania. Uma perspectiva comparada. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, ano 1, n. 2, dez. 2001.

_____. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. In: **Anuário Antropológico**, 2009-2, 2010.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KEMELMAJER, Aída. **Em búsqueda de la tercera vía**. La llamada “justicia restaurativa”, “reparativa”, “reintegrativa” o “restitutiva”. Disponível em: <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1723/12.pdf>>.

KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008.

KOZICKI, Katya. A política na perspectiva da filosofia da diferença. OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilon Alves; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva (org.). **Filosofia política contemporânea**, Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

LEMERT, Edwin. Beyond Mead: the societal reaction to deviance. **Social Problems**, vol. 21, n. 1, 1973.

LIEBMAN, Marian. **Restorative Justice: How it Works**. London and Philadelphia: Jessica Kingsley Publishers, 2007.

LONDON, Ross. **Crime, punishment and restorative justice**: from the margins to the mainstream. Boulder: First Forum Press, 2011.

LUZ, Ilana Martins. Da sanção ao preceito: o contributo da justiça restaurativa para a modificação da reciprocidade penal moderna. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 70, out/nov. 2011.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: abertura, cooperação, integração. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MANNOZZI, Grazia. **La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale**. Milano: Giuffrè, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARX, Karl. **On Capital Punishment**. New-York Daily Tribune, London, Fev. 1853.

Disponível em: <http://www.marxists.org.archive/marx/works/1853/02/12.htm>.

MEAD, George H. The Psychology of Punitive Justice. **The American Journal of Sociology**, vol. XXIII, n. 5, Chicago: The University of Chicago Press, 1918.

MELLO, Kátia Sento Sé. **A mediação judicial de conflitos em perspectiva: moralidades e ética na construção do diálogo**. 2017. Inédito.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLOKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Gomes Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). **Justiça restaurativa**: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

MELOSSI, Dario. Overcoming the crisis in critical criminology: toward a grounded labeling theory. **Criminology**, v. 23, n. 2, 1985.

_____. **The State of Social Control**, Cambridge: Polity Press, 1990.

MENDELSON, Benjamin. Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: victimologie. **Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique**, 11 (2), 1956.

MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas**. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, Coleção Pensamento Criminológico, n. 18, 2012.

MENNINGER, Karl. *Therapy, not punishment*. BAIRD, Robert. ROSENBAUM, Stuart. (Org). **Philosophy of Punishment**. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1988.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**. Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

MIRANDA RODRIGUES, Anabela. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORGADO, Helena Zani. **Direito penal restaurativo: em busca de um modelo adequado de justiça criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

MORRIS, Hebert Burrows. *Persons and Punishment*. BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (Org.) **The philosophy of punishment**. Buffalo, NY: Prometheus Books, 1988.

MUMME, Monica. *Justiça Restaurativa: um caminho de valor social que acontece no coletivo*. In: PELIZZOLI, Marcelo Luiz (Org.). **Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social**. Caxias do Sul: Educus; Recife: UFPE. 2016.

MUNDLE, C.W.K. *Punishment and Desert*. ACTION, Harry Burrows (Ed.). **The Philosophy of Punishment**. Great Britain: Macmillan, 1969.

MURPHY, Jeffrie. *Marxism and Retribution*. **Philosophy and Public Affairs**. v. 2, n. 3, 1973.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven & London: Yale University, s.d.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 1 ed (ano 2008). 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 2002/12**. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&>>.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa e Democracia: para além da democracia deliberativa*. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais: Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. 4., 2013,

Porto Alegre. **Anais**. Porto Alegre, 2013, p. 10. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais>.

_____. Possibilidades do trágico na justiça restaurativa. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez, n. 30, jul/set. 2008.

_____. **A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário**: permanências e inovações no campo da administração de conflitos. 286 f. 2017. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre.

_____. Restorative Justice and the decision-making process beyond deliberative democracy? In: AERTSEN, Ivo; PALI, Brunilda (eds.). **Critical restorative justice**. London: HART, 2017.

PARK, Robert; BURGESS, Ernest W. **Introduction to the science of sociology**. 3. ed. Chicago: The University of Chicago Press., 1969 [1921].

PARKINSON, John and ROCHE, Declan. **Restorative Justice: deliberative democracy in action?** Australian Journal of Political Science, 39:3, 2004.

PARSONS, Talcott. **The Social System**. New York: The Free Press, 1951.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal**: uma introdução crítica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PAVARINI, Massimo. Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile. In: PICOTTI, Lorenzo (Org.). **La mediazione nel sistema penale minorile**. Padova: Cedam, 1998.

_____. La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad. **Capítulo Criminológico**, n. 21, Maracaibo: Universidad del Zulia, 1993.

_____. **Lo scambio penitenziario**: manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva. 2 ed. Bologna: Martina, 1996.

PEIXOTO, Maria Gabriela Viana. **Vítimas e controle punitivo**: um percurso pelos discursos acadêmicos no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PELIZZOLI, Marcelo L. Cultura de paz restaurativa. In: PELIZZOLI, Marcelo L. (org.). **Justiça restaurativa**: caminhos da pacificação social. Caxias do Sul: EDUCS/ Recife: UFPE, 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro**, v. 29, 2016.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa: um novo caminho? **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez/jan, 2008.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos estudos CEBRAP**. São Paulo: CEBRAP, n. 68, 2004.

_____. Kant face à la justice criminelle. In: PIRES, Alvaro; DEBUYST, Christian; DIGNEFFE, Françoise; LABADIE, Jean-Michel (Org.). **Historie des savoirs sur le crime et la peine. Tome II. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**. Montreal: Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998.

PRIMORATZ, Igor. **Justifying legal punishment**. New Jersey: Humanities Press, 1989.

QUINTON, Anthony. On Punishment. ACTON, Harry Burrows (Ed.). **The Philosophy of Punishment**. Great Britain: Macmillan, 1969.

RAWLS, John. Two concepts of rules. ACTON, Harry Burrows. (Ed.) **The Philosophy of Punishment**. Great Britain: Macmillan, 1969.

RESTA, Eligio. **La certezza e la speranza: saggio su diritto e violenza: saggio su diritto e violenza**. Bari: Laterza, 1992.

ROBALO, Tereza Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça Restaurativa: um caminho para humanização do Direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

ROCHE, Declan. **Accountability and Restorative Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ROLIM, Marcos. Justiça restaurativa: para além da punição. In: ROLIM, Marcos. **Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos**. Porto Alegre: Instituto de Acesso à Justiça – IAJ, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Práticas e Possibilidades. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, v. 9, n. 50, Porto Alegre: 2008.

ROSEMBLAT, Fernanda Fonseca. Pesquisa em Justiça Restaurativa. In: PELIZZOLI, Marcelo (Org.). **Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social**. Caxias do Sul: EducS; Recife: UFPE. 2016.

ROSS, Edward. **Social Control: a survey of the foundations of order**. New York: Johnson Reprint, 1901.

ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. **Problemas fundamentais do Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986.

RUGGIERO, Vincenzo. **Il delitto, la legge, la pena: la contro-idea abolizionista**. Torino: Abbele, 2011.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999. [1939].

SALAS, Denis. **La volonté de punir**: essai sur le populisme penal. Paris: Hachette Littératures, 2008.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTANA, Selma Pereira de. A vitimodogmática: uma faceta da justiça restaurativa? In: **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 62, jun./jul. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 10, 1982.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Segurança. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. Brasília: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza: Unichristus, v. 4, n. 7, 2006.

_____. Dos direitos e garantias fundamentais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2 ed. Brasília: Saraiva, 2018.

SBRICCOLI, Mario. **Crimen Laesae Maiestatis**: il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna. Milano: Giuffrè, 1974.

SCALI, Melania; VOLPINI, Laura. L'ascolto delle vittime nella mediazione penale. PISAPIA, Gianvittorio (org.). **Prassi e teoria della mediazione**. Padova: Cedam, 2000.

SCHIFF, Mara. Models, Challenges and the Promise of Restorative Conferencing Strategies In.: Andrew von Hirsch, et. al. (Ed.). **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

SCHUCH, Patrice. **Direitos e afetos**: análise etnográfica da “justiça restaurativa” no Brasil. Trabalho apresentado no 30º Encontro Anual da ANPOCS, 2006.

_____. **Práticas de Justiça**: Uma Etnografia do “Campo de Atenção ao Adolescente Infrator” no Rio Grande do Sul depois do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out/nov. 2008.

SHAPLAND, Joanna. “Restorative justice and criminal justice: just responses to crime?”. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). **Restorative justice and Criminal justice**: competing or reconcilable paradigms? Oxford: Hart Publishing, 2003.

SHERMAN, Lawrence; STRANG, Heather. **Restorative Justice**: the evidence. Londres: The Smith Institute, 2007.

SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. **De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, n. 12, Belo Horizonte: 2009.

_____. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

SINHORETTO, Jacqueline. **A justiça perto do povo**. Reforma e gestão de conflitos. São Paulo: Alameda, 2011.

SIQUEIRA Jr, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 21, Lisboa, 1983.

SPECTOR, Malcolm; KITSUSE, John I. **Constructing Social Problems**, Cambridge: Policy Press, 1997.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

STRATENWERTH, Günther. **Qué aporta la teoría de los fines de la pena?** Trad. Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

STRECK. Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

STUART MILL, John. April 1868 speech on Capital Punishment. In: **Utilitarianism**. Cambridge: Hackett Publishing Company, 2011.

_____. **Utilitarianism**. Cambridge: Hackett Publishing Company, 2011.

SUMNER, Colin. Social Control: The History and Politics of a Central Concept in Anglo-American Sociology. In: BERGALLI, Roberto; SUMNER, Colin (coord.). **Social Control and Political Order: European Perspectives at the end of the century**. London: Sage, 1997.

TAVARES, Juarez. A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no Estado Democrático. ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (Org.). **Estudos críticos sobre sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário**. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 867.

TELLO, Nancy Flemming. A justiça restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out/nov. 2008.

TIVERON, Raquel. A justiça restaurativa e a emergência participativa na dicção do direito: contribuições para a teoria da prática democrática. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Edições Técnicas do Senado Federal, a. 50, n. 197, jan./mar. 2013, p. 179 – 180. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/>

TONCHE, Juliana. **A construção de um modelo 'alternativo' de gestão de conflitos**: usos e representações de justiça restaurativa no estado de São Paulo. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Universidade de São Paulo, 2015.

TONRY, Michael. Introduction. Thinking about punishment. TONRY, Michael (ed.). **Why Punish? How much? A Reader on Punishment**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

VIANELLO, Francesca. **Diritto e Mediazione**. Per riconoscere la complessità. Milano: Franco Angeli, 2004.

VON HENTIG, Hans. **The Criminal and his Victim**. New Haven, Conn: Yale University Press, 1948.

VON HIRSCH, Andrew. **Censurar y castigar**. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime. VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian; BOTTOMS, Anthony (ed.). **Restorative justice and Criminal justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford: Hart Publishing, 2003.

WALKER, Nigel. **Punishment, danger and stigma**: the morality of criminal justice. Oxford: Basil Blackwell, 1980.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. I e II. Trad. Regis Barbosa e Karen Barbosa. Brasília: Ed. UnB, 2012.

WOOLFORD, Andrew. **The Politics of Restorative Justice: a critical introduction**. Manitoba: Fernwood Publishing, 2009.

YOUNG, Iris Marion. Communication and the Other: beyond deliberative democracy. In Benhabib, Seyla (Ed.). **Democracy and Difference**. Princeton: Princeton University Press, 1996.

_____. **Intersecting voices**: dilemmas of gender, political philosophy and policy. Princeton: Princeton University Press, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**: Parte General. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 19.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____. **Criminología**: aproximación desde una margen. Bogotá: Temis, 1988.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan. 2007.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre crime e justiça restaurativa. Trad. Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZIMMERMAN, Michael. **The immorality of punishment**. Toronto: Broadview Press, 2011, p. 165.