

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

ROBSON FERNANDO SANTOS

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE REPARAÇÃO DE
DANOS AO ERÁRIO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO**

CURITIBA

2019

ROBSON FERNANDO SANTOS

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE REPARAÇÃO DE
DANOS AO ERÁRIO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Pontifícia Universidade Católica do
Paraná, como requisito parcial à obtenção do
título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Ríos

CURITIBA

2019

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos CRB 9/1636

S237j
2019 Santos, Robson Fernando
A justiça restaurativa como instrumento de reparação de danos ao erário nos crimes de lavagem de dinheiro / Robson Fernando Santos ; orientador, Rodrigo Sánchez Ríos. -- 2019
201 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2019
Bibliografia: f. 189-201

1. Direito penal. 2. Lavagem de dinheiro. 3. Justiça restaurativa. 4. Pena (Direito). 5. Reparação (Direito). I. Ríos, Rodrigo Sánchez.
II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 341.5

ROBSON FERNANDO SANTOS

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE REPARAÇÃO DE
DANOS AO ERÁRIO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Presidente Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Ríos
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Antônio Carlos Efig
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Fábio André Guaragni
Universidade Unicuritiba

Prof. Dr. Paulo César Busato
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, março de 2019.

Dedico este trabalho à toda minha família,
especialmente ao meu pai, (*in memorian*) e minha mãe,
pelos ensinamentos transmitidos,
ao meu filho Fernando
e ao amor da minha vida. EVV!

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Grande Arquiteto do Universo por ter me iluminado durante todo caminho percorrido neste Doutorado, assim como me auxiliado a superar todas as dificuldades, que não foram poucas.

Agradeço ao Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Ríos, pela orientação, atenção, simpatia e pela presteza sempre dispensada.

Agradeço à toda minha família, sem deixar de reconhecer todo auxílio que me foi dado pela minha mãe e pelo meu pai, que me acompanhou desde junho de 2015, sentado ao lado de Deus.

Quero agradecer a compreensão do meu filho Fernando, pelas minhas ausências e pelas vezes que mesmo junto dele precisei dividir a nossa convivência com os compromissos dessa importante fase.

Nesse período todo, meu amor esteve comigo, foi meu grande incentivo e minha motivação, muito obrigado por tudo!

Especial agradecimento ao irmão, sócio, colega, amigo e compadre Dr. Douglas Braun, que nas minhas ausências no escritório sempre deu o suporte necessário e prestou o auxílio que esse momento exigiu.

Agradeço todo apoio, palavras de incentivo e importante contribuição para esse momento, dos irmãos e colegas Prof. Dr. Rodrigo da Costa Vasconcelos e Prof. Me. Jauro Gelhen; Prof^a. Me. Kassiana Ventura Oliveira, Prof^a. Dra. Cláudia Tais Siqueira Cagliari, Prof^a. Dra. Maria Aparecida Lucca Caovilla, Prof. Dr. Marcelo Markus Teixeira e Prof. Dr. Reginaldo Pereira.

Agradeço a Pontifícia Universidade Católica nas pessoas de todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu*, especialmente pela concessão da Bolsa CAPES, que foi indispensável para a conclusão do Doutorado.

A política criminal que impera no mundo necessita urgentemente girar em sentido inverso, vindo se converter em um fator que acabe com o alto nível de conflitividade [...].

Eugênio Raúl Zaffaroni

RESUMO

Este trabalho demonstrou a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa, em qualquer tipo de delito, abordando especificamente o crime de lavagem de dinheiro. O convívio social, organizado no modelo de Estado Democrático de Direito, consagrou o Estado como detentor do poder/dever punitivo, também limitado pela Constituição Federal de 1988. Evidencia, contudo, a falta de eficácia da pena, pois o critério retributivo da punição como castigo, por si só, não alcança a plenitude de reparação do(s) dano(s) causado(s) pelo ato ilícito criminal. Para além dessa punição, a Justiça Restaurativa apresenta-se como forma mais eficiente para resolver os conflitos penais. Vítima(s), infrator(es) e a comunidade atingida pelo delito, ou com interesse na paz social, protagonizam de forma autônoma e coletiva, no aplicar uma solução ao fato criminoso. Comparativamente, observando-se valores, procedimentos, resultados e efeitos entre a Justiça Restaurativa e a Retributiva, aquela apresenta melhores resultados à política criminal, contribuindo para o combate à criminalidade. Analisando o crime de Lavagem de Dinheiro, evidencia-se seu caráter patrimonial e a possibilidade de ressarcimento do prejuízo causado, na sua completude. Sendo a vítima desse delito a coletividade, nem sempre as melhores respostas dadas pelo *jus puniendi* do Estado são as penas previstas na Lei Penal, vez que ao erário público a reparação do dano torna-se mais relevante. O trabalho lança o caminho a ser refletido e trilhado por aqueles que visualizam essa efetiva reparação como mais eficiente ao erário, vez que conclui com a constatação de que é necessário aprimorar a possibilidade já prevista pelo próprio legislador, quando atribui ao Juiz o poder de deixar de aplicar a pena, diante da possibilidade real de substituí-la por meios mais eficientes de alcance à reparação do dano ao erário, na sua integralidade (ou o mais próximo dela). A Justiça Restaurativa, com seus princípios e procedimentos, pode ser uma realidade, aproveitando a capacidade econômica e o potencial produtivo do sujeito ativo, sem comprometer sua relevância à ordem econômica.

Palavras-chave: Conflito. Pena. Justiça Restaurativa. Reparação ao Erário. Crime de lavagem de dinheiro.

ABSTRACT

This work demonstrated the possibility of applying Restorative Justice in any type of crime, specifically addressing the crime of money laundering. The social relations, organized in the model of the Democratic State of Law, consecrated the State as having the punitive power / duty, also limited by the Federal Constitution of 1988. However, it shows the lack of effectiveness of the sentence, since the retributive criterion of punishment as punishment, by itself, does not reach full reparation of the damage (s) caused by the criminal offense. In addition to this punishment, the Restorative Justice presents itself as a more efficient way to resolve criminal conflicts. Victim (s), offender (s) and community affected by crime, or with an interest in social peace, act autonomously and collectively, not to apply a solution to the criminal act. Comparatively, observing values, procedures, results and effects between the Restorative Justice and the Retributive, that presents better results to the criminal policy, contributing to the fight against crime. Analyzing the crime of Money Laundering, it is evident its patrimonial character and the possibility of reimbursement of the damage caused, in its completeness. Being the victim of this crime, the collective, not always the best answers given by the *jus puniendi* of the State are the penalties provided for in the Criminal Law, since the treasury repair of the damage becomes more relevant. The work launches the path to be reflected and traced by those who visualize this effective repair as more efficient to the treasury, as it concludes with the observation that it is necessary to improve the possibility already foreseen by the legislature itself, when it attributes to the Judge the power to leave to apply the penalty, given the real possibility of replacing it with more efficient means of reaching the reparation of the damage to the treasury in its entirety (or the nearest of it). Restorative Justice, with its principles and procedures, can be a reality, taking advantage of the economic capacity and the productive potential of the active subject, without compromising its relevance to the economic order.

Keywords: Conflict. Penalty. Restorative Justice. Repair to the Treasury. Money Laundering Crime.

RESUMEN

Este trabajo demostró la posibilidad de aplicación de la Justicia Restaurativa, en cualquier tipo de delito, abordando específicamente el crimen de lavado de dinero. La convivencia social, organizada en el modelo de Estado Democrático de Derecho, consagró al Estado como poseedor del poder / deber punitivo, también limitado por la Constitución Federal de 1988. Evidencia, sin embargo, la falta de eficacia de la pena, pues el criterio retributivo del castigo como el castigo por sí solo no alcanza la plenitud de reparación del daño causado por el acto ilícito criminal. Además de ese castigo, la Justicia Restaurativa se presenta como una forma más eficiente para resolver los conflictos penales. Víctima (s), infractor (es) y la comunidad afectada por el delito, o con interés en la paz social, protagonizan de forma autónoma y colectiva, al aplicar una solución al hecho delictivo. Comparativamente, observando-se valores, procedimientos, resultados y resultados en una restauración y retribución, se presentó una lista de resultados en una política criminal, contribuyó para el combate a la criminalidad. Análisis del crimen de Lavado de Dinero, la evidencia de su característica patrimonial y la posibilidad de hacer un ejercicio de pérdida, se completó. Siendo la víctima de ese delito la colectividad, no siempre las mejores respuestas dadas por el *jus puniendi* del Estado son las penas previstas en la Ley Penal, en cuanto al erario público la reparación del daño se vuelve más relevante. El trabajo arroja el camino a ser reflejado y trillado por aquellos que visualizan esa efectiva reparación como más eficiente al erario, una vez que concluye con la constatación de que es necesario perfeccionar la posibilidad ya prevista por el propio legislador, cuando atribuye al Juez el poder de dejar de aplicar la pena, ante la posibilidad real de sustituirla por medios más eficientes de alcance a la reparación del daño en su totalidad (o el más cercano a ella). La Justicia Restaurativa, con sus principios y procedimientos, puede ser una realidad, aprovechando la capacidad económica y el potencial productivo del sujeto activo, sin comprometer su relevancia al orden económico.

Palabras clave: Conflicto. Pena. Justicia Restaurativa. Reparación al Erario. Crimen de lavado de dinero.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Procedimentos e número de participantes	131
Tabela 2 – Encaminhamentos	131
Tabela 3 – Justiça Restaurativa em qualquer tipo penal	132

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito

AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul

CCJC – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

CEIJ – Coordenadoria Estadual da Infância e Juventude

CEJUSCs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNV – Comunicação Não Violenta

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

MVO – Mediação Vítima-Ofensor

NUPEDH – Núcleo de Pesquisas e Estudos em Direitos Humanos

ONG – Organização Não Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

TC – Termo Circunstanciado

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 O MODELO RESTAURATIVO E A BUSCA POR UM SANCIONAMENTO EFICAZ	20
2.1 O CONVÍVIO SOCIAL E A EFETIVIDADE DA PUNIÇÃO COMO MEIO CAPAZ DE REGULAR A FORMAÇÃO DO ESTADO – UM RESGATE HISTÓRICO	21
2.1.1 Critérios, fundamentos e objetivos da pena	25
2.1.2 O papel do Poder Judiciário no controle da vida social: sua (in)eficácia e os meios alternativos	33
2.2 MODELO RESTAURATIVO E A EFETIVIDADE DA SANÇÃO APLICADA AO ILÍCITO PENAL	46
2.2.1 Mudança de paradigma: caminho para um modelo retributivo	48
2.2.1.1 Princípios restaurativos da lei penal	51
2.2.2 O (re)pensar dos instrumentos de solução de conflitos: em busca do reconhecimento social	53
2.2.3 A resolução do conflito e a autonomia dos sujeitos, para além da aplicação da pena	61
2.2.4 Credibilidade estatal como fator de eficácia da norma penal	64
3 ASPECTOS GERAIS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	71
3.1 A ORIGEM DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	84
3.2 PARADIGMAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	90
3.3 MODELOS DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL	103
3.3.1 O modelo de Justiça Restaurativa em Santa Catarina	111
3.3.2 Os projetos bem sucedidos no Estado de São Paulo	114
3.3.3 Programa de Justiça Restaurativa implantada por meio de política pública na cidade de Caxias do Sul, RS	116
3.4 LEGISLAÇÃO SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA	118
3.5 A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS COERENTES E INTELIGENTES	123
3.6 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA, EM QUALQUER TIPO PENAL.	129
4 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES DE LAVAGEM	

DE DINHEIRO	135
4.1 A SOLUÇÃO DOS CRIMES PATRIMONIAIS POR MEIO DE PROCEDIMENTOS RESTAURATIVOS	146
4.2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A REPARAÇÃO DOS DANOS AO ERÁRIO EM CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO	158
4.3 OS MECANISMOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA QUE POSSIBILITAM SUA APLICAÇÃO PARA REPARAR DANOS E A PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA	175
5 CONCLUSÃO	183
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	189

1 INTRODUÇÃO

A máxima de que o Direito Penal é a *ultima ratio* há muito fora equivocadamente invertida, pois, comumente este é invocado para resolver qualquer desavença, o que contribui inclusive com o acabrunhamento das demais áreas. Tratar tudo na esfera criminal enfraquece a norma penal, principalmente, porque resulta na banalização da conduta, colaborando, inclusive, com o descrédito do Poder Punitivo do Estado.

Visando encontrar uma alternativa mais eficaz sobre esse problema que a Justiça Restaurativa, mesmo embasada em teorias minimalistas ou abolicionistas do Direito Penal, vem demonstrando ser uma solução adequada nas demandas penais, pois apresenta instrumentos para não só restaurar as relações sociais, mas também para reparar os danos decorrentes do ato ilícito.

O maior responsável dos problemas judiciais está inserido na relação humana, uma vez que por mais complexa que seja a convivência social, decorrente de seu desenvolvimento, menor é a capacidade do próprio indivíduo em resolver seus conflitos. Obviamente, prevalecendo o respeito aos bens jurídicos, sequer haveria necessidade da aplicação de alguma regra punitiva, ou seja, àqueles que cumprem com suas obrigações, a norma penal é totalmente ineficaz, pois estes são dotados de valores éticos e morais que já os tutelam.

Diante dessa necessária autonomia social que se deve conquistar, não se faz necessário mudar o Direito Penal, deve-se, na verdade, mudar a forma de resolver as demandas criminais e aplica-lo somente quando necessário, e, a partir de então, aplicar uma forma de sancionamento eficaz, que atenda a possibilidade de não só punir, mas de também de restaurar todo dano causado.

Combater o mal, pelo mal, é a lógica do modelo de justiça retributivo, contudo, não é de hoje que a mera punição, desenvolvida por uma política criminal equivocada por parte do Estado, não demonstra resultados favoráveis no combate à violência e a criminalidade.

Na verdade, muitas vezes o que se percebe é o inverso, pois a legitimidade do Estado em simplesmente punir, torna-o um gerador da violência combatida. Para agravar ainda mais essa situação, o modelo tradicional de justiça também não logra

êxito na solução dos conflitos, aliás, esse problema, infelizmente não é um privilégio da área criminal, nas demais áreas, a lide também é mal resolvida em grande parte das demandas judiciais.

Desse problema surgem as críticas e as identificações das fragilidades do Poder Judiciário. O primeiro deles é que o modelo retributivo é unilateral e isolado das realidades em que as partes estão inseridas. Outros problemas como seletividade, morosidade e alto custo também fazem parte do dia a dia das práticas forenses, prejudicando a jurisdição prestada pelo Estado, ou pelo menos demonstrando ser insípida aos anseios dos jurisdicionados.

O *reformatio* da norma é indispensável para acompanhar a evolução humana, nesse azo, mudar o Direito Penal é sempre relevante, desde que haja interesse de mudança, pois cometer os mesmos erros é muito prejudicial, principalmente na esfera criminal, em que a regra atual já não possui credibilidade social.

Na verdade, a solução não precisa, necessariamente, substituir o Direito Penal por outra coisa melhor, basta que se mude o paradigma da justiça, implantando procedimentos melhores para aplicar a regra material penal. Se o modelo clássico de Justiça não apresenta mais resultados satisfatórios na resolução dos conflitos sociais, a construção de meios alternativos de solução destes vem apresentando saldos positivos, dentre eles pode-se citar a Justiça Restaurativa.

O presente trabalho, portanto, tem como tema principal a Justiça Restaurativa, demonstrando que esse modelo inovador de aplicar o Direito Penal é muito mais eficaz na solução dos conflitos porque não se resume, exclusivamente, a apurar as responsabilidades do Autor e ao final, inclusive, aplicar a punição, prevista na lei, como a necessária ao respectivo tipo penal. A Justiça Restaurativa preocupa-se com a restauração das relações sociais, a reparação dos danos causados, ou ainda, a conscientização de vítima e ofensor das consequências do ato criminoso para ambos. Nessa percepção, especificamente para o crime de branqueamento, a Justiça Restaurativa se apresenta como mais eficaz, especialmente por vislumbrar uma maior possibilidade da efetiva reparação do dano, ou seja, pode ser o instrumento adequado para efetivar as disposições do § 5º, do art. 1º, da Lei nº Lavagem de Dinheiro.

O presente trabalho é dividido em 03 (três) capítulos. O primeiro aborda a histórica busca por um sancionamento eficaz, a necessidade do convívio em sociedade e

a efetividade da punição. Versa sobre a pena e suas funções, vez que tida como forma de controle social, exercido pelo Estado. Nesse capítulo, a discussão é em torno da pessoa, suas relações interpessoais e o papel do Estado como controle dessas relações. Para além das penas, o Estado precisa ter credibilidade na sua imposição. Credibilidade essa reconhecida pela sociedade quando percebe e sente o equilíbrio e a efetividade na punição.

O segundo capítulo apresenta a Justiça Restaurativa, seus objetivos, seus métodos e procedimentos. O texto apresenta exemplos bem-sucedidos, de experiências que estão sendo desenvolvidas. O capítulo demonstra, ainda, que mais do que teorias e exemplos, a Justiça Restaurativa parte da ação de pessoas que tenham coragem de usar, de forma eficiente, a estrutura do Estado em busca da efetiva solução dos conflitos interpessoais.

Por fim, o terceiro capítulo vai discutir a aplicação da Justiça Restaurativa para os crimes de Lavagem de Dinheiro, fazendo uma análise quanto ao bem tutelado afetado e a abrangência do modelo restaurativo, visando responder o problema de que a Justiça Restaurativa pode ser aplicada aos crimes de lavagem de dinheiro garantindo de forma mais eficaz a reparação ao erário público.

A partir da necessária convivência entre as pessoas, a vivência em sociedade torna-se complexa e caótica. O convívio social parece ter uma dualidade: nefasto, mas imprescindível. O homem sempre teve necessidade de conviver em grupo, seja pela sua própria natureza ou para a garantia da sua subsistência.

As relações evoluíram e o surgimento das regras de conduta e da punição para aquele que não observa essas regras, se mostraram o caminho e imprescindíveis, delegando ao Estado essa incumbência, inclusive. O Direito Penal, então, passou a exercer um papel fundamental para o convívio em sociedade.

Ocorre que a sociedade e, via de consequência lógica, o Direito, são dinâmicos. As relações sociais evoluíram e evoluem, os delitos ganham a cada dia uma roupagem diferente, moderna e sofisticada. Nessa mesma dimensão, o Direito como um todo deve acompanhar esse desenvolvimento, mas, no caso específico do tema aqui apresentado, o Direito Penal precisa evoluir, com políticas criminais adequadas à realidade social.

A evolução aqui, parte da (in)capacidade de olhar para si e para o outro como sujeito de direitos – ambos. O fato de uma pessoa ter cometido um delito, não a torna menos sujeito de direitos. O contexto em que a pessoa está inserida, as oportunidades de vida, suas fragilidades e potencialidades deveriam ser levadas em consideração no momento da aplicação de uma pena, contudo, no modelo retributivo de justiça essas questões são ignoradas.

Diz-se isso porque a pena, para além de punir o delito cometido, tem também a função pedagógica tão importante quanto a punição, ou mais. Sim, pois sua função pedagógica além de fazer como que o sujeito que cometeu o delito sirva de exemplo a não ser seguido por seus pares, tenha o direito de ser, nessa mesma sociedade, reinserido.

De outro lado, o direito penal também serve para comedir o dever do Estado de punir. Ao mesmo tempo que se busca uma punição, essa deve ser equilibrada e atingir sua função, sob pena de ser arbitrária, extrapolar os limites constitucionais, e por tanto, tornar-se ilegítima.

O modelo retributivo hoje aplicado está fadado a falência, pois na prática, não consegue dar conta de cumprir seu papel e pior, muitas vezes retroalimenta essa cadeia de insucessos e fracassos.

É nesse contexto que surge a Justiça Restaurativa. Um modelo de justiça que visa a criação de métodos e procedimentos legais, capazes de trazer aos sujeitos envolvidos nos delitos, inclusive no crime de branqueamento, a possibilidade de protagonizarem a solução para o conflito penal e juntos encontrarem os meios de restaurarem as relações. É o modelo de justiça em que criminoso e vítima conseguem se olhar e se perceber.

Logicamente, nem sempre será possível se restabelecer o *status quo*, especialmente quando se trata de delitos contra a pessoa e sua integridade física, por exemplo. Porém, em alguns crimes, como o de lavagem de dinheiro, cujo dano maior é patrimonial, isso se torna perfeitamente viável.

Diante esse contexto social, dessa crise de valores e institucionais que a sociedade está imersa, há que se pensar em meios alternativos. Mais que pensar, há que se agir de forma a buscar o equilíbrio e o mínimo de convivência social pacífica. Diante a constante sofisticação do crime, o Direito Penal também precisa sofisticar-se, para

implementar, com credibilidade social, o papel punitivo do Estado Democrático de Direito.

É do lugar de operador do direito, que diuturnamente está em contato com essa realidade assustadora e, ao mesmo tempo, rica em possibilidades de resgate do ser humano e sua autonomia, que se lança o olhar sob a Justiça Restaurativa. E, diante desse horizonte de dificuldades e potencialidades, o presente trabalho se tornou um grande e apaixonante desafio.

Frisa-se que o conceito alargado conferido pela Resolução do Conselho Econômico da ONU de 2002, e, também pela Declaração da Costa Rica sobre Justiça Restaurativa na América Latina, acompanhado pelas Cartas firmadas no Brasil, possibilitam o desenvolvimento de modelos diferenciados de programas restaurativos especificadamente para solução de cada caso concreto, e, portanto, é possível adotar procedimentos restaurativos em todos os tipos penais, inclusive os econômicos.

Em 3 de março de 1998, foi promulgada a Lei que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os fins ilícitos e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, definindo suas respectivas normas por meio do Decreto 2.799, de 08 de outubro do mesmo ano. Em 09 de julho de 2012, a Lei nº 12.683, com a finalidade de tornar mais eficiente a persecução penal nos crimes de lavagem de dinheiro, altera a Lei 9.613/98, ampliando o rol de ilícitos, e criando algumas alternativas mais efetivas para combater tais ilícitos, como por exemplo a utilização das medidas assecuratórias, dentre elas o sequestro, arresto ou hipoteca.

A presente tese aborda os artifícios criados para a resolução dos crimes de lavagem de dinheiro e apresenta uma outra alternativa capaz de tornar a persecução penal mais efetiva no que concerne à identificação dos ativos e a restituição dos valores, visando reparar os prejuízos causados.

Um procedimento restaurativo adequado, envolvendo todos, cientes e confiantes nos novos paradigmas restaurativos que estão protagonizando, podem servir de um instrumento eficaz para o sancionamento adequado, como também um instrumento de restituição de valores, ao erário.

As medidas restauradoras também darão mais segurança e eficácia às medidas assecuratórias, se necessário, dando mais condições á persecução penal,

inclusive, não apenas garantir a aplicação da lei penal, mas também, reparar os danos causados ao erário.

O trabalho sustenta que pela ineficiência do modelo retributivo, a Justiça Restaurativa, além de servir como um meio hábil de ressarcir os cofres públicos prejudicados pelo branqueamento, também pode contribuir para o combate e prevenção dos crimes antecedentes, que por vezes, representam muito mais nocividade à sociedade, pois conforme a modalidades praticadas geram insegurança, violência e grave ameaça contra toda a população, como é o caso da narcotraficância, do tráfico de armas e do crime de organização criminosa, exemplificada pela atuação das facções.

Restaurar as relações sociais, dentro de um modelo de justiça democrático e participativo, possibilita a sociedade mudar sua postura e, de dentro para fora, corrigir os erros de convivência, o crime de lavagem de dinheiro, que compromete os investimentos públicos, inclusive, só ocorrem porque alguém tira vantagem desse ilícito, obviamente, se essa não existisse, não haveria esse tipo de delito. A partir do momento que o Estado é capaz de criar alternativas para solução de seus problemas, estabelece a confiança de que a justiça cumpre com seu papel, especialmente porque as partes envolvidas passam a ter a consciência de suas efetivas participações e responsabilidades nesses conflitos, assim como a lucidez de compreender a necessidade de sofrer uma punição e o que essa representa.

Por fim, dentro da solução dos crimes de branqueamento, especialmente nas disposições do parágrafo 5º, do artigo primeiro da Lei de Lavagem de Dinheiro, que prevê a possibilidade do Estado/Juiz deixar de aplicar as penas na hipótese da colaboração do(s) acusado(s) em auxiliar na persecução penal, juntamente com o *quantum* desproporcional imposto ao delito, já demonstram que o objetivo do legislador não era exclusivamente de punir, mas de buscar meios para reparar o prejuízo sofrido pelo ardid ilícito. Nesse contexto, o magistrado pode ter um melhor parâmetro, mediante um resultado restaurativo eficaz para restituir o erário, e não aplicar apenas a sanção prevista na norma.

2 O MODELO RESTAURATIVO E A BUSCA POR UM SANCIONAMENTO EFICAZ

Importa partir da análise da estruturação do Estado, a forma como está organizado e constituído para criar e utilizar meios que buscam garantir a harmonização do convívio social. A condição humana e seu convívio em sociedade aponta para uma (re)leitura sobre a percepção da pena, da penalização, do penalizado e também da vítima do delito. Necessária, portanto, uma análise histórica da pena, sua finalidade, seu objeto e importância de mutação e evolução.

Neste mérito, no modelo do monopólio punitivo estatal, é imprescindível encontrar meios de atingir o escopo da pena, porém, para tanto, algumas barreiras são apresentadas, dentre elas o retrógrado meio de punir, muitas vezes proveniente da criação de revolta e violência, outras vezes resultantes de abusos cometidos, e até mesmo o descaso do Estado em prover condições ressocializadoras e/ou humanizadas do sistema prisional padrão, como corrobora Foucault¹,

[...] duplo sistema de proteção que a justiça estabeleceu entre ela e o castigo que ela impõe. A execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar por enterramento burocrático da pena.

Na relação social, convive-se com a dicotomia do certo e do errado, e diante dessas ações, apurada a responsabilidade de seus autores, seja por atos intencionais ou não, e mediante o(s) resultado(s) dessas ações é que se buscam instrumentos capazes para dar conta das consequências danosas, uma vez que, outros indivíduos sofrem por estarem inseridos como vítimas nestes contextos.

Não se pode negar que os comportamentos pessoais, por vezes, produzem conflitos e permanecem como uma fagulha, prontos para gerar uma nova desavença, e, estes devem ser também o objetivo a ser atingido com a interferência do Estado, pois a resolução desse prélio torna-se eficiente não só quando resolve a demanda apenas, mas quando soluciona o conflito como um todo, restabelecendo a harmonização no convívio social.

Infelizmente tal êxito não é atingido não só por ineficiência da intervenção

¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. 13p.

estatal, mas também porque os indivíduos não estão preparados para tanto, é preciso vencer os valores impostos pelos donos do poder e transcender esse papel social. Mestieri² recomenda que é necessário haver mudanças, pois “tudo que foi feito até agora, usando-se o sistema, causou profunda insatisfação e caos social”, e ainda complementa:

[...] o resultado processual penal, a pena, o pináculo da insensatez filosófica, do desrespeito à verdade e a fraude maior da coação estatal: as penas cominadas não guardam relação com as aplicadas e estas nada têm a ver com aquelas efetivamente executadas. Isso para se não falar do absoluto fracasso da repressão penal para coibir crimes, melhorar o cidadão e dar segurança social. Há falta de finalidade abrangente nas decisões judiciais.

Os castigos e/ou rigorismos nas sanções são adotados, desde a gênese, porém, é evidente que não são suficientes para resolver o problema da “quase descontrolada” ascensão da violência e da criminalidade.

2.1 O CONVÍVIO SOCIAL E A EFETIVIDADE DA PUNIÇÃO COMO MEIO CAPAZ DE REGULAR A FORMAÇÃO DO ESTADO – UM RESGATE HISTÓRICO

Ao estudar a condição humana Arendt³, colige que as coisas e os homens constituem o ambiente de cada um e das atividades humanas, este ambiente, construído pela atividade humana produz um mundo a ser explorado por todos.

Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos e necessitam dessa interdependência. A justificativa ocorre demonstrando que não há atividade humana sem uma ação ou omissão que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens, aliás, esse é o diferencial com os demais animais. A atividade do labor, ou qualquer outra atividade social desenvolvida pelo homem, requer a presença de outros, pois um ser que labore em completa solidão não seria humano, e sim um *animal laborans* no sentido mais literal da expressão.

² MESTIERI, João. Controle social e direito penal científico. In: ZILIO, Jacson, BOZZA Fábio. (orgs.) **Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário**. Curitiba: LedZe Editora, 2012. 74p.

³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. 31 – 40p.

Esta relação especial entre a ação e a vida em comum parece justificar que o home é um ser político, ou seja, um ser sociável, que se tornou dependente de seus pares e/ou dos regramentos que regulam as suas relações.

Nesse contexto, o homem está inserido numa organização de proteção coletiva de bens sociais. Cada cidadão passa a ser tutelado pelo Estado e este deve contribuir para a proteção do bem jurídico do outro. As regras impostas pelo ente público, nessa situação, buscam estender o senso de responsabilidade do indivíduo de cuidar das relações sociais, da mesma forma que as cuida em seu ambiente familiar.

Aplicar regras já respeitadas pelo indivíduo na sua convivência de casa, como por exemplo, a cultura de castigar o erro, foi o meio de demonstrar que na extensão dessa conduta desviada, agora ilícita, para a manutenção da convivência nas cidades-estados, definida por uma regra estatal, seria a melhor forma de garantir a harmonia social, pois nesse espaço o indivíduo passa a ter um segundo ambiente para realizar suas ações, e, portanto, seguir normas mais abrangentes.

Todas as ações políticas, na medida em que permanecem fora da esfera da violência, são realmente realizadas por meio de palavras, porém, mais fundamentadamente, que o ato de encontrar as palavras adequadas no momento certo, independentemente da informação ou comunicação que transmitem, constitui uma ação.

Somente a pura violência é muda, e por este motivo a violência, por si só, jamais pode ter grandeza, por isso a necessidade de punição, diante de tamanho excesso, pois esta ação, não só rompe com a necessária harmonização do convívio social, como também, traz o caos à estrutura social desenvolvida, causando um retrocesso na ação humana.

Diante do crescimento populacional, do desenvolvimento dos núcleos familiares em estruturas maiores e mais complexas, a partir do inter-relacionamento entre diferentes famílias e vários núcleos sociais, formam-se as *poli*.

A partir desse núcleo social, e, inclusive, político, é necessário se debruçar ao direito de punir e de punição, que atenderá ao modelo de Estado adotado. Logicamente, na análise histórica muitos surgiram, inclusive aquele teológico, existente em alguns países de preceitos religiosos, em que a pena tinha um arranjo sacro e contemplativo, praticamente uma ordem divina, era cumprida para aplicar o castigo. Houveram, e ainda há, modelos de Estados autoritários que agem de forma abusiva,

inclusive. Já nos modelos mais democráticos, as condições estabelecidas pelos preceitos constitucionais atendem a limites estatais para aplicar a sanção.

Nessa condição política do ente Público, é preciso encontrar meios para aplicação do uso da força para legitimá-la como instrumento de punição, ou seja, para garantir o direito de punir, definidos pela “obediência política, liberdade dos súditos, direito de natureza, leis de natureza e leis civis, além da própria justificação política da instituição e manutenção”⁴.

O modelo de Estado é definido como um ser artificial, pois é determinado por regramentos naturais, ou seja, esse ente existe pela norma e esta norma atende aos anseios do homem, muitas vezes positivando regras que são mera reprodução de princípios construídos e respeitados na existência humana.

Sendo esse ser artificial, é inevitável haver mutações, pois é uma máquina em movimento que logicamente evolui e se adequa às necessidades sociais.

O Estado já toma forma, visualizado como resultado de mais uma ação humana, decorrente, agora, da racionalidade do discurso, que se evidencia como um meio de persuasão, de resposta, replica e enfrentamento dos problemas antevistos por regras que passam a ser compartilhadas. Ou seja, aquele membro restrito à um ambiente fraterno familiar e/ou num núcleo dogmaticamente religiosos, torna-se um ser político, o viver numa *polis*, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, tudo é resolvido com legitimidade nas regras, e não através de força ou violência.

A complexidade da vida social exige, neste contexto, uma complexidade de normas não só para dar continuidade à harmonização da vida social, mas também para garantir a tutela de bens que surgem a partir dessa nova formatação do Estado.

Diante da dificuldade de compreender a divisão entre as esferas pública e a privada, entre a esfera *polis* e a esfera família, e finalmente entre as atividades pertinentes à manutenção da vida, as regras também criaram formas mais complexas de punição, porém, nem sempre efetivas.

Obviamente que a vida na *polis* exige o respeito às normas, e este respeito garante a liberdade da ação humana, contudo, exercer a liberdade decorrente de regras, situa-se exclusivamente na esfera política. Percebia-se, a partir de então, uma diferença

⁴ OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré de. **O direito de punir em Thomas Hobbes**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012. 30p.

de comportamentos e de rotinas no convívio social, passa a existir ações e liberdades distintas no convívio na *polis* e no ambiente familiar.

Exercer a liberdade como homem livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida, nem ao comando de outro e também a condição de não comandar. Não significava domínio, como também não significava submissão.

No entanto, dentro da esfera da família, a liberdade não existia, pois, o chefe da família, seu dominante, só era considerado livre na medida em que tinha a faculdade de deixar o lar e ingressar na esfera política, onde todos eram iguais.

É verdade que esta igualdade na esfera política muito pouco tem em comum com o presente conceito de igualdade, naquela época, dentro dessa sistemática social, significava viver entre pares e lidar somente com eles, logicamente, que tudo era definido por regras impostas nessas cidades-estados.

Compreendia-se, portanto, que a igualdade, não se relacionava com a justiça, como é atualmente, era a própria essência da liberdade. Ser livre significava ser isento da desigualdade presente no ato de comandar.

Nessa esteira, Châtelet e Duhamel⁵, destacam que os homens aceitam obedecer: ou melhor, escolhem obedecer, identificando-se todos com um, e que essa aceitabilidade origina o Estado, no sistema de freios e contrapesos e o torna um fomentador de regras e meios para torna-las eficazes, definindo inclusive punições. Para os autores a censura se tornará efetiva, apta a manipular todos os súditos até levá-los a amar a Lei como um autêntico objeto do desejo.

Fica evidente a relevância do Estado como o órgão responsável pela tutela, a regra positivada, portanto, acaba prevalecendo sobre os demais valores e sobre os costumes, mesmo àqueles de cunho éticos, morais e religiosos, revestidos de força normativa.

Sontag⁶ demonstra não só essa importância do Estado, mas também a respeitabilidade deste perante a sociedade

A concepção de ordem final do século XVIII, porém, era aquela criada pelo próprio Estado através das leis. Passa-se a investir muito mais na capacidade legislativa do soberano, que seria o traço do poder estatal capaz de promover as reformas civilizacionais que os filósofos iluministas veiculavam. O

⁵ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, 384 a 394p.

⁶ SONTAG, Ricardo. Lei penal e exemplaridade econômica: A execução das penas como extensão dos enunciados legislativos em Jeremy Bentham. In: Dal Ri Júnior. Arno. **Iluminismo e direito penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 77p.

Estado, o soberano, aparece, assim, como um sujeito privilegiado da história, sendo com isso valorizado seu papel legislador.

O Estado torna-se centralista, estabelecendo uma liberdade de crença, nesse contexto, é patente que a Lei, em termos de regras e valores substituiu a palavra do pontífice. Trata-se sempre de inocular, segundo os autores de amor à subordinação no coração do povo, por meio do amor à Lei. As regras são geradas, e estão sendo geradas desde sempre, com um escopo bem definido que se evidencia numa função de produzir lugares, fazer entrar, proteger, por meio da submissão, conforme Châtelet e Duhamel⁷.

A nova ordem social se apresenta que haja atuação organizada, concentrada e rigorosa do poder em face do combate à violência e da imposição do poder, determinando o novo modelo de Estado, que, aliás, se transforma junto com a sociedade. Este, apesar de repressor e da imposição dessas novas concepções, o papel apaziguador estatal precisa ser percebido e assimilado, pois não cabe mais especificamente ao indivíduo impor as suas regras, a mudança de paradigma imposta pelo regramento público, é papel exclusivamente do Estado, que conforme dispõe Rojt⁸, o novo formato social, faz uma tutela puramente econômica.

As relações sociais vão se tornando cada vez mais complexas com a evolução da sociedade. O decorrer desse progresso exige regras que atendam a tal controle e tragam uma certa sensação de segurança na sociedade, principalmente diante de alguns conflitos e/ou com objetivo de evita-los. Essa é, contudo, a finalidade da pena que busca reprimir ações violentas ou ações que comprometam a ordem harmônica, mas principalmente que venha a servir como meio preventivo, propriamente dito.

2.1.1 Critérios, fundamentos e objetivos da pena

Mesmo que de forma consuetudinária, é importante destacar que o critério de punibilidade sempre existiu nas relações sociais. Critério muitas vezes, inclusive, decorrente de valores morais, éticos e religiosos, e que permanece há gerações.

Destaca-se com isso que, por vezes, a punição perpassa por um critério

⁷ CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, 384 - 394p.

⁸ ROJT, Julio M. **Fundamentos del derecho penal constitución del derecho penal**. Buenos Aires: Editora Quorum, 2004. 137p.

pedagógico, ou seja, a repreensão é utilizada inclusive dentro de casa, na escola, na religião, em qualquer outro espaço compartilhado pela convivência social.

Para buscar justificar o objetivo da aplicação da pena, Jakobs⁹ avalia a norma penal como um instrumento que estabelece uma conduta passível de punição, porém, na apreciação do que define o tipo penal, como uma performance, requer uma análise prévia formal.

Dito de outra forma, é praticamente incerta a configuração do tipo penal, contudo, a mesma regra já define as consequências da possível ação delituosa. Essa previsão é, portanto, uma forma de estabelecer uma finalidade à norma, com o objetivo de privar qualquer interesse de uma conduta ilícita.

Não se pode olvidar que a pena, como já supramencionado, em seus primórdios, era a repressão de algum sacrilégio, que, em algumas crenças religiosas, dogmaticamente, difundia-se a ideia do castigo eterno, da punição pelo pecado por meio do sofrimento infernal.

Obviamente, sob um fundamento meramente dogmático, qualquer desrespeito aos preceitos de Deus, deviam ser exemplarmente punidos.

A crença, aliás, dentro de uma concepção jusnaturalista teológica, permitiu uma fusão entre a moral e o direito penal, que permitiu a intervenção jurídica na esfera do pensamento, criminalizando convicções e ideal, que nas disposições de Carvalho¹⁰, se percebe uma interpretação híbrida, consagrado na sinonímia delito-pecado.

A lógica era, portanto, não apenas de impor uma reprimenda. A referida sanção deveria ser revestida de uma espécie de castigo, pois não estava apenas se punindo um criminoso. Naquele momento, em razão do seu desvio de conduta, também se punia um herege, e a punição, decorrente de um Direito Penal da Inquisição, era evidentemente a aplicação de um direito penal meramente moral.

Historicamente, se percebeu que em razão desse pseudo fundamento teológico muitos abusos foram cometidos, principalmente em razão da forma hegemônica como a Santa Inquisição se sustentava como poder de Estado.

Ainda, na sequência, episódios de violência, de martírios e até mesmo de

⁹ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**, tradução André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 131p.

¹⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. 08p.

deportações eram revestidos não só de castigos, mas também serviam como meios de causar vergonha pública aos infratores, que segundo Foucault¹¹, começa a mudar, na França,

No final do século XVII e começo XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. Nessa transformação, misturam-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia, nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração.

A mudança decorre de questionamentos que surgem quando se evidenciam que a pena de morte não demonstrava ser um instrumento eficaz diante de um quadro de aumento da criminalidade, é então quando surge no Velho Mundo as primeiras prisões para a implantação e o cumprimento de penas privativas de liberdade, que tinham o escopo de aproveitar uma mão de obra conforme a necessidade.

A tutela possui algumas características sociais, ou seja, a lei penal surge com alguns objetivos bem distintos. O primeiro trata de punir e prevenir as ações daqueles indivíduos causadores de problemas, visando proteger a vítima de agravo de seus bens jurídicos. Outro objetivo é a forma de imposição do poder, principalmente, diante do “desequilíbrio entre o soberano que comina a pena e o indivíduo que a padece. A esse poder, nada, nem ninguém, podem resistir ou rivalizar”, conforme compreende Robert¹². Por fim, a lei também pode servir para mudar um comportamento ou um hábito que não é mais socialmente aceito, ou pelo menos, precisa ser modificado para acompanhar a evolução do grupo social.

Como conceito sociológico, Durkheim ao definir a tipicidade como uma ação sancionável visa formar, nessa conjuntura, um comportamento penalizado, disposto por um ato volitivo que é a norma e que pressupõe justiciabilidade, aos que agem sob tal conduta, e, portanto, devem arcar com a sanção prevista.

É imperativo que se construa um sistema criminal inovador, que garanta as prerrogativas do *jus puniendi* passível de compreender que num contexto social diversificado, gerador de desigualdades e de seletividade, aplicar uma sanção “não significa quantificar punições, mas administrar conflitos ideológicos e emocionais conforme parâmetros autoritários ou democráticos de controle social”, conforme

¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. 12p.

¹² ROBERT, Philippe. **Sociologia do Crime**; tradução de Luiz Alberto Salton Peretti. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. 27p.

continua esmiuçando Mestieri¹³:

Absolver ou condenar acusados criminais não são decisões neutras, regidas pela dogmática como critério de racionalidade, mas exercício de poder seletivo orientado pela ideologia penal, quase sempre ativada por estereótipos, preconceitos e outras idiossincrasias pessoais, por sua vez, desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização etc.

Conhecer e considerar as mazelas da realidade social, saber o verdadeiro papel estatal como regulador da convivência, respeitar ideologias e valores democráticos garante à sociedade uma segurança jurídica considerável, principalmente na garantia da liberdade, da tutela jurídica, pois torna o Poder Público mais humanizado e mais justo.

Cabendo, portanto, ao Estado a atribuição jurisdicional penal, e, somente a ele. Deve-se esclarecer na sociedade o verdadeiro atributo da norma penal, e dessa forma, reduzirá o devaneio poder repressivo estatal, sob pena do próprio ente público, que tem como premissa zelar pela justiça, gerar a violência que tanto combate.

Exemplo da desconchavada atuação do Estado na reprimenda e na persecução criminal percebe-se na execução penal, que mantém um modelo retrógrado, insistente ainda sob o mero viés do castigo e do sofrimento, que não cumpre com o principal papel ressocializador, ou seja, o Estado retroalimenta os conflitos que combate.

Neste azo, Christie¹⁴ avalia os arranjos sociais como instrumentos promotores de crime e dispõe:

Nós construímos sociedades em que é particularmente fácil, no interesse de muitos, definir condutas indesejáveis como crime, em vez de serem simplesmente más, insanas, excêntricas, excepcionais, indecentes ou apenas indesejáveis. Também talhamos essas sociedades de modo a encorajar condutas indesejáveis e, ao mesmo tempo, reduzimos as possibilidades de controle informal. Essa situação é tal que obviamente influencia a situação prisional no mundo industrializado. Antes e acima de tudo, ela cria uma conjuntura de pressão crescente nos sistemas prisionais dessas sociedades. Mas há exceções. O tamanho da população carcerária, em qualquer

¹³ MESTIERI, João. Controle social e direito penal científico. ZILIO, Jacson, BOZZA Fábio. (orgs.) **Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário**. Curitiba: LedZe Editora, 2012. 68 – 69p.

¹⁴ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio do Janeiro: Revan, 2011. 85p.

sociedade, é também o resultado da história de cada país, das principais ideias políticas, e não apenas da indisposição em considerar outras soluções que não as punitivas.

Pesquisar a relação humana possibilita compreender a necessidade de instrumentos adequados para manter o convívio social sintonizado com a paz e a ordem, sob pena do próprio Estado fomentar a violência. Por essa razão é importante adequar a punição em critérios de razoabilidade apropriados para os diferentes tipos penais, e, para a efetiva tutela dos bens jurídicos estabelecidos pela norma.

Para Foucault¹⁵,

no fim do século XVIII e princípio do século XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção, é verdade; e era coisa nova [...] a prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso a humanidade [...] uma justiça que se diz igual, um aparelho judiciário que se pretende autônomo, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, pena das sociedades civilizada.

Atualmente, nas disposições do Código Penal estabelece apenas 03 (três) modalidades¹⁶, a pena privativa de liberdade (cumprida de forma progressiva e dispostas em regime fechado, regime semiaberto e aberto¹⁷), a restritiva de direitos e a pena pecuniária.

Não obstante, estabelecer simplesmente a quantidade da pena e a modalidade de regime aplicado, são criticáveis, pois muitas vezes não só a subjetividade do julgador em ajustá-los, mas também a padronagem adotada, comprometem as funções da punição, haja vista que como define Hassemer¹⁸, “sistematicamente a medição da pena pressupõe a punibilidade”.

Há que se adequar a tipificação penal à conduta delituosa e a quantificação da pena deve levar em consideração as circunstâncias e fatos que permeiam o crime, propriamente dito, os agentes envolvidos e a função que a sanção aplicada pretende alcançar.

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 2000. 195p.

¹⁶ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940, art. 32.

¹⁷ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940, art. 33.

¹⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**, tradução de Pablo Rodrigo Afllen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. 153p.

Surtem, diuturnamente, ações delituosas cada vez mais aprimoradas, em novos meios de ações e novos tipos penais. Nesse sentido, se buscam novas políticas criminais que se evidenciam como um instrumento técnico-jurídico para construir novos paradigmas e novas teorias, com o fito de identificar as problemáticas solucionáveis do crime, e propor novas maneiras de sancionamento.

Um dos pontos cruciais em que a teoria social convencional está sendo revisada é em referência ao crime e à justiça criminal. O crime passou a simbolizar a rachadura definitiva na blindagem da ordem social existente. E dado o moderno pessimismo de que os problemas sociais não podem ser realmente resolvidos – sem alterar drasticamente a ordem estabelecida – controles devem ser instituídos para proteger “nossa sociedade”¹⁹. O pensamento recente sobre o crime, combinado com proposta política, devem, portanto, ser considerados seriamente como contendo noções para revisão da teoria social.

A criminologia desenvolve um papel de suma importância, pois tem como objeto de estudo a análise do contexto para além da pena, propriamente dita.

A ciência auxilia o Estado nesse desafio, Batista²⁰, evidencia que a criminologia, como uma ciência, e que estuda o crime e suas relações, não só penais, como sociais inclusive.

Analisa a atipicidade como um todo, e não apenas como aquilo que a lei dispõe como crime, e, portanto, com auxílio na sociologia, antropologia, ciências políticas e economia, por exemplo, apresenta subsídios para o desenvolvimento de políticas públicas eficazes.

Essa forma de estudo, para Batista²¹, à luz da criminologia crítica, em que a análise se baseia no ser e no dever ser, a aplicação da norma deve relacionar-se com o fato e o valor, comunicando-se o denominado saber criminológico com o saber jurídico-penal, para poder dar legitimidade ao *jus puniendi* do Estado.

O Direito Penal como ciência, desenvolve as políticas criminais, que torna o operador jurídico um historiador do crime, pois não se limita apenas ao tipo penal, a necessária identificação do autor, da materialidade, assim como a indispensável análise do *modus operandi* e da gênese da conduta. A lei penal exige um estudo mais apurado

¹⁹ QUINNEY, Richard. **Classe, Estado e crime**. Tradução de Gustavo de Souza Preussler, Jaume Aran, Larissa de Araújo Montes. Curitiba: Íthala, 2016. 32p.

²⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 27p.

²¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 31p.

de todo contexto. Elbert²², aliás, explica como método, o que deve ser avaliado por um criminólogo,

As chamadas patológicas e desvios criminais se misturam com a vida social e seu mundo de valores oficiais, mas não são condições necessárias nem excludentes destes. Não podem ser ignoradas, a esta altura da história, as experiências que viveu e segue vivendo a humanidade, quando os setores de poder se servem da adjudicação da inferioridade generalizada ou dos estereótipos de periculosidade e sua necessidade de tratamento como ditames do controle social para justificar a submissão a certas regras do jogo social.

Os resultados destes estudos, carregados sempre de fundamentos convincentes, em razão da amplitude da pesquisa desse criminólogo, que avalia não só o tipo penal, mas também os sujeitos e todo o contexto que envolve o delito, desenvolve uma investigação que resulta em mecanismos que fazem com que algumas atividades sejam consideradas delitos em determinada sociedade ou época, e, perfeitamente lícitas em outras. Ou seja, tem-se uma constante evolução/mutação das relações jurídicas penais, todas visando atender aos anseios sociais.

A política criminal que se desenvolve em decorrência destes estudos, que atendem e contrapõe conclusões oriundas dos embates, de correntes ideologicamente diferentes. Evidentemente, derivará a possibilidade de promover a seleção dos comportamentos que se quer incriminar, e assim, permite desenvolver ações para preveni-la ou sancioná-la.

Tem-se a necessidade da aplicação de uma ciência, definida pelo Estado, especialmente desenvolvida pela normatização que define valorando o bem jurídico a ser tutelado, considerando um valor cultural e social, baseado nas necessidades individuais, convertidos em valores dominantes, que denotem a necessidade de uma proteção jurídica.

Para Azevedo e Neto²³ o bem jurídico é conceituado de duas formas “a partir do seu aspecto dogmático ou através da sua dimensão político-criminal”, ou seja, há bem jurídicos que possuem caráter universal, em que toda norma acastelará, já

²² ELBERT, Carlos Alberto. **Criminologia latino-americana: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio**. Traduzido por Ney Fayet Júnior. São Paulo: LTr, 2002. 323p.

²³ AZEVEDO, André Mauro Lacerda; NETO, Orlando Faccini. **O bem jurídico-penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 21p.

outros, dependem de valores pertinentes aos interesses comuns de cada organização social.

Numa lógica da Criminologia, como explica Hassemer²⁴, o castigo estatal “só se pode determinar através de uma subsunção normativa num discurso de Justiça: como definição de um fenômeno de uma norma, como (verdadeiro) merecimento da pena” (tradução nossa)²⁵. Sempre é conveniente pensar o *jus puniendi* como um instrumento jurídico que deixa resíduos, pois na hipótese de condenação, a execução da pena é assumida pelo Estado, ou seja, não é apenas a legitimidade para punir, há também a obrigação estatal de promover a forma de punição.

Neste contexto, surge, portanto, uma crítica filosófica, teórica e social da política penal adotada, que dentro de critérios democráticos, deve prezar por um modelo não só mais digno, mas principalmente, mais justo e dentro daquilo que a Constituição Federal de 1988 garante, como ente dotado de prerrogativas para solucionar conflitos.

Zaffaroni²⁶ esclarece que tal crítica permitiu que o Direito Penal assumisse uma tarefa de limitação do poder jurídico que evoluiu para a sua legitimidade pública, quando houve uma redução radical do poder jurídico de punir, pois a transformação do castigo numa pena legalmente prevista definiu a sanção como algo menos irracional, se comportando de forma humanitária, inclusive, porém, a forma de execução vem demonstrando o contrário disso, pois o sistema prisional é, via de regra, tudo, menos humanitário.

São necessárias mudanças e a criação de novos paradigmas. Principalmente, é imprescindível que haja uma mudança no próprio ser, para que assumam seu protagonismo social. Assim sendo, isso demonstra que não basta uma reestruturação institucional apenas, pois o modelo de sociedade atual encontra-se caótica e, para evitar a completa bancarrota, deve-se buscar a construção de um “modelo que leve à segurança e à felicidade”²⁷, e esse resultado é responsabilidade de todos, conforme orienta.

²⁴ HASSEMER, CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. 65p.

²⁵ Sólo se puede determinar a través de una subsunción normativa en un discurso de Justicia: como desviación de un fenómeno de una norma, como (verdadero) merecimiento de pena.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 171p.

²⁷ MESTIERI, João. Controle social e direito penal científico. ZILIO, Jacson, BOZZA Fábio. (orgs.) **Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos**

O autor ainda propõe construir um “novo homem”, um indivíduo não só defensor de valores éticos e morais, mas principalmente alguém que considere a relação humana como indispensável para o bem-estar social, tudo em busca de um bem comum, de uma paz praticamente universal.

Seguramente uma sociedade composta por esse perfil de pessoas, formaria um Estado avançado, e, diante de um conflito, todos chegariam numa justiça segura e compreensível, aliás, sendo possível buscar meios alternativos para atingirem tais objetivos.

Como forma de organização da sociedade, surgem os meios de regular e de prevenir os conflitos, neste sentido, o denominado controle social implica numa estruturação complexa, em que a sociedade busca as soluções em meios punitivos, aplicáveis aos contraventores.

2.1.2 O papel do Poder Judiciário no controle da vida social: sua (in)eficácia e os meios alternativos

Desenvolve-se, portanto, segundo Cappelletti²⁸, um estado social por meios de técnicas de controle sociais chamada de *promocional*, quando se estabelece a forma de atuação do Estado, no controle da vida social.

Essas técnicas definem uma certa agenda igualitária, que além de importar a difusão do direito na sociabilidade, redefine a relação entre os três Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos, ficando à cargo deste, segundo Cappelletti²⁹, o controle sobre a agenda da igualdade e sobre suas repercussões sociais, é, portanto, "o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e leviatanesco administrador".

O Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e para a garantia da cidadania. Chegando ao ponto de nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito

por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012. 161p.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfllet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. 80p.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfllet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. 81p.

na política e na sociabilidade, tem definido magistrados e os membros do Ministério Público, como "guardiães das promessas".

A valorização do Poder Judiciário viria, segundo Antonie Garapon³⁰ pois, em resposta à desqualificação da política e ao derruimento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do *Welfare State*, fazendo com que esse Poder, e suas instituições, passem a ser percebidos como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e de garantia jurídica, capazes de continuar cumprindo as suas funções de solidarização social.

A ampliação das funções da Justiça, com a implementação de políticas públicas que desenvolvam e incentivem outras formas de soluções de conflito, permite a solidificação de uma legitimidade que se espera do Estado, por meios, especialmente, da firmação e aplicação das disposições constitucionais da pena.

Sobretudo, ao respeito por parte do Poder Judiciário, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, para ao aplicar a necessária punição, essa efetivamente não passe da pessoa do apenado e lhe garanta o cumprimento em condições que não lhe afetem a sua dignidade humana.

A função da Corte Constitucional, como guardião da Carta Magna, portanto, de zelar pelo respeito dos procedimentos democráticos exhibe um papel inovador do magistrado, que deve além de aplicar a norma dentro dos preceitos constitucionais, poderia agir como um “engenheiro e o terapeuta social”, comportando-se como foco de irradiação da democracia deliberativa. Vindo a desempenhar uma função essencial na explicitação de um sentido do direito, que não se encontraria mais referido a uma ordem ideal de onde deveria provir, ou seja, ainda citando os ensinamentos de Garapon³¹, pode ser um facilitador em buscar meios eficazes de jurisdição, especialmente quanto à criação e implementação de um modelo restaurativo no exercício de sua judicância.

Desde a Constituição Federal que estabeleceu as condições de acesso à justiça, como um princípio da inafastabilidade ou do direito de ação, é expresso em determinar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito. Para garantia dessa previsão constitucional, advém a criação dos

³⁰ GARAPON, Antonie. A justiça reconstitutiva. In GARAPON, Antonie; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia. E a justiça será.** Lisboa: Piaget, 2001. 45p.

³¹ GARAPON, Antonie. A justiça reconstitutiva. In GARAPON, Antonie; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia. E a justiça será.** Lisboa: Piaget, 2001. 49p.

Juizados Especiais, principalmente para permitir a própria parte a ingressar judicialmente com uma demanda de forma gratuita, chegando ao ponto de estabelecer condições de sequer exigir capacidade postulatória, pois, é possível demandar em causa própria até o limite de 20 (vinte) salários mínimos, da mesma forma, apresenta-se como uma resposta jurisdicional mais célere.

Nesse contexto, evidencia-se que outros modelos estão sendo criados e utilizados para dar ao jurisdicionado uma resposta mais efetiva do Judiciário, não apenas com o desígnio de possibilitar o acesso à justiça, mas de prover uma forma mais célere na solução dos conflitos que são trazidos para análise do Estado/Juiz.

Os meios alternativos, como mediação e arbitragem, constelação familiar, incentivo à meios conciliatórios já são uma realidade, e muitos deles fruto de políticas públicas que fomentam a sua estruturação e atuação.

Contudo, é sempre importante que haja a mobilização da sociedade em prol da defesa de seus direitos e interesses, principalmente dentro de um contexto institucional em que as maiorias efetivas dos cidadãos são reduzidos à deixarem para o Estado tal encargo, e não busquem participar da solução de seus próprios problemas.

Não é difícil de compreender que o atual sistema penal ainda é carente de meios mais adequados para solução dos conflitos, pois segundo a norma, os ilícitos cometidos são simplesmente punidos com o retrógrado castigo, e, para agravar, nem sempre condizente ou proporcional com os danos causados e/ou com o ato cometido.

Para Ferrajoli³², é indispensável haver uma sanção mais adequada, que muitas vezes a natureza do sistema retributivo não permite. Cabe, portanto, que a tutela jurisdicional do Estado assegure a análise da conduta do autor, e até mesmo da vítima, por completo, como um todo. Se pode estar diante de um tipo penal que tenha atingido o bem jurídico de forma insignificante, que mesmo sendo de iniciativa estatal apurá-lo e puni-lo, certamente, o Estado seria muito mais eficaz em sancionar de outra forma, do que aplicar o restrito castigo previsto na norma, que muitas vezes causam muito mais desequilíbrio do que harmonia e paz.

Não se admite, conseqüentemente, mesmo na condição de castigo e de vingança que o modelo retributivo aduz, é aceitar que este castigo tolha o cidadão de

³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**; prefácio da 1 ed. italiana Norberto Bobbio. 3ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 377p.

direitos fundamentais básicos, ferindo de morte sua dignidade humana, ou desrespeite outras garantias constitucionais, como a presunção de inocência, o direito do contraditório e da ampla defesa, assim como a de um julgamento justo e imparcial.

Neste azo, não se pode olvidar que existem tipos penais que mesmo consumados, atingem bens jurídicos de pouco relevância, tanto é que são previstos de forma diversa, como por exemplo, àqueles previstos no Decreto Lei nº 3.688 de 03 de outubro de 1941, que definem as contravenções penais, ou ainda àqueles punidos com pena não superior à 02 (dois) anos, conforme dispõe o artigo 61 da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, e estes, além de julgados de forma diferente, que preconiza uma forma conciliatória, também são punidos de uma forma diversa.

Existem ainda outros critérios já normatizados, que permitem uma punição mais adequada, como por exemplo, a forma tentada, a modalidade culposa do crime, a forma privilegiada da conduta, ou ainda, a insignificância do bem tutelado afetado, mas o modelo retributivo é muito limitado em permitir a possibilidade de outras formas de solução do conflito penal, logicamente que outro modelo de justiça seria mais adequado, aplicável, inclusive, para qualquer tipo penal.

Tal punição, por mais que haja uma forma diversa de ser aplicada, é apenas sintetizada à uma causa de diminuição de pena ou a substituição por uma pena pecuniária ou alguma prática disposta em lei, mas muito timidamente voltada para restaurar o dano causado, aliás, salvo uma modesta previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente, qualquer outra forma de reparar materialmente os danos ficam à cargo das medidas assecuratórias dispostas no Código de Processo Penal.

Da mesma forma, seria relevante ainda buscar uma forma de punir que não comprometa a ordem econômica, como acontece no modelo padrão, diante de crimes financeiros, por exemplo, que acabam comprometendo uma cadeia produtiva, de extrema relevância para a economia do Estado.

Infelizmente, é cada vez mais comum e aceitável, dentro da sociedade, o clamor popular em prol do enrijecimento da resposta dada pelo Estado Judicante, chegando ao ponto de se defender correntes em prol à pena de morte e a redução da maioria penal, como meios hábeis para combater a criminalidade e a violência, e isso, só traz prejuízo ao atual cenário da política criminal, pois as penas e as formas para resolver o processo penal em nada contribuem para a harmonização da sociedade, muito

pelo contrário, é cediço que a punição é severa, e já foi muito mais, contudo, o encarceramento vem se mostrando totalmente ineficaz à sua finalidade pacificadora ou preventiva.

A abstrusa convivência das relações sociais, e, conseqüente complexidade, seus paradigmas epistemológicos com a questão do controle social, diante dos problemas delituosos, são frutos históricos da convivência humana em grupo (sociedade), e a partir daí conflitos para imposição de padrões de comportamentos, passaram a existir.

Passou a existir também, fruto de um modelo punitivo inadequado, uma forma inadequada de castigo diante de equivocadas imagens do homem e da sociedade abalizada no simples juízo de culpado e inocente e entre o certo ou o errado.

Carvalho³³ encontra uma alternativa viável para corrigir esse embaço defendendo “a construção de formas de justiça participativa e comunitária, mais próximas das relações privadas e distantes do modelo processual sancionatório”.

Para os novos rumos sociais, a justiça restaurativa apresenta-se propondo e já apresentando resultados mais efetivos, pois é cediço que o modelo restaurativo pressupõe, preliminarmente, a identificação ou o convencimento das partes participarem do círculo restaurativo, Saliba³⁴ esclarece que “uma das características principais do processo restaurativo está assentada na intersubjetividade, como um processo de discussão e integração social, em busca da consensualidade”, e o resultado desse procedimento é uma sanção mais adequada ao caso concreto.

É cabível, portanto, que as ciências criminais permitam, esclareçam ao Poder Público, que é possível o desenvolvimento de políticas públicas voltadas mais próximas à realidade social, contemplando o Estado uma maior amplitude punitiva, não apenas àquela restrita à norma penal que estabelece critérios iguais para todos os diferentes delitos.

Ilustradamente, para tratar a temática, faz-se alusão ao romance de Daniel Defoe, publicado em 1719, no Reino Unido, quando relata a estória do jovem náufrago Robinson Crusoe que se vê obrigado a viver sozinho numa ilha caribenha,

³³ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 136p.

³⁴ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009. 156p.

estabelecendo suas próprias regras, pois foi o único sobrevivente de um acidente com sua embarcação de vitimou toda tripulação.

Na obra, é perceptível que sua natureza humana desenvolve-se adotando e aplicando regras próprias com base em seus valores e conhecimentos pessoais para desenvolver suas habilidades e técnicas, no entanto, alguns preceitos éticos e morais (especialmente o religioso) são evidenciados para garantir a sua sobrevivência.

Depois de muitos anos solitário, acreditando que vivia numa ilha deserta, após encontrar uma pegada na praia, percebe que não está sozinho, e, encontra o nativo Sexta Feira, deserto de uma tribo local de canibais.

Num primeiro momento, Robinson Crusoe se impõe estabelecendo regras objetivando escraviza-lo e impor uma liderança, mas depois dessa relação, surge uma amizade, porém, ambos passam a seguir regras de convivência necessárias para manter a convivência, principalmente para garantir a sobrevivência de ambos, enquanto aguarda o almejado resgate, que ocorre após 28 anos.

Não há, portanto, divergência num convívio solitário ou amistoso, contudo, salvo situações inusitadas, como é o caso de um naufrago, ou até mesmo de escolha ideológica de vida, como é o exemplo do eremita, não há como haver uma vida isolada e alheia às relações sociais, no entanto, é perceptível que mesmo isoladamente há valores que servem de balizadores.

Biologicamente a raça humana não se desenvolve autonomamente, como animal, é o único mamífero que após a dependência da amamentação, ou seja, passado a fase de subsistência, de forma voluntária, mesmo em idade adulta, opta, por vezes, de permanecer sobre os cuidados e na companhia dos pais e irmãos.

Segundo Rousseau³⁵ as crianças permanecem com os pais enquanto persiste a necessidade de conservação, e de forma natural se dissolvem os laços, e a manutenção do convívio familiar ocorre apenas de forma convencional e voluntaria, porém, contudo, a convivência é necessária como forma de proteção, gerando uma dependência social, haja vista que o homem tem como característica a sociabilidade e por essa razão que é necessário impor normas para regular esse convívio.

³⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. **Do Contrato Social: princípios de direito político**; tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella – 2 ed. rev. da tradução – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 19p.

A espécie cria laços afetivos, principalmente, que demonstram o quanto é necessário haver um cuidado genitor, e essa união cria os núcleos familiares, sustentados em regras de afetividades que mantém o grupo, e os identificam como um clã organizado sob o comando de um líder, primordialmente falando nesse status patriarcal.

Todo homem nasce num berço familiar e convive com seus familiares, comungando de ritos religiosos, que, aliás, é compartilhado e transmitido entre as gerações. Naturalmente ocorre a relação humana com ações necessárias de interação, seja em prol da convivência, seja em submissão a uma liderança ou até mesmo para subsistência, uma vez que está inserida num habitat que exige uma colaboração mútua, principalmente.

Os laços familiares como é explicado por Fustel de Colulanges³⁶, dentro de uma análise histórica, evidenciaram-se quando as primeiras famílias não eram apenas a reunião de pessoas genealogicamente ligadas.

Na antiguidade, as famílias caracterizavam-se muito mais do que uma mera associação natural, eram, na verdade, uma associação religiosa, ou seja, dentro desses preceitos divinos, já haviam regras a serem respeitadas, mesmo que dogmáticas, mas estas eram suficientes para garantir o convívio e inclusive sanar possíveis conflitos.

As relações decorrentes do parentesco familiar, portanto, são berços dessa mutualidade, não só relações extintivas com a cria, como ocorrem entre os animais, mas sentimentos afetuosos, que já servem para o indivíduo perceber a necessidade da proximidade, e de respeitar seu semelhante.

Desde os primórdios, num convívio social compulsório, dependente e indispensável, constroem-se as relações familiares, e por elas, as relações sociais como um todo, lembrando que qualquer excesso, mesmo num ambiente afável, já pode existir castigos para repreender o desrespeito e preveni-lo.

Dessa tutela, portanto, nas relações de convívio surgem as regras para garantir a proteção e a própria conservação, que após a maturidade, assume o papel de ser o seu “próprio senhor” visando à compreensão de que cada um deve se dar por

³⁶ FUSTEL DE COULANGES, Nunes Denis 1830-1889. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma.** Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2ª ed. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. 55p.

inteiro a toda comunidade, pois assim, se estabelece condições iguais para todos, sem a necessidade de onerar ninguém, como afirma Rousseau³⁷, e dessa forma garantir a harmonização do convívio.

Obviamente, as regras surgem com essa finalidade também, colocando cada um dentro do seu espaço e dentro dele estabelecendo liberdades de ações, mas que inevitavelmente, num determinado momento, interferirá no espaço de outro, no entanto que tal “invasão” não represente uma infração, haja vista, que o homem necessita desse contato e dessa interferência interpessoal.

A relação interpessoal exige da norma a definição de uma capacidade jurídica, que na esfera penal repercute na definição da sua imputabilidade, pois como explica Ricoeur³⁸, trata-se de um de necessário procedimento jurídico, pois muitas vezes a ação humana decorre de um empreendimento complexo que reúne vários agentes, e, neste caso, é necessário a identificação do indivíduo responsável, para que o mesmo possa ser “constrangido a reparar um dano ou a sofrer uma pena por uma ato de delito criminal”, pois a capacidade do autor tem um significado para atribuir seus direitos e deveres.

Avaliar a ação humana, a partir da sua capacidade, estabelece um poder de intervenção pressuposto de um conceito ético-moral (e jurídico - se analisado pela ótica da imputabilidade), pois a ação humana pode se justificar por meios jusnaturais, decorrentes da preservação da vida, por exemplo. E nesse azo, a partir da ponderação do bem ou do mal, para poder declarar a ação como permitida ou proibida, é possível aceita-la ou não, puni-la ou não, cuja ato é perfeitamente discernido por um agente dotado de capacidade.

Logicamente que a auto proteção também é evidenciada, e esta, como disposta no romance supra exemplificado, torna-se um motivador para criação de regras e condutas, que são patentes para a garantia da sobrevivência, como por exemplo, a mudança de hábitos alimentares ou mudança de local onde habita, ou ainda, para demonstrar superioridade, quando as regras são impostas para firmamento de poder,

³⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. **Do Contrato Social: princípios de direito político**; tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella – 2 ed. rev. da tradução – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 30p.

³⁸ RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**; tradução de Vasco Casiniro. Lisboa: Instituto Paiget, 1995. 27p.

pois também é comum, para a autotutela humana a escolha e submissão de um líder, quando este se impõe por tais regramentos.

Levando apenas como exemplo a questão da religião familiar, portanto, permitia, unicamente, que apenas os seus membros praticassem e creem-se nesses dogmas, contudo, em razão, inclusive, do aumento populacional das famílias, ocorrem desmembramentos de membros, formando novas ideologias religiosas, e, iniciam um “intercâmbio” religioso, unindo diferentes famílias, para cultuarem as práticas que lhes fossem comuns, surgindo as *frátias* ou as *cúrias*³⁹.

Envolto dessa concepção considera-se a questão teológica na definição de um líder, e, portanto, na definição de poder, pois mesmo sendo de jaez doméstica, caracterizado em rito e cultos exclusivamente praticados entre os membros da mesma família, até porque era esse o maior estereótipo que marcava a identidade familiar, a ideologia religiosa serviu não só de fundamento normativo, por meio de seus valores, de como conviver socialmente, mas também serviu de gênese ao Estado, utilizando-se das regras definidas para impor uma superioridade, organiza-se institucionalmente e definir políticas de lideranças.

Naturalmente, que com o aumento da complexidade das relações humanas, diante das inevitáveis diferenças, as divergências e abusividades, além de outros comportamentos, são corriqueiras e geram animosidades, fatores naturais, comuns e até mesmo inevitáveis da relação humana.

Segundo Montesquieu⁴⁰ a partir do momento que o homem convive socialmente, “perdem o sentimento de sua fraqueza; a igualdade que existia entre eles finda, e o estado de guerra começa”. Esse desequilíbrio, obriga, portanto, que se estabeleçam leis entre os homens e destas sejam instrumentos hábeis para não só solucionar os conflitos que surgem desta divergente relação social, mas também para prevenir a sua ocorrência.

As relações sociais, portanto, exigem um aparato do Estado capaz de responder à essas necessidades. Busca-se, contudo, uma sanção justa e adequada, pois

³⁹ FUSTEL DE COULANGES, Nunes Denis 1830-1889. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma.** Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2ª ed. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. 39p.

⁴⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Badon de, 1689-1755. **O espírito das leis.** Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 15p.

há o intento de equilibrar a punição ao respeito às regras, de forma que tais castigos sirvam de exemplo a ações a não serem realizadas ou seguidas.

Evidencia-se aqui a prevenção geral da pena, ao objetivar que a ameaça de uma sanção sirva de meio intimidador para a coletividade, ou uma prevenção especial, que atinge o delinquente para que não cometa outro delito, ou seja, as prevenções, sejam elas negativas ou positivas, estas limitadoras ou fundamentadoras, servem, a partir da lei, para guiar a vida em sociedade, firmando regras necessárias para serem respeitadas.

Dal Ri Júnior⁴¹ ao historicizar o Direito Penal, esclarece que os delitos foram construídos em séculos de uma paciente elaboração. No entanto, alguns tipos penais são historicamente clássicos, como por exemplo, àqueles que tutelam a vida e a integridade física da pessoa e o seu patrimônio, já os demais considera que sua gênese em supedâneo de fatores decorrentes do cotidiano cultural, social, político e econômico, inclusive àqueles filosóficos, que transpassam, influenciam e constroem as bases do direito, gerando um constante movimento dialético.

Na construção do ilícito penal, fica evidente, segundo o Autor, que os conflitos e as contradições advindas das questões que alimentam os embates jurídicos, na tentativa de impor suas próprias verdades, “encontráveis na história social, na história cultural, na história antropológica e na história econômica, pode trazer à luz razões que conduziram a criminalização de uma conduta e o que se buscava atingir com a mesma”.

Nessa organização estatal o mesmo cria funções para buscar esse controle, como por exemplo, a função jurisdicional explicada por Duguit⁴²:

Na função legislativa, o Estado constitui o direito objetivo ou regra de direito, elabora a lei que se impõe a uma sociedade, e, por ser a expressão do direito objetivo, sobrepõe-se a todos. Pela função jurisdicional, o Estado intervém nas ocasiões de violação do direito objetivo ou nas contestações relativas à existência ou extensão de uma situação jurídica subjetiva; ordena a reparação, repressão ou anulação, conforme o caso, quando há dolo do direito objetivo; estabelece as medidas pertinentes para assegurar a consecução de situações jurídicas subjetivas de que reconhece a existência e a extensão.

⁴¹ DAL RI Júnior, Arno. O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 16-45p.

⁴² DUGUIT, Léon, 1859-1928. **Fundamentos do Direito**; tradução Márcio Pugliesi – 3. ed. – São Paulo: Martin Claret, 2009. 78p.

Um norte importante a ser ressaltado, é que por critérios legais, o Estado passou a ser o único ente legitimado a punir, sendo rechaçado qualquer ato de exceção, como era evidenciado na antiguidade ou em períodos de conflitos, no entanto, como explicam Dias e Andrade⁴³, numa perspectiva histórica da criminologia, o que se percebe é que os meios punitivos adotados conviviam com a impossibilidade da redução da criminalidade, mas também como o aumento e diversificação da reincidência.

O Estado, portanto, busca se firmar com sua legitimação que segundo Ferrajoli⁴⁴, é necessário num Estado Democrático de Direito, pois os valores constitucionais devem nortear a atuação estatal:

A especificidade do moderno Estado constitucional de direito está precisamente no fato de que as condições de validade estabelecidas por suas leis fundamentais incorporam não só requisitos de regularidade formal, senão também condições de justiça material.

Na verdade, cabe ao Estado buscar legitimar sua capacidade punitiva, o *jus puniendi*, precisa de um baldrame jurídico, político e moral para ser aplicado, até porque é necessário impor um limite ao poder punitivo sob pena de configurar um Estado de Exceção, princípios estes, contrários ao Estado Constitucional que regula uma democracia de direito.

A produção normativa requer não apenas uma singela definição do tipo penal e para tal, a respectiva pena imposta, para, dentro dos parâmetros definidos pela reserva legal, cumprir esse sancionamento, para tornar a reprimenda efetiva. Na verdade, antes de mais nada cabe ao Estado definir os bens tutelados que visa proteger pela norma penal, deve-se, portanto, determinar valores que legitimem a atuação estatal não só na proteção jurídica, mas que o garanta aplicar um castigo, dentro de limites que não o torne autoritário.

Conceber uma punição como resultado de um tipo penal legalmente previstos, exprime a pena como consequência de uma realidade política, e, portanto, na essência do Direito, ela não se sustenta, pois denota uma negação republicana, pois essa

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delincente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, 2ª reimpressão. 11p.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**; prefácio da 1 ed. italiana Norberto Bobbio. 3ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 330p.

se sustenta, nos mesmos critérios da guerra, quais sejam, a distribuição da violência e do sofrimento/dor, ou seja, seu caráter incontrolável necessita de limites⁴⁵.

É importante notar que a produção legislativa não pode apenas criar um sistema punitivo, estabelecendo as tipificações e seus limites e as devidas proibições, é muito simplista acreditar que essa sistemática resolve os problemas de conflitos das relações sociais, muito pelo contrário, só agrava, haja vista que o descomedimento legislativo cria demandas que exigem do Estado um aparato mais amplo e eficiente.

Logicamente, que a realidade vivenciada há anos, desde os primórdios, e, a realidade vivenciada atualmente são incongruentes, em todos os sentidos, como se intui com a evolução da sociedade e do Estado.

Obviamente que também os valores éticos-políticos estabelecem bens tutelados inovadores e alguns poucos que deixam de existir, contudo, o resultado punitivo dessa vastidão recaem num único sistema, o prisional, e este, pouco evoluiu, ou seja, punir todos os tipos penais da mesma forma, com um único sistema, obviamente contribui muito ao caos estatal punitivos e ao aumento da criminalidade, da violência, e até a mesma da insegurança jurídica e do pseudo senso de impunidade⁴⁶.

As questões levadas em consideração para definição desses valores utilizam critérios personificados nas pessoas, estabelecendo seus bens particulares passíveis de tutela penal, e outros que são definidos por critérios políticos e de orientações ideológicas que atendem, inclusive, o momento em que vive o país, ou seja, esses derradeiros critérios são os que permitem criar novos bem tutelados e até mesmo definir novos tipos penais, assim como extingui-lo quando não haja mais pertinência da referida tutela.

O contexto histórico é um balizador da função punitiva do Estado, predominando interesses diversos com o passar dos tempos, assim como modificando alguns valores que serviram de fundamento para definir alguns bens tutelados, e, diante da evolução social a norma precisa acompanhar esse avanço, e muitas vezes, reformular inclusive o que deve e o que não deve ser tutelado, conforme explica Roit⁴⁷:

⁴⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 145p.

⁴⁶ Não há impunidade quando segundo o INFOPEN aponta que o Brasil possui a quarta para terceira maior população carcerária do mundo – 726.712 presos até junho de 2016.

⁴⁷ ROJT, Julio M. **Fundamentos del derecho penal constitución del derecho penal**. Buenos Aires: Editora Quorum, 2004. 49p.

Os bens jurídicos são unidades funcionais valiosas para a sociedade regida constitucionalmente, e, portanto, também para a posição e a liberdade dos cidadãos individualmente considerados. Assim, os bens jurídicos estão submetidos a mudanças históricas. Conclui que no conceito de bem jurídico elaborado sobre a base das decisões valorativas jurídico-constitucionais, se reúnem diversos aspectos que é apresentado no transcurso do desenvolvimento histórico, é dizendo, o aspecto metodológico-teleológico e o aspecto liberal. Brinda não só os critérios materiais obrigatórios para o legislador na sanção de normas penais, senão que marca a linha que deve seguir na interpretação dos tipos penais existentes.⁴⁸ (tradução nossa)

Ainda segundo o Ferrajoli⁴⁹, há uma capacidade de deslegitimação jurídica quando ocorrem uma inversa proporção nos “modelos normativos acerca da produção jurídica e as práticas efetivas da produção de normas”, e dessa forma, criam-se uma ineficácia do Estado, pois estabelecem valores equivocados para tutelar penalmente, conforme destaca na sequência, pela seguinte crítica:

Pode-se dizer, inclusive, que quanto mais altos e ambiciosos são os valores de justiça professados e perseguidos por um ordenamento, e quanto mais complexas e vinculantes são as garantias incorporadas para tal fim em seus níveis normativos superiores, mais ampla é a possível divergência entre modelos normativos e práticas efetivas e, por conseguinte, o índice de ineficácia das primeiras e de falta de validade das segundas.

Consequentemente a definição de tais valores também permite ao Estado estabelecer os tipos penais, e a diferenciação destes para um ilícito civil, é justamente a forma de punir, pois pela reserva legal definida pela máxima *nulla poena sine lege*, exige que a norma institua a respectiva forma de sancionamento⁵⁰, com o escopo de retribuir o mal causado, mas também de evitar que outros sejam realizados.

Desde a origem do conceito do crime, que se define por critérios formais e materiais, metajurídicos e jurídicos, o mesmo está vinculado, portanto, sempre ao resultado de uma sanção.

⁴⁸ Los bienes jurídicos son unidades funcionales valiosas para la sociedad regida constitucionalmente, y por tanto, también para la posición y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados. Así, los bienes jurídicos están sometidos al cambio histórico. Concluye que en el concepto de bien jurídico-constitucionales, se reúnen los diversos aspectos que ha presentado en el transcurso de su desarrollo histórico, es decir, el aspecto metodológico-teleológico y el aspecto liberal. Brinda no solo los criterios materiales obligatorios para el legislador en la sanción de normas penales, sino que marca la línea que debe seguirse en la interpretación de los tipos penales existentes.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**; prefácio da 1 ed. italiana Norberto Bobbio. 3ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 785p.

⁵⁰ Conforme dispõe o artigo 32 do Código Penal, as penas são as privativas de liberdade, restritivas de direito e a pecuniária.

Não se pode olvidar que os critérios formais, desde o Código Imperial de 1830, sempre se apresentaram precários, pois não evidenciavam “a exata noção de crime, pois um código ou estatuto legal não é um tratado doutrinário nem o veículo apropriado para teorizações”⁵¹.

Ressalta-se, neste sentido, de que até na legislação contemporânea também é possível encontrar a mesma confusão, existem tipos penais que a lei sequer à conceitua explicitamente, sendo necessário, no entanto, uma interpretação doutrinária sobre a tipicidade para poder compreender a conduta delituosa, como é o caso, por exemplo, do disposto no art. 137⁵², quando no *caput* estabelece que rixa é participar de rixa, ou seja, há aqui a demonstração da fragilidade do critério formal do crime.

Desde o primitivo Diploma Imperial, também se observava que alguns ilícitos eram definidos por critérios objetivos, especificadamente ao bem tutelado, ou seja, objeto material de algum valor de tutela, que prevalece até o momento; ou até mesmo uma abordagem do próprio fator humano ou ainda de sua relação social, e aqui num vértice nitidamente subjetivo, os quais formalizavam os critérios materiais do crime, mas estes se subdividem em metajurídicos e jurídicos. Neste cenário, podem-se considerar as disposições dos crimes decorrentes de violência doméstica, por exemplo.

2.2 MODELO RESTAURATIVO E A EFETIVIDADE DA SANÇÃO APLICADA AO ILÍCITO PENAL

A busca de meios alternativos para solução de conflitos é uma realidade efetiva em muitas áreas do Direito, contudo, na esfera penal, ainda é modesta e se resumem, nos meios legalmente previstos, aos crimes de menor potencial ofensivo. No entanto, num sistema restaurativo, já presente no judiciário, alguns fatores foram importantes para a idealização da justiça restaurativa, pois com o reconhecimento dos estudos das Ciências Criminais, muitos delitos, muitas causas criminais, e muitos perfis dos envolvidos foram analisados para construção de um método que realmente pudesse atender a finalidade humana que se espera do Direito Penal.

⁵¹ COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: SAFE, 1998. 10 p.

⁵² BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

Como forma de organização da sociedade, surgem os meios de regular e de prevenir os conflitos, neste sentido, o denominado controle social implica numa estruturação complexa, em que a sociedade busca as soluções em meios punitivos, aplicáveis aos contraventores.

As diferentes Escolas Criminais contribuíram tecnicamente, cada uma em sua época, a identificar alguns perfis, técnicas e condutas interessantes, e que ao estudá-la pode-se, não só compreender a evolução histórica da política criminal, mas também, elaborar uma teoria crítica aos resultados questionáveis, que atualmente o modelo tradicional se apresenta.

De qualquer maneira, os esforços do poder do sistema penal não conseguiram evitar a situação crítica – que se sobrepõe a estes esforços – como um impulso ético que, a partir da autenticidade do ser humano em qualquer emergência negativa, tenha conseguido transpassar a força de todo o exercício genocida do poder⁵³.

O modelo tradicional de justiça, salvo situações bem específicas, não aproveita a condição pessoal do infrator para aproveitar seus predicados em favor da pena, o curioso, é que a aplicação da pena exige que seja analisado critérios como o delito, o delinquente, a vítima e o controle social.

Nesse contexto, mesmo havendo previsão na Lei de Execução Penal, de que a partir da classificação dos condenados, que deve ocorrer segundo os seus antecedentes e personalidade, este está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidades. Aliás, a legislação prevê que o trabalho do condenado, como dever social, também contribui à sua ressocialização, pois terá finalidade educativa e produtiva. Muitos tipos penais, portanto, poderiam ser punidos, nos termos da lei, aproveitando a condição do condenado, não apenas para castigá-lo, mas também para que sua aptidão sirva para reparar o dano causado, como por exemplo, nos crimes econômicos, que a atividade produtiva pode contribuir para o ressarcimento ao erário.

Diante de tal amplitude de estudo, é cediço que uma ciência criminológica completa e geral praticamente não há, em razão da amplitude de infrações penais e diversidades sociais, mas isso não impede que se identifiquem questões penais que

⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimação do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 5ª edição, 2010. 37p.

mereçam alterações, e neste contexto, se apresentam alternativas e soluções, aliás, essas respostas são facilmente evidenciadas na prática, principalmente pela percepção de que o encarceramento não surte o efeito necessário na coibição da violência e da criminalidade. “A punição não faz desaparecer a criminalidade: não há entre uma e outra qualquer relação de causa e efeito”⁵⁴.

2.2.1 Mudança de paradigma: caminho para um modelo retributivo

O modelo retributivo, contudo, não se apresenta tão digno dentro das condições adequadas de punição, principal pressuposto metodológico, tido como baseamento de uma teoria garantista habita na separação entre o direito e a moral, entre o ser e o dever ser⁵⁵. Somente após essa separação e a análise individual de cada questão, é que se permite identificar que o senso garantista, não visa como erroneamente se expõe, um modelo absolutório. Na verdade, o garantismo, prega uma resposta estatal, dentro dos limites que preveem a Carta Constitucional, que, no caso do Brasil, preza e tutela a dignidade da pessoa humana.

Punir, dentro do critério retributivo da punição, e, como um instrumento de regulação social, além de sempre existir, persiste como necessário, quando a infração da norma penal se evidencia, especialmente, de forma intencional, e esse é o mote do Estado intervir, incondicionalmente, na maioria das vezes, com a finalidade de ser o garante do *welfare*.

Mesmo na seara da política criminal, o *Welfare State* faz parte dessa relação, pois é a busca do Estado de modificar as condições socioeconômicas e proteger os indivíduos das consequências de tais implicações, dentre elas a violência e a criminalidade.

A finalidade⁵⁶ do Estado precisa dar conta das sociedades complexas, ou do fenômeno do poder difuso cada vez mais difícil fazer frente às demandas provenientes

⁵⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. 91p.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**; prefácio da 1 ed. italiana Norberto Bobbio. 3ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 788p.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011. 126-130p.

dessa relação. No entanto, na preservação também é importante o Estado garantir a ordem social, mesmo que seja necessário limitar-se a prover a defesa externa e a ordem interna, visando o bem-estar de toda a sociedade.

Esse escopo do Estado visa a garantia e a realização dos direitos sociais dos cidadãos, depois do reconhecimento dos direitos civis e políticos, ou seja, na hipótese de algum desses bens tutelados serem afetados por um ilícito penal, a intervenção do ente público é no sentido de manter tal equilíbrio e buscar pela persecução, uma forma de garantir o bem-estar.

Destaca-se que a eclosão da necessidade de garantir uma melhor relação social, mesmo entre as desigualdades existentes, alguns resultados se evidenciaram. O Estado, por meio de suas intervenções, pouco pontuais, é verdade, promoveu modificações na sua natureza e no convívio social. Com isso, usando dos meios cabíveis, mesmo que de forma equivocada muitas vezes (como é o caso da lei penal), que também foi utilizada para servir como uma ferramenta dessa modificação.

O Direito Penal, por meio de sua função política, assume o protagonismo dessa transformação, pois ao limitar o avanço do Estado de polícia, reprime retrocessos, e, acompanha a evolução social e do Estado de Direito, que segundo Zaffaroni⁵⁷, a ciência criminal precisa ser sempre parcial em prol da contenção das “pulsões absolutistas”, mantendo assim o equilíbrio das garantias necessárias à sociedade democrática.

A norma, utilizada para tipificar condutas além de servir como uma forma de garantir a estabilidade das relações sociais, também pode servir como um meio mais célere de mudar comportamentos sociais ou culturas inadequadas contemporaneamente, e com isso atingir a harmonização almejada, logicamente, que lança mão apenas das políticas criminais para isso, é não só um disparate, mas também uma inversão principiológica, pois a Lei Penal deve ser a *ultima ratio*, não a *prima* como muitas vezes é utilizada.

Nesta senda se avalia a quantidade e a qualidade das intervenções estatais em busca de tais objetivos de harmonização social quando parte do Estado essa atribuição, pois este restringe-se pelo volume dos recursos disponíveis para a sua atuação. Na esfera penal, esses recursos restringem-se apenas às disposições previstas

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 172p.

na norma, ao sistema prisional e algumas políticas públicas voltadas para formação cidadã e/ou prevenção da violência.

É limitada, como se percebe, a sua expansão, contudo, mesmo assim o surgimento e o desenvolvimento de ações para regular as relações sociais inovadoras, é importante, e buscam-se outros meios mais adequados para fomentar políticas contemporâneas.

Toda inovação nessa seara, principalmente àquelas que não se apegam exclusivamente ao caráter retributivo de todo sistema, colhe frutos bem producentes, gerando resultados eficientes quanto à ressocialização e a diminuição dos índices de reincidência e de violência, levando à criação de várias estruturas e a novas formas de intervenção e gestão.

Hobbes defende um poder absoluto do Estado, porém, que advém do consenso oriundo do momento constitutivo da sociedade civil, pois a relação humana admite que deva findar a condição natural de solução de seus conflitos. Transfere-se tal poder a um único agente ou à uma assembleia investida dos poderes outorgados pelos governantes, obviamente, que esse monopólio, com o aumento da demanda e a complexidade dos conflitos, origina outros problemas, dentre eles a morosidade e a incompreensão da punição, pois esta não atinge seu eficaz objetivo pela falha jurisdicional do Estado, uma vez que é autoritária e repele o consenso, pois tem o medo como princípio.

Exige-se, nestes termos, não só uma nova transformação do Estado, mas também uma readequação de sua representatividade junto ao cidadão contemporâneo, que buscam novas práticas, não para retirar o poder do Estado, mas para torná-lo ainda mais eficiente, e, nesse sentido, surgem os meios alternativos de resolução de conflitos – *alternative dispute resolution (ADR)* – que segundo Spengler⁵⁸, acontecem por meio de “instituições capazes de abrir espaços de compromissos, que nascem como estratégia que a democracia oferece à tirania, à violência e ao terror”, mas que só atingem a eficácia necessária com o reconhecimento dessas práticas, por meio da adesão social com a aceitabilidade dos conflitantes.

⁵⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010. 3866-387p.

2.2.1.1 Princípios restaurativos da lei penal

Os princípios restaurativos da lei penal constituem um terreno de pesquisa para analisar as causas e as modalidades desse desenvolvimento, assim como trata de interpretar as crises contemporâneas do sancionamento, buscando uma melhor forma de aplicar a punição, mas principalmente de conter e solucionar a lide como um todo.

Os estudos que se tem sobre o tema, manifestam as relações entre o aumento das intervenções do Estado, haja vista que a regra não está sendo a excepcionalidade, muito pelo contrário, o minimalismo penal pouco se vê nesses conflitos, principalmente em razão do aumento do poder repressivo estatal.

Surge, aqui, o Estado como o guardião do desenvolvimento socioeconômico e de toda a sociedade, diante disso, o fato criminoso, ocupa, inclusive, um papel de destaque, pois na medida em que o crescimento ocorre, a sociedade se transforma e evoluciona, aí as contradições se acumulam e a classe dominante transfere ao Estado o dever de assegurar a "reprodução social" que requerem as necessidades das estruturas estatais, ou seja, se assegura a formação, a vivência e a proteção social de todos por meio da repressão, infelizmente.

Não se pode desconsiderar, neste azo, que com o aumento da complexidade nas relações sociais, como supra destacado, as questões socioeconômicas tornam-se protagonistas das políticas repressoras do Estado.

Tem-se resultados interessantes nos países de crescimento maior, obviamente, decorre do fato de que as restrições sociais variam em relação inversa ao crescimento econômico, quanto melhor e preparado é o Estado, mais eficiente é em atender o aumento das demandas sociais, contudo, nem assim, é capaz de extinguir das relações sociais a violência e a criminalidade.

Fato diverso, de modo óbvio, se observa nos países de crescimento débil, o aumento dos gastos sociais só pode provir do crescimento das deduções públicas sobre a economia, e dessa se reflete em todas as searas sociais, contribuindo com o aumento das desigualdades e da expansão dos conflitos a serem apaziguados pelo Estado de alguma forma.

Obviamente que se faz necessário um maior investimento estatal na persecução penal, mas de forma *lato*, não apenas na repressão policial ostensiva, as

instituições devem ter condições de abarcar a demanda da sociedade, e esse é o maior problema da efetividade pública, pois não há aportes financeiros distribuídos estrategicamente para dar conta dessa dificuldade.

O combate à criminalidade e à violência, carece de uma reformulação nas políticas públicas, deve o Estado investir estrategicamente em setores que não são, aparentemente, exclusivamente da área de segurança pública ou de justiça, como por exemplo, na saúde pública, educação, cidadania e bem-estar social, esses, alicerces indispensáveis para uma resposta mais efetiva da esfera estatal.

Aliás, a mera reformulação e criação legislativa também não são a melhor alternativa à morosidade jurisdicional. A deficiência da atividade policial à execução da pena, e, a falsa sensação de impunidades, não se resolvem apenas com regras, sem que o Estado possua um aparato adequado para atender esses problemas.

O Estado de Direito, por mais centralizador que seja (principalmente quando assume o papel sancionatório, de forma institucionalizada), a partir da ocorrência de uma mudança na política criminal e jurisdicional e criação de uma base legal que legitime uma nova atuação pública, com o adequado investimento, tem a possibilidade de desenvolver políticas que apresentem respostas mais eficientes nas resoluções dos conflitos, inclusive na esfera penal como um todo. Ou seja, não apenas nas esferas já existentes, ou resumidas a atos infracionais e crimes e menor potencial ofensivo.

Os delitos criminais, pelo que se percebe ao analisar os bens jurídicos, tutelam o indivíduo, seus patrimônios e a estrutura funcional da “coisa pública”, isto é, não é complicado desenvolver políticas e meios alternativos para resolver tais conflitos, pois não são muitos os bens tutelados, principalmente se estimular a essência democrática da participação das partes, para que juntas, compreensivamente, encontrem uma melhor forma de resolver não só a lide, mas especialmente o conflito como um todo.

As políticas públicas, assim sendo, se apresentam como a mais viável alternativa para a efetividade do Estado, em termos de política econômico-social. Números e dados demonstram o êxito da evolução do Estado, quando garante a efetiva participação da sociedade na garantia de seus direitos fundamentais.

Num Estado Democrático, a Constituição garante preceitos da limitação do poder de punir do Estado, preservando a dignidade da pessoa humana de forma equânime, aliás, esse é a essência republicana do controle estatal.

Segundo a lógica, é necessário punir os infratores, mas aplicar uma penalidade que sirva para repreendê-lo e para reeducá-lo, da mesma forma que as instituições públicas garantam à vítima a segurança de que a resposta jurisdicional é compatível com a violência do delito cometido, que atingiu de alguma forma sua condição pessoal e/ou material.

De certa forma, é a essência do princípio da igualdade, dominante e imprescindível no campo da política e da vida social, que se percebe que é o Estado, desde que cumpra com as previsões legais legítimas, pune o autor do crime e preserva a vítima (e/ou a sociedade) de forma desigual, deste modo, assegura a equidade e a manutenção da ordem social.

2.2.2 O (re)pensar dos instrumentos de solução de conflitos: em busca do reconhecimento social

A resposta dada pela ciência da criminologia consentiu os estudiosos intuir que as formas de punições adotadas pelo Estado, em nada, ou muito pouco, contribuía para a solução dos conflitos gerados pela prática do crime cometido.

Da mesma forma, pode-se afirmar que os fatos sancionados, não refletem toda uma conjuntura necessária para análise, mas que no atual sistema, pouco tem relevância para a solução do processo penal, pois atualmente, o que se considera, é que se há crime, com autoria definida, deve haver uma pena.

Essa singela análise, foge de toda a cogente apreciação que se deve ter do caso concreto. Num imprescindível exemplo prático, analisa-se o seguinte quadro hipotético. Uma criança, que nasce e cresce numa periferia; neste local, reside e convive com esgoto escorrendo à céu aberto, passando em frente a edícula que mora com os pais e outros tantos irmãos.

No mesmo local, doenças em razão da falta de saneamento básico é frequente e costumeiro. Sempre que precisam de um auxílio médico, possuem um posto de saúde municipal que quase sempre não possui profissionais para atendimento, e

quando necessário, precisam aguardar um considerável tempo para ser atendido. Aliado a tudo isso, inclusive, o senso de propriedade é diferente do padrão, pois os brinquedos dessa criança, são brinquedos quebrados, sujos, ou quando muito feito por eles mesmos, e ainda, são de uso coletivo, todos seus irmãos e amigos brincam com o mesmo brinquedo sempre. A construção que moram, é irregular, uma invasão do local, que somente se sustenta pela coletividade paritária das demais pessoas que moram ali. Água e luz, são irregulares, todas ligações clandestinas. Socialmente, ainda, convive, como se comum fosse, com a embriagues dos pais, vizinhos, além do consumo de drogas por parte de pessoas próximas.

Fica claro, portanto, um desequilíbrio evidente, principalmente, na questão social, pouco saudável. Essa criança cresce, e ainda na adolescência, tem contato com as drogas, e que o leva após algum tempo, ser preso, acusado e julgado por um crime contra a saúde pública, que são os delitos que envolvem as substâncias entorpecentes.

Nessa avaliação, em que pese simples e pontual, muitas coisas são perceptíveis, e muito disso se encontra fora do contexto processual penal padrão. O crime de tráfico de droga, apresentado no exemplo supra, julgado e sancionado pelo Estado, apenas responde friamente o crime em si, nada contribui ou auxilia, para modificar o cenário que envolve muito dos casos.

Tem-se então, como compreensível as críticas ao Estado (no caso em tela cobra algo que nunca ofereceu ao rapaz do relato acima citado), que como tutor da ordem e do equilíbrio social, precisa ser mais efetivo em suas ações, mesmo que o fato careça de uma pena, mas que esse castigo seja também efetivo, que resolva o problema, mas que atualmente, nada disso se almeja.

O crime por si só é um fato gerador de violência. Segundo Veronese⁵⁹, a "palavra violência vem do termo, em latim, *vis*, que significa força", empregado com o propósito de submeter alguém a algo contrário à sua vontade.

Nas relações sociais, muitas são as formas de violência, e, visando combater esse problema social, muitas políticas públicas são implantadas pelos Estados, porém com resultados poucos expressivos.

Para Andrade⁶⁰, infelizmente, como já constado em estudos de Criminologia, a violência é identificada como uma violência de uma minoria. Essa

⁵⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Violência Doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente - uma leitura interdisciplinar**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. 101-102p.

minoria, evidenciado nos estudos apresentados, que se caracterizam não só pela pobreza e pela afro descendência, mas de uma certa forma pela vulnerabilidade, expostos à um risco/violência considerável, demonstrando a necessidade da implementação constante de ações eficazes de combate e prevenção, e que preferencialmente sejam integradoras politicamente.

A situação apresenta desafios para as políticas públicas, não apenas no âmbito de cada país, mas também no conjunto destes. Estes desafios serão melhor abordados com a ação das autoridades dos diversos níveis de governo, mas também com a iniciativa das diversas representações da sociedade civil organizada e de empresas privadas. A participação das próprias crianças e adolescentes neste processo será fundamental⁶¹.

Nesse sentido, continua a autora, a sociedade consensual, na qual parte do dirigismo jurídico estatal diminuiria (demonstrando que o Estado não é o único garantidor da paz social), constituiria um terreno muito favorável à ordem negociada. Para que o consenso seja alcançado, porém, é preciso mais do que boas intenções. Faz-se necessário um certo equilíbrio nas relações socioeconômicas dos conflitantes e a igualdade de direitos entre as pessoas, assim como a proteção judiciária a eles devida. Disso resulta que a democracia respaldada no consenso é, antes de tudo, uma construção institucional, vale dizer, de um conjunto de instituições legalmente estabelecidas e organizadas segundo determinados arranjos sociais.

No combate à criminalidade e a violência, é cediço que se buscam alternativas efetivas para restabelecer a paz social necessária, da mesma forma, já se demonstrou que o modelo atual de justiça retributiva e o rigor nas punições, não são meios eficientes nesse objetivo, e, por isso, os procedimentos restaurativos são meios mais eficazes, pois não só envolvem as partes do litígio, como também envolve a sociedade na solução restauradora indispensável para o problema, em especial da violência.

⁶⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. 37p.

⁶¹ SPRANDEL, Márcia Anita (coord.). *Situação das Crianças e dos Adolescentes na Tríplice Fronteira entre Argentina, Brasil e Paraguai: Desafios e Recomendações* / UNICEF, ITAIPU Binacional. Curitiba: ITAIPU Binacional, 2005. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/sitantrifron.pdf>. Acessado em: 08 de fevereiro de 2016.

As práticas restaurativas na verdade, utilizam do regulamento social como meio de manter coeso as relações sociais, ou seja, a "justiça restaurativa aproxima e privilegia toda forma de ação, seja ela individual ou coletiva, de forma a corrigir as consequências da prática da infração, solucionar o conflito e reconciliar as partes envolvidas"⁶².

Outrossim, o processo restaurativo, conduzido por um mediador, busca solucionar todo o contexto do problema, ou seja, diferente do modelo de justiça tradicional, que muitas vezes resolve somente a lide processual, a Justiça Restaurativa busca uma solução muito mais abrangente, e por isso que os diversos modelos de mediação, são capazes e possíveis de serem ajustados como um procedimento restaurativo, como aliás demonstra Carlucci⁶³.

É necessário, além disso, como defende Warat⁶⁴, repensar, aprimorar os procedimentos de mediação como a finalidade deles serem os principais instrumentos de solução de conflitos.

Como já demonstrado, uma política de prevenção e combate à violência, é necessário, não só para restabelecer/garantir a paz social necessária ao Estado, como também permitir que este amplie e consolide a ordem social. Fica evidente, portanto, que é importante buscar meios para que os Estados desenvolvam meios alternativos de conflito penal, cujos os resultados poderão ser muito mais positivos e eficazes.

A justiça restaurativa se sustenta por meio de uma abordagem mais detalhada, pois permite as partes trazerem para o contexto suas diferentes realidades, e com isso, há possibilidade de um grau de compreensão, que desenvolve uma consciência social mais apurada, situação, que nem de perto ocorre no tradicional procedimento.

O fato de propiciar ao infrator apresentar suas angústias e dificuldades, à vítima expor suas fragilidades e receios, possibilidade de trazer à baila realidades

⁶² COSTA, Marli Marlene M. da, COLET, Chalise Paula. A aplicabilidade dos mecanismos restaurativos como forma de participação popular e efetivação da cidadania: a solidificação das redes de cooperação e do capital social. In SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Douglas Cesar. (orgs.) **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. 75p.

⁶³ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. **Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. 295p.

⁶⁴ WARAT, Luis Alberto. Pensemos em algo diferente em matéria de mediação. In SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Douglas Cesar. (orgs.) **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. 297p.

compartilhadas com familiares (inclusive), tudo diante de um mediador/facilitador que conheça essas diferentes realidades, possibilita que situações importantes, extra fato criminoso, sejam sopesadas, e isso, resulta num critério restaurativo mais amplo, pois não se resolve apenas aquele fato em apreço. Permite, às partes entenderem um contexto muito maior, de cunho social que se bem compreensível vai permitir que mudanças ocorram e que cenários como os que foram expostos acima, sejam resolvidos e solucionados de forma mais justa, inclusive.

O círculo restaurativo devidamente mediado por um facilitador que tenha a percepção de fazer uma análise social da situação, as dinâmicas permitirão que muita coisa pode ser feita para mudar a situação individual de cada um, basta que reconheçam suas fragilidades, aliados, logicamente, com o interesse próprio que deve ser buscado para modificar e resolver um problema que não é criminal, tão somente; muitas vezes trata-se de um problema social.

O senso garantista, na defesa de interesses dos preceitos fundamentais (garantidos a qualquer cidadão), são fatores que demonstram que a evolução da justiça restaurativa, será uma constante, e, inevitavelmente, demonstrará mais um ponto positivo desse novo e alternativo modelo de solução de conflitos, que comparado com o modelo atual, caótico, estanque e pouco participativo, engessa seu progresso, tornando-o ineficaz e injusto em muitas situações, principalmente na finalidade da pena.

O modelo restaurativo representará, em sua plenitude, um avanço da sociedade, uma propagação de civilidade e de senso de justiça, uma vez que é um procedimento que não só decide uma demanda criminal, soluciona os danos, como também resolve o conflito, promovendo a paz social.

Assim, Bitencourt⁶⁵ é claro quando expõe que “é indispensável que se encontre novas penas compatíveis com os novos tempos”, seguindo ainda, quando assevera:

Propõe-se a aperfeiçoar pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizada. Pouco mais de dois séculos foi suficiente para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 1: parte geral**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 130p.

A pena tem um desígnio, isso é evidente, a punição, em seu contexto, é equivocadamente entendida como a eficácia do poder de punir do Estado. Nas lições de Fernandes, a pena é apresentada com as seguintes características:

As principais características da pena deve ser a legalidade, a proporcionalidade e a personalidade. A legalidade, contida no axioma *nulla poena sine lege*, diz respeito à pessoa do delinquente, mas igualmente se relaciona com a finalidade da prevenção geral pela intimidação. A proporcionalidade da pena está umbilicalmente atrelada ao fundamento retributivo: a quantidade do crime deve fixar a quantidade da punição. Óbvio que a reincidência, mormente a específica, deverá influir sobre a proporcionalidade penal. A personalidade, imposta pelo fim retributivo da pena, vem firmada pelo apotegma que “nenhuma pena passará da pessoa do delinquente”⁶⁶.

O sistema acusatório tutelado e praticado pelo Estado é a tônica do problema enfrentado em toda a relação processual, qual seja, a resolução do feito com uma decisão, uma sentença que em tese “resolve o processo”, mas não resolve a relação entre as partes.

A resolução de conflitos é o norte a ser atingido com uma demanda judicial, ou seja, o Estado deve não só resolver a causa nos termos da lei, mas também, buscar resolver o prélio entre as partes, pois é imperioso a criação de mecanismos que assegurem a sobrevivência da sociedade por si mesmo, sob a ideia de tutela de direitos, que se “busca, inexoravelmente, estabelecer uma maneira para administrar os conflitos nascidos no âmbito da comunidade, assim como criar uma direção de conduta aplicável a todos os integrantes do grupo social”⁶⁷.

O autor ainda destaca como desafio da resolução de conflitos, ao analisar o atual sistema judicante, que o sistema retributivo processual se limita aos embates entre os representantes das partes, ou seja, as partes, propriamente ditas, praticamente tornam-se coadjuvantes nesse sistema, e são “obrigadas” a assumirem um posto de passividade, aguardando apenas a resposta do Judiciário, quando prolata a sentença:

⁶⁶ FERNANDES, Newton. **Criminologia integrada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 657p.

⁶⁷ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 23p.

Atualmente no Brasil, a forma judicial se constitui o modelo preponderantemente utilizado pela sociedade para a resolução dos conflitos. Para que haja uma maior utilização das formas alternativas de resolução de conflitos, é preciso que seja construída uma cultura sobre o assunto. A construção dessa cultura, que venha permitir a mudança do paradigma de solução de litígios passa, principalmente, pela educação da sociedade quanto aos mecanismos de resolução de controvérsia colocados a disposição pelo sistema jurídico. Obriga, também, a uma reavaliação dos currículos das Faculdades de Direito no Brasil uma vez que, atualmente, estas preparam os futuros operadores do direito para utilizar apenas a forma judicial, na solução dos conflitos⁶⁸.

Da mesma forma que o sistema retributivo não considera a possibilidade de uma participação mais efetiva das partes, também ignora ao aplicar uma sanção, mesmo necessitando considerar os critérios do artigo 59 e 60 do Código Penal, pois muitas vezes a pena é imposta justamente para causar prejuízo ao apenado, atendendo o caráter de castigo, e até mesmo de vingança pelo ilícito praticado.

Nos crimes econômicos, por exemplo, não são raras as aplicações de penas pecuniárias e/ou condenações em restituições de valores e perdimento de bens que comprometem completamente a viabilidade econômica de uma empresa, causando-lhe significativos prejuízos financeiros, mesmo havendo limitação da responsabilidade no valor do capital social ou na forma de reprimenda prevista a pessoa jurídica nos crimes ambientais.

O Direito como um todo é feito e aplicado aos homens, e o Direito Penal tem uma peculiaridade relevante, pois é uma área que labora muito com a natureza humana, e, portanto, essa não pode ser ignorada como escopo a ser atingido como forma de resolução do caso concreto, resolver uma ação penal não deve se restringir apenas ao sancionamento puro e simples, a questão pessoal dos envolvidos, deve ser considerado pelo Estado/Juiz.

Diante do que se demonstra, a Lei Penal é mutável e se adequa a realidade social criando novos tipos penais e bens tutelados, contudo, a forma de punir não se altera, vez que as formas de punir são sempre as mesmas.

Aliás, nos processos judiciais, que se restringem a embates técnico-jurídicos, não são raras as penas aplicáveis que não atendem ao interesse da vítima ou não possuem resultado para ressarcir o bem jurídico afetado, ou seja, o Estado cumpre

⁶⁸ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 24p.

literalmente a norma criminal, aplicando a sanção legalmente prevista, mas a mesma é totalmente descontextualizada.

Há, como apresenta Nordenstahl⁶⁹, uma necessidade de remodelar a forma de solução penal, tornando as partes mais protagonistas do procedimento:

Durante séculos é negado no direito penal à possibilidade de que as partes possam resolver suas situações. Isto, em parte se deve ao próprio Estado, mediante o chamado 'processo de expropriação de conflitos' não permitir a real participação dos verdadeiros protagonistas do conflito (tradução nossa)⁷⁰.

Apresentando um novo modelo, surge uma recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1985, quando aponta que métodos alternativos de resolução de conflito são eficazes, mas sustenta que “não se pretende de nenhuma maneira a abolição total do direito penal, mas sua substituição por outros modos de controle social e sanções”(tradução nossa)⁷¹.

Por meio de uma forma diferenciada de aplicação da Lei Penal é possível não só uma sanção mais adequada, como também aplica-la atendendo os interesses da vítima e até mesmo da reparação apropriada do(s) dano(s) causado(s).

Dos três modelos de justiça existentes, quais sejam a Retributiva - ou comutativa, Distributiva - ou justiça pelo mérito e a Restaurativa - ou justiça do reconhecimento⁷². A solução de conflito melhor se evidencia no último modelo, pois além de abrangente, ainda é mais eficaz diante da flexibilidade de organizar procedimentos restaurativos distintos para cada situação penal.

Já o modelo padrão da Justiça Retributiva, que resulta também numa punição retributiva, visa tão apenas impor uma sanção, equivalente ao delito praticado, e que é decorrente de um processo penal engessado e rigoroso, não permitindo nenhuma forma procedimental diversa daquela prevista pela regra formal.

⁶⁹ EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian. **Mediación penal: de La práctica a la teoría**. 1ª ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2005. 25p.

⁷⁰ Durante siglos se ha negado em El derecho penal La posibilidad de que las partes em pugna puedan resolver su situación. Esto en parte se debió a que el propio estado, mediante el llamado “proceso de expropiación del conflicto” no permitió la real participación de los verdaderos protagonistas del conflicto.

⁷¹ No pretendemos de ninguna manera La abolición total del derecho penal, sino su sustitución por otros modos de control social y sanción. EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian. **Mediación penal: de La práctica a la teoría**. 1ª ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2005. 29p.

⁷² SCURO NETO, Pedro. **Por uma justiça restaurativa: real e possível**. Revista da AJURIS, Porto alegre, v. 32, nº 99, set. 2005. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 193p.

O procedimento *standard* de justiça, como resultado, impõe uma pena, pelo simples critério de punição, estabelecendo uma forma para seu cumprimento, que varia (retributivamente) de acordo com a gravidade do delito.

O mote desse sistema é a relação entre pena e Direito Penal, que também legitima a pena, “pois sua imposição se justifica pelo crime, sem qualquer questionamento quanto os por quês e para que punir”⁷³.

Numa falha evidenciada de resolver o conflito, assim como de não surtir resultados capazes de reduzir a criminalidade e visando uma solução mais humana das lides criminais, o modelo retributivo é caótico.

2.2.3 A resolução do conflito e a autonomia dos sujeitos, para além da aplicação da pena

Alternativamente, comprovadamente com resultados positivos em diferentes programas já em vigor no mundo e no Brasil, surgem às disposições da Justiça Restaurativa que se apresenta como um novo meio e forma de aplicabilidade para o justo, como inclusive define Aguiar⁷⁴:

Podemos entender a Justiça Restaurativa com uma reformulação de nossa concepção de Justiça, tendo como objetivos trabalhar a compreensão das pessoas sobre a situação conflituosa para que haja a humanização dos envolvidos, possibilitando a identificação das necessidades geradas pelo conflito/crime e a consequente responsabilização de todos os afetos, direta ou indiretamente, para que, de uma forma ou de outro, se comprometam e contribuam para sua resolução.

Ainda, faz uma leitura interessante quando conceitua a Justiça Restaurativa como “uma justiça participativa, uma vez que as partes atuam de forma significativa no processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação”⁷⁵.

⁷³ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009. 43-45p.

⁷⁴ AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 109p.

⁷⁵ AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 110p.

Tem-se, portanto, como sendo essa a solução mais efetiva para o processo, pois uma demanda processual envolve, sempre, questões de relacionamento humano, e sendo assim, em muitas situações, as próprias partes possuem condições de resolver o problema, e nesse contexto, a solução atingiria o conflito propriamente dito, e, portanto a resolução da lide seria muito mais efetiva, pois na esfera criminal, haveria condições das partes solucionarem o feito, não só pelo sancionamento estatal, mas também, a reparação do dano causado, seja de forma material, como também de ordem subjetiva, com a compreensão dos fatos pelo agente e pela vítima (quando houver)⁷⁶.

Nessa lógica reparadora, nos crimes econômicos é importante, para a efetiva reparação ao erário público prejudicado, que se preserve também a ordem econômica, que inevitavelmente é abalada e via de consequência, pode comprometer toda cadeia produtiva de um determinado setor ou ainda causa uma crise política.

É por isso que não é aceitável a resistência ao modelo restaurativo como sendo um instrumento de impunidade, muito pelo contrário, os processos restaurativos visam aplicar a norma penal nos termos previstos, mas de forma que a sanção seja um instrumento reparatório por completo.

Neste sentido, que o resultado do processo restaurativo não fica exclusivamente ao arbítrio das partes, a condução dos trabalhos ocorre por meio de um interventor, que é a representação do Estado/Juiz, que são pessoas devidamente capacitadas para tal mister. No entanto, fica nítido que a efetividade do processo parte do interesse das partes em participar do procedimento, e assim que consentirem cabe ao facilitador estabelecer a metodologia dos trabalhos (regras).

Se a Lei é um instrumento de harmonia social, um programa legalmente previsto de Justiça Restaurativa tem o mesmo desígnio, ou seja, neste azo, as disposições constitucionais devem ficar evidente no procedimento restaurativo, vez que direitos fundamentais são os que ladeiam o objetivo de resolver o conflito.

⁷⁶ A Justiça Restaurativa traz a noção de “formação de rede”, uma rede tecida conjuntamente pelas interseções de responsabilidades assumidas no sentido de das sustentações às mais diversas ações em resposta às necessidades que surgem a partir das situações de conflito.

A Justiça Restaurativa parte do seguinte pressuposto: o crime ou o ato de violência causa danos as pessoas e aos relacionamentos. Portanto entende-se que não só a vítima e o transgressor são afetados, como também toda a comunidade. O enfoque é dado às necessidades que surgem a partir do ato. [...] A Justiça Restaurativa deixa de preocupar-se com quem está errado e enfoca os valores que estão sendo violados. AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 18-20p.

Havendo o convencimento da participação voluntária das partes no círculo restaurativo, fica mais simplificado o procedimento, pois a determinação da culpabilidade e da respectiva punição permite que haja conscientização do erro cometido e do sofrimento causado, fatores relevantes para a Justiça Restaurativa.

É perfeitamente constitucional qualquer programa restaurativo, pois o mesmo garante e preza pela garantia à cidadania, aos direitos fundamentais de todos, em prol da dignidade da pessoa humana, ou seja, são tutelas garantidoras a todos, de direitos fundamentais, que para a nossa estrutura de Estado Democrático de Direito, se faça também na resolução dos conflitos. Segundo Busato⁷⁷ o “Estado, ao exercer o poder de estabelecer os delitos e as penas, não o faz de modo absoluto, deve obedecer uma série de princípios que salvaguardam as garantias mínimas que todo cidadão deve possuir para viver em uma sociedade democrática”.

Havendo a relação social como motivador dos conflitos, a solução, parte, indubitavelmente, da consciência coletiva, de uma clareza social que ocorre com políticas públicas que reduzam as diferenças sócias e fomentem a necessária informação e conhecimento às normas, mas principalmente, com educação, pois a instrução permite, além de um grau de discernimento importante, como também uma clareza relevante das regras sociais.

O respeito aos limites, a preocupação com a preservação dos espaços e bens alheios, são valores que precisam estar presentes numa sociedade, pois são preceitos republicanos muito caros para a harmonia da convivência.

Obviamente que esse mesmo reconhecimento torna até mais fácil a consciência coletiva de compreender o procedimento restaurativo, e, na hipótese de alguma necessidade, ser mais fácil o convencimento de participar desse círculo, pois a voluntariedade é imprescindível para o início de um procedimento restaurativo.

A compreensão que se trata de um procedimento que vai avaliar a culpabilidade do agente, os motivos que levaram a cometer o delito, assim como compreender o dano causado, e a realidades dos sujeitos envolvidos (autor e vítima), obviamente, também permitirá a compreensão não só da necessidade da pena, como também o sentido dessa reprimenda, ou seja, é perfeitamente possível por meio do

⁷⁷ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. 141p.

procedimento restaurativo também se construir em conjunto meios hábeis para a reparação dos danos causados pelo ilícito penal.

Buscar meios alternativos como a justiça restaurativa, portanto, é a forma mais eficaz de solução efetiva do conflito, como um todo. O modelo normatizado do processo penal trata o delito com frieza. Sua tipificação, na maioria das situações, não reveste o delito por completo.

Há que se ter o olhar voltado também para as partes envolvidas, dentro de suas realidades, suas fragilidades e seus “porquês”. Um direito penal eficiente, precisa buscar a solução inteira do conflito, num sentido de justiça, propriamente disso. Só assim, talvez, consiga realizar sua função de (re)inserção do sujeito à sociedade. De outro lado, a vítima (e sua família ou afetos) poderiam compreender esse papel do Estado, que deve ir muito além do papel punidor e vingativo, simplesmente.

O Estado Democrático de Direitos, além de manter a ordem e o equilíbrio das relações sociais, deve promover as potencialidades humanas e a autonomia dos sujeitos. Essa autonomia exige a percepção do outro enquanto sujeito também. E do Estado como ente fruto dos acordos sociais, que vai punir quando nenhum outro meio for adequado ou quando o conflito não puder ser resolvido pelos envolvidos.

2.2.4 Credibilidade estatal como fator de eficácia da norma penal

Quando Coelho⁷⁸ expõe a metajuridicidade, ele organiza uma interpretação estabelecendo que o conceito do crime precisa se conectar com a realidade social, por meio de critérios universalmente aceitos, e não apenas às questões meramente pontuais e individualizadas.

Já o jurídico, onde o próprio Autor o estabelece como um critério de credibilidade, esse leva, ou deveria levar, a necessidades de questões jurídicas além das disposições dos crimes em espécie, propriamente dita. Aqui se avaliam questões externas de âmbito puramente jurídico, ou seja, é considerado (é o que se espera) todos os fundamentos doutrinários/científico e os julgados, para dar uma resposta da Tutela Jurisdicional do Estado na aplicação da justiça.

⁷⁸ COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: SAFE, 1998. 10p.

Reconhecendo a indispensável análise completa do fato criminoso Liszt⁷⁹ dentro da lógica do “direito penal total”, já buscava demonstrar que a observação de tudo que envolve o ilícito, especialmente, em fundamentos científicos, serve para compreender o crime e sua respectiva sanção, e quanto mais preciso for compreender os motes do cometimento da ilicitude, mais adequado será de compreender a necessidade de encontrar a forma adequada de punir.

Aplicar um castigo ao infrator é a forma mais primitiva de repreender pelos danos causados, essa pena primitiva, como uma espécie de reação seca, revela uma característica negativa da pena, uma vez que esta é uma reação instintiva contra atos que perturbam as condições de vida nas relações sociais, por isso que é consequência necessária do crime, aliás, as sanções tinham o intento de retribuir a desgraça causada.

A repreensão é perceptível como uma característica presente da pena, porém, esta não impede as ações contra o indivíduo, por isso, ter a concepção de castigo, de sofrimento e dor, inclusive.

Segundo Liszt⁸⁰, essa prática humana é uma tendência do indivíduo à sua autoafirmação, à sua auto-conservação, pois o “indivíduo reage à ação de distúrbios das suas condições de vida com ação direta a repelir a causa destas perturbações”.

Em busca de um meio eficaz de repreensão, a pena, de forma primitiva, passa a ser aplicada num caráter social de proscricção, acompanhado ainda da possibilidade de confisco patrimonial, degredo e a privação da honra. Em que pese toda evolução que a pena sofreu, este penitencio ainda permanece, o sistema prisional e as consequências ao apenado são estes há anos, com poucas inovações.

A aplicação e a definição da pena decorrem do mal causado, ou seja, da gravidade do bem jurídico afetado, deles se atribui o *quantum* não só da repressão, mas também da prevenção, pois pelo sancionamento, além de demonstrar sua desaprovação sobre o ato ilícito, também tem o caráter de combater o mal, ou de buscar que o mesmo não ocorra com o prenúncio da gravidade do castigo.

Essa é a tônica do modelo retributivo, que visa retribuir o mal causado com outro tão severo quanto às consequências causadas a vítima, que conforme a definição

⁷⁹ LISZT, Franz von. **A teoria finalista no Direito Penal**. Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN Editora, 2003. 09p.

⁸⁰ LISZT, Franz von. **A teoria finalista no Direito Penal**. Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN Editora, 2003. 11p.

na norma penal, quando identificado a necessidade de uma responsabilização pelos atos realizados, a pena deve ser aplicada para segregar o apenado do convívio social, sob a justificativa e a finalidade de promover a ressocialização de quem cometeu um erro, para que possa retornar ao convívio da sociedade corrigido e consciente dos seus atos.

A pena é tida, portanto, como um suplício que deve fazer o indivíduo sentir que seu erro precisa ser punido e com essa pena, deve ensiná-lo a não cometer outros, pois, nos termos da lei, quanto mais desacertos ocorrerem, mais severa será a pena.

Pelo que discorre Welzel⁸¹ “o fundamento real da pena estatal reside em sua indispensabilidade para a manutenção da ordem da comunidade”. Cabe ao apenado enfrentar dois problemas, o primeiro deles é o problema de sentido da sanção, que perpassa pelo sentimento inteligível da pena exigindo que haja o respectivo conhecimento de atos e consequências do delito cometido. O segundo problema é a de impressão da repressão, em que se deve vivenciar a pena, sofrendo o castigo respectivo.

A lei penal ao definir, contudo, o bem tutelado, os tipos penais e a respectiva punição, como um instrumento estatal, esclarecem que cabe ao Estado regular o convívio social, deliberar sobre os conflitos decorrentes dessa relação de convivência, e, se imprescindível, deve punir se houver necessidade para a existência da ordem jurídica.

Surgem, nessa conjuntura, uma teoria norteadora da pena, que justifica a retribuição justa, não só da legitimação do *jus puniendi*, mas também da sua função com o fito de manter a ordem jurídica como uma função indispensável da pena.

Se mantém a harmonia social também pelo mesmo expediente, defendendo a teoria de que é relevante haver uma pena para que a mesma possa impedir a ocorrência do delito, preservando assim os bens de importância de proteção estatal.

É cediço, contudo, que nesse viés retributivo, a pena somente se apresenta como um instrumento de responder simplesmente ao ilícito cometido, ao afronte à lei, e, que deve ser reprimido, ou seja, não há qualquer condição de buscar aplicar meios para reparar os danos causados.

Mesmo dentro das condições ressocializadoras da punição, que são aplicadas normalmente de forma muito incipientes, não se busca formas de se ter ciência se houve algum prejuízo causado em decorrência do crime, e se houvesse, se há

⁸¹ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. 327p.

alguma forma do mesmo ser ressarcido, justamente porque tudo isso não são condições a serem atingidas num modelo meramente retributivo.

Dar um resultado punitivo à algum descumprimento de alguma regra sempre foi a forma de repreender os infratores ou ao menos servir de meio coercitivo e preventivo àqueles que pudessem infringir alguma regra.

Compreende-se que tal reação, se não for para impor sua supremacia e, por ela, colocar em risco a vida e a integridade física da vítima, ela age em prol de um viés material, e nesse campo, é equivocado impor ao Direito Penal a responsabilidade de organizar juridicamente a atividade produtiva, pois é esta que reclama uma proteção penal, que, aliás, é excludente, pois essa visão patrimonialista, privada e particular, tutelam apenas àqueles que possuem patrimônio, conforme critica Andrade⁸² (2009, p. 16/17), diante disso, percebe-se que a pena é, portanto, sexista, contribuindo assim para a sua ineficiência.

A pena deve, deste modo, não só servir como um castigo, mas deve buscar meios de restaurar o(s) conflito(s) que resultaram em razão do crime, pois assim, inclusive, contribuirá para ressocialização, e, por conseguinte, com a harmonização da sociedade, pois servirá como um meio de compreensão do que significa a pena a ser cumprida, reduzindo, ou eliminando os altos índices de reincidência.

Deveria, portanto, segundo Hassemer⁸³, em razão das necessárias análises sociais pertinentes ao ilícito, deveria haver uma sinergia entre a prática do Direito Penal com a sociedade, contudo, se percebe justamente o inverso, pois pela precisão, concisão e artificialidade das pré-compreensões para definir uma reflexão jurídico-penal da realidade fática, produz um afastamento com a reflexão cotidiana da realidade, e, logicamente, que a medida da pena também se compromete, gerando, no modelo padrão e clássico uma evidente desproporção da sanção.

Ademais, muitas vezes a falta desse critério dentro de parâmetros de razoabilidade externam resultados questionáveis, como por exemplo, a pena em crimes evidentemente famélicos e/ou penas brandas em ilícitos graves, o que torna realmente incompreensível a aplicação da lei penal, acarretando ainda mais revoltas,

⁸² ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito penal diferenciado*. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. 16-17p.

⁸³ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**, tradução de Pablo Rodrigo Afllen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. 149p.

consequentemente, mais conflitos, agravando ainda mais a ineficácia do sancionamento penal tradicional para todos os tipos de delito dentro do modelo retributivo.

Montesquieu⁸⁴ justifica que as leis decorrem de uma relação entre tais regramentos e os diferentes seres. Muitas vezes tais deliberações emanam de um poder divino, tido como criador, e, portanto, suas normas devem ser mantidas, aplicadas e respeitadas, mas principalmente conservadas.

Após a positividade da norma repressora, o Estado passa a controlar essa prerrogativa, que segundo Zaffaroni⁸⁵ tal exercício coativo ocorre de forma limitada num sistema que determine uma forma estatal de se analisar um requerimento punitivo e dele definir qual a resposta a ser dada.

Constrói-se um modelo oficial e aceito de pena, mesmo que ainda dentro dos primórdios da pena, cuja origem vem do termo grego *poine* que remontava à concepção de vingança, por isso a necessidade desse castigo retribuir, “preferencialmente”, na mesma intensidade do(s) dano(s) cometido(s), como expõe Messuti⁸⁶, essa retribuição é “destinada a compensar um crime, a expiração de sangue”, numa transposição efetiva em ódio, inclusive. Nesse contexto, explica a autora:

Cada prestação dá lugar a uma contraprestação. E ao aceitar com toda naturalidade que a prestação qualificada como positiva dê lugar a uma contraprestação qualificada como positiva, haverá também que se aceitar que uma prestação negativa dê lugar a uma contraprestação negativa.

A legitimidade punitiva perpassa pela justa aplicação da pena, desde que hajam critérios e diretrizes de política criminal capaz de garantir que a sanção imposta é adequada e justa, ou seja, é devidamente necessária, pois todos os elementos foram devidamente sopesados por um devido processo legal e dentro da norma, a pena imposta possa retribuir ao injusto sem, contudo, exceder o poder punitivo estatal.

Conforme previsto no texto constitucional a lei definirá ao tipo penal a consequente sanção, que como já ressaltado atende a gravidade do resultado da ação ou

⁸⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 11p.

⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, 2011. 39p.

⁸⁶ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.**; tradução Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronese de Toledo; prefácio Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 19p.

omissão do agente, ou àquele de alguma forma contribuiu para a sua realização, assim como se o bem tutelado foi atingido plenamente ou não, retribuindo o ilícito com uma punição. Diante do crime cometido, ou seja, a lei penal só é aplicada após a ocorrência do fato, vários são os critérios que precisam ser analisados para aplicação da reprimenda, especialmente os de caráter subjetivos, principalmente a partir da intencionalidade ou não do resultado, para que o Estado Juiz possa atribuir um *quantum*, mas também a forma como o autor irá cumpri-la.

A natureza retributiva da pena deveria apresentar, contudo, uma função preventiva genérica dos crimes, está é, portanto, a problemática aqui apresentada, o modelo retributivo, não atinge os resultados esperados, não para todos os tipos penais, ou ainda, quando a norma estabelece novos tipos penais, complexos ou não, mas com uma única natureza punitiva e, conseguinte, uma função de punir.

Para Hassemer⁸⁷ quanto mais reconhecimento houver e quanto mais claro e plausíveis forem os critérios para aplicar uma pena, mais convincente e aceito será acatar esse poder do Estado, permitindo, inclusive, o desenvolvimento de políticas criminais, contudo o autor apresenta o contraponto demonstrando a ineficácia do Poder Judiciário para isso:

A política criminal é um atuar prático. Sua concepção da conduta criminal não pode, para tanto, satisfazer-se somente com os pressupostos de Justiça e deve ter também um sentido prático; diz-se, deve ser útil. A Justiça é uma condição necessária, mas insuficiente para determinar corretamente pela comprovação crítica de si, até que ponto e com que consequências secundárias, pode a Administração de Justiça penal aceitar e executar na prática as decisões político-criminais, sobre o merecimento da pena. (tradução nossa)⁸⁸.

Segundo o autor, a mera concepção de merecimento da pena é inútil na medida em que haja mais consequências negativas pela sanção que positivas,

⁸⁷ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. 67-73p.

⁸⁸ La Política criminal es un actuar práctico. Su concepción de la conducta criminal no puede, por tanto, satisfacerse solamente con los presupuestos de Justicia y debe tener también un sentido práctico; es decir, debe ser útil. La Justicia es una condición necesaria, pero insuficiente para determinar correctamente el merecimiento de pena; tiene que ser, por tanto, complementada por la comprobación crítica de si, hasta qué punto y con qué consecuencias secundarias, puede la Administración de Justicia penal aceptar y ejecutar en la práctica las decisiones políticocriminales sobre merecimiento de pena.

rechaçando assim o critério de utilidade da punição, neste sentido, entende que da forma que as penas são impostas elas são inúteis, portanto, o modelo retributivo é ineficaz.

A mesma percepção é também destacada por Carvalho⁸⁹, sob a seguinte ótica:

A limitação das respostas das *situações problemáticas* à justiça penal excluiria modelos alternativos de compreensão dos fatos e de providenciar resoluções. Existiriam, constata, inúmeras possibilidades de acertamento e de reações possíveis além de punição como, p. ex., a compensação, a mediação, a conciliação, a arbitragem, a terapia a educação etc. A concentração do problema na coerção punitiva traduz falsas soluções, pois unilaterais e arbitrárias.

Evidencia-se uma crise do princípio retributivo com a ineficácia da prevenção, mesmo havendo referências à elementos extrajurídicos de tipo moral, social, natural em que muitos processos de codificação penal adotam, contudo, o caráter subjetivo do *quantum* da sua aplicabilidade, da questão de “quando punir” e de “como punir” ainda demonstram o quão é desproporcional e inadequado as penas muitas vezes impostas, principalmente porque, muitas vezes o bem tutelado pode ser recuperado ou até mesmo ressarcido ou restaurado diante de outro modelo de justiça, e, conseqüentemente, outro princípio da pena que não o retributivo, e sim, o restaurativo.

É careço que haja uma modificação dos conceitos da lógica punitiva, desenvolvendo um plano processual informal e flexível e a percepção necessária à ampla descriminalização e descarcerização que ofereça condições melhores no manejo dos conflitos, e, portanto, uma melhor resposta da tutela jurisdicional do Estado.

Essa é a primeira, talvez, problemática identificada para justificar a ineficácia da pena, pois, definir inúmeros bens jurídicos distintos, e muitos deles complexos, e aplicá-los penas relativamente iguais, e com as mesmas finalidades, percebe-se que não surtem efeito, e, portanto, o mote preventivo vê-se comprometido, o que exige uma forma diversa de sanção.

Diante, portanto, de tamanha ineficácia, ainda se busca encontrar uma alternativa para combater o conflito das relações sociais, mas principalmente, para

⁸⁹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 137p.

coibir o avanço da violência, da criminalidade ou até mesmo das ilicitudes praticadas, que não se reduzem, mas se aprimoram, diante da complexidade social atual.

3 ASPECTOS GERAIS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Numa conferência proferida por Winfried Hassemer, na Seção de Direito Penal da *Real Academia de Jurisprudencia e Legislación* de Madrid⁹⁰, em que trata da relação da neurociência⁹¹ e da culpabilidade em Direito Penal, ao analisar os problemas da ciência do Direito Penal o jurista enfatiza que nesta relação há um descompasso considerável, o que faz o indivíduo envolto nessa relação, não ser partícipe, e sim mero receptor.

Deixar à margem os envolvidos num conflito social é um dos problemas enfrentados pelo modelo tradicional de justiça penal. Contudo, o autor ainda demonstra haver mais, como o problema enfrentado pelo operador do Direito, ao avaliar que a resposta jurisdicional do Estado é dada, dia a dia, no exame da culpabilidade.

É nesse exame de culpabilidade que juízes e promotores passam muito tempo analisando as informações a eles trazidas, objetivando cumprir as metas que não se pode postergar muito. Comprometem, assim, o determinismo da jurisdição, pois muitas de tais análises não levam a consideração humana e muito menos a condição dos indivíduos.

É perceptível, diante disso, que a resposta dada nesse cenário nem sempre é embasada em fundamentos sólidos que justifiquem uma adequada reprimenda, até porque, como expõe Carnelutti⁹² “a experiência do processo penal é aquela que, mais que nenhuma outra, faz sentir o triste peso da insuficiência do Direito para a atuação da Justiça”.

Não bastasse isso, há ainda o preconceito de quem julga, infelizmente, decorrente de um convencionalismo que constrói uma carga estigmática do sistema penal. Tem-se uma sociedade que apoia o rigorismo criminal, e, portanto, os Órgãos

⁹⁰ Conferência proferida em 6 de abril de 2011, cujo texto foi traduzido para o português por Paulo César Busato, a partir da versão em espanhol, publicada na revista eletrônica *InDret*, nº2/2011, Barcelona: *Universidad Pompeu Fabra*, em abril de 2011.

⁹¹ HASSEMER, Winfried. **Neurociência e culpabilidade em Direito Penal**. BUSATO, Paulo César. (organizador.) *Neurociência e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. 05p.

⁹² CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução Ricardo Pérez Banegal. São Paulo: Editora Pillares, 2015. 101p.

Públicos que acaba, adotando ideologicamente, uma resposta preconceituosa, por assim dizer. Pois é decorrente de um pré-julgamento que joga todos na vala comum do banditismo, todos aqueles que cometem um ilícito penal. Com isso, age de forma seletiva e, algumas vezes, pouco justa, motivados pela massa do senso comum, que aliás, resume o cárcere na forma mais adequada⁹³ de punir o infrator.

É inegável a necessidade de outros meios capazes de dar a resposta jurídica ao tema, permitindo, inclusive, desafogar a elevada demanda judicial do Estado que o torna lento e causa inúmeros dos problemas aqui já relatados.

Importa trazer uma breve análise sobre mediação, conciliação e transação, vez que eventualmente podem ser confundidos os institutos, procedimentos e técnicas. As discussões sobre formas alternativas de resolução de conflitos aparecem em nossa legislação há algum tempo. No entanto, essas práticas passam a ser utilizadas quando efetivamente apresentam os resultados satisfatórios.

Esse cenário se mostra em todos os ramos do direito, a exemplo do direito internacional, em que, mesmo signatário de vários acordos, o Brasil levou tempo até concretizar a prática de arbitragem. No entender de Teixeira,

O operador do direito no Brasil simpatiza com a arbitragem, os tribunais dão entendimentos cada vez mais modernos e condizentes com a arbitragem moderna. As demandas de arbitragem, tanto no âmbito do direito interno quanto na proposição de pedidos de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Superior Tribunal de Justiça, crescem dia a dia. (TEIXEIRA, 2016, s.n).

A mediação consiste no meio consensual, voluntário e autônomo de abordagem de controvérsias e conflitos em que alguém atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos. Essa interferência tem o intuito de ampliar a percepção dos meandros da situação controvertida e proporcionar que os envolvidos possam protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem⁹⁴.

Assim a mediação tem uma lógica que difere totalmente daquela em que o julgador impõe, por sua autoridade, uma decisão. Configura um meio consensual, pois as partes são instigadas a construir sua solução, autonomamente.

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimação do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 5ª edição, 2010. 132-135p.

⁹⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*, 4ª ed. São Paulo: Método, 2018. 188p.

No Brasil, as experiências consensuais apareciam pautadas pela designação das audiências de conciliação, quando se trata de matéria processual civil. Muito comum, até os dias de hoje, a confusão entre mediação e conciliação, vez que têm muitas semelhanças.

Semelhanças como a participação de um terceiro imparcial; a promoção da comunicação entre as partes; o estímulo ao pensar alternativas viáveis para ambas as partes; o fato de não haver imposição de um resultado pré-determinado e a autonomia das partes, promovem a confusão entre esses dois mecanismos de busca pela solução do conflito, na sua completude⁹⁵.

Pode-se dizer que uma das principais diferenças entre os institutos é o seu conteúdo. Na conciliação, o objetivo é o acordo entre as partes, adversárias na demanda. Na mediação as partes não podem ser vistas como adversárias, pois ambas envoltas no mesmo conflito. Na conciliação o acordo é apresentado pelo terceiro imparcial. Na mediação se busca que as partes construam esse acordo de forma a eliminar a controvérsia entre as partes.

É nessa seara que aparece a discussão do procedimento originariamente civil, para o direito penal. Como amplamente debatido, na seara criminal, a tendência é abordar e enfrentar os conflitos de maneira mais ampla, mais abrangente.

Estimular a adoção de mecanismos apropriados e capazes de proporcionar uma vivência em que vítima, ofensor e outros membros da comunidade, afetados pelo fato, possam construir uma solução para a resolução do conflito, sendo acompanhados por um facilitador.

Nesse sentido, merece destaque os institutos adequados com a noção de uma justiça consensual e um modelo de processo e estrutura cooperatória, como a transação e a delação premiada, além da adoção de medidas despenalizadoras. A transação penal, Constitucionalmente prevista e posteriormente na Lei 9.099/1995, já promoveu uma mudança jurídica e de mentalidade dos operadores do Direito Penal, pois flexibilizou⁹⁶ o princípio da obrigatoriedade de ação penal, prevendo espaço também para o consenso.

A colaboração premiada, por sua vez, vai oferecer redução de pena para quem colabora com a investigação dos fatos delituosos, aproximando o aparelho estatal da verdadeira extensão do delito. As medidas despenalizadoras não significam não

⁹⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*, 4ª ed. São Paulo: Método, 2018. 190p.

⁹⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*, 4ª ed. São Paulo: Método, 2018. 18p.

punir. Significam priorizar o consenso, aplicando penas alternativas e mais eficazes, tais como a exigência de representação da vítima para lesões corporais e a suspensão do processo para crimes com pena mínima de até um ano. Tais institutos sinalizam para o entendimento de construção de um novo paradigma ao Direito Penal, onde a pena de prisão seria a última alternativa.

Nasce dentro desse contexto de mudança, uma preocupação com a figura do mediador. A discussão gira em torno da necessidade (ou não) de ser um operador do Direito (especialmente um advogado), vez que esse ator no processo de mediação deve ser treinado para viabilizar o diálogo e restabelecer alguma conexão entre as pessoas no conflito envolvidas.

Sobre essa característica peculiar do mediador ou facilitador, Warat⁹⁷ já lecionava que

O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem para si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas.

E continua a discussão, explicitando seu entendimento sobre o que seja efetivamente mediar e como abordar um processo de mediação. Para o autor,

Não é possível abordar o processo de mediação por meio de conceitos empíricos, empregando a linguagem da racionalidade lógica. A mediação é um processo do coração; o conflito, precisamos senti-lo ao invés de pensar nele; precisamos, em termos de conflito, sê-lo, para conhece-lo. Ser e conhecer, não há outro conhecimento⁹⁸.

Contemporaneamente, deixando a discussão filosófica de Warat e trazendo a temática para questões práticas, Tartuce⁹⁹ (2018, p. 101) aponta alguns motivos pelos quais a mudança de paradigma se torna complexo. Dentre eles, aponta a arraigada tendência de delegar ao Juiz a decisão (fruto da formação acadêmica); a falsa percepção de que a sentença é sempre mais nobre que a conciliação ou a mediação. E, há que se

⁹⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: O ofício do mediador**. Vol. III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 26p.

⁹⁸ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: O ofício do mediador**. Vol. III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 29p.

⁹⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*, 4ª ed. São Paulo: Método, 2018. 201-206p.

considerar também os critérios de merecimento dos membros dos Tribunais, que considera muito mais as boas sentenças às práticas alternativas de solução dos conflitos.

Importa considerar os princípios informadores da mediação, norteadores da conduta tanto do facilitador, quanto das partes envolvidas. Princípios como autonomia da vontade e da decisão informada (a autonomia e a vontade de protagonizar a resolução do conflito, na forma mais ampla possível e a tomada de decisão pertence aos envolvidos, não ao terceiro facilitador). Informalidade e independência dos envolvidos, vez que não se pode projetar previamente o desenrolar da facilitação do diálogo. A oralidade, pois necessário verbalizar as dores e as vontades dos mediados, na sua forma de sentir. Imparcialidade, pois o facilitador/mediador não apresenta soluções ou caminhos e não pode ter interesse em um resultado ou outro. A busca pelo consenso, cooperação e não competitividade, pois nenhuma das partes deve sair vencida ou vencedora da demanda. A boa-fé e isonomia, pois se trata de procedimento em que as partes devem estar dispostas a agir no sentido de resolver a controvérsia, reconhecendo o outro também como sujeito de direitos, igual a si; isonomia, no sentido de iguais oportunidades de manifestação das partes.

Se para o direito civil essa mudança é gradativa e ainda se apresenta como desafio, quanto mais na esfera penal. No entanto, há que se considerar que para mediar e oferecer uma justiça restaurativa e, portanto, mais eficaz, necessária a utilização de técnicas adequadas ao caso concreto e à sua complexidade.

Diversas são as técnicas e passos para uma mediação eficaz. O facilitador vai desenvolver esse papel de condução dos trabalhos, orientando e acompanhando o restabelecimento do diálogo, sem interferir nas manifestações pessoais. É ele, o mediador quem vai auxiliar as partes a olharem para o problema que os une no conflito com a percepção do futuro, da resolução. Por isso, necessário perfil e sua capacitação. Como será adiante abordado, essa capacitação vem sendo oferecida por órgãos competentes, nos modelos de justiça restaurativa que vem apresentando resultados satisfatórios.

Sendo o Direito Penal a *ultima ratio*, em tese, sua intervenção deve ser a mínima possível, deixando para as outras áreas do Direito esse controle mais eficaz, principalmente se considerar que o ordenamento civil, prevê nas disposições do artigo 926 uma obrigatoriedade na reparação do dano. Ou seja, a disposição prevista no

Código Civil é impositiva e compulsória, por isso é mais eficaz que qualquer outro regramento.

Já na esfera penal, alternativa relevante, é a possibilidade de afastar, em tese, a tutela do Estado das resoluções dos casos menos graves, como assinalou Zaffaroni¹⁰⁰ destacando que essa é proposta de “direitos penais mínimos” na busca de outros caminhos para essa abordagem.

Exige-se, neste sentido, a necessidade de uma transformação do poder, para que os conflitos possam ser levados a uma estrutura privada de resolução, destacando, contudo, que é possível que tal sistemática atinja níveis mais complexos de ações criminais, numa esfera ainda mais abrangente de um modelo restaurativo de justiça.

Nesse sentido, Ríos e Costa¹⁰¹, defendem que “o paradigma restaurativo, por sua vez, mostra-se como uma alternativa interessante aos métodos tradicionais de resolução de conflitos pelo Poder Judiciário”, justamente em razão da amplitude, da diversidade e da versatilidade do conceito de Justiça Restaurativa, por meio de seus diversos modelos que visam unicamente “reparar o dano causado pelo crime, propondo um diálogo entre a vítima e o autor, sem deixar de lado (quando for o caso) a perspectiva da comunidade afetada”. Os Autores concluem:

A Justiça Restaurativa vem ganhando força no país e se mostra uma importante alternativa à via judicial, principalmente por ser célere (sem deixar de lado garantias fundamentais) e efetiva. Isto é, a solução dos casos se dá por meio do diálogo, sem a burocracia característica do aparato estatal; as vítimas são incluídas na discussão passam a ser figuras ativas, ao contrário do processo tradicional; o ofensor, mediante a comunicação, assume voluntariamente a responsabilidade e compreende a gravidade da conduta praticada; a comunidade (família ou pessoas integrantes do mesmo ambiente da vítima) também sofre um dano e uma diminuição do sentimento de segurança e, portanto, pode participar do círculo restaurativo; e, finalmente, os resultados são mais satisfatórios se comparados a um processo judicial no qual impõe-se uma solução que não beneficia nenhuma das partes.

O senso de que o modelo atual de justiça criminal peca na sua efetividade, é que norteia também a aplicação do direito reparador, que surgiu inclusive em outros

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013. 155p.

¹⁰¹ RÍOS, Sánchez Rodrigo. COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Um réquiem para a justiça estatal? A crise de jurisdição e os meios alternativos de resolução de conflitos em matéria penal. *Diké Revista*, vol.6, n. 1. 2017. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/dike/article/view/4101/3880>. Acesso em: 05 outubro de 2018. 57p.

espaços da justiça criminal, porém de uma forma relativamente tímida, e sem o contexto reparatório propriamente dito, como foi na implantação dos Juizados Especiais, na Lei de Execução Penal e nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos Juizados Especiais, principalmente da sua atuação na esfera penal, com a processualística especificamente disposta nos Juizados Especiais Criminais, há, no momento da transação penal, uma forma alternativa de reparação do dano decorrente da infração penal. Mas o intento do referido procedimento é meramente, de dispor ao agente uma forma diferenciada de responder o feito, com a possibilidade, quando muito, de reparar algum dano civil¹⁰².

Uma forma, disposta ao Juizado Especial Criminal, que talvez mais se aproxime ao escopo da justiça restaurativa, é a audiência dos Termos Circunstanciados, que em alguns casos, visam promover a convivência harmoniosa entre as partes, como finalidade de resolução dos fatos descritos no respectivo TC, mas tal objetivo, como exposto, é restrito ao específico procedimento, e nem sempre devidamente utilizado¹⁰³.

Ainda, uma forma diversa de dar uma resposta jurisdicional aos crimes de menor potencial ofensivo, e de competência dos Juizados Especiais Criminais, é a transação penal, que segundo Prado¹⁰⁴, define como um “acordo entre Ministério Público e o suporto autor da infração penal, o suspeito da prática de uma infração de menor potencial ofensivo, em torno de pena não privativa de liberdade”.

Dentro ainda do contexto reparatório dos danos causados à vítima, a Lei nº 7.210/84 que regulamenta a Execução Penal (LEP), prevê o trabalho remunerado ao condenado, como dever social e condição de dignidade humana, ainda com finalidade educativa e produtiva, trazendo em seu contexto um acanhado instrumento de reparação

¹⁰² Art. 74 da Lei nº 9.099/95.

¹⁰³ A crítica que se tece desse modelo, é que nessas audiências, que deveriam ser presididas por alguma Autoridade hábil, normalmente são realizadas por estagiários do fórum, ou quando muito, apenas pelo representante do Ministério Público, mas nenhum, diuturnamente, se preocupam com a resolução do conflito entre as partes. O referido momento, poderia ser um importante instrumento de aplicabilidade mais efetiva de justiça restaurativa, mas não é o que se faz, nem mesmo a recondução de convivência harmoniosa das partes e a reparação dos danos civis, são amplamente utilizadas atendendo um modelo restaurativo.

¹⁰⁴ PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 83p.

dos danos, com a destinação dos pecúlios para tal finalidade¹⁰⁵, mas que na prática, não atinge seu escopo.

O mesmo ocorre no Estatuto da Criança e do Adolescente, onde há também uma previsão específica para reparação dos danos, no caso de atos infracionais, mas pouco se faz para tornar essa reparabilidade uma forma restaurativa para resolver os conflitos das partes envolvidas.

É importante que haja necessariamente uma mudança de paradigmas, inclusive, uma mudança de costume, como relata Carnelutti¹⁰⁶, para que a própria sociedade possa ver a pena com outra esquelha, não apenas como um castigo rigoroso que o Estado deve impor. Cabe ao cidadão perceber que ele mesmo pode buscar outros meios de resolver seus próprios conflitos penais, que permitirá impor e aceitar melhor alguma forma de punição, mesmo que seja àquela prevista ao respectivo tipo penal pela norma.

Os modelos de resolução alternativos de conflitos já demonstram sua eficácia, e seus resultados producentes são devidamente reconhecidos, inclusive, todos os programas restaurativos existentes prezam muito mais eficiência no combate à criminalidade, do que a mera aspiração do Estado em manter o monopólio dessa responsabilidade, que não só o torna moroso e injusto, mas também se torna oneroso, considerando que o Poder Público assume a incumbência de dar uma resposta jurisdicional desde a fase policial até ao cumprimento da pena.

A Justiça Restaurativa tem por premissa a voluntariedade das partes de estarem interessadas em buscar um consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime como sujeitos centrais (sempre assistidos por facilitadores/mediadores), participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causadas pelo crime, principalmente quanto aos danos causados.

¹⁰⁵ Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios.

¹⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed., Campinas: Russell Editores, 2008. 75p.

É evidente que se trata de um sistema de justiça de escuta, consenso e coesão, totalmente diverso do modelo tradicional que verticaliza o poder punitivo, e age dentro de uma formalidade que exclui qualquer interferência passional, muito pelo contrário, na esfera retributiva o procedimento visa unicamente a aplicação da lei e a punição prevista.

O modelo restaurativo trata-se de um processo estritamente voluntário, não necessariamente informal, pois existem fundamentos que estabelecem a forma de se conduzir os procedimentos restaurativos, tendo em vista que podem ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo.

Se estabelece, com essa prática, um espaço comunitário e harmonioso, pois é plenamente possível encontrar uma forma de solucionar o problema como um todo, ressaltando que o crime, especialmente aquele cometido mediante violência e/ou grave ameaça, reflete em toda organização social.

A solução restaurativa atinge desde a gênese, e não apenas os efeitos do problema causado, e, portanto, não apenas às partes envolvidas diretamente (autor e vítima), principalmente porque se desenvolve sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário.

Muitos resultados restaurativos, principalmente em razão de fomentar a percepção comportamental das partes, e, a partir dessa, compreender as consequências desse desvio de comportamento, que apresentam êxito no combate à violência, principalmente porque há um processo de criminalização cultural. Como destaca Khaled Jr.¹⁰⁷, definida pelo domínio e padrões de comportamentos sociais, que estereotipam o que é considerado desviante, ilegal e criminoso, portanto, nada melhor que a própria sociedade compreenda essa imposição, e seu pares, afetados pelo conflito, encontrem a melhor solução aceitável dentro do contexto social em que todos estão inseridos.

O que se constrói, coletivamente, é um acordo que supre as necessidades individuais e coletivas das partes e até mesmo da sociedade, capaz, de modo inclusivo, de lograr êxito na reintegração social do infrator, sem os percalços enfrentados pelo apenado após o cumprimento da sua pena, que se torna um dos maiores fatores responsáveis para a reincidência. Ou seja, no modelo retributivo, a sociedade rechaçar o egresso é retroalimentar a violência combatida.

¹⁰⁷ KHALED Jr., Salah H. **Videogame e violência: cruzadas morais contra os jogos eletrônicos no Brasil e no mundo**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. 43p.

Punir, não pode ser apenas aplicar um castigo, essa forma de agir não condiz com a humanização que sustenta a Justiça Restaurativa. Esta é sem dúvida, uma distinta maneira de desenvolver e aplicar a justiça penal, que enfoca não só a reparação dos danos causados às pessoas, mas ao relacionamento entre as partes envolvidas no delito. Ou seja, ao invés de punir os transgressores, o modelo restaurativo é, portanto, essencialmente uma abordagem estrutural que procura encontrar soluções para as muitas questões relacionadas com a prática de qualquer tipo de crime.

A avaliação é feita diante da variedade de processos que procuram enfrentar e lidar com o delito e com os conflitos gerados pelo infrator, envolvendo nesse procedimento a vítima, que diante dos danos causados, é a principal interessada num sancionamento capaz de evitar outra ação igual e/ou buscar a reparação dos prejuízos gerados.

A leitura que se faz do tipo penal reconhece o mesmo como uma violação das relações entre um conjunto específico de pessoas, contra toda a sociedade e contra o Estado decorrente da ideia democrática e republicana que norteia a sociedade contemporânea, gerado, como já discorrido, de uma evolução histórica e política que criaram, e criam, valores éticos e morais que devem ser tutelados.

Inclusive, dentro desse caráter republicano do Estado, e, portanto, de seu poder punitivo, a defesa da sociedade pelo Poder Público deve ocorrer de forma ampla, não apenas tutelando os bens jurídicos, mas, ao punir o infrator, deve também o proteger dos efeitos nefastos do cárcere. Por isso a pena deve atender à sua função de ressocializar o apenado, e é exatamente essa a finalidade estatal da execução penal, uma vez que dar as condições desse indivíduo voltar a conviver em sociedade também é uma forma restaurativa de aplicar a lei penal e garantir a harmonização social.

O entendimento que se busca pelos resultados restaurativos, é, por conseguinte, enfrentar o ilícito penal de uma forma coletiva, em busca da possível reparação da forma mais efetiva e abrangente possível, preservando e prevalecendo princípios relevantes, como o da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da intervenção mínima do Direito Penal, assim como o princípio da autonomia das partes, levando-se em conta que para a Justiça Restaurativa, é de extremo valor reconhecer a imprescindibilidade de um capital social composto pela participação ativa da comunidade e da extrema importância desse modo cooperativo, solidário e

responsável para dirimir conflitos sociais e zelar pela cooperação de seus membros no enfrentamento de tais questões¹⁰⁸.

Neste azo, a Justiça Restaurativa é uma forma de composição efetiva não só pela coletividade em busca da solução do conflito penal, aproximando esse resultado das relações e dos interesses sociais, mas principalmente pelo novo critério de valores que no modelo retributivo tradicional, mal sequer é contemplado.

O protagonismo das partes, destacadamente, forma o novo paradigma desse modelo de justiça:

A justiça restaurativa é um paradigma baseado em certos valores, como o respeito à participação efetiva do ofensor, da vítima e da comunidade atingida pelo delito. Em lugar de se atribuírem as funções principais do procedimento a especialistas e representantes externos, portanto, essa tarefa cabe aos diretamente envolvidos e afetados pelo delito¹⁰⁹.

O desenvolvimento de uma forma mais efetiva demonstra que o modelo de justiça clássico não atende mais às necessidades da sociedade, ademais, as implicações são maléficas, na retributiva forma de punir.

Oliveira¹¹⁰, afirma que o cárcere causa dor e sofrimento que ultrapassam as grades da cela, pois o condenado fica impossibilitado de sustentar sua família e privado de questões simples, mas relevantes para o cotidiano, pois sequer pode escolher suas roupas e fica exposto à riscos imensuráveis num sistema falido, lotado e perigoso.

Segundo Sica¹¹¹ a falência desse sistema não pode ser vista como uma fase passageira, que passaria por melhorias com a evolução do saber penal ou com a melhor estruturação do sistema judiciário, que poderiam influir nas práticas punitivas e autoritárias encontradas nas agências judiciais. O próprio Estado não tem interesse nessa melhoria, logo, cabe à sociedade buscar formas diversas para resolver esse problema social.

¹⁰⁸ CAGLIARI, Cláudia Taís Siqueira. **A prática dos círculos restaurativos como política pública de prevenção ao bullying e ao cyberbullying nas escolas: uma análise a partir da Lei 13.474/2010 (RS) e de sua implantação pelas Coordenadorias Regionais de Educação do Vale do Rio do Pardo e Taquari - RS**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, p. 222. 2014. 120-121p.

¹⁰⁹ KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. 68p.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. 2. ed. revista e ampliada. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1996. 90p.

¹¹¹ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lúmen Jris Editora, 2007. 119p.

Comparativamente, ao analisar valores, procedimentos, resultados e efeitos entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva, fica evidenciado as vantagens e viabilidades, especialmente na possibilidade de aplicar os procedimentos restaurativos a demandas penais complexas, não apenas aos de menor ofensividade.

Sobre os valores, há que se compreender a Justiça Retributiva como aquela que utiliza o conceito jurídico-normativo de crime, ou seja, o ato praticado contra a sociedade, representada pelo Estado.

Além da ocorrência do crime, do ato reprovável e do dano causado, consideram-se ainda os reflexos dessas consequências à vítima, esta sofre com a dor e arca com prejuízo, mas também se traumatiza, muitas vezes. No modelo de Justiça Restaurativa, todas essas questões são trazidas para os círculos restaurativos, da mesma forma, que é necessário trazer as condições específicas de cada parte, como por exemplo, sua condição social, econômica e até mesmo suas questões pessoais, pois a multidisciplinariedade deve embasar a aplicabilidade de qualquer resultado restaurativo.

Já na Justiça Retributiva, prevalece o primado do interesse público. Assim, a sociedade, representada pelo Estado, é o centro da demanda processual, fortalecendo o monopólio estatal da Justiça Criminal, independente dos reflexos e das consequências da punição imposta.

Voltando para a Justiça Restaurativa, esse primado se desloca para o interesse das pessoas envolvidas, observados também os interesses da comunidade. O fortalecimento é de uma Justiça Criminal participativa, coletiva e cooperativa, trazendo ao centro a discussão material e não somente processual.

É expressivo o uso dogmático do Direito Penal Positivo na justiça retributiva, analisa-se a culpabilidade individual voltada para o passado, reafirmando a estigmatização e a indiferença do Estado quanto à necessidade das partes, numa patente desconexão entre os envolvidos de forma excludente e sectário.

Na Justiça Restaurativa, a busca pela restauração é ampla e ocorre numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro, reestabelecendo o necessário equilíbrio da sociedade, pois é comprometida com a inclusão e a Justiça Social, gerando conexões e respeito à diferença e a tolerância, gerando uma justiça persuasiva.

Sobressai, neste contexto, a questão da aceitação social do método restaurativo que é relevante para o sucesso do procedimento, considerando que a Justiça Restaurativa só se viabiliza com a voluntariedade, e com a aceitação e a crença no método, caso contrário, o sucesso do resultado pode ser comprometido.

O êxito dos procedimentos restaurativos requer, desse modo, o envolvimento de pessoas com o espírito voltadas para o *bem-viver*, na forma que Caovilla¹¹² define como sujeitos sensíveis à condição do outro, solidários e humanitários, pois essas são premissas necessárias para esse modelo de justiça.

A Justiça Restaurativa, dentro desse contexto participativo e democrático se desenvolve não apenas por uma mera reunião entre ofensores, vítimas e comunidades em que encontram para discutirem entre si os problemas que estão enfrentando com o conflito existente. Logicamente, é necessário o desenvolvimento, e até mesmo a criação, para cada caso, de uma nova ética, e para cada consequência a possibilidade a qual visa à responsabilização mais adequada.

Há, na condução desse procedimento, o princípio do estabelecimento do diálogo, da proatividade e da transformação das relações que foram desestruturadas por situações de conflito e de violência, evitando, inclusive, que gerem mais conflito e violência, pois essa intranquilidade alimenta um ciclo.

Pauta-se, assim, pelo sentido de verdade, bem como pelo direito à inclusão e também pelo reconhecimento das necessidades humanas que foram esquecidas no paradigma retributivo, o que contribui para a responsabilidade compartilhada na construção de respostas.

Não se pode deixar de chamar atenção de que a Justiça Restaurativa apresenta um procedimento em constante construção, não só porque requer que a sociedade, e, conseqüentemente as partes, estejam preparadas para esse novo modelo de justiça, mas principalmente porque pode desenvolver procedimentos restaurativos específicos para cada caso concreto.

Na definição dos fundamentos que norteiam a Justiça Restaurativa, previstas pela Organização das Nações Unidas (ONU) na Resolução nº 2002/12, esta pode ser usada em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, estabelecendo, também, que quanto à voluntariedade das partes de participarem do círculo restaurativo, de igual

¹¹² CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. **Descolonizar o direito na América Latina: o modelo do pluralismo e a cultura do bem-viver**. Chapecó: Argos, 2016. 295p.

forma, tanto a vítima, quanto o infrator, podem revogar esse consenso a qualquer momento do processo, o que ratifica a versatilidade do procedimento restaurativo.

Outra característica relevante que a ONU estabelece é que o resultado restaurativo seja pactuado voluntariamente e mutuamente, cujo teor deva ser acordado contendo obrigações razoáveis e proporcionais, considerando inclusive todo contexto social, político e econômico desse resultado, *contrario sensu* ao que ocorre no sancionamento do modelo retributivo.

Não é permitido também que a participação do infrator e os fatos que foram expostos durante a formulação fundamentos do processo restaurativo sejam usados como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior. Essa condição permite oferecer uma necessária segurança às partes durante toda sua condução.

Deve-se ainda considerar, respeitar e equilibrar quaisquer diferenças entre as partes, na condução do processo restaurativo, sejam elas de natureza cultural e/ou econômica, até porque, como já disposto, esses critérios deverão ser contemplados nas condições que foram acordadas como resultado restaurativo na solução do conflito.

O resultado restaurativo que se busca, mesmo na esfera judicial, caso haja alguma necessidade do conflito ser analisado pelo Poder Judiciário, é necessário que seja decorrente de um estímulo ao ofensor de assumir uma responsabilidade perante a vítima e/ou a sociedade, à reparação do(s) dano(s) causado(s), assim como deste para reintegrar a vítima e o ofensor à comunidade.

3.1 A ORIGEM DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

No Canadá, surge a Justiça Restaurativa, aproveitando uma sistemática diferenciada e já conhecida no extremo norte da América, pois se aproveitou a cultura indígena para remodelar um formato de conversar em círculos, com o fito de resolver conflitos.

Os denominados Círculos de Emissão de Sentenças foram introduzidos como forma de solução de conflitos porque essa era a prática da cultura indígena nas reservas norte-americanas, respeitando a sabedoria dos mais experientes das tribos, mesmo que esotericamente pois era comum nesses costumes as “sessões” serem realizadas em locais sagrados.

Prática igual também eram realizadas, e, também serviram de modelo restaurativo, nas tribos da Nova Zelândia, onde esse ritual, entre os indígenas, passou a ser comumente adotado objetivando reduzir do número de jovens aborígenes envolvidos em conflitos dentro e fora das tribos, resultando, inclusive na prisão destes.

Os círculos eram organizados e desenvolvidos na mais ampla de participação comunitária possível, com grupos de familiares, reunindo as vítimas e os infratores com suas famílias estendidas e também com outras pessoas importantes que, acreditava-se, podiam persuadir os infratores a aceitar a responsabilidade por suas ações e alterar o curso de suas vidas.

Esses encontros, em essência, eram poucos restaurativos, pois não traziam o escopo de reparação por algum dano causado, apenas a conscientização das consequências causadas. Porém, entendendo que muito mais que a harmonização social reestabelecida, tais resultados solucionavam eficientemente o conflito e a reinserção social desse jovem infrator na tribo, não deixaram de atender aos atuais preceitos restaurativos.

O primeiro caso relatado como sendo o marco dos procedimentos restaurativos, ocorreu em 1974, em Kitchener, Ontário, que envolveu um jovem membro de uma seita menonita, chamado Mark Yantzi, diante dos números ataques, por menores de idade, às propriedades, sem que houvesse uma solução judicial efetiva. Uma dessas ações, julgava as ações de jovens drogados, sem antecedentes, mas que danificaram os automóveis na rua. Yantzi, entendendo que esses jovens não necessitavam de um castigo, mas precisavam reparar os danos causados, sugeriu ao Juiz essa hipótese, que inicialmente foi recusada pelo magistrado, pela falta de previsão legal. Acontece que na sentença o Juiz determinou que os menores tomassem ciência dos danos causados, conversassem com as vítimas, e acompanhados por um integrante da seita denominada de Worth, admitissem os danos e negociassem a forma de reparação. O compromisso da reparação dos danos foi efetivamente cumprido em 03 (três) meses, e esse modelo restaurativo foi adotado em outras comunidades menonitas¹¹³.

¹¹³ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. **Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. 118-119p.

A partir da década de 80, juízes neozelandeses e a polícia australiana¹¹⁴, em comunhão de esforços, implantaram um importante movimento social em favor da justiça restaurativa, iniciando uma necessária reforma na justiça criminal, a partir de fundamentos desenvolvidos por pesquisas realizadas numa perspectiva crítica e construtiva.

Nessa evolução histórica, é importante frisar que os movimentos pelos direitos civis e das mulheres, nos anos 60, nos Estados Unidos, foram preponderantes para a Justiça Restaurativa. Não obstante, na década seguinte, cresce o movimento de informalização da justiça.

A expansão passa a ser perceptível em diversas formações sociais, vez que os movimentos de luta visavam estabelecer um tratamento e condições equânimes entre todos, lutando, inclusive contra o sectarismo, principalmente diante da prevalência de ideais econômicos da sociedade capitalista. A informalização aplicada forma cortes informalizadas voltadas à solução de conflitos, pois possuem um caráter menos coercitivo e mais consensual, colocando-se, em alguns casos como *community courts*¹¹⁵, num modelo muito próximo da chamada democracia participativa, pois permite um envolvimento maior da sociedade.

Numa constante busca pela melhor forma de dar uma resposta mais efetiva nos conflitos, muito se desenvolveu para criar e desenvolver melhores técnicas de se adotar um procedimento de solução interpessoal. Neste cenário surgiu, na Universidade de Harvard, um sistema de procedimentos não adversariais. Assim, por meio da mediação, as pessoas podem exercer seus direitos ao estarem em condições de entender, elaborar e resolver os próprios conflitos¹¹⁶.

O novo formato de solução dos conflitos é fruto, por assim dizer, da relevante transformação pós Revolução Industrial, que marcou a mudança ideológica tanto da ordem governamental, quanto social, e, a partir de então, houve um crescente pleito em prol dos direitos.

Expondo melhor a evolução histórica dos fatos, Vezzulla¹¹⁷ expõe,

¹¹⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. 53p.

¹¹⁵ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização dos juizados especiais criminais em Porto Alegre**. São Paulo: IBCCRIM, 2000. 104-108p.

¹¹⁶ VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006. 80p.

¹¹⁷ VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**.

Como resultado de sua ação colonizadora, os ingleses receberam dos povos asiáticos, do povo judeu e dos mórmons o conhecimento dos sistemas negociais que contribuíram para que se implantasse no século XIX a figura do mediador trabalhista. A mesma influência levou o governo dos Estados Unidos da América do Norte a implementar, em 1947, a lei que capacitados para atuar nos conflitos trabalhistas. A situação insustentável da guerra fria nos anos cinquenta e sessenta levou os grupos de investigação das universidades norte-americanas a aprofundar os métodos ou sistemas negociais que pudessem dar conta da tensa relação entre os Estados Unidos e a URSS. Como resultado dessa investigação, conseguiu-se em Harvard, o desenvolvimento de procedimentos e de técnicas destinados a superar os impasses nas negociações, introduzindo os conceitos que a Psicanálise e a Linguística tinham apresentado sobre a comunicação e a construção do discurso, e sua relação entre o manifesto e o subjacente.

As novas técnicas visavam compor uma forma controlada das partes resolverem seus problemas. Controladas, porque cabiam a elas encontrarem as alternativas solucionáveis. No entanto, no primeiro formato, algumas críticas começaram a surgir, pois quando se pleiteia a referida negociação, o que se busca é uma transação, um resultado que permita ambas as partes chegarem num consenso, e, que na mediação de Harvard, procura-se o acordo sobre o conflito objetivo e não os denominados conflitos subjetivos.

Os conflitos subjetivos, apenas neutralizados e separados do tratamento dos conflitos objetivos, continuam a atuar no relacionamento entre os participantes da negociação ou da mediação, manifestando-se na sobre valoração das dificuldades ou mesmo na criação delas ao ficarem subjacentes e procurar sua expressão por meios sintomáticos¹¹⁸.

Em que pese à aderência em tais ideais, o auge desse movimento foi evidenciado somente na década de 90, com a evidente justiça restaurativa, que mostrou ser uma alternativa para reverter à ineficiência e os elevados custos do sistema de justiça tradicional, principalmente que diz respeito aos interesses e preservação de direitos do infrator e da vítima.

A busca de um modelo de justiça restaurativa adequado, deu passagem ao desdobramento de numerosa experiências-piloto do sistema penal a partir da metade dos anos setenta (fase experimental), experiências que se institucionalizaram nos anos

Florianópolis: Habitus, 2006. 81-82p.

¹¹⁸ VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006. 85p.

oitenta (fase de institucionalização) pela adoção de medidas legislativas específicas. A partir dos anos 90, a justiça restaurativa conhece uma fase de expansão e se vê inserida em todas as etapas do processo penal.

O início da Justiça Restaurativa nos Estados Unidos fora relatado por Aguiar¹¹⁹ da seguinte forma:

A prática restaurativa, nos Estados Unidos, deu-se inicialmente, por meio do conhecido modelo vítima-ofensor, introduzido no sistema norte-americano de justiça criminal como um novo tipo de mediação. Tinha como princípios norteadores do diálogo restaurativo: a máxima reparação possível do dano; envolvimento direto das partes; abordagens colaborativas; resolução de problemas; e decisões consensuais.

A prevalência, portanto, nos Estados Unidos, é fundada em uma forma diversa de objetivo restaurativo, vez que a reconciliação vítima-infrator perdeu espaço numa visão invertida, para assegurar a restituição dos infratores às vítimas.

Uma simples modificação/inversão da denominação dos referidos programas¹²⁰ permite essa leitura, quando se alterou o nome de “Programas de Reconciliação Vítima-Infrator” para “Programas de Mediação Vítima-Infrator”. Em que pese não pareça, numa singela observação, esta simples mudança visa resultados importantes e mais positivos, uma vez da forma anterior, a efetividade alcançada não era tida com a mais correta e nem eficaz, haja vista, que eram comuns alguns acordos firmados sem a efetiva participação dos interessados, principalmente a vítima.

Impondo uma relevância ao infrator, em face da vítima, busca-se no inovador modelo, uma solução mais consciente, e, minimamente dentro dos princípios restaurativos.

O que se permite averiguar desde a gênese da Justiça Restaurativa, é que se ressaltam valores e princípios básicos de humanidade, ou seja, o Direito Penal, e, portanto, o resultado punitivo, não está sendo capaz de efetivar resultados, e essa foi, e vem sendo a tônica, da restauração do convívio social, ou seja, a preservação da paz social.

¹¹⁹ AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 118p.

¹²⁰ Há mais de 300 programas de Justiça Restaurativa nos EUA.

Outra experiência norte americana, que posteriormente serviu de base para o engendro do modelo de mediação processual dos procedimentos de Justiça Restaurativa brasileiro, foi disposta pela Comunicação Não Violenta, descrita por Aguiar¹²¹

A CNV (Comunicação Não Violenta) é uma organização não-governamental americana, fundada pelo psicólogo Marshall Rosenberg, que, há 35 anos, vem difundindo a teoria da Comunicação Não Violenta por meio de facilitadores e mediadores em vários países. Esta teoria foi desenvolvida pela própria experiência do psicólogo que morava em um bairro muito violento em Chicago (EUA).

A Comunicação Não Violenta visa à transformação de agressões, julgamentos e acusações nas relações interpessoais ou em grupos, em ações construtivas. Resolver conflitos, comunicar os próprios interesses e satisfazer as necessidades sem uma à violência contra as pessoas são os conceitos básicos desta teoria.

Ainda ressaltando os modelos que deram gênese à Justiça Restaurativa, os processos canadenses foram aplicados e resultaram em relevantes resultados, exemplificando, neste caso, um sistema de justiça restaurativa, cujo procedimento fora aplicado nas denominadas comunidades *autóctones*, que são as maiores vítimas de preconceito e discriminação de todas as minorias.

Essa comunidade *autóctone*, foco da justiça restaurativa canadense, disponibiliza principalmente à comunidade carcerária, uma vez que a sociedade no Canadá não apresenta muita diversidade étnica, portanto, as minorias que necessitam de um tratamento diferenciado resumem aos delituosos, público alvo de uma nova estrutura de justiça penal.

É notório, portanto, que as afirmações dos valores restaurativos desses círculos são tipicamente estruturadas para atender aos interesses coletivos e participativos, pois eles são criados com base na preocupação de dotar de poder as comunidades, para tratar de crimes sérios, mas desde que os infratores desejem adotar significativa mudança de vida.

Tamanha expressividade desse modelo junto à sociedade, que pessoas da comunidade local são cada vez mais envolvidas, e possuem as prerrogativas de

¹²¹ AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 116-117p.

“guardiães do círculo” que, num modelo que preveja essa atuação, podem e, de fato agem, substituindo os magistrados como, e exercendo as funções de facilitadores do processo, oferecendo um exemplo particularmente bom de compartilhamento de poder, já que as comunidades podem, e, devem incentivar, quais infratores podem participar desse círculo de emissão de sentenças.

Um círculo curativo inclui tanto os criminosos como as vítimas, e com as famílias de ambos. Confissões, arrependimentos demonstrados (mutuamente, inclusive), revisão dos efeitos do crime nas vítimas e nas suas famílias, fazem parte do processo do círculo curativo.

Na Justiça Restaurativa apesar da sua informalidade, requer, portanto, um aparato humano bem preparado, os envolvidos nesses procedimentos precisam estar capacitados para lidar não só com os métodos de mediação, mas principalmente, sensibilizados com os anseios e fragilidades dos envolvidos.

O grau de envolvimento dos juízes e de seu pessoal nos casos, variam consideravelmente, pois na verdade, é preciso criar uma habilidade capaz de agir diferentemente, em cada caso.

Aliás, mesmo que os círculos de emissão de sentenças não tenham supedâneo em nenhuma legislação, se baseiam no arbítrio jurídico, podendo, inclusive (já que segundo a ONU pode ser aplicado em qualquer fase do sistema atual de justiça criminal), os resultados ocorrerem a partir do encaminhamento alternativo, como uma parte do processo formal, em que o Juiz impõe um acordo sobre uma sentença que pode resultar em uma condenação, caracterizar um antecedente criminal, desde que esses resultados tenham sido consensualmente debatidos e atendam aos interesses de todas as partes.

3.2 PARADIGMAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Inúmeros modelos de procedimentos restaurativos surgem a partir dos precursores e são caracterizados e denominados por vários meios de mediação restaurativos, pois todos praticam abordagem transformativas, nas modalidades de mediação vítima-ofensor (*victim offender mediation*), de conferência (*conferencing*), de círculos de pacificação (*peacemaking circles*), de círculos decisórios (*sentencing*

circles). Contudo, para as suas realizações, são necessárias grandes alterações do sistema de justiça tradicional, porém, “um programa de justiça restaurativa pode buscar um fim institucional sem perder de vista o fim de política criminal a ela inerente”¹²².

No México, uma prática interessante é a desenvolvida pela Fundação Centro de Atenção as Vítimas de Crime ¹²³, fundada em 1993, que atua na assistência à vítima, principalmente mulheres e crianças. A informação, a difusão da prática dessa assistência cumulada ao treinamento à comunidade, foram fatores importantes para a concretização do modelo restaurativo, culminado com o apoio da Igreja Católica, mas especificadamente, pela Paróquia do Senhor de Misericórdia¹²⁴, que assumiu a fase e o compromisso com os treinamentos, estendendo aos funcionários públicos.

É perceptível, portanto, que os diversos modelos restaurativos serviram de base para serem formalmente recepcionados pela ONU, na Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, de 13 de Agosto de 2002, que editou os conceitos enunciados como Princípios Básicos da Justiça Restaurativa, são eles:

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

Diante desses princípios, em razão da sua versatilidade, o desenvolvimento de uma justiça restaurativa acaba sendo, inclusive, uma excelente alternativa e/ou reação à ineficiência e ao alto custo dos procedimentos dos modelos de justiça tradicional e, por outro lado, como uma reação ao fracasso desses sistemas convencionais em responsabilizar expressiva ou significativa os infratores ou em atingir adequadamente as necessidades e interesses das vítimas, assim como combater a criminalidade e a violência, especialmente àquela mais grave de todas que é

¹²² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2012. 181-182p.

¹²³ Centro de Atención para Victimias del Delito - CENAVID.

¹²⁴ Parroquia del Señor de la Misericordia.

deliberadamente física, dolosa e que causa danos à pessoa, animais e propriedades públicas ou privadas¹²⁵.

As práticas restaurativas vêm acontecendo e estão se moldando conforme as características e peculiaridades locais de suas aplicações, conforme Aguiar¹²⁶. Nesse caso, mesmo diante de condutas cometidas contra a vida, a integridade física e/ou o patrimônio, mesmo sendo condutas recorrentes de um único infrator, de que cada prática seja peculiar e personalizada.

Na Argentina, em 1996, fruto de medidas conciliatórias fomentadas pelo Ministério da Justiça daquele país, e das experiências de acadêmicos e profissionais da área do Direito da Universidade de Buenos Aires - UBA, que na estruturação de um grupo de trabalho começaram a solucionar conflitos, principalmente na área penal, por mediação.

Percebe-se a amplitude e as proporções tomadas da experiência norte americana que se expandiu por toda a América Latina. Numa estrutura de micro justiça, o processo restaurativo se implantou na Colômbia atuando em comunidades pobres, que, pela ausência ou ineficácia da estrutura padrão, pessoas, menos assistidas, acabam fazendo justiça com as próprias mãos, que no Estado Colombiano, presenciava-se a denominada “justiça da turba”, e linchamento, que comparativamente aos cidadãos assistidos, chegou a atingir índices cinco vezes e meia maior que os demais delitos.

Outros dois importantes exemplos colombianos. A Mesa da Paz, desenvolvida por prisioneiros na prisão de Bellavista, em Medellin, em que representantes de gangues rivais, dentro do sistema prisional, desenvolveram formas não violentas para solução de suas diferenças perante a comunidade, apresentando uma forma de convívio harmonioso onde as gangues atuavam. O segundo exemplo desenvolveu-se por um processo dialogante implantado pela Organização Não Governamental Casa Mia, que trata de um modelo restaurativo muito comum nos países americanos. Visa equilibrar e harmonizar as condições sociais comprometidas afetadas

¹²⁵ KHALED Jr., Salah H. **Videogame e violência: cruzadas morais contra os jogos eletrônicos no Brasil e no mundo**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. 33p.

¹²⁶ AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 118p.

pelos males causados pela luta entre as diferenças, principalmente àquelas decorrentes de mobilizações de luta pela igualdade¹²⁷.

Tamanha expressividade da justiça restaurativa e de formas pacíficas e alternativas de resolução de conflitos, para o Estado Colombiano, que desde 1990, há previsão legal para o desenvolvimento da Justiça Restaurativa, cuja regra promove a orientação nos locais onde centros de conciliação podem ser localizados, como capacitar e como atuar os facilitadores, estabelece as diretrizes para prática e indicação pelo Tribunal, assim como apresenta um rol de tipos penais elegíveis para serem solucionados por meio de um procedimento restaurativo.

Juntamente com a criação de mediação penal, a legislação também estabelece a atribuição dos juízes de paz e a competência das casas de justiça. No reconhecimento das vantagens da Justiça Restaurativa, o Congresso Nacional da Colômbia, foi precursor nas reformas legais necessárias. Em dezembro de 2002, os congressistas propuseram e aprovaram várias mudanças na Constituição para incluir as disposições e legitimações necessárias para inclusão de justiça restaurativa.

O modelo proposto e previsto na legislação colombiana de justiça restaurativa foi de inclusão às premissas de tutela aos direitos das vítimas, dando ênfase à estas.

De acordo com a organização *Corporación Excelencia en la Justicia*, o esforço para conceber essas mudanças foi motivado pelo desejo de melhorar o tratamento de vítimas, permitindo-lhes participar na resolução de conflitos criminais se elas assim desejassem. A meta era satisfazer as necessidades de vítimas e restabelecer a paz social.

No Chile, assim como ocorreu na Argentina, as Universidades tiveram um papel predominante na implantação de uma justiça restaurativa. Em 1998, pesquisadores da Universidade Católica de Temuco, identificando a dificuldade na resolução de conflitos do modelo de justiça tradicional, criaram e desenvolveram o denominado *Proyecto CREA* - Centro Alternativo para Resolução de conflitos, com o objetivo de desenvolver academicamente formas alternativas de resolução de conflitos, com o escopo de difundi-la, por meio de informação à sociedade, aplicando desenvolvendo

¹²⁷ PARKER, L. Lynette. Justiça Restaurativa: um veículo para reforma? In: Slakmon. C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org. **Justiça Restaurativa**, Brasília/DF, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2005. 253p.

assim, um modelo restaurativo, gratuito, identificado com os interesses e anseios chilenos. A abrangência desse modelo atende conflitos nas áreas de família, civil e penal.

Uma reparação, naquilo que no Chile se denomina de “acordo reparador”¹²⁸, é oferecido e aplicado, como fruto de um processo, disposto em lei, que pode resultar na esfera penal como uma forma de resolver a ação penal, em alguns crimes. Evitando assim, inclusive o acúmulo processual junto aos órgãos judicantes, sem falar, na celeridade e na possibilidade de solucionar a lide como um todo, vez que a vítima pode ter sua pretensão reparadora atendida, e o infrator sua possibilidade digna e humana de responder pelo erro cometido.

Práticas de mediação, e de um direito guiado pela conversa na solução de infrações penais, foram à ênfase de um modelo da justiça restaurativa na América, guiado por um facilitador imparcial; pela participação voluntária das partes; respeitabilidade; esclarecimentos e resultados transformativos moldaram o direito restaurativo e mediador.

Para Achutti¹²⁹, a justiça restaurativa aproxima o enfrentamento da criminalidade por meio de todas as formas possíveis, como alternativa à falência estrutural do modelo tradicional de sistema criminal, tendo como desafio retrabalhar os dogmas da justiça criminal, justamente porque no modelo clássico centra-se na infração delituosa cometida, enquanto que no modelo restaurativo, a referência são nos erros causados pelo ilícito e os danos por ele causado, principalmente quanto aos meios e formas possíveis de repará-lo.

Fruto de um amplo trabalho e de certa forma do reconhecimento das práticas restaurativas, com a percepção de que pode ser uma relevante alternativa como controle da violência na América, e resultado ainda da Declaração de Araçatuba¹³⁰, no Seminário Construindo a Justiça Restaurativa na América Latina¹³¹, realizado em Santo Domingo

¹²⁸ PARKER, L. Lynette. Justiça Restaurativa: um veículo para reforma? *In*: Slakmon. C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org. **Justiça Restaurativa**, Brasília/DF, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2005. 253p.

¹²⁹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. 71p.

¹³⁰ Carta de Araçatuba, que foi o resultado de um encontro no Brasil para tratar sobre a implantação da Justiça Restaurativa. Tem-se como o marco inicial da justiça restaurativa no Brasil.

¹³¹ Seminario Construendo la Justicia Restaurativa em America Latina.

de Heredia/Costa Rica, em setembro de 2005¹³², se editou a Declaração/Carta da Costa Rica.

A referida Carta foi elaborada considerando os altos índices de violência e enclausuramento, assim como a redução de exclusão social, e um parâmetro mais igualitário entre pobres e ricos, com o fito de proporcionar processos restaurativos e uma assistência à vítima.

A Declaração ainda recomenda seu art. 1º, que é programa de justiça restaurativa todo aquele que utilize procedimentos restaurativos e busque resultados restaurativos¹³³.

Sempre que o infrator, vítima e qualquer outro indivíduo, reúnem-se com o escopo comum de buscarem alternativas para solução do conflito gerado pelo delito, sejam pelas mais variadas formas¹³⁴, estar-se-á diante de um procedimento restaurativo.

Por orientação ainda, da referida Declaração, são princípios basilares da justiça restaurativa na América Latina, conforme dispõe seu artigo 2º:

Artigo 2º: São postulados baseados em princípios restauradores e valores, tais como:

1. Garantir o pleno exercício dos direitos humanos e respeito pela dignidade de todos os envolvidos.
2. Aplicação na comunidade dos sistemas legal e prisão.
3. Informações completas e prévias sobre as práticas restaurativas para todos os participantes do processo.
4. Autonomia e vontade de participar de práticas restaurativas em todas as suas fases.
5. Respeito mútuo entre os participantes da reunião.
6. Corresponsabilidade ativa dos participantes.
7. Atenção à pessoa que sofreu danos e necessidades dos alunos no que diz respeito às possibilidades da pessoa que causou isso.
8. Envolvimento da Comunidade programadas pelos princípios da justiça restaurativa.
9. Abordando as diferenças socioeconômicas e culturais entre os participantes.
10. Atenção especial ao pluralismo social, local e cultura.
11. Promoção e equanimidade e não hierárquica de relacionamentos.
12. Expressão participativa sob a observação do regime democrático de direito.
13. Facilitação por pessoal devidamente treinado em procedimentos restauradores.

¹³² De 21 a 24 de setembro de 2005.

¹³³ Artículo 1º: Es programa de JR todo aquel que utilice procedimientos restaurativos y busque resultados restaurativos.

¹³⁴ Parágrafo 2º: Podrán incluirse entre los resultados restaurativos respuestas de arrepentimiento, perdón, restitución, responsabilización, rehabilitación y reinserción social, entre otros.

14. Usando o princípio da legalidade no direito material.
15. O direito à confidencialidade de todas as informações sobre o processo restaurativo.
16. Integração com a rede de serviços sociais em cada país.
17. Integração com o sistema de justiça¹³⁵.

Tantos os princípios, quanto os valores apresentados na Carta da Costa Rica, visam uma espécie de padronagem da justiça restaurativa na América Latina, pois se entende que alguns modelos, supra apresentados, possuem suma aplicabilidade e efetividade, mas são restritos à realidade do país, que a criou, e se houver um procedimento padrão, haverá mais condições de se implantar o direito restaurativo, e difundi-lo como a melhor opção de resposta penal pelo Estado.

É certo, ainda, que não basta o estabelecimento de princípio e valores comuns, o sucesso e o desenvolvimento da justiça restaurativa, depende também de políticas públicas para sua implantação, que partem desde a formação estrutural pelo Estado, como também, da implantação de uma base legislativa, com o fito de integrar a justiça restaurativa no atual sistema penal.

De uma forma muito parecida como a que ocorreu nos Estados Unidos, a justiça restaurativa foi implantada na Europa. Na década de 80, os ingleses, numa crítica à programas voltados unicamente ao infrator, motivaram um movimento para criação de um modelo que tutelassem as vítimas.

¹³⁵ Artículo 2º: Son postulados restaurativos los basados en principios y valores restaurativos tales como:

1. Garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos y respeto a la dignidad de todos los intervinientes.
2. Aplicación en los sistemas comunitarios judiciales y penitenciarios.
3. Plena y previa información sobre las prácticas restaurativas a todos los participantes de los procedimientos.
4. Autonomía y voluntad para participar en las prácticas restaurativas en todas sus fases.
5. Respeto mutuo entre los participantes del encuentro.
6. Co – responsabilidad activa de los participantes.
7. Atención a la persona que sufrió el daño y atención de sus necesidades con consideración a las posibilidades de la persona que lo causó.
8. Participación de la comunidad pautada por los principios de la justicia restaurativa.
9. Atención a las diferencias socioeconómicas y culturales entre los participantes.
10. Atención a las peculiaridades socioculturales, locales y al pluralismo cultural.
11. Promoción de relaciones ecuanímes y no jerárquicas.
12. Expresión participativa bajo la observación del Estado Democrático de Derecho.
13. Facilitación por personas debidamente capacitadas en procedimientos restaurativos.
14. Uso del principio de la legalidad en cuanto al derecho material.
15. Derecho a la confidencialidad de todas las informaciones referentes al proceso restaurativo.
16. Integración con la red de asistencia social de cada país.
17. Integración con el sistema de justicia.

Por meio de processos de mediação com o escopo de resolução dos conflitos penais, o procedimento restaurativo foi implantado e difundido pela Europa, e o acordo, foi o norte seguido.

O desenvolvimento da mediação penal está intimamente relacionado com os direitos das vítimas não sendo, pois, de estranhar a importância do papel das organizações não governamentais nesta matéria¹³⁶.

A justiça restaurativa, na qual a mediação penal se insere, pressupõe uma forma inovadora de responder à criminalidade e aos conflitos. É uma resposta que leva as vítimas, os delinquentes e a coletividade a reparar, coletivamente, os danos causados, através de soluções alternativas à prática jurídica tradicional¹³⁷.

Em que pese na Inglaterra, o programa vítima-infrator ter mais aplicabilidade junto aos crimes de menor potencial ofensivo, as questões reparatorias vem sendo a tônica do processo de mediação, e torna-se gradativamente, uma preocupação a menos ao Poder Judiciário do Estado. Ou seja, com esse fator reparatorio (restituição financeira) é realizado antes da sentença final, dificilmente, essa questão será mais uma preocupação para buscar uma solução por parte do magistrado que julga a causa.

Uma questão importante de se dispor, é que no Reino Unido, um sistema de compensação, que norteia o fator reparatorio, é inclusive revestido de fins sancionatórios, como uma espécie da pena, inclusive.

Essas práticas restaurativas são curiosas, porque apresentam elementos fundamentais de abordagem, dando poder e controle aos profissionais e não com às partes, e com essas características, institucionalizadas na Inglaterra e no País de Gales, apresentando propriedades muito próximas a um modelo retributivo.

No Reino Unido, portanto, a justiça restaurativa vem tomando expressão numa forma quase que paralela de resolução dos conflitos na área criminal, ou seja, vem sendo uma relevante ferramenta de política criminal, mas, por vezes criticada, pois a

¹³⁶ Ministério da Justiça - Gabinete de Política Legislativa e Planejamento. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/mediacao-vitima-agressor/=1170956404.66>. Acessado em 16 de janeiro de 2017.

¹³⁷ Ministério da Justiça – Gabinete de Política Legislativa e Planejamento. 1 O presente texto foi elaborado com base em artigos de diversos autores, designadamente, dos Professores Ivo Aertsen, Tony Peters e Katrin Lauwaert. Foi ainda referência indispensável o relatório do Observatório Permanente da Justiça “*Percursos da informalização e da desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)*”.

sustentação legislativa que se apresenta demonstra que o caráter disciplinar e compensativo das práticas, em que pese visarem uma redução criminal de algumas condutas, também visa atender metas dispostas por um novo conceito e modelo de justiça.

A partir de iniciativas locais/comunitários, as práticas de justiça restaurativa que se desenvolveram no Reino Unido, inicialmente, introduzindo um sistema voltado para tratar dos delitos cometidos por menores, já na década de noventa, o Governo busca desenvolver de forma mais efetiva e potencial, a prática de justiça restaurativa, para qualquer tipo de delito¹³⁸.

A inovação de um sistema de justiça penal, em prol da reparação às vítimas, num modelo de reparação vítima-agressor, voltada principalmente para a comunidade, do que apenas para as partes envolvidas.

Uma prática positiva para implantar tal modelo, foi a de difundir a informação, incentivar a pesquisa sobre o assunto, e demonstrar a positividade de tal modelo em face ao modelo padrão, implantando uma prática restaurativa até na fase da execução pena, ou seja, o escopo reparatório foi disposto com o fito de propiciar ao agressor uma nova opção de responder pelo erro cometido, propriamente dito.

Assim, o Governo criou três planos-pilotos de justiça restaurativa, os quais serão acompanhados e avaliados de forma independente por uma Universidade, visando a coleta de informação sobre o desenvolvimento de projetos de justiça restaurativa e a identificação de áreas problemáticas – um plano destinado à pesquisa e desenvolvimento de especialização nesta área, um outro criando um serviço voluntário de mediação, para adultos ou jovens agressores e suas vítimas, condenados a penas a favor da comunidade e um terceiro, para oferecer justiça restaurativa a autores de crimes, depois da respectiva condenação. No Reino Unido os processos restaurativos podem revestir diversas formas, incluindo a mediação vítima-agressor, as conferências restaurativas ou mesmo a mediação indireta¹³⁹.

¹³⁸ FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça: O modelo Zwelethemba de Resolução de conflito. In: Slakmon. C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org. **Justiça Restaurativa**, Brasília/DF, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2005. 81p.

¹³⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Gabinete de Política Legislativa e Planejamento. http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/mediacao-vitima-agressor/downloadFile/attachedFile_1_f0/perspectiva_comparada_1170956404.66. Acesso em 16 de janeiro de 2018.

O modelo praticado na França é um modelo de mediação penal, com supedâneo no sistema penal tradicional, ou seja, é um modelo que dá uma resposta judicial as infrações enquadradas como injúrias, violências leves, furto, problemas familiares menores ou mesmo conflitos de vizinhança.

A mediação penal está institucionalizada no Código de Processo Penal desde 1993. A prática de mediação tem-se desenvolvido ao longo destes anos, sobretudo, como se referiu, nas “maison de justice¹⁴⁰” criadas junto dos Tribunais. Mas, igualmente, tem havido grande desenvolvimento da mediação realizada, diretamente, por associações de apoio à vítima e de mediação, existindo, ainda, um movimento crescente das mediações de bairro para-judiciárias, um modelo conjunto de gestão de conflitos, associando Municípios e Ministério Público¹⁴¹.

Na Bélgica, seu parlamento aprovou, em Fevereiro de 1994, uma lei visando a organização de um procedimento de mediação penal¹⁴².

A referida Lei alterou o Código de Processo Penal permitindo ao denominado Procurador do Rei encerrar certas investigações com o fito de se aplicar a mediação penal, que é realizada por assistentes de justiça, funcionários do Ministério da Justiça.

Por lei, aplica-se a mediação penal, às infrações cometidas por maiores, desde que a pena aplicável ao delito, não seja superior a 02 (dois) anos de prisão.

Em algumas cidades belgas, há programas locais e menores, que realizam a mediação penal, à menores infratores, reconhecendo assim, a eficácia do modelo restaurativo no ordenamento jurídico da Bélgica. Nestes casos, estruturas não governamentais, são as responsáveis e competentes para aplicar a mediação aos menores infratores.

Da mesma forma, há em muitas localidades, uma estrutura voltada a mediação penal, ainda na fase policial, é praticamente um serviço prestado pela polícia, de promover para crimes de menor potencial ofensivo¹⁴³, uma possibilidade de

¹⁴⁰ Casa da Justiça.

¹⁴¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Gabinete de Política Legislativa e Planeamento. http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/mediacao-vitima-agressor/downloadFile/attachedFile_1_f0/perspectiva_comparada_1170956404.66. Acesso em 16 de janeiro de 2018.

¹⁴² Lei de 10 de Fevereiro de 1994.

¹⁴³ Assim caracterizado na lei local.

mediação, e, portanto, acordo, que permite, inclusive, o arquivamento do respectivo processo, que se não houvesse essa “fase preliminar” seria (ou é) instaurado. Nesse caso, em particular, o que se tem é uma efetiva economia processual, permitindo inclusive, o Sistema Judicial padrão, ater-se apenas aos casos mais complexos, e de necessária intervenção do Estado, no que tange ao sancionamento de uma conduta ilícita.

Na Espanha, o enfoque juvenil também serviu de mote para a implantação de um modelo reparador penal. Em 1990, na Catalunha, o governo da *Comunidade Autônoma¹⁴⁴ da Catalunha* deu início a um programa que motivou uma reforma legislativa, em Junho de 1992, quando foi publicada uma lei regulando o procedimento do julgamento de menores.

A maior expressividade na mudança, de nível reparatório, foi dar poder ao Órgão do Ministério Público não prosseguir com o processo, no caso de haver entre as partes, alguma forma de reparação em prol da vítima, ou seja, havendo essa possibilidade, e havendo a anuência das partes, mas principalmente, do menor infrator, o processo é encerrado com o acordo reparatório firmado entre as partes¹⁴⁵.

No que se refere à justiça penal de adultos, desde Dezembro de 1998 que funciona, no âmbito do Departamento de Justiça do Governo Autônomo da Catalunha, uma experiência piloto, igualmente constituída por um programa de mediação. O normativo penal e processual impede, todavia, o crescimento da mediação na justiça penal de adultos, já que não cabe ao Ministério Público a instrução do processo, mas sim ao Juiz, imperando, ainda, o princípio da legalidade e não da oportunidade, dificultando assim as soluções de consenso.

É de se destacar ainda que na Europa, a prática da justiça restaurativa ainda é consideravelmente tímida e restrita. Na Alemanha, por exemplo, segundo dispõe Jan Froestad e Clifford Shearing, acima citados, o modelo de mediação necessário, se implantados, e estão sendo implantados, estão recebendo uma considerável carga de preconceito educacional.

Apesar de toda essa resistência, e a dificuldade de implantação germânica, frisa-se que o Modelo Alemão serviu de base no desenvolvimento do modelo

¹⁴⁴ Autônoma.

¹⁴⁵ Em 2000, houve outra alteração legislativa no âmbito dos menores, e houve uma extensão do modelo e do procedimento reparatório.

colombiano, supramencionado, juntamente com outros exemplos europeus, como Espanha, Reino Unido, França e Áustria, assim como foram os modelos do Canadá e Estado Unidos.

Comparando o número de habitantes com o número de processos em que foi utilizada a mediação, segundo dados de 1998, pode concluir-se que a Noruega é o país europeu no qual a prática de mediação está mais desenvolvida, seguindo-se a Áustria, a Finlândia, a França, a Bélgica a Alemanha e o Reino Unido.

Assim como ocorrido no Canadá, na Austrália e na Nova Zelândia, práticas indígenas foram acomodadas nas práticas de resolução dos conflitos. Na Nova Zelândia, o combate à expansão da violência, foi o mote da implantação da justiça restaurativa:

Contra um pano de fundo de violência política Maori, as reformas na justiça na Nova Zelândia na segunda metade da década de 80, e a importância de uma resposta da justiça criminal apropriada para os jovens Maoris, os encontros restaurativos com grupos de familiares foram introduzidas como parte do programa nacional. A intenção era evocar e utilizar as tradições dos Maoris de resolução de problemas que incluíam as famílias estendidas. Essas reuniões foram introduzidas tanto como uma alternativa aos tribunais, como na forma de um guia para as sentenças. A elas geralmente comparecem os infratores, sua família estendida, as vítimas, seus partidários, a polícia, um assistente social Jan Froestad e Clifford Shearing Justiça Restaurativa e outras pessoas importantes da comunidade. Aos jovens se proporciona um advogado. As vítimas comparecem a cerca de metade das reuniões e os procedimentos foram modificados para encorajar sua participação (McCold 2001: 45-46). As reuniões são informais e espera-se que a tomada de decisão seja aberta e consensual. Os encontros restaurativos na Nova Zelândia são usados principalmente para infratores que cometeram infrações mais graves e reincidentes. Os acordos, freqüentemente, incluem sanções reparadoras como desculpas, restituição ou serviços comunitários. Uma característica significativa dos procedimentos é o “tempo de planejamento privado” oferecido ao infrator e à sua família durante o processo para considerar e sugerir um plano de ação para o infrator assumir a responsabilidade pelo crime e fazer indenizações à vítima¹⁴⁶.

Na Austrália, o modelo não é diferente:

Quando o domínio da justiça restaurativa estava se consolidando em meados dos anos noventa, a visão de aplicação do modelo às escolas já estava tomando forma. Em 1994, a conselheira escolar Margaret Thorsborne introduziu (em uma grande escola secundária, com 1600 alunos) a justiça restaurativa para escolas em Queensland, na Austrália. Ela tinha ouvido falar

¹⁴⁶ FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça: O modelo Zwelethemba de Resolução de conflito. In: Slakmon. C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org. **Justiça Restaurativa**, Brasília/DF, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2005. 79p.

sobre um novo enfoque de reuniões que a polícia de *New South Wales* estava adotando para encaminhar os jovens infratores a meios alternativos, baseado no modelo de encontros restaurativos com grupos de familiares que estava sendo adotado na Nova Zelândia¹⁴⁷.

O universo escolar é uma demanda riquíssima para se implantar e discutir os objetivos da justiça restaurativa, pois é uma forma (adotada em muitos países) de fomentar o debate no âmbito escolar, entre os jovens, com o fito de expandir o conhecimento necessário para a formação do(s) novo(s) paradigma(s) que suportam e dão azo ao modelo alternativo de resolução de conflitos, que é a justiça restaurativa.

Muito do sucesso e da ampliação da justiça restaurativa tanto na Austrália, quanto na Nova Zelândia, são provenientes dessa base de informação e conhecimento que fora difundida entre os jovens, junto às escolas e Igrejas, que propiciaram a implantação de vários e eficientes modelos de justiça restaurativa, diversificando sua atuação e aplicabilidade nos mais diferentes tipos de crimes, de infratores e de vítimas.

Na dinâmica adotada na Nova Zelândia, o resultado restaurativo ocorre por reuniões realizadas por agentes públicos¹⁴⁸, assumindo papel de facilitador, em encontros restaurativos com grupos de familiares. A opção de trabalhar no cerne da organização familiar, foi adotada como uma forma alternativa de processo.

Tanto na Austrália quanto na Nova Zelândia, a justiça restaurativa possui base legal¹⁴⁹ e espaços propícios, oferecidos pelo próprio Estado, mas em ambos os modelos, todas são voltadas para a resolução do conflito apresentado, e dissolvido por práticas de mediação mais específica.

Até por toda a base estatal que a justiça restaurativa desfruta em território australiano, vários programas são ou foram realizados, variando de acordo com o tipo do delito e do infrator. Alguns modelos chegam a ser aplicados ainda na fase policial,

¹⁴⁷ SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. **Justiça Restaurativa** (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), Justiça Restaurativa nas Escolas Brenda Morrison, 297p.

¹⁴⁸ Coordenadores da Justiça de Jovens (Youth Justice Co-ordinators - YJC) empregados pelo departamento de Serviços da Criança, Jovens e Família (Department of Child Youth and Family Services).

¹⁴⁹ A Nova Zelândia pode servir como exemplo mais uma vez: as reuniões restaurativas para jovens infratores lá funcionam com base legal, acontecem no país inteiro e, em certas circunstâncias, a feitura de um encontro restaurativo com grupos de familiares é obrigatória. Em muitos estados da Austrália, processos de justiça restaurativa também funcionam com base em um regulamento legal e acontecem em todo o território daquele estado específico.

aproveitando toda estrutura e experiência da polícia¹⁵⁰, mas em outros casos, o próprio judiciário assume essa função.

Como supra destacado, práticas indígenas é que serviram de arquétipo para a justiça restaurativa em ambos os países, e conseqüentemente, o resultado desse procedimento também atendeu uma prática aborígine, que foi a solução do conflito, discutido e deliberado nos chamados “círculos de emissão de sentenças”, que orienta uma ampla e coletiva discussão, em busca de sanar o conflito e de restaurar o prejuízo ocasionado pelo delito.

Sem prejuízo de tudo que foi até o momento apresentado, um fator predominante para a sustentabilidade da justiça restaurativa, em qualquer lugar do mundo, é a mudança e a consciência de novos paradigmas para a solução de conflitos penais, e grande parte disso, se deve ao caráter cultural, ou seja, se não adotada e aceita a cultura restaurativa, não se alcança resultados restaurativos eficientes, produtivos e corretos, se não houver intrínseco na cultura popular essa necessidade, e em todos os modelos apresentados, a prudente necessidade foi a gênese para debater, desenvolver e implantar a justiça restaurativa, como forma alternativa de resolução de conflitos.

3.3 MODELOS DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Segundo Prudente¹⁵¹, a Justiça Restaurativa no Brasil iniciou em 1998, com um projeto denominado “Projeto Jundiá: Viver e Crescer em Segurança”, desenvolvido em 26 escolas de ensino médio, visando melhorar a conduta dos jovens alunos, para coibir e prevenir a desordem, violência e criminalidade no ambiente escolar.

O referido programa, por motivos burocráticos foi interrompido em 2000. Em 2002 e 2003, outro projeto foi retomado, em 12 unidades escolares, trabalhando com vítimas de danos materiais e morais, porém, por questões financeiras também foi interrompido, mas o “importante é que as sementes da Justiça Restaurativa já estavam lançadas”.

¹⁵⁰ Na Nova Zelândia, a polícia possui uma experiência parecida, mas desenvolve um modelo de advertência restaurativa, propriamente dito.

¹⁵¹ PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa e experiências brasileiras. In SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Douglas Cesar. (orgs.) **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 41-72. 44p.

Nos dias 28, 29 e 30 de abril de 2005, realizou-se, em Araçatuba, estado de São Paulo o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, que no Brasil, foi marco importante da implantação e aplicação de um modelo restaurativo, como forma diversa de solução penal.

Os debates eram em torno do acesso à justiça, da morosidade da Tutela Jurisdicional do Estado, e inclusive, da ineficiência do atual modelo de justiça penal, que não dá mais conta para o combate à criminalidade/violência, e nem sequer atinge seu desígnio com a aplicação da pena.

O modelo retributivo, além de não apresentar mais condições de eficácia, também, não visa a resolução do conflito, muito menos, atrai para o procedimento a vítima e seus interesses.

O Simpósio teve como resultado, a compilação da Carta de Araçatuba. Esse documento apresentou aquilo que os debatedores entenderam como princípios e valores básicos da justiça restaurativa no Brasil, assim como ações necessárias para sua implantação e desenvolvimento, nos seguintes termos:

1. Plena informação sobre as práticas restaurativas anteriormente à participação e os procedimentos em que se envolverão os participantes.
2. Autonomia e voluntariedade para participação das práticas restaurativas, em todas as suas fases
3. Respeito mútuo entre os participantes do encontro.
4. Corresponsabilidade ativa dos participantes.
5. Atenção à pessoa que sofreu o dano e atendimento de suas necessidades, com consideração às possibilidades da pessoa que o causou.
6. Envolvimento da comunidade pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação.
7. Atenção às diferenças socioeconômicas e culturais entre os participantes.
8. Atenção às peculiaridades socioculturais locais e ao pluralismo cultural.
9. garantia do direito à dignidade dos participantes.
10. Promoção de relações equânimes e não hierárquicas.
11. expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito.
12. Facilitação por pessoa devidamente capacitada em procedimentos restaurativos.
13. Observância do princípio da legalidade quanto ao direito material.
14. Direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo.
15. Integração com a rede de assistência social em todos os níveis da federação.
16. Interação com o Sistema de Justiça.

Na sequência, o referido Documento, foi ratificado pela Carta de Brasília, editada na Conferência Internacional de Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos¹⁵².

No mesmo mote, em Recife, Estado de Pernambuco, nos dias 10, 11 e 12 de abril de 2006, foi realizado o II Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, que

¹⁵² Evento realizado nos dias 14, 15, 16 e 17 de junho de 2005.

resultou na Carta de Recife, que corroborava com as práticas de justiça restaurativa em curso, colaborando assim, com sua consolidação em território brasileiro.

Com o escopo de construir uma sociedade justa, igualitária e pacífica, com a participação de todos, em prol de desenvolver um modelo de justiça que privilegie os valores humanos comuns, contribuindo para o bem estar e a qualidade de vida justa, é que discutiu o perfil da justiça restaurativa no evento, evidenciando ainda estratégias multiplicadoras da cultura restaurativa¹⁵³, neste azo sugeriu-se:

- a criação de Núcleos e Centros de Estudos em Justiça Restaurativa, abertos à comunidade, nas universidades, nas escolas de ensino médio, nas organizações não-governamentais, nas Escolas da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da OAB;
- aos poderes públicos federais, estaduais e municipais, e especialmente à Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça que promova a publicação de subsídios teóricos e práticos, em português ou traduzidos de outras línguas, incluindo relatórios de acompanhamento, avaliações dos projetos-pilotos e material instrucional para apoio a capacitações;
- à Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça a promoção de um Encontro Nacional de Justiça Restaurativa, ainda em 2006, propondo por sede o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, articulando o apoio dos Colégios de Presidentes de Tribunais de Justiça, dos Procuradores-Gerais de Justiça, e dos Defensores-Gerais Públicos, das respectivas Corregedorias-Gerais, bem como dos Tribunais e Ministério Público Federais, de modo a viabilizar apoio a participação e respaldo às iniciativas restaurativas de Juízes, Promotores, Procuradores e Defensores Públicos de todo o País;
- a realização do 3º Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa em 2007, preferencialmente na Páscoa, tendo por sede a cidade de Natal, RN;
- a difusão e implementação da Justiça Restaurativa, simultânea, articulada e integrada entre suas vertentes institucionais e comunitárias, para gerar sinergia e promover, reciprocamente, renovação e empoderamento, respeito à horizontalidade, autonomia, isonomia e à diversidade na relação entre as pessoas envolvidas;
- ao Ministério da Justiça o apoio técnico e financeiro à instalação de outros projetos- piloto e a delimitação de apoio a estes projetos por um prazo mínimo de cinco anos para possibilitar as experiências e o aprendizado necessários à consolidação de uma Cultura de Restauratividade.

Tais movimentos, não se pode olvidar que são fruto também, da Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, Resolução 2002/12, que definiu os princípios básicos dos programas de justiça restaurativa.

¹⁵³ Carta do Recife. Redação elaborada por integrantes e aprovada pelos participantes do II SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, realizado na Cidade do Recife, Estado de Pernambuco - Brasil, nos dias 10, 11 e 12 de abril de 2006.

Por consequência natural, os conceitos da justiça restaurativa chegaram ao Brasil, principalmente a partir da observação e o estudo do direito comparado, trazendo a baila suas premissas, aplicações e experiências que lograram êxito¹⁵⁴.

Por isso, é necessário registrar que o modelo restaurativo no Brasil não é cópia dos modelos estrangeiros, pois nosso modelo é restritivo, e carece de muitas transformações legislativas para a aplicação integral da justiça restaurativa. Ademais, como a justiça restaurativa é um processo de constante adaptação, é de bom alvitre sempre a adequação necessária à realidade brasileira¹⁵⁵.

Destaca-se ainda que se discute amplamente as disposições da justiça restaurativa no Brasil, não só em âmbitos Institucionais¹⁵⁶, mas também junto ao legislativo federal, pois desde 2003, debate-se junto ao Ministério da Justiça, a implantação de meios alternativos de resolução de conflitos, e nesta seara, há o debate em torna da justiça restaurativa, assim como tramita junto ao Congresso Nacional, um projeto de lei que visa institucionalizar os procedimentos da justiça restaurativa no sistema penal brasileiro.

Como marco inicial dos debates sobre a justiça restaurativa no Brasil, a Carta de Araçatuba, trata-se de um documento de caráter principiológico, que acredita na mudança de paradigmas como instrumento para o alcance e a preservação da dignidade da pessoa humana. A preservação da harmonia no relacionamento humano, é o que fortalece os princípios da justiça restaurativo, combatendo nesse prado, a violência e a parcialidade que muitas vezes se exerce o poder no Brasil.

Rolim¹⁵⁷ assevera que:

Os procedimentos da Justiça Restaurativa exigem que as partes exponham com toda a franqueza seus sentimentos, suas angústias, seus temores e que tornem mais claro quais são as suas expectativas. Serão chamadas para que exponham seus pontos de vista, suas versões do acontecido, e será

¹⁵⁴ PINHO, Rafael Gonçalves de. Justiça Restaurativa: um novo conceito. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/justica-restaurativa-um-novo-conceito>. Acesso em 24 de julho de 2018.

¹⁵⁵ PINHO, Rafael Gonçalves de. Justiça Restaurativa: um novo conceito. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/justica-restaurativa-um-novo-conceito/> acesso em 18 de agosto de 2018.

¹⁵⁶ AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 113p.

¹⁵⁷ ROLIM, Marcos. Justiça Restaurativa: para além da punição. In **Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos?** Porto Alegre, IAJ, 2004. 25p.

oportunizado um momento para que cada um dos envolvidos se manifeste, mesmo que não tenha estado presente no momento da infração. No entanto, as partes não poderão ser obrigadas a participar desse procedimento: deverão fazê-lo de forma voluntária, sob pena de haver prejuízo latente para que se atinjam os resultados pretendidos.

Fica evidente, portanto, que a participação, de forma voluntária das partes, é o mecanismo mais evidente de combate ao poder do Estado, e que, a partir dessa iniciativa por parte dos envolvidos, mesmo após os prejuízos decorrentes do delito cometido, e, mesmo que as partes não tenham participado (direta ou indiretamente) do momento da prática do crime, se percebe a preocupação imprescindível para a construção de uma sociedade democrática, e que respeite os direitos humanos e pratique a cultura de paz¹⁵⁸.

Como supedâneo, as razões da justiça restaurativa, a Carta de Araçatuba, ainda apresente interessantes crenças, que servem não só para ilustrar a credibilidade do modelo restaurador, mas também, permite observar que a mudança de paradigmas e valores, são imprescindíveis, não só para o combate à criminalidade, como também, ao sucesso do procedimento restaurativo:

Acreditamos que só desse modo será possível resistir às diversas modalidades de violência que contaminam o mundo sem realimentar sua corrente de propagação.

Acreditamos que, por isso, será necessário recomendar que cada pessoa, família, comunidade e instituição promovam reflexões e diálogos acerca dos temas da justiça e da paz, em especial acerca das alternativas para implementar valores e práticas restaurativas.

Acreditamos que estas mudanças devem ser paulatinas e que, portanto, não podem prescindir do modelo institucional de justiça tal como hoje estabelecido, sobretudo das garantias penais e processuais asseguradas constitucionalmente a todos aqueles que têm contra si acusações de práticas de atos considerados como infracionais.

Acreditamos, ainda, que as práticas restaurativas não implicam uma maximização da área de incidência do direito penal, mas, pelo contrário, uma reformulação do modo como encaramos a resolução dos conflitos.

Na continuidade, a Carta de Araçatuba, ainda dispõe que as práticas restaurativas preconizam um encontro entre a pessoa que causou um dano a outrem e aquela que o sofreu, com a participação eventualmente de pessoas que lhe darão suporte, caso assim o desejarem, inclusive de advogados, assistentes sociais, psicólogos ou profissionais de outras áreas. Pautada pelo entendimento de que o envolvimento da

¹⁵⁸ Carta de Araçatuba. Carta elaborada pelos integrantes do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, ocorrido nos dias 28/30 de abril de 2005, na Cidade de Araçatuba/SP.

comunidade é fundamental para a restauração das relações de modo não violento, o encontro é a oportunidade dos afetados pelo ato de compartilharem suas experiências e atenderem suas necessidades, procurando chegar a um acordo.

Como meio de coibir a violência e a criminalidade, a justiça restaurativa, implantada no Brasil, revestiu-se de características bem interessantes, e que foram apresentados e amplamente debatidos no I Seminário Brasileiro de Justiça Juvenil Restaurativa¹⁵⁹ realizado em 2010, em São Luís, no estado do Maranhão, e demonstrou-se, então, que a justiça restaurativa não é simples meio ou método de solução alternativa para solução de um conflito com gênese no delito cometido, mas também, uma importante ferramenta de prevenção e combate à criminalidade, principalmente, porque se pauta no princípio da informação e da publicidade, ou seja, a difusão desse conhecimento, como adotado em muitos países no mundo¹⁶⁰, é crucial para sua efetividade, a difusão ampla do que é, de como funciona e para que serve o modelo restaurativo, pois assim, se evidencia, realmente, a criação de um direito restaurativo, muito importante para aquilo que a justiça restaurativa se propõe, como alternativa de solução de conflitos.

A Carta de São Luis, disponível em mais 04 idiomas (além do português ainda há a tradução do documento para o francês, espanhol, alemão e inglês) apresenta a justiça restaurativa com maior efetividade, como um instrumento relevante para atender não só a sociedade, como também, o escopo do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a referida legislação, sustenta-se sob os princípios da ampla proteção e da possível alternatividade de práticas que garantam, o tratamento diferenciado que os menores merecem, mas principalmente lhe tutelem e assegurem a dignidade da pessoa humana¹⁶¹.

¹⁵⁹ O evento reuniu mais de 390 pessoas de 17 estados brasileiros e do Distrito Federal, além das mais de cem instituições que se reuniram para debater o tema.

¹⁶⁰ O evento foi organizado pela Fundação Terre des Hommes - Lausanne e organizações da Rede Maranhense de Justiça Juvenil, com o apoio do Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Reforma do Judiciário. A Justiça Juvenil Restaurativa (JJR), no contexto brasileiro, é um paradigma em construção baseado em normativas internacionais como a Convenção dos Direitos da Criança, Regras de Beijing e a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC). É respaldada na legislação nacional pelo instituto da remissão e passível de ser usada em quaisquer etapas do Sistema de Justiça Juvenil. Também é referendada na Declaração de Lima, resultante do I Congresso Mundial de Justiça Juvenil Restaurativa e outros fóruns nacionais e internacionais [...]. (Trecho da Carta de São Luis).

¹⁶¹ Lei 8.069/90 - Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou

Um conveniente trecho da Carta demonstra efetivamente o intuito da prática restaurativa, debatida no evento, quando expõe:

A Justiça Juvenil Restaurativa pressupõe o pleno respeito aos direitos humanos e às garantias legais, bem como a voluntariedade da participação tanto do ofensor, quanto da vítima. Ela pode ser utilizada para evitar recursos a procedimentos judiciais, mas no curso dos mesmos, deve ser utilizada somente quando houver prova suficiente de autoria e que o ofensor seja devidamente assistido por defensor.

Outra questão ressaltante, é que qualquer prática da justiça restaurativa, não se apresenta como uma nova forma de justiça ou de política e sistema penal, que vem para substituir o atual modelo (em que pese falido e ineficaz na resolução dos conflitos), o modelo restaurativo, se apresenta sim como uma proposta alternativa, que respeita inclusive o atual modelo, pois preza pelos princípios constitucionais que norteiam o devido processo legal¹⁶².

O interesse das partes e a voluntariedade, são outros fatores que suportam toda a sistemática e a eficiência da justiça restaurativa, quando o documento redigido em São Luis, também apresenta que os “resultados restaurativos devem ser livremente acordados, não implicar em privação de liberdade e atender as necessidades tanto do adolescente quanto da vítima e da comunidade participantes do procedimento restaurativo”¹⁶³.

Todos os documentos visam a implementação da justiça restaurativa no Brasil, e o amplo debate e difusão de informações são indispensáveis para o desenvolvimento de um direito restaurativo brasileiro.

A justiça criminal exercida no Brasil apresenta comprometimentos em seus resultados, na medida em que, como resposta, e dentro do modelo padrão, apenas impõe a aplicabilidade de uma sanção, disposta respectivamente, pela norma penal, para cada tipo de delito.

por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

¹⁶² O modelo restaurativo baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe a concordância de ambas as partes (réu e vítima), concordância essa que pode ser revogada unilateralmente, sendo que os acordos devem ser razoáveis e as obrigações propostas devem atender ao princípio da proporcionalidade. A aceitação do programa não deve, em nenhuma hipótese, ser usada como indício ou prova no processo penal, seja o original seja em um outro. (Renato Sócrates Gomes Pinto - Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?).

¹⁶³ Carta de São Luiz. Carta elaborada pelos integrantes do I Seminário Brasileiro de Justiça Juvenil Restaurativa, que aconteceu de 07 a 09 de julho de 2010, em São Luís, capital do estado do Maranhão.

Contrapondo o cenário comum, trazem-se à baila alguns exemplos de justiça restaurativa implantada no Brasil, e que criaram notoriedade, quando serviram de base para trabalhos sobre o assunto. É certo, que muitos outros projetos e exemplos foram implantados e encontra-se em vigor, mas para o presente trabalho, extraíram-se as informações dos modelos que infra se apresentam.

É mister, portanto, esclarecer que a idealização, divulgação e implantação de um modelo de justiça restaurativa, é fruto de um programa das Nações Unidas, que fomenta essa ideia, e que, de certa forma, é acompanhada e também, arquitetada pela Secretaria da Reforma do Judiciário, ou seja, com a chancela do Ministério da Justiça, pois a preocupação do Estado, vem sendo, realmente, não só dar maior efetividade a atividade da Justiça, como também, torná-la cada vez mais próxima da sociedade, apresentando resultados dignos, para quem precisa e requer muitas vezes, não apenas uma resposta legal, mas principalmente justa, e que resolva a lide/conflito.

Em Brasília, o projeto piloto surgiu no Núcleo Bandeirantes¹⁶⁴, tendo por justificativa a identificação da ineficácia do modelo padrão, em resolver o conflito, quando são gerados pelo cometimento de delitos. Aliado a isso, percebendo também que a resposta do Estado também não contribuía para um eficiente combate a violência e criminalidade, se pensou numa proposta restaurativa a ser aplicada junto ao Juizado Especial, e se implantou a justiça restaurativa, para tratar de delitos envolvendo violência doméstica, relações de vizinhança, no ambiente escolar ou na ofensa à honra, pois para tais questões, entendeu-se que o mais importante do que uma punição é a adoção de medidas que impeçam a instauração e conseqüente agravação do conflito.

A metodologia adotada é o Mediação Vítima-Ofensor (MVO), e no caso de Brasília, traz uma questão saliente que é a possibilidade de se aplicar e trabalhar a justiça restaurativa em delitos cometidos por maiores¹⁶⁵, junto aos Juizados Especiais, é certo, e, portanto, tratando ainda com delitos de menor potencial ofensivo, mas já não é apenas com atos infracionais, como ocorre em alguns modelos, como por exemplo, Porto Alegre.

¹⁶⁴ O Núcleo Bandeirante é hoje uma circunscrição, em Brasília - um bairro agregado ao Plano Piloto, onde começou o povoamento da nova capital, no final da década de 50, e que se chamava *Cidade Livre*.

¹⁶⁵ A tônica deste trabalho é justamente demonstrar que a justiça restaurativa é viável para qualquer tipo de delito e agente, e o modelo desenvolvido em Brasília, serve de base para tal viabilidade.

Em junho 2005, quando surge o projeto, teve sua fase piloto encerrada em dezembro do mesmo ano, mas ainda, há implementações de novas técnicas e metodologias, com o fito de aprimorar ainda mais as práticas da justiça restaurativa.

O projeto consta com juízes, promotores, defensores públicos, psicólogos, assistentes sociais, facilitadores/mediadores, e demais pessoas do quadro administrativo, como secretária e estagiários. Para capacitação desses membros, se prevê cinquenta horas de treinamento, e somente após isso, é que o membro da equipe passa a atuar diretamente na demanda restaurativa¹⁶⁶.

Como prática, inicialmente se faz entrevistas e contatos individuais e reservados, com o desígnio de expor a sistemática da prática da justiça restaurativa, e, após assimilado e aceito (voluntariamente) as partes, em participar, é que se inicia o círculo restaurativo, propriamente dito. Nesta fase, o processo, já que há indicação do Magistrado do Juizado Especial, para que as partes participem da justiça restaurativa, é suspenso, e por cerca de 04 (quatro) meses, se busca resolver o problema com a metodologia restaurativa.

A satisfação dos resultados do projeto vem sendo positivo, justamente porque a comunidade entende os benefícios restaurativos, e tal apoio é primordial para a ampliação e concretização de uma justiça restaurativa mais ampla e atuante no Brasil, é o que se verifica nos modelos de Santa Catarina, São Paulo e na cidade gaúcha de Caxias do Sul.

3.3.1 O modelo de Justiça Restaurativa em Santa Catarina

No Estado de Santa Catarina, enfatiza-se o modelo de justiça restaurativa implantado em Joinville, na região norte, pelo então Juiz da Vara da Infância e da Juventude, Dr. Alexandre Moraes da Rosa, que coordenou o projeto com apoio do Instituto Pró-Juventude e o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, cuja prática fora relatada na obra de Juan Carlos Vezzulla (2005).

O programa de justiça restaurativa aproveitou ainda o projeto de Mediação Familiar que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina possui em vigor, e, a

¹⁶⁶ SOUZA, Aziel Henrique. Projeto de Justiça Restaurativa Núcleo Bandeirantes/DF. Disponível em: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-justica-restaurativa-88/>. Acessado em 18 de outubro de 2018.

partir daí, fora criada uma equipe multidisciplinar, devidamente treinada e preparada para atender as demandas da Vara da Infância e Juventude presididas pelo Coordenador.

Como constituição, foi editada a portaria 05/2003, em que o Juíz Alexandre de Moraes da Rosa, no exercício de suas atribuições, instituiu uma equipe multidisciplinar, nos termos previstos no art. 151 da Lei nº 8.069/90. O artigo 151 da Lei é muito clara ao estabelecer atribuições à equipe interprofissional na atividade envolvida¹⁶⁷.

A proposta do projeto restaurativo desenvolvido em Joinville, como relata Vezzulla¹⁶⁸, visa o diálogo entre o adolescente “com os grupos que lhe são mais importantes e dos quais ele sofre a dependência, resultado da situação social”, Destacando ainda, nesse sentido:

Quando propomos uma mediação entre o adolescente autor de ato infracional e sua família, é para trabalhar esse conceito emancipador. Para o adolescente conhecer, reconhecer que seus pais sofrem os mesmos condicionamentos e limitações que ele, e que, como ele, fazem o que podem.

Para os pais, o objetivo seria o reconhecimento de suas limitações e o quanto seu relacionamento está condicionado por um modelo de dependência do qual podem se libertar dando ao filho a possibilidade de expressar-se, pois nessa expressão ele adquirirá, diante de sua família, o respeito de sujeito. Não é entre eles a luta, não são eles os inimigos.

O Dr. Alexandre Moraes da Rosa, em entrevista cedida no Programa Jornalístico Bom Dia Santa Catarina – RBS TV, em 2008, quando implantou a Justiça Restaurativa em Joinville/SC, esclarece que o modelo visa implantar um novo formato de aplicação da justiça, com o fito de averiguar causas e a consequências, dispendo ainda uma atenção especial à vítima, critérios norteadores da justiça restaurativa em si.

Na mesma entrevista, ainda se expôs, como exemplo prático o caso de um adolescente que agrediu a mãe, ou seja, no modelo padrão, o Tutela Jurisdicional do Estado, seria de aplicar uma medida sócio educativa, e resolver o problema com algo disposto como uma sanção. Já no modelo restaurativo, o que se fez, foi reunir,

¹⁶⁷ Art. 151. Compete à equipe interprofissional dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, tudo sob a imediata subordinação à autoridade judiciária, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

¹⁶⁸ VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006. 120p.

voluntariamente, as partes envolvidas, devidamente acompanhadas por profissionais habilitados e preparados para tal finalidade, e, incluí-los num círculo restaurativo, e com isso foi possível identificar as “falhas” mutuas¹⁶⁹, e resolver o conflito entre as partes, e não apenas resolver a agressão, como primeiramente e costumeiramente é realizado no âmbito da justiça normal.

Como primeiro projeto de Justiça Restaurativa no Estado de Santa Catarina, o resultado atingiu seu objetivo, que foi divulgar a existência do modelo restaurativo, sua eficácia e aplicabilidade, assim como contribuiu para fomentar o debate e difundir a informação e o conhecimento dos benefícios desse novo modelo de justiça.

Atualmente, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, possui um programa de Justiça Restaurativa, de iniciativa da Coordenadoria Estadual da Infância e da Juventude (CEIJ) com o escopo ao atendimento dos adolescentes em conflito com a lei, de uma forma pedagógica, sedimentando nos princípios da justiça restaurativa.

Há uma característica institucional interessante nesse modelo, porque além do Poder Judiciário Catarinense, há uma parceria entre o Ministério Público, a Secretaria da Segurança Pública e os cursos de graduação em Psicologia e em Direito da Unisul.

Trata-se de um projeto piloto que está sendo implementado na Vara da Infância e da Juventude da comarca da Capital e, após avaliação, poderá ser proposto como um programa institucional a outras Varas da Infância do Estado.

O projeto sugere três diretrizes em sua proposta de trabalho:

- a) o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei por meio de práticas restaurativas, como preconizam o artigo 35, incisos II e III, da recente lei do Sistema Nacional Socioeducativo – Lei n.12.594, e as diversas normativas internacionais, com a Resolução n. 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que trata sobre os “Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”;
- b) a reinserção social e familiar do adolescente autor de ato infracional;
- c) o encaminhamento desses adolescentes a programas de aprendizagem profissional ou de inserção profissional.

¹⁶⁹ No caso em tela se identificou que a mãe dispunha um tratamento diferenciado entre os irmãos, o que gerou um ciúme ao agressor que respondeu essa diferença com uma violência. Contudo, tão logo pode-se identificar essas questões, o filho percebeu seu erro (com a resposta violenta) e a mãe percebeu sua falha na conduta com os filhos, e as desculpas sinceras surgiram e o erro fora devidamente reparado, extinguindo assim o conflito entre as partes.

Destaca-se ainda a consideração sobre que a referida equipe¹⁷⁰, que auxiliará nas questões de não só identificar os possíveis casos para encaminhamento ao programa, mas também, contribuirá para as atividades de mediação necessária. Os profissionais desta equipe são capacitados em mediação para atuar, respeitando a função estabelecida pela lei, como mediadores e como representantes da Vara da Infância e da Juventude, pois eles podem manter sigilo de tudo o que acontecer nas sessões e finalmente encaminhar ao Juiz os acordos escritos que possam surgir dessas mediações.

Ou seja, dispondo ao infrator e a vítima, um tratamento diferenciado pelo Estado, aproveitando para tanto, a exitosa experiência espanhola, consubstanciada pela Lei Orgânica nº 05/2000, a qual instituiu a mediação e conciliação na área do ato infracional, apresentando, portanto, resultados positivos¹⁷¹.

Deposita-se nesse modelo grande esperança de implementação da justiça restaurativa. O convênio com Universidades faz crer na mudança de cultura, também nos meios acadêmicos.

3.3.2 Os projetos bem-sucedidos no Estado de São Paulo

Em Guarulhos/SP, o projeto de justiça restaurativa foi idealizado pelo Dr. Daniel Isler, então Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Guarulhos, que em parceria com a FIG – Faculdades Integradas de Guarulhos e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, iniciaram as atividades restauradora em 24 de novembro de 2003.

No início do projeto, os atendimentos limitavam-se aos encaminhamentos oriundos da Vara da Infância e Juventude, mas tão logo se concretizou como viável, o Projeto de Mediação de Guarulhos, passou em junho de 2004, a cuidar dos processos relativos a conflitos familiares encaminhados por todas as Varas Cíveis da Comarca.

¹⁷⁰ VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006. 118p.

¹⁷¹ AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 129p.

No entendimento da autora¹⁷²,

Interessa salientar que este Projeto apontou a especial vantagem da prática da Mediação nas Varas da Infância e da Juventude e na de Família e Sucessões, por trabalhar questões relacionais. Reconheceu, também, que a briga das partes perante Tribunais – utilizando-se do exemplo das ações de guarda – gerava prejuízos de toda ordem para o futuro dos envolvidos, podendo até resultar em subseqüentes e sucessivos conflitos.

A iniciativa deste Projeto pautou-se na promoção de uma diferente forma de pensar a função jurisdicional, na medida em que acreditou que, por meio da Mediação, as partes teriam chance de conhecer-se e entender-se melhor. Poderiam ter consciência sobre suas posições dentro da situação conflituosa, com maiores probabilidades de acordar soluções adequadas às necessidades de todos os envolvidos, facilitando e preservando as relações futuras.

Outro instrumento que inegavelmente contribuiu para o êxito do projeto, foi a eficiência proporcionada pelo treinamento pelo qual os facilitadores/mediadores foram submetidos. Inicialmente eram submetidos a 20 (vinte) horas de treinamento, e atualmente, são exigidas 60 (sessenta) horas de capacitação¹⁷³, que compreende aulas teóricas e práticas.

Um fator importante para a conquista do referido projeto foi o crédito dado por outras instituições, como Faculdades, ONG's, profissionais de outras áreas, e a própria comunidade¹⁷⁴, que deram o suporte necessário para o sucesso da implantação da justiça restaurativa em Guarulhos/SP.

Ainda no Estado de São Paulo, outro exemplo é o projeto implantado em Santo Amaro, que diante de muita responsabilidade e zelo, a equipe idealizadora do projeto, desde 2009, implanta um modelo de justiça restaurativa, pautado na ética, na isonomia e na seriedade, assim como na credibilidade das pessoas escolhidas para estar à frente do novo programa de mediação restaurativa.

Em que pese a falta de base legislativa no Brasil para implantação da justiça restaurativa, esse entrave não vem sendo barreira para a implantação dos projetos e das atividades restauradoras, por muitos Estados do país.

¹⁷² AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. 129-130p.

¹⁷³ Atualmente, são exigidas pelo menos 60 horas de capacitação para o ingresso na função de mediador. O treinamento compreende programa teórico e prático. No início, não havia supervisão; posteriormente, ela foi instituída com a escolha de alguns mediadores mais experientes para acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos.

¹⁷⁴ Que inclusive possui uma importante participação ao avaliar o serviço de mediação prestado, isso quando participa ativamente do projeto como parte.

Não obstante, em que pesem os exemplos bem-sucedidos, resta diáfano perceber que nos países em que a justiça restaurativa foi criada e que serviram de base para a difusão desse novo modelo de aplicação da justiça, a concretização só foi possível quando o Estado passou a prevê-lo em lei, sendo que em alguns países, como já demonstrado, incluiu-se até mesmo dentro da própria Constituição. No Brasil não é diferente. A herança positivista é extremamente forte no meio jurídico, especialmente quando se trata de matéria penal.

3.3.3 Programa de Justiça Restaurativa implantada por meio de política pública, na cidade de Caxias do Sul (RS)

Continuando os debates para a implantação de uma nova política processual penal no Brasil, e aprofundando o debate de 2010, na cidade de São Luis/MA, durante o I Seminário Brasileiro de Justiça Juvenil Restaurativa, cujo fruto foi a Carta de São Luis, como amplamente demonstrado, recentemente na cidade de Caxias do Sul/RS, promoveu grande debate.

Conforme noticiado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁷⁵, com a finalidade de combater a criminalidade, desde 2005, a Justiça gaúcha busca solucionar, de forma pacífica, através de práticas baseadas em estratégias de diálogo as demandas penais, tendo por base não só restabelecer a ordem e a paz social (comuns na persecução penal), mas restaurar os relacionamentos e os laços sociais afetados pela prática delituosa, principalmente entre infrator e vítima, mas também entre o meio social onde estão inseridos.

A principal alteração fruto dessas políticas, foi destacada pela Sra. Fátima De Bastiani, coordenadora do Núcleo de Justiça Restaurativa de Caxias do Sul, quando destacou o diferencial do trabalho por meio do que ela chamou de "um novo foco através das lentes restaurativas", quando expôs: "[...] Mudamos de culpa, perseguição, imposição, castigo, coerção para responsabilização, encontro, diálogo, reparação do dano e coesão".

¹⁷⁵ Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/noticias/118261847/lei-que-institui-justica-restaurativa-como-politica-publica-e-sancionada-em-caxias-do-sul>. Acesso em 19 de novembro de 2017.

Uma realidade de violência diária, comum em muitas cidades brasileiras, passou a se tornar frequente em Caxias do Sul, e, portanto, em novembro de 2012, teve início a implantação de uma política pública fundamentada na Justiça Restaurativa, pela união entre o Poder Judiciário, a Prefeitura de Caxias do Sul, a Universidade de Caxias do Sul e a Fundação Caxias.

Após a implantação dessa política pública, pode-se vivenciar na cidade uma pacificação social marcada pelo diferencial da interinstitucionalidade, norteados pelos princípios e práticas da Justiça Restaurativa.

Atendendo às metas dispostas pelo Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário gaúcho, através do CEJUSC - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, e execução por parte da Prefeitura de Caxias do Sul, através da Secretaria Municipal de Segurança Pública e Proteção Social, a política foi implantada no dia 1º de novembro de 2012, em ato político que selou a parceria entre as instituições envolvidas.

No ano seguinte (em novembro de 2013), o Núcleo de Justiça Restaurativa de Caxias do Sul completou um ano de atuação, segundo dados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, neste período, as três Centrais do Núcleo (Central Judicial de Pacificação Restaurativa, Central de Práticas Restaurativas da Infância e da Juventude e Central Comunitária de Práticas Restaurativas) facilitaram 486 encontros restaurativos envolvendo crianças, adolescentes e adultos, com a participação de 2.162 pessoas.

Há de ressaltar que as Centrais do Núcleo atuam em distintas e respectivas áreas, sendo a Central da Paz Judicial a atuar com casos em que já há processo no sistema de Justiça; a Central da Paz da Infância e da Juventude atendendo aos casos não judicializados envolvendo crianças e adolescentes e tem também como prioridade a promoção de práticas preventivas buscando evitar conflitos violentos no ambiente escolar, bem como a instaurar a convivência e disciplina baseadas nos princípios e valores da Justiça Restaurativa e, por fim, a Central da Paz Comunitária trabalhando principalmente com casos que emergem da convivência entre os moradores dos bairros da Zona Norte de Caxias ao mesmo tempo em que busca levar o referencial da Justiça Restaurativa como meio para desenvolver a Cultura de Paz em todos os ambientes da comunidade.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/noticias/118261847/lei-que-institui-justica-restaurativa-como-politica-publica-e-sancionada-em-caxias-do-sul>> Acesso em 19 de novembro de 2017.

No segundo ano, em 1º de abril de 2014, foi renovado o acordo de cooperação, o que resultou na assinatura da Lei Municipal nº 7.754, de 30 de abril de 2014, que institui o Programa Municipal de Pacificação Restaurativa em Caxias do Sul, garantindo que a política pública de pacificação social, por meio da aplicação da Justiça Restaurativa, será uma prática permanente na cidade.

O Programa Municipal de Pacificação Restaurativa é executado pelo Conselho Gestor, Comissão Executiva; Núcleo de Justiça Restaurativa; Centrais de Pacificação Restaurativa; Comissões de Paz e Voluntariado, que será regido por um Conselho Gestor nomeado pelo Prefeito Municipal, através de Decreto, como órgão consultivo e controlador das respectivas ações, o qual será composto por representações dos órgãos municipais e dos demais segmentos envolvidos mediante convite e na forma do respectivo Regimento Interno.

Por fim, fica evidente que a referida Lei Municipal assegura a integração interinstitucional e transversal do conjunto das políticas públicas não só municipais, mas também de âmbito estadual por intermédio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pois o Programa Municipal de Pacificação Restaurativa¹⁷⁷ consiste num conjunto articulado de estratégias inspiradas nos princípios da Justiça Restaurativa que abrange atividades de pedagogia social, focando na cultura de paz e do diálogo, implementadas mediante a oferta de serviços de solução autocompositiva de conflitos.

Há em Caxias do Sul, portanto, um modelo de programa restaurativo que demonstra a possibilidade e viabilidade de implantar a Justiça Restaurativa como uma política pública para que o Poder Judiciário atinja as metas do Conselho Nacional de Justiça, e, contribua para a redução da judicialização brasileira. Sobretudo, para que se torne um meio eficaz de solucionar os conflitos e estabelecer a paz social, de uma forma mais humana.

3.4 LEGISLAÇÃO SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA

No Brasil, há o Projeto de Lei nº 7006/2006, que tramita na Câmara dos Deputados desde 10 de maio de 2006, quando foi apresentada. O que se propõe são alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689,

¹⁷⁷ Programa restaurativo, como dispõe a ONU.

de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de Justiça Criminal, em casos de crimes e contravenções penais. A origem do Projeto de Lei teve sua origem na Sugestão 99/2005, em que Renato Sócrates Gomes Pinto, Presidente do Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília, encaminhou a proposta a então Deputada Fátima Bezerra. O documento é composto, além do requerimento, de uma proposta de alteração legislativa, acompanhada como uma apresentação daquilo que se tem e de que se espera como justiça restaurativa.

O referido projeto, que atualmente aguarda designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), em oportunidade anterior, com o relator que à época fora designada para essa função, o Deputado Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ), em 2009, deu parecer para arquivamento, pois entendeu haver no projeto uma má técnica legislativa, rejeitando o seu mérito. Em 29 de março de 2011, houve requerimento de desarquivamento, e se aguarda então, seu regular processamento, para posterior apreciação em plenário, quando se espera aprovação¹⁷⁸.

É de destacar ainda o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)¹⁷⁹ que integra-se como uma rede global de desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, presente em 166 países, como base de atuação central tem por objetivo o combate à pobreza, proporcionando, dentre outras formas, acesso a recursos humanos, técnicos e financeiros, à cooperação externa e à sua ampla rede de parceiros.

No Brasil desde a década de 60, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)¹⁸⁰ vem auxiliando na modernização do Estado, no combate à pobreza e na exclusão social, na conservação ambiental e no uso sustentável de recursos

¹⁷⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao = 323785 &ord=1>. Acessado em 27 de junho de 2018.

¹⁷⁹ Disponível em: <http://www.pnud.org.br/pnud/>. Acesso em 18 de julho de 2018.

¹⁸⁰ O PNUD tem sua atuação regulada no Brasil pelo Acordo Básico de Assistência Técnica, que embasa a prestação da cooperação técnica pelas Nações Unidas no Brasil. O ABAT foi firmado em 29 de dezembro de 1964 entre o Governo da República Federativa do Brasil, a Organização das Nações Unidas e suas Agências Especializadas, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 11, de 1966 e promulgado pelo Decreto nº 59.308, de 23 de setembro de 1966. A atuação do PNUD no Brasil também é regida pela Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de fevereiro de 1946, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 4, de 13 de fevereiro de 1948, ratificada sem reservas pelo Governo da República Federativa do Brasil em 15 de dezembro de 1949 e promulgada pelo Decreto nº 27.784, de 16 de fevereiro de 1950. Esta convenção multilateral dispõe sobre os privilégios e imunidades garantidos aos escritórios das Nações Unidas nos respectivos países.

naturais. Destarte, devido à relevância do judiciário para o desenvolvimento e para a consolidação da democracia, o PNUD vem, desde 2003, financiando iniciativas como experiências-piloto em justiça restaurativa e penas alternativas, aplicação da tecnologia para facilitar o acesso de comunidades pobres à justiça, estudos sobre gestão do sistema judiciário e estudos para subsidiar a elaboração do Sistema Unificado de Segurança Pública¹⁸¹.

É primordial que haja uma política de fomento para a implantação da justiça restaurativa, pois a estrutura necessária requer investimentos financeiros de certa monta, pois, desde a capacitação dos facilitadores, que, destaca-se, são profissionais das mais diversas áreas como psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, juristas etc. Resta evidente e demonstrado que a criação e manutenção de uma estrutura de justiça restaurativa não é algo barato, e, para isso, deve o Estado, buscar recursos para tal finalidade.

É certo, ainda, que parte desse investimento e desse financiamento somente será viável, após a legalidade da justiça restaurativa, em lei. E, por essa razão, que a aprovação do Projeto de Lei supra, é primordial para a efetivação e concretização desse novo modelo de justiça para o Brasil.

Entende-se que após a criação da base legislativa, aliado aos resultados positivos dos projetos em andamento pelo país, os aportes financeiros serão consequência desse reconhecimento, e, principalmente, farão parte de uma política de investimento por parte do Estado, que visa o bem-estar social e a eficiência da atividade pública.

Esses suportes indispensáveis para a justiça restaurativa, quais sejam, a previsão legal, o investimento financeiro, a iniciativa e difusão da prática restauradora com meio eficaz de resolução de conflitos e combate à criminalidade, o conhecimento, a mudança de paradigmas, a voluntariedade, e, o interesse por parte do Estado; todos são parte da mesma engrenagem, que precisa estar em sincronia para permitir e fomentar a ampliação do modelo restaurativo.

Por todos os benefícios apresentados pela justiça restaurativa, pelos resultados apresentados em suas práticas, e pela tutela ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, é plenamente possível ampliar sua atuação para qualquer

¹⁸¹ Disponível em: <http://www.pnud.org.br/pnud>. Acessado em 19 de julho de 2018.

tipo de delito, independente do perfil do agente, ou seja, pode ser trazido ao círculo restaurativo qualquer tipo de vítima e qualquer tipo de ofensor (seja ele de maior ou menor o potencial ofensivo e o dano causado).

O que se espera desse modelo é a alteração do modelo atual de política e processo criminal, que, como já evidenciado, afasta a vítima do procedimento, e apenas retribui a conduta delitiva com um castigo, uma pena que muitas vezes não traz qualquer resultado positivo para a sociedade, muito pelo contrário, apenas desenvolve um grau de delinquência ainda maior ao agente, e incentiva um senso de ódio, rancor e vingança, valores amplamente combativos pela justiça restaurativa.

Derradeiramente, outro fator de caráter prático é a possibilidade do desafogamento de processos no Poder Judiciário. No modelo atual, os processos se acumulam e grande parte deles, poderia ser resolvida por meios alternativos, muito mais eficientes para os agentes. A partir de então, o Juiz ficaria restrito à questões que realmente tivesse de ter um apreço diferenciado e mais elaborado em termos técnicos-jurídicos. Haveria, nesse cenário, uma humanização do procedimento penal, e uma resposta mais ágil e eficaz da tutela jurisdicional do Estado.

Em 2014, foi publicado pelo Conselho Nacional de Justiça o último censo do Poder Judiciário que trouxe dados estatísticos sobre o cenário alarmante da Justiça brasileira. O alerta é principalmente sobre a crescente judicialização que de certa forma torna lenta a Tutela Jurisdicional do Estado, quando não a compromete em sua efetividade.

Quando a ONU definiu os princípios norteadores restaurativos, foi com o fito de não apenas disponibilizar um meio alternativo de solução de conflitos, como já mencionado, mas também com o desígnio de que as questões de relacionamento humano sejam abarcadas nos resultados restaurativos. Esta condição, aliás, evidencia que um programa restaurativo diverge do processo penal padrão, sustentado por um sistema de justiça retributiva, pois não visa apenas resolver o processo, convergindo com a proposta do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que desenha as políticas judiciárias, de modo a cumprir sua missão precípua de contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da sociedade, no entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, em 2017.

É um equívoco crer, portanto, que os programas restaurativos pretendem a abolição plena do Direito Penal, pois como resultado restaurativo é plenamente possível aplicar um sancionamento¹⁸², na verdade, é uma forma eficaz de fazer com que o infrator recepcione a pena de forma mais compreensiva.

É claro que o resultado positivo do processo restaurativo ocorre, principalmente, pela ação da equipe restauradora, liderado por um interventor, também denominado de facilitador, que é a pessoa devidamente capacitada para tal situação. O facilitador deve ter a sensibilidade de perceber e aproveitar o interesse das partes em participar do procedimento.

Após estabelecer a metodologia (regras prévias), e buscar essa compreensão dos envolvidos, é que o facilitador vai conduzir o trabalho. Em outras palavras, restam cristalinas para todos os envolvidos, as regras, limites e atitudes, podendo, por óbvio adotarem-se metodologias diferentes nos procedimentos, para atender as especificidades de cada caso concreto.

O maior desafio da Justiça sempre foi solucionar os conflitos pessoais dos litigantes, e esse saldo é a maior fragilidade do sistema processual atual. Para tanto, as disposições constitucionais são plenamente contempladas nos procedimentos restaurativos.

Com o desenvolvimento restaurativos, as partes podem usufruir de seus respectivos direitos do contraditório e da ampla defesa, da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e, inclusive, do "devido processo legal", já que há um regramento metodológico previamente apreciado e aprovado pelas partes, que deverá ser respeitado na condução do procedimento.

Numa singela análise ao Preâmbulo da nossa Constituição, não é difícil de compreender seu escopo como garantidor de direitos mínimos necessários para externar aquilo que a Justiça Restaurativa dispõe, pois quando se apresenta que para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução

¹⁸² EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian. **Mediación penal: de La práctica a la teoría**. 1ª ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2005. 29p.

pacífica das controvérsias [...] sob a proteção de Deus, é que se promulga a Constituição da República Federativa do Brasil, com um perfil nitidamente humanista em seu conteúdo¹⁸³.

É cediço, portanto, que para a implantação de uma política restaurativa no sistema processual brasileiro, é necessário que o Estado e o Poder Judiciário invistam nessa alternativa, como aliás, alguns Tribunais de Justiça de alguns entes federativos já estão fazendo, conforme demonstrado.

3.5 A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS COERENTES E INTELIGENTES

A implementação de políticas públicas adequadas, viabilizadora não só da tutela jurisdicional do Estado, como também estimuladora da criação de meios alternativos de soluções de controvérsias (principalmente os que contemplem a condição humana em seus procedimentos), encontra guarida Constitucional, antes de tudo.

Implementar uma política pública dessa natureza, é a possibilidade de contribuir para tal resultado, pois as políticas públicas, como categoria jurídica, se apresentam como uma forma de garantir aos cidadãos o exercício dos direitos humanos de primeira geração, que quando é perceptível tal garantia, de que os mesmos não serão desrespeitados, é mais fácil que haja uma melhor compreensão do resultado por parte dos litigantes¹⁸⁴.

Segundo Viana¹⁸⁵ (1999), justificando a teoria de Habermas, entende que é necessário a ampliação das funções da Justiça, considerando que seus resultados contribuem para a construção do Estado harmônico e garantidor de direitos individuais e coletivos. As Cortes Constitucionais, no nosso caso Supremo Tribunal Federal, têm a função de zelar pelo respeito dos procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade pública, a partir da própria cidadania.

¹⁸³ SANTOS, Robson Fernando. **Justiça restaurativa: um modelo de solução penal mais humano**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, p. 119. 2011. 32p.

¹⁸⁴ BUCCI, Maria Paula Dalari. O conceito de política pública em direito. In. BUCCI, Maria Paula Dalari (Org.). **Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. 03p.

¹⁸⁵ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 15-54p.

Segue ainda o autor defendendo, sob a ótica de Antoine Garapon, que o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos individuais e coletivos, pois agrega do tecido social a garantia da cidadania, chegando ao ponto de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, pois dota os magistrados e os membros do Ministério Público, como os garantidores dos anseios pleiteados. Isso, aliás, fornece uma expressiva valorização do Poder Judiciário, fazendo com que esse Poder e suas instituições passem a ser percebidos como a salvaguarda confiável das expectativas por igualdade e a se comportar de modo substitutivo ao Estado, aos partidos políticos, à família, à religião, que não seriam capazes de continuar cumprindo as suas funções de solidarização social.

Na prática, por mais que o Poder Judiciário desfrute de tamanha credibilidade, se vê por parte da sociedade, a percepção inversa, não só pela irrefutável morosidade e muitas vezes pela falta de capacidade técnica em julgar determinados temas¹⁸⁶, mas principalmente porque no modelo de justiça retributiva atual, a resposta jurisdicional atinge apenas o processo e não as partes, ou seja, a humanização fica sempre comprometida pelo conflito.

É sem dúvida necessário criar meios mais eficazes para que a resposta da Justiça estenda a resolução da lide de forma macro, não só na aplicação de um direito, mas também na compreensão deste resultado para as partes que nem sempre saem satisfeitas de uma demanda judicial.

É manifesto que para cada área processual haja um anseio diferente entre as partes, contudo, há uma peculiaridade evidenciada entre os processos cíveis, trabalhistas, tributários etc. Nesses, a parte vencida alimenta um sentimento de injustiça de que não logrou êxito em sua lide por ineficiência ou até por um sentimento de parcialidade do julgador. Contudo, na esfera do processo penal, o sentimento é potencializado com um sentimento de vingança, que alimenta o ódio e a hostilidade entre as partes.

A vingança, o ódio e a hostilidade são alimentos, muitas vezes, para que o Poder Judiciário não dê a resposta adequada ao processo e sirva de instrumento desse perigoso combustível que fomenta ainda mais um senso comum, motivador do debate em prol da implantação de políticas públicas equivocadas, como se evidencia

¹⁸⁶ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the supreme court at the bar of politics.** 2nd Edition. Yale University Press, New Haven e London, 1986. 121p.

atualmente nas tentativas de redução da maioria penal e revogação do estatuto do desarmamento, por exemplo.

Sem dúvida, é uma alteração de paradigmas "além do Estado". Dito de outra forma, além da Administração Pública, enfocando as questões do particular, principalmente por meio das entidades sociais, assim como instituições voltadas à inclusão dos cidadãos no processo de formulação, implementação e controle de políticas públicas¹⁸⁷, pois dessa forma, é possível de se atingir a paz social necessária para a relação humana, que na esfera judicial, muitas vezes não se atinge.

Essas instituições voltadas a inclusão do cidadão, no entender de Cavalcante¹⁸⁸, tem como funções primordiais reduzir as incertezas individuais, introduzir regularidade e estabelecimento. Servem de guia para as interações humanas, propagam informações, determinam as estruturas de incentivos e ajudam as pessoas a decodificar o contexto social em que estão inseridas, tornando-as aptas para fazer suas escolhas e tomar suas decisões.

Na medida em que os Programas Restaurativos tornam as partes mais protagonistas dentro do processo, se apresenta como um desses estabelecimentos defendidos pelo autor, pois permite e incentiva as partes a serem ativos no processo, e o resultado só é atingido por colaboração e aceitação mútua. Portanto, para tamanha modificação de paradigma, é necessário que haja o incentivo na busca de métodos alternativos de controvérsias.

Alternativas possíveis promovidas pelo Poder Judiciário já existem, pois, como disposto pelo Conselho Nacional de Justiça, desde 29 de novembro 2010, está em vigor a Resolução do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, instituindo os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Trata-se da Resolução nº 125, do CNJ.

Segundo a Resolução, este Núcleo, composto por magistrados e servidores, tem como atribuições desenvolver, planejar, implementar, manter e aperfeiçoar ações voltadas ao cumprimento da política judiciária dos conflitos de interesse, entre outros.

¹⁸⁷ SANTOS, Robson Fernando. **Justiça restaurativa: um modelo de solução penal mais humano**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, p. 119. 2011. 103p.

¹⁸⁸ CAVALCANTE, Pedro. Descentralização de políticas públicas sob a ótica neoconstitucional: uma revisão de literatura. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro 45(6): 1781-1804, nov./dez. 2011.

Ou seja, é perfeitamente possível com tal objetivo, que esta estrutura desenvolva programas restaurativos.

A vantagem de aproveitar essa estrutura se dá por fatores como o interesse do Poder Judiciário em criar meios para solucionar o conflito entre as partes, mas também pela já notória estruturação e capilaridade que já se usufrui com a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, pois segundo o CNJ, já ao final de 2014 a Justiça Estadual contava com 58 núcleos permanentes instalados, com pelo menos 01 (um) Núcleo em cada Tribunal da Justiça Estadual (com exceção do TJPE e do TJAC que não possuem tal estrutura, e do TJCE e TJDF que dispõem de três e dois núcleos, respectivamente).

Diante desse cenário, há a constatação pelo Conselho Nacional de Justiça, exposto pela edição do relatório da Justiça em Números - 2015, que demonstra ser necessário a implantação de uma política pública capaz de encontrar outras alternativas para frear o fenômeno da judicialização no Brasil, e que a Resolução CNJ 125/2010, já vem colhendo bons frutos:

O aumento contínuo de casos novos é um desafio que deve buscar soluções alternativas, tais como os empreendimentos de conciliação e mediação. A **Resolução CNJ 125/2010, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário**, representa iniciativa em busca de uma justiça com o protagonismo das partes, constituindo uma política de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos. A criação de Núcleos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) constitui uma alternativa capaz de solucionar conflitos antes mesmo da instauração do processo, além de ser uma política consonante com as orientações do Novo Código de Processo Civil. Os 58 Núcleos e os 362 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em atividade nos tribunais brasileiros já evidenciam o poder da conciliação como mecanismo profícuo de autocomposição dos conflitos e de pacificação social por meio de conciliação e da mediação. (grifo no texto).

Diante da necessidade do interesse por parte do Estado em buscar meios capazes de mudar a política judiciária brasileira é importante compreender o conceito de políticas públicas, pois estas são o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, "colocar o governo em ação" e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os

governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real¹⁸⁹.

A mudança que se espera, não é só a de humanizar o processo, mas também de mudar o atual cenário da judicialização brasileira demonstrado pelo censo do Conselho Nacional de Justiça. Tramitam no Brasil 80,1 milhões de processos judiciais, usando como parâmetro o mês de dezembro de 2017. Diante desses números, se conclui, segundo o CNJ uma redução nos processos pendentes em fase de conhecimento, identificando queda de 1,4 milhão de processos (3,7%). Em 2017, registrou-se que foi ingressado com 29,1 milhões processos e foram julgados 31 milhões, porém sem haver redução do estoque processual, por motivos internos das unidades judiciais, decorrentes das mudanças de classe, assim como quando o processo, no mesmo ano, é iniciado em instâncias e fases distintas, havendo para a mesma lide uma duplicidade de registro.

O aumento dos processos no Brasil, é fruto, como defende Taylor¹⁹⁰, do grau com que o Judiciário é invocado para servir como árbitro nos conflitos entre as forças (individuais ou coletivas) ou instituições políticas para solucionar assuntos dos mais variados interesses, de direito público ou privado.

Não obstante, é esperado que num universo de muitas demandas judiciais, acabem chegando à tutela Jurisdicional do Estado, não só na esfera penal, assuntos complexos, que realmente precisam de uma atenção maior da justiça brasileira, mas também acabam tomando espaço ações de pequenas monta ou até mesmo revestidas de insignificância, e são esses os processos, que num primeiro momento podem e devem ser processados por meios de programas restaurativos, o que por si só, já será de grande auxílio para desafogar o Poder Judiciário.

Nesse sentido, Peixoto¹⁹¹ avalia que a justiça restaurativa pode, também, em um curto prazo tornar-se uma política pública preventiva eficaz em crimes de menor potencial ofensivo, até porque, segundo a Autora, estes “crimes” não precisariam da aprovação de lei específica para utilização das práticas restaurativas.

¹⁸⁹ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, no. 16, jun/dez 2006. 26p.

¹⁹⁰ TAYLOR, Matthew M. Taylor. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**, Dados vol.50 no.2, Rio de Janeiro, 2007. 231p.

¹⁹¹ PEIXOTO. Geovane de Mori. **A Justiça Restaurativa como política pública alternativa ao sistema penal: possibilidade e viabilidade**. 2009. 128 p. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) - Universidade Católica de Salvador, Salvador. 2009. 119p.

É notório, contudo, que a recomendação da implantação de uma estrutura voltada para a resolução de conflitos fora da esfera judicial, e que contemple as condições pessoais das partes, é fruto da necessária implantação de uma política pública, pois essa nova prática inova nas atividades do Poder Judiciário, e torna seus resultados mais eficazes aos anseios da sociedade.

A resolução de conflitos é norte a ser atingido com uma demanda judicial, ou seja, o Estado deve não só resolver a causa nos termos da lei, mas também, buscar resolver o prélio entre as partes. A justiça restaurativa, é a circunstância de, através dela, se promove o encontro entre a vítima e o agente autor, em busca de uma solução real para o conflito inteiro. Acontece, que na aplicação do atual modelo da Justiça Retributiva, sustentada por um processo penal que não atende aos interesses de todos os envolvidos, como já debatido.

Quando, se está inserido num contexto no qual a vítima não tem a atenção que mereceria, e, tão pouco tem as questões sociais e individuais do acusado, também não serão referenciadas para a aplicação da norma penal, tornando-se, assim, uma penalização vazia de todo conteúdo humanitário. É preciso, então, buscar-se outras alternativas.

Para Monte¹⁹², a solução será melhor efetivada quando se utiliza do critério da dignidade penal e da necessidade da pena, ou seja, seu entendimento é de que não basta que uma conduta tenha dignidade penal, se não há justificativa plausível para a aplicação da pena. E, nesse contexto, o ideal é tratar a situação de forma diferenciada, ficando a aplicação da pena exclusivamente para as questões mais relevantes e necessárias.

O caráter fragmentário do Direito Penal, demonstra que nem sempre a proteção aos bens jurídicos deve (ou pode) ser tratada de forma padrão para todas as situações, como ocorre no atual modelo da Justiça Retributiva e da previsão positivada por grande parte das leis vigentes.

Nesse contexto, destaca-se novamente as experiências importantes de programas de Justiça Restaurativa, que já demonstram sua efetividade e sua viabilidade, como meio alternativo de resolução de conflito.

¹⁹² MONTE, Mário Ferreira. **Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa.** BELEZA, Teresa Pizarro, CAEIRO, Pedro e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (org.) Multiculturalismo e direito penal. 1ª Ed. Coimbra: Editora Almeida, 2014. 125p.

3.6 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM QUALQUER TIPO PENAL

O modelo restaurativo tem eficácia nos crimes patrimoniais, e nessa seara, para resolução dos crimes econômicos, considerando-se que estes são essencialmente patrimoniais. Desde os primórdios do Direito Penal havia prevalência de uma solução privada, em que as partes buscavam não só a solução dos conflitos, mas principalmente a reparação dos danos causados.

A necessidade de restituir a vítima, inclusive economicamente, remonta há séculos. Segundo Carlucci¹⁹³, desde o Código de Hamurabi já previa a reparação para alguns crimes cometidos contra a propriedade, a Lei das XII Tábulas previa o *quantum* que o ladrão devia restituir. E, no ano 600, o Rei Kent Ethelbert, na Inglaterra, também desenvolveu um sistema para valorar a restituição do dano.

No Direito rudimentar, que regulava as relações sociais naturais, especialmente às originadas nos âmbitos familiares e/ou nos clãs que passam a ser formados, era aplicado quando alguma regra religiosa era desrespeitada. Contudo, a resposta era eminentemente aplicada com forma de vingança, mas dentro de um certo grau de proporcionalidade ao dano produzido. Como já disposto, as penas, dentro desse caráter vingativo, eram aplicadas na forma de suplício, ressaltando que pelo princípio de Talião, a mutilação e a morte eram meios comuns de aplicar o castigo àqueles desrespeitadores das regras, com o passar dos tempos, esta forma de punir fora substituída pela prisão, como uma maneira de humanizar a retribuição penal¹⁹⁴.

Historicamente, numa relação privada criminal, com o escopo de resolver os danos causados aos bens tutelados, havia uma maior autonomia as vítimas, pois são àqueles protegidos jurídicos, afastando a punição estatal e dando maior relevância às ações particulares dos ofendidos para atuar em seu próprio nome pleiteando a forma mais adequada de sanar o(s) prejuízo(s) ocasionados.

¹⁹³ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. **Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. 117p.

¹⁹⁴ POMA, Juan Hurtado. **Los acuerdos reparatorios la justicia restaurativa em el nuevo proceso penal**. Teoría y práctica. Grijley, 2011. 33p.

Poma¹⁹⁵, descreve a gênese dos meios reparatórios que as civilizações antigas lançavam mão para aplicar as regras. Em Roma, uma boa parte do Direito Penal pertencia ao direito privado, nomeadamente, nos crimes patrimoniais como o roubo e o furto.

No Brasil, todos os modelos implantados são frutos da definição dos princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal¹⁹⁶, e por apoio ainda do Ministério da Justiça e do PNUD.

Em 2005, iniciou-se com mais credibilidade, a atividade da justiça restaurativa, no Rio Grande do Sul, na cidade de Porto Alegre. O referido experimento vem sendo desenvolvido desde o ano de 2000, junto aos processos de execução das medidas sócio educativas, junto a 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e Juventude, e tem trazido para os círculos restaurativos tipos penais complexos, não apenas aqueles de menor potencial ofensivo, o que demonstra a possibilidade de a Justiça Restaurativa estender seus tentáculos conciliatórios por delitos de qualquer natureza.

Destaca-se ainda que no final de 2004, institucionalizou-se o Núcleo de Estudos em Justiça Restaurativa na Escola Superior da Magistratura, que elegeu estratégias em 04 áreas: I – justiça restaurativa nos processos judiciais; II - justiça restaurativa nos atendimentos sócios educativos; III justiça restaurativa na educação; e IV justiça restaurativa na comunidade.

Foi inevitável, portanto, que a justiça restaurativa no Rio Grande do Sul, tomasse proporções de chamar atenção, até porque a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS organizou um projeto macro, que engloba a justiça restaurativa, denominado Projeto Justiça Para o Século 21, e por meio deste, vem, desenvolvendo desde 2005, um conjunto de iniciativa, tendo por base princípios, valores e alternativas metodológicas de justiça restaurativa, voltado, inclusive, à formação de agentes com o fito de difundir os conceitos e implementar o modelo restaurador junto as demais instituições da sociedade.

A título exemplificativo, colaciona-se os dados disponíveis. Em dois anos (de 2005 a 2007), os resultados foram visíveis, o que demonstrou que o trabalho, desde

¹⁹⁵ POMA, Juan Hurtado. **Los acuerdos reparatórios la justicia restaurativa em el nuevo processo penal**. Teoría y práctica. Grijley, 2011. 39-40p.

¹⁹⁶ Definido pelo Conselho Econômico e Social da ONU.

sua implantação, já rendia frutos positivos, não só junto ao Judiciário, mas também, junto a sociedade, vejamos:

Tabela 1 – Procedimentos e número de participantes

Tipo de Ação	Número de Participantes
Procedimentos restaurativos realizados em processos judiciais.	2.583
Procedimentos restaurativos realizados na execução das medidas socioeducativas.	722
Procedimentos restaurativos realizados nas escolas.	104
Mobilização institucional, social e comunitária e formação de recursos humanos.	5.906

Fonte: Sistematização pelo NUPEDH – Núcleo de Pesquisas e Estudos em Direitos Humanos.

Outra estrutura que contribuiu também para o êxito da justiça restaurativa foi o controle das atividades restaurativas, e para isso, a criação do CPR – Central de Práticas Restaurativas, vem auxiliando, também, no acompanhamento dos índices da justiça restaurativa, que demonstram o quão a cultura restaurativa vem sendo incorporada pelo próprio judiciário:

Tabela 2 – Encaminhamentos

Origem dos encaminhamentos	2005	2006	2007
1ª Vara do Juizado da Infância e Juventude	1%	2%	1%
2ª Vara do JIJ	0	2%	0
3ª Vara do JIJ	82%	17%	16%
Projeto Justiça Instantânea	3%	75%	81%
MP	0	3%	1%
Sem informação	14%	1%	1%

Fonte: NUPEDH das planilhas de registro de procedimentos restaurativos da CPR no período de 2005 a 2007.

Mais importante é a tabela a seguir, que demonstra a amplitude e a preocupação da justiça restaurativa quando apresenta a gama de atos infracionais, que a

justiça restaurativa visa/visou revolver, demonstrando que, desde sua implantação, é possível, naquele caso concreto, a amplitude de sua atuação. Vejamos:

Tabela 3 – Justiça Restaurativa em qualquer tipo penal

Atos Infracionais	2005		2006		2007	
	nº	%	nº	%	nº	%
Ameaça	4	4,0	6	4,5	14	
Apropriação indébita	-	-	-	-	2	1,4
Atentado violento ao pudor	2	2,0	5	3,8	1	0,7
Condução de veículo sem habilitação	3	3,0	-	-	2	1,4
Corrupção infanto juvenil	1	1,0	-	-	-	-
Crime ambiental (pichação)	-	-	2	1,5	3	2,0
Dano	9	9,0	5	3,8	7	4,7
Desacato	1	1,0	3	2,3	-	-
Extorsão	1	1,0	-	-	-	-
Estupro	1	1,0	-	-	-	-
Furto	-	-	6	4,5	10	6,8
Furto qualificado	19	19,0	-	-	-	-
Furto qualificado tentado	11	11,0	-	-	-	-
Homicídio	2	2,0	6	4,5	3	2,0
Homicídio tentado	-	-	2	1,5	3	2,0
Importunação ofensiva ao pudor	2	2,0	-	-	-	-
Incêndio	1	1,0	-	-	-	-
Indução ao suicídio	1	1,0	-	-	-	-
Injúria	-	-	1	0,8	2	1,4
Latrocínio	1	1,0	3	2,3	2	1,4
Latrocínio tentado	1	1,0	1	0,8	-	-

Lesão Corporal	-	-	61	46,2	81	54,7
Perturbação da tranquilidade	-	-	3	2,3	1	0,7
Perturbação no trabalho	1	1,0	-	-	-	-
Porte ilegal de arma	2	2,0	1	0,8	-	-
Roubo	-	-	18	13,6	13	8,7
Roubo qualificado	26	26,0	-	-	1	0,7
Roubo qualificado tentado	7	7,0	-	-	-	-
Sem informação	3	3,0	3	2,3	1	0,7
Vias de fato	-	-	6	4,5	2	1,4
Violação de domicílio	1	1,0	-	-	-	-
Total	100	100	132	100	148	100

Fonte: NUPEDH, no período de 2005 a 2007.

A amplitude da atividade da justiça restaurativa, demonstra a evolução dos procedimentos e que como é possível aplicá-la a qualquer tipo de delito. O atendimento é dividido em três fases bem distintas: a) o pré círculo, b) o círculo; e, c) o pós círculo.

A primeira da fase, na prática, tem o escopo de apresentar o programa as partes (vítima e infrator), e demonstrar a elas a finalidade e as vantagens da justiça restaurativa. Após, com o consenso, das mesmas, dar-se início ao segundo momento.

Na fase do círculo, que inicia com uma previsão de término¹⁹⁷, até para que se possa acompanhar a evolução e a eficácia do procedimento, é a fase do enfrentamento, ou seja, é onde vítima e ofensor são unidos, num mesmo ambiente,

¹⁹⁷ O decurso do tempo entre o desencadeamento da primeira etapa do procedimento restaurativo até seu devido encerramento é uma variável importante nas pesquisas que avaliam a efetividade de programas de Justiça Restaurativa. O monitoramento da atuação da CPR indica uma evolução positiva na redução progressiva desse período, que, no ano de 2007, *não excedeu o prazo de três meses* entre o início (distribuição para a equipe) e término do procedimento (pós-círculo com relatório juntado nos autos do processo). No primeiro ano de funcionamento do projeto (2005), esse prazo revelou-se pouco homogêneo, mas tendia a uma alta dilação no tempo, tendo os prazos sido reduzidos no ano de 2006. Pode-se afirmar que, em 2007, assegurou-se uma dinâmica de funcionamento dos procedimentos restaurativos no âmbito dos processos judiciais com um equacionamento célere, o que denota o percurso evolutivo percorrido em direção à institucionalização desses processos no sistema de justiça da infância e juventude. (A introdução das práticas de Justiça Restaurativa no Sistema de Justiça e nas políticas da infância e juventude em Porto Alegre: notas de um estudo longitudinal no monitoramento e avaliação do Projeto Justiça para o Século 21).

mediado por um facilitador habilitado, para juntos construírem o método restaurativo, entabulando os acordos e resolvendo o conflito existente¹⁹⁸.

Na última fase, o pós círculo se evidencia com o acompanhamento do cumprimento do acordo, assim como na elaboração de uma pesquisa que permite avaliar os índices de reincidência.

Desse modo, a justiça restaurativa se demonstra, efetivamente, como meio hábil de controle da criminalidade e da violência, e que permite ainda, compreender quando o caso deve ser trazido para uma solução restaurativa ou quando deve ser apreciado pelo Estado, na forma padrão, o que contribui, inclusive, para uma agilidade da atividade judicante, outro ponto positivamente afetado pelo modelo restaurativo.

Pelos resultados apresentados nas tabelas supra, é diáfano a possibilidade dos crimes de maior complexidade e cujos bens tutelados tenham valores mais expressivos, assim como aqueles que atingem sujeitos passivos também de personalidade jurídica diversa, como o Poder Público, por exemplo, os crimes que afetam o erário público.

¹⁹⁸ Quanto ao teor, os dados apontam que os acordos têm buscado dar concretude aos princípios e referenciais da Justiça Restaurativa, evidenciando principalmente as seguintes tendências:

- Auto-responsabilização dos adolescentes com pedidos de desculpas;
- Responsabilização e envolvimento dos pais e familiares na reparação dos danos;
- Fortalecimento de vínculos afetivos e familiares dos adolescentes;
- Responsabilização e envolvimento de outros significativos para os adolescentes e de representantes da comunidade na reparação dos danos;
- (Re)estabelecimento de relações sociais saudáveis, sem violência para adolescentes, vítimas e comunidade;
- Atendimento das necessidades de reconhecimento e compreensão demonstradas pelos adolescentes, vítimas e familiares no momento do círculo;
- Envolvimento e participação dos atores que compõem a rede socioassistencial, através de encaminhamentos de adolescentes, vítimas e familiares aos serviços disponíveis. (AGUINSKY, 2006).

4 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Conforme já expresso, sob a égide do Estado Democrático de Direito, o Estado, por meio de suas Instituições estabelecidas na Constituição Federal, exerce a persecução penal e o seu *jus puniendi*, com o escopo de manter a ordem social combatendo a criminalidade. Acontece, que alguns tipos penais estão se tornando frequentes e são fruto de uma arquitetura ilícita bastante desenvolvida, afetando bens jurídicos patrimoniais tutelados mais expressivos, como o erário público, por exemplo.

Via de regra, a junção da atuação dos três Poderes do Estado constitui, quase como se fosse, uma “união de esforços” para combater a criminalidade e a violência. Nesse contexto, pelos ditames estabelecidos pelo princípio da legalidade, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão virtude de lei. Aliás, é o apoio do povo que confere poder às instituições de um país, e esse apoio não é mais do que a continuação do consentimento que trouxe as leis à existência. Todas as instituições políticas, e, portanto, todas as que compõe o Estado, são manifestações e materializações do poder; e elas se petrificam e decaem tão logo haja ou não o poder vivo do povo de sustentá-las¹⁹⁹.

O Estado ao definir os embargues da lei, principalmente nos limites do garantismo constitucional, evidencia o escopo do mesmo nesse desafio, qual seja,

O estabelecimento e o desenvolvimento da vida em sociedade geram a necessidade de criação de mecanismos assegurados de sobrevivência da própria sociedade. Entre os mecanismos referidos, encontra-se a ideia de tutela de direitos. A sua origem pode estar fundada na concepção individual do justo, entrelaçada aos princípios sociais e religiosos formados durante o desenvolvimento da sociedade primitiva. Através do direito, se busca, inexoravelmente, estabelecer uma maneira para administrar os conflitos nascidos no âmbito da comunidade, assim como criar uma direção de conduta aplicável a todos os integrantes do grupo social²⁰⁰.

A regra penal nessa conjuntura inaugura a norma repressora dispondo que não há ilícito e nem sanção, sem uma lei anterior que os defina, ou seja, o delito se combate com punição, e essa é a regra para a garantia do controle social. Acontece que

¹⁹⁹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 31 a 38.

²⁰⁰ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 13p.

essa lógica simplista, nem sempre atinge o escopo necessário e o castigo acaba nutrindo ainda mais a violência e o desequilíbrio social.

O Direito Penal surge, e esta vem sendo a lógica de sua aplicabilidade, não apenas como uma forma de impor limites à atuação do Estado, na verdade, o que se percebe é que muitas vezes não se desprende daquela lógica de que cabe ao Direito Penal, como se fosse essa a *prima ratio*, de que é função única da norma repressora tutelar um fundo ético do ordenamento jurídico²⁰¹, de caráter limitado ou fragmentado, visando a tutela de algo.

Lógico que esse é o escopo do Direito Penal, mas não só, pois se assim o fosse, questões de diferentes ordens ético sociais deveriam ser previstas de diferente forma de tipicidades, ou não, haja vista a proteção de bens jurídicos que visa desvalorar o resultado conforme a adequação social do dano, ou seja, algumas práticas, atendendo um caráter cultural, podem ser aceitas ou não.

No crime de infanticídio, por exemplo, se o caráter ético social for um dos critérios a ser considerado, como aceitar que algumas tribos indígenas ainda praticam tal conduta? Assim como, noutro exemplo, a possibilidade da lei prever o uso de substância entorpecente em alguns rituais religiosos, onde sequer tal prática configura algum ilícito, pois para tal finalidade, a Norma Repressora, permite a venda e o consumo de drogas²⁰².

Há ainda o fato de que em razão de questões ético-sociais, alguns tipos penais deixam de existir, como ocorreu com o tipo penal do adultério e muitos outros passam a existir, dispostos inclusive sob a égide econômica e muitas vezes frutos de um precário modelo político e econômico do Estado, que utiliza, o Direito Penal visando maximizar um controle social equivocado²⁰³, especialmente diante do descontentamento popular.

²⁰¹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 118p.

²⁰² Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso. (Lei nº 11.343/06).

²⁰³ CERQUEIRA, Átilio Antonio. **Direito penal garantia & nova criminalidade**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006. 72p.

No entanto, pela ciência que representa o Direito Penal, sua aplicabilidade deve-se limitar sempre pelos parâmetros constitucionais e respeitando tal regra, haja vista que é a Constituição que a orienta, de modo primordial, por meio dos seus princípios, regras e valores, direta e indiretamente, tanto os objetivos do Direito Penal como seus principais limites, como expõe Zaffaroni²⁰⁴.

Ferrajoli²⁰⁵ defende tais limites, chamando atenção, para o “custo social das penas, e, de um modo geral, dos meios de prevenção dos delitos, que podem ser superiores ao próprio custo das violências que estas têm como finalidade prevenir”. Ou seja, muitas vezes, o endurecimento da norma repressora e a capacidade maior do Estado de punir, nem sempre resulta na erradicação da violência e da criminalidade, muitas vezes, há o inverso, e, portanto, o que se percebe é que tal arbitrariedade também gera ameaças à liberdade e à segurança.

Nem sempre, contudo, aplicar uma pena mais severa legitima o Estado na busca de meios mais rigorosos de combater ao crime, pois tal ação despótica resulta em controles arbitrários e invasivos dos meios de persecução penal.

Em matéria de crimes transnacionais e econômicos, não se pode olvidar também, que havendo injustiças cometidas pelo excesso de repressão, gera, inclusive, um desequilíbrio social e econômico, pois não se pode admitir que a atuação do Estado/Juiz, para garantir o sancionamento severo, comprometa questões relacionadas à ordem econômica, como por exemplo, em prol da efetividade da aplicação da Lei de Lavagem de Dinheiro, ao aplicar as medidas assecuratórias, comprometa toda atividade produtiva de uma atividade empresarial.

Em matéria penal, assim sendo, os limites do sistema penal é condição a ser considerada, caso contrário, permitirá o Estado a tornar-se autoritário, e se assim o for, não só coloca em risco o Estado Democrático de Direito, como também pode desenvolver um autoritarismo temerário e excessivo.

O mote da persecução penal, ou seja, o modelo normal, propende aquilo que Baudrillard (2014) também chama de terror, que é a nossa violência, que infelizmente, o

²⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, 2011. 39p.

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**; prefácio da 1 ed. italiana Norberto Bobbio. 3ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 319-320p.

mesmo autor ainda critica pois é amplamente divulgada e difundida pela mídia, tornando, perigoso frequentar e estar em locais públicos. Exemplificando, o Autor refere que "onde opera a televisão, haja vista a forte probabilidade de se produzir um acontecimento violento, induzido por sua própria presença", justamente porque é disso que sobrevive a violência semeada pelo terrorismo, pois este se aproveita da ociosidade e da indiferença do espectador de alguns canais de televisão.

Esse exemplo retrata um dos maiores complicadores do sistema penal, o senso comum, pois este apenas se apega às frivolidades expostas na mídia, e, diante de tamanho descontrole, muitas vezes a atuação do Estado também ocorre por ações desmedidas e desnecessárias.

O que se percebe, contudo, é de que o Estado age conforme a gravidade da agressão, pois se espera que o *jus puniendi*, aja não apenas para aplicar os limites legais estabelecidos pelas regras penais. Há situações, que se deve agir, e a punição também atender um anseio social, que muitas vezes é equivocada, contribuindo para que um instrumento de justiça se transforme num instrumento de vingança, e este não é o desígnio da Ciência Penal, sob pena de legitimar um Estado de exceção.

A violência decorre, portanto, de uma certa apatia, de um vazio político, praticamente implosivo, que pela sua indiferença permite que o exercício do poder do Estado seja desenvolvido e aplicado de forma desproporcional, em uma grande parcela da competência estatal. Esse fato, gera, por vezes, verdadeiras barbáries, pois desestabiliza, por uma ação do próprio Estado, aquilo que deveria ser difusor de tranquilidade, pois este silêncio histórico, abre espaço para o sentimento de impunidade.

Decorrente do exercício natural do Poder, ou da sua imposição como forma de controle e garantia da paz social, surge, mesmo que subjetivamente e/ou infundadamente, o conflito entre o bem e o mal. Em outras palavras, o mal se lançando sobre o bem, que na verdade é um valor ideal, sempre concebido de modo protecionista, miserável, negativo e racional. O objetivo estatal, portanto, e muitas vezes a qualquer preço, (o que, via de regra, sempre custa muito caro), é a minimização do mal, a profilaxia da violência e da segurança.

Muito dessa ação humana do mal, espelha a forma com a qual o Estado reconhece, ampara e responde a seus membros, ou, neste caso, como o Estado tutela a denominada ordem estabelecida, impondo punições. Pela forma como os castigos são

aplicados, representam, muitas vezes, uma violência tão expressiva quanto a praticada pelo indivíduo que recebe a sanção prevista em lei. O reflexo disso, aliás, já é perceptível pela “falência” do sistema prisional, que aliás, permitiu o surgimento de facções criminosas, por exemplo.

Aplicar a lei, e, portanto, castigar o desvio de alguém, é um ato institucional. De certa forma, a necessidade de aplicar um castigo, não deixa de ser uma vontade do povo, que na atual conjuntura é temerário, diante do predomínio do senso comum. O castigo, aplicado como retribuição de um mal causado, não passa realmente de um disparate, principalmente porque, o mero acoimo, na seara dos crimes econômicos, tem a potencialidade de desequilibrar a ordem econômica, quando uma atividade empresarial ativa é comprometida com os rigores da persecução penal. Nesse contexto, a lei repressora tem efeito incompleto, pois apenas garante o sancionamento, enquanto que a reparação dos danos causados muitas vezes se frustram justamente porque a capacidade econômica do(s) acusado(s), extremamente comprometida com a persecução penal, não permite tal restituição.

Na verdade, seria muito mais produtora que o Direito Penal além da punição legalmente prevista, também tenha lugar ao ressarcimento do dano, como alternativa à pena de liberdade, que “se bem limitada a determinados tipos de ilícito”, conforme defende Moccia²⁰⁶:

Este pressupõe, porém, uma sorte de não fácil releitura, tanto da ideia do ressarcimento do dano que o eleve a instrumento clássico de controle social como de uma conseqüente reconsideração de adequação dos próprios fins da justiça penal.

É esta uma operação difícil de realizar em pouco tempo, porque implica uma transformação radical dos modos atuais de funcionamento da justiça penal. De fato, como tem sido sustentado, a justiça penal representa essencialmente um sistema dirigido a decepcionar os interesses do sujeito do sujeito passivo, tanto que desde do posto de vista político-social seria razoável, respeito à busca de uma solução para o conflito suscitado pelo delito, começar pela indenização da vítima e só depois considera se resulta indispensável alguma outra coisa. (Tradução nossa)²⁰⁷.

²⁰⁶ MOCCIA, Sergio. **Aporías normativas en matéria de control penal de la criminalidade económica: La experiencia italiana**. p. 159-175. *In* Crimen y Castigo. Cuaderno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho. UBA. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2001. 159 p.

²⁰⁷ Esto presupone, sin embargo, una suerte de no fácil relectura, tanto de la idea del resarcimiento del daño que lo eleve a instrumento clásico de control social como de una conseqüente reconsideración que adecue los propios fines de la justicia penal. Es ésta un operación difícil de realizar em poco tiempo, porque implica una transformación radical de los modos actuales de funcionamiento de la justicia penal. De hecho, como ha sostenido, la justicia penal representa esencialmente un sistema dirigido a desilusionar

É inegável, portanto, que para que o Estado possa garantir o devido controle social, ele precisa exercer o seu domínio, e, por conseguinte, impor o seu poder, exigindo, inclusive, que a sociedade assimile esse seu vigor. Nesse sentido, na lógica de Voltaire, o poder consiste em fazer, compulsoriamente, que todos ajam conforme as escolhas de quem manda, ou seja, a governabilidade é garantida por exigências, que consistem em legitimar ações mais duras possíveis visando a verdadeira batalha pela paz social.

O poder, como instituto de domínio, pode ser considerado como uma forma de violência, evidenciando uma forma extrema de poder, de todos contra um. Contudo, há ainda uma forma extrema de violência, que é um contra todos, sendo que essa só é possível por instrumentos. Da forma como se exemplifica, ilustrando o fato de haver um conflito da violência contra a violência, a superioridade do governo tem sido sempre absoluta; mas essa superioridade dura apenas enquanto a estrutura de poder do governo está intacta - isto é, enquanto os comandos são obedecidos e as forças do exército ou da polícia estão prontas a usar suas armas. Quando esse não é mais o caso, a situação muda abruptamente²⁰⁸.

Ocorrem, por vezes, em nome da legalidade, excessos que, falaciosamente expõem que a violência pode até ser justificável. No entanto, em hipótese alguma a violência será legítima.

Não obstante, nos crimes transnacionais, a violência é o maior mal a ser combatido, pois conforme a sua natureza expõe a sociedade à grandes riscos não domináveis (corrupção, organização criminosa, terrorismo, etc.), e são devastadores, aumentando o medo dos riscos na população, e, conseqüentemente, na necessidade de controle, fazendo com que a sociedade do risco defenda uma agravação dos meios repressivos²⁰⁹.

Não existe, portanto, estado ideal, dentro do atual contexto, seja político, social ou individual, pois há sempre a ameaça de forças contrárias, que inclusive explica

los intereses del sujeto pasivo, en tanto que desde el punto de vista político-social sería razonable, respecto de la búsqueda de una solución para el conflicto suscitado por el delito, comenzar por la indemnización de la víctima y sólo luego considerar si resulta indispensable alguna otra cosa.

²⁰⁸ BAUDRILLARD, Jean. **Ensaio sobre os fenômenos extremos**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 8 ed., Campinas: Papirus, 2004. 69p.

²⁰⁹ HASSEMER, Winfried. **Neurociência e culpabilidade em Direito Penal**. BUSATO, Paulo César. (organizador.) **Neurociência e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2014. 20p.

as traições, a versatilidade das massas na ordem política, as múltiplas mutações, metamorfoses, transformações numa carreira humana.

Nesse sentido, é relevante não olvidar Mafesoli²¹⁰, que entende que mesmo existindo diversas formas de violência, o importante é observar o aspecto estrutural, antropológico da violência, que neste último, poderá se perceber a dualidade do sentimento que caracteriza a violência.

É cediço que para muitos dos problemas enfrentados, a solução imediata que é dada à sociedade, é o Legislativo criar uma lei que ataque o problema. Contudo, a lei precisa tipificar a conduta, e quanto maior o castigo, melhor, ou seja, nessa condição apenas se atinge os efeitos, mas nunca a causa originária, que muitas vezes nem jurídica o é.

A persecução penal, portanto, vem sofrendo alterações relevantes com o escopo de atender as especificidades dos tipos penais, como ocorre desde 2006, quando a Lei nº 11.343, para combater o tráfico de drogas, permitiu a utilização de agentes infiltrados e a realização de ações controladas, especificamente previstas no artigo 53²¹¹ do referido ordenamento. Acontece destarte, que em tantos outros ordenamentos, muitas alterações são realizadas para redefinir a persecução penal e tornar o Estado cada vez mais opressor, como, aliás, ocorreu com a Lei nº 12.683/12²¹².

É perceptível, portanto, que os procedimentos jurídicos vêm se amoldando às necessidades do Estado, ou seja, quando se faz necessário uma atuação mais efetiva da resposta penal a lei flexibiliza ou cria instrumentos específicos para a investigação ou ainda para a aplicação da norma penal, desenvolvendo, inclusive, procedimentos

²¹⁰ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo: resumo da subversão pós-moderna**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2004. 63p.

²¹¹ Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes;

II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

²¹² A partir da vigência da Lei n. 12.683/12, verificado o crime de lavagem de dinheiro, cujos fatos atípicos houveram significativas ampliações, como consequência, além de criar instrumentos para salvaguardar as provas do crime, mas principalmente, define a Lei nº 9.613/98, como de “terceira geração”. REZENDE, Bruno Titz de. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. 18p.

específicos de regra formal, nesse sentido, fica evidente que o processo ordinário, nem sempre apresenta respostas eficazes ao resultado processual penal esperado.

No Brasil, desde 1998²¹³, a lavagem de dinheiro é tipificada como crime, disposta inicialmente num rol taxativo, mas que se caracterizava com a ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens provenientes do delito²¹⁴.

No entanto, o tipo penal é constituído por etapas, que podem ser expressas por três fases, a primeira, são os meios preparatórios, que, aliás, o dispositivo legal não as menciona, mas que são tão relevantes ao ilícito, principalmente porque evidenciam o elemento subjetivo. A terceira fase, por sua vez, é o exaurimento do crime, pois é o momento em que os ativos integram o patrimônio do agente, mas que há entendimento que não é tão relevante para a configuração do tipo penal. O texto legal, na verdade, dispõe como relevante para a antijuridicidade do fato os elementos objetivos definidos pelo *caput* do artigo 1º, que correspondem aos atos de execução da figura delitiva²¹⁵.

O aprimoramento se fez necessário, justamente para coibir tal ação, justamente porque os *numerus clausus* já não restringiam mais a prática delitiva, diante disso, em 09 de julho de 2012, entra em vigor a Lei nº 12.683, estendendo o rol apenas alterando o termo “crime” para “infração penal”, pois assim se estabelece não só a unificação legislativa, mas também estabelece critérios muito maiores daqueles que estavam fechados na redação revogada, aumentando consideravelmente os elementos objetivos do tipo penal.

A justificativa, aliás, fica evidente já no preâmbulo da Lei 12.683/12, quando estabelece a necessidade da alteração “para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”. A persecução penal para os crimes de lavagem de dinheiro, não tem o desígnio puro e simples de sancionar a conduta de forma rigorosa, vida de regra, esta modalidade de crime de dano, impõe ao Estado também encontrar uma forma de restituir o prejuízo causado²¹⁶.

²¹³ Lei nº 9.613/98.

²¹⁴ REZENDE, Bruno Titz de. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. 20p.

²¹⁵ BADARÓ, Jennifer Cristina Ariadne Falk. Lavagem de dinheiro: Estudo crítico da tipificação da modalidade culposa. In **Direito penal econômico: questões atuais**. FRANCO, Alberto Silva e LIRA, Rafael (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 429.

²¹⁶ No âmbito do processo pena, a recuperação de ativos engloba uma série de tarefas que devem ser deflagradas desde o início da investigação e que estão regulamentadas na Lei de Lavagem de Dinheiro

A Lei dos Crimes de Lavagem de Dinheiro, visando esse resultado, prevê as medidas assecuratórias, que consistem num conjunto de atividades voltadas à retomar o patrimônio, e são instrumento cautelares, porque o processo penal, essencialmente, em diversas outras situações, requer urgência e celeridade na atuação estatal, pois muitas vezes, o tempo é um dos fatores que mais frustra a eficácia do processo, no entanto, mesmo assim, por maior que seja a celeridade dos tramites, haverá sempre um intervalo de tempo que podem ocorrer eventos que afetam a utilidade do futuro provimento jurisdicional²¹⁷.

Tais medidas além de urgentes são extremamente abrangentes, pois permite que as mesmas sejam tomadas inclusive de ofício, quando houver indícios suficientes da lavagem de dinheiro, e se estendem não apenas ao acusado, mas também a terceiros que possam estar usufruindo e/ou envolvidos como valores, bens ou direitos, frutos do referido ilícito econômico, conforme prevê o artigo 4º, da Lei nº 9.613/98.

Ademais, os resultados das medidas cautelares, servem não apenas para restituir e ressarcir os potenciais prejuízos, visando à respectiva reparação do dano sofrido, mas também, segundo a lei, podem servir para custear o pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

Aliás, as medidas cautelares patrimoniais, possuem previsão expressa no Código de Processo Penal, e são realizadas por meio de sequestro, arresto ou hipoteca, porém, da forma como são utilizadas normalmente, mal servem para o propósito de atender aos interesses econômicos da vítima e/ou do Estado, elas, muitas vezes servem apenas como “estratégia de aniquilamento midiático e patrimonial”²¹⁸, comprometendo, portanto, não só a possibilidade de ressarcir possíveis prejuízos, como também abala severamente a ordem econômica.

O problema na verdade, não ocorre pela falta de instrumentos para o Estado reaver os ativos, o comprometimento se dá, porque tais instrumentos só são utilizáveis

sob a rubrica de medidas assecuratórias, as quais têm como objetivo garantir o resultado definitivo de confisco e reparação do dano no caso de condenação. (VILARES, 2011, p. 484).

²¹⁷ VILARES, Fernanda Regina. Medidas assecuratórias na lei de lavagem de dinheiro. In **Direito penal econômico: questões atuais**. FRANCO, Alberto Silva e LIRA, Rafael (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 491.

²¹⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 169p.

quando é possível identificar pelas investigações tais valores, bens ou direitos, ou seja, nem sempre o que se apura representa o total do resultado da lavagem de dinheiro.

Entende-se, portanto, como propostas para potencializar a reparação dos danos causados por esse ilícito econômico, e tornar mais efetivo e eficaz a resolução desse conflito, diante do critério da espontaneidade, que o(s) próprio(s) infrator(es) identifique(m) e apresente os valores, que se não for total, pode ser o mais próximo possível disso, mas que independente dessa condição, poderá ser suficiente para solução da lide penal, com os consequentes benefícios que a Lei e o instituto oferecem, tornando assim mais efetivo não só a aplicação penal, mas também contribuirá para a reparação dos danos causados.

Já há uma previsão no texto legal, nas disposições do §5º, artigo 1º²¹⁹, que estabelece uma espécie de colaboração premiada, prevendo uma redução da pena, de um a dois terços, podendo ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, ou até mesmo, por iniciativa do Juiz, deixar de aplicar a pena ou substituí-la por restritiva de direito, quando houver a colaboração espontânea do(s) acusado(s), a prestar esclarecimentos de interesse às disposições da Lei.

Fica evidente, neste sentido, de que na hipótese de não haver um meio mais eficaz para o Estado apurar a verdadeira dimensão dos ativos desviados, deve, impreterivelmente, que haja uma maior confiabilidade no(s) próprio(s) acusado(s), para que o mesmo possa apontar a real dimensão do dano causado, e, portanto, do prejuízo que deve ser ressarcido, assim como da pena imposta, quantitativamente, ao abalo no bem jurídico.

Uma alternativa viável e confiável, é permitir que esse ilícito seja resolvido por um procedimento restaurativo, que servirá como um instrumento muito mais relevante para o Estado, pois não apenas punirá os infratores, como encontrará os meios necessários para a reparação aos danos ao erário público, principalmente porque já é notório que a pena prevista e aplicada aos moldes do modelo retributivo, pouco resolve a reestabelecer o *status quo* anteriores ao crime.

²¹⁹ Art. 1º [...]

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

Pereira²²⁰, antepara que é importante para o Direito ajustar-se às novas temáticas criminais, não bastando para isso apenas a criação de leis tipificadoras de condutas. É necessário o fortalecimento de outras áreas do Direito material e também a instrumentalização desse direito, seja para torna-lo mais eficaz à uma resposta jurisdicional, seja para possibilitar meios alternativos de solução de conflito, tal qual ocorre com outros ramos do direito, como o civil e trabalhista.

A proposta, neste contexto, é de se oferecer um programa restaurativo, fora do Poder Judiciário, se necessário, mas que avalie todo o contexto que envolve a prática delituosa, e que se possa buscar coletivamente potencialidades por parte do autor do crime para reparar o prejuízo causado.

Fica notória a ineficácia do sistema penal padrão, sustentado tão apenas no discurso desgastado da igualdade penal perante à lei, pois dessa forma, o poder punitivo compromete e prejudica não só autor do ato criminoso, atingindo todas as classes da sociedade, inclusive uma elite econômica, mas também, compromete e agrava a situações de terceiros, de pessoas economicamente vulneráveis, conforme Fialdini²²¹.

Aplicar a Justiça Restaurativa nesse contexto, contudo, também permite identificar pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras, uma alternativa para que a ordem econômica não seja significativamente afetada pela fria aplicação da norma repressora.

Importante ainda destacar que a Justiça Restaurativa, quando implementada por um programa restaurativo específico, pode atender à quaisquer delitos, do mais simples ato infracional ou contravenção penal, ao mais complexo (inclusive os crimes transnacionais), basta, primeiro, que as partes tenham interesse em participar e, segundo, que o resultado restaurativo atenda aos anseios do Estado e do Acusado, principalmente para tornar mais efetivo e hábil os meios para reparação dos danos causados pelo crime transnacional de lavagem de dinheiro.

²²⁰ PEREIRA, Dirce do Nascimento. Administração do direito penal – reflexos da expansão do direito penal nos delitos de “lavagem” de capitais. In **Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais**. CÂMARA, Luiz Antonio (Coord.). Curitiba: Juruá, 2009, 128p.

²²¹ FIALDINI, Filipe. Inclusão punitiva: reflexões sobre a tentativa de promover justiça social por meio do Direito Penal Econômico. In **Direito penal econômico: questões atuais**. FRANCO, Alberto Silva e LIRA, Rafael (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 35p.

4.1 A SOLUÇÃO DOS CRIMES PATRIMONIAIS POR MEIO DE PROCEDIMENTOS RESTAURATIVOS

Conforme já discorrido, a tutela legal ocorre com a partir das atribuições dadas aos valores estabelecidos aos bens jurídicos, especialmente àqueles essenciais ao indivíduo e a comunidade, ou seja, exige-se uma ofensa de alguma gravidade, inclusive econômica.

Logicamente, aos bens patrimoniais, o critério de mensurar o valor de proteção possui um critério mais adequado, pois o valor histórico de mercado, àqueles bem consumíveis, define se é um bem a ser tutelado ou não, justamente porque o Estado só protege o bem que possui valor econômico relevante, tendo em conta a incidência do princípio da insignificância ou da bagatela.

Prado²²², estabelece a noção de bem jurídico implicando um juízo positivo de valor ou situação social quanto a sua relevância para o desenvolvimento do ser humano, aliás, esse também é o critério que leva ao indivíduo de adquirir o referido patrimônio material.

O Direito Penal como ciência, principalmente na busca pela sua melhor aplicabilidade quanto à proteção jurídica, evolui e estabelece novas áreas, dentre elas as dispostas pelo Direito Penal Econômico, sendo assim, o crime de lavagem de dinheiro, inclui-se nesse ramo.

Para Barros²²³, trata-se de “ramo jurídico científico que não se prende aos limites das teorias clássicas e conservadoras do direito penal, embora não seja autônomo deste último”. Essa colocação esclarece a multidisciplinariedade necessária da esfera criminal, que nesse contexto, justifica que essa disciplina está em constante evolução, “justamente para solucionar demandas da persecução penal que não foram previstas pelo direito penal tradicional”.

É importante destacar como a norma penal também define os bens tutelados a partir das novas demandas, até porque a relação social é dinâmica, ou seja, Roxin²²⁴

²²² PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6 ed. ver.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 87p.

²²³ BARROS, Marco Antonio. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 40p.

²²⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General, Tomo I. Tradução de la 2 ed., PEÑA, Diego-Manuel Luzón; CONLLEDO, Miguel Díaz y Garcia; REMESAL, Javier de Vicente. Madri: Rodona, 2006. 63p.

define bem jurídico como aquele “ideal que se incorpora no concreto objeto de ataque; e é prejudicial apenas por danificar os respectivos objetos individuais da ação”, por essa razão, nada impede do tipo penal prever a proteção de mais de um bem jurídico, se necessário.

O bem jurídico é, portanto, um elemento primordial da estrutura do tipo penal, especialmente para definir a aplicação da norma, contudo, mesmo havendo previsão legal, o crime de lavagem de dinheiro apresenta divergência quanto qual seria o bem jurídico desse delito, pois há quem defende que seja a administração da justiça, a ordem econômica ou ainda que se trata de um crime que afeta mais de um bem jurídico, denominado pluriofensivo²²⁵.

Quando se trata da proteção à administração da justiça, defende-se a atividade dos Poderes do Estado na sua atribuição de garantir o bem comum e as suas prerrogativas, entretanto, essa tutela vai além da esfera penal, o direito constitucional e administrativo, por exemplo, também são ramos jurídicos que resguardam as necessidades político-sociais.

A pretensão criminal de definir a administração da justiça como um bem jurídico tutelado, objetiva garantir a moralidade e a probidade das decisões jurisdicionais, contudo, protege-se a justiça em seu sentido mais amplo, visando atingir os fins que lhes são inerentes, ou seja, é protegida “a atuação e o desenvolvimento regular da instituição, contra ações que atentem contra sua atividade autoridade e moralidade que são inerentes”²²⁶.

A base legal que rege essa matéria é complexa e multidisciplinar, especialmente após a reforma de 2012, por essa razão a indefinição quanto ao estabelecimento de qual bem tutelado é o mais adequado ao tipo penal.

Barros²²⁷ compreende que mesmo havendo justificativa para mais de um bem jurídico, sendo pluriofensiva e alternativa a proteção desse tipo penal, variando conforme a forma de agir do agente, ao avaliar melhor essa consideração, especialmente quanto a ação correspondente a uma conduta adicional, entende não ser compatível com

²²⁵ REZENDE, Bruno Titz de. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. 56p.

²²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos (Lei n. 10,028/2000)**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 267-268p.

²²⁷ BARROS, Marco Antonio. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 40p.

o *inter criminis*, ou mero exaurimento do delito antecedente. Trata-se de uma nova conduta/ação dolosa, considerando, portanto, o crime de lavagem de dinheiro uma infração penal autônoma.

Na sequência, justifica que o crime de lavagem de capitais tutela dois grupos de bens jurídicos distinguidos como imediatos e mediatos, porém, em que o primeiro abrange a estabilidade e a credibilidade dos sistemas econômicos, e, o segundo, a proteção da ordem econômica. Aliás, a própria Exposição de Motivos da Lei de Lavagem aduz que o bem protegido são aqueles de forma imediata, quais sejam, a estabilidade e a credibilidade econômico-financeira do País²²⁸.

Essa proteção é necessária, pois evita o desequilíbrio econômico da nação, questões expressivamente relevantes à soberania nacional, que pode ser comprometida pelo agravamento à instabilidade da moeda, a volatilidade do capital internacional, a elevada taxa de juros e a instabilidade cambial que acarretam em nocivas consequências à liquidez²²⁹.

Dentro desse critério imediato ou mediato do bem tutelado, a proteção jurídica atinge, obviamente, outros ilícitos, muitas vezes correlatos à lavagem de dinheiro, dentro da ordem econômica, preserva-se todo o erário público, que é diretamente afetado pela dimensão da ilicitude.

Aliás, o Poder Público, como ente jurídico representativo de toda a sociedade, compromete-se com essa conduta criminoso, e o cidadão também sofre as consequências, é o principal prejudicado pelas implicações da lavagem, pois esses valores não apenas fomentam, por exemplo, a corrupção, o tráfico e as organizações criminosas, que são os ilícitos mais visíveis, mas também afeta o investimento público nas áreas essenciais ao bem estar social da sociedade, como saúde, educação, moradia e segurança pública.

Noutro norte, outra corrente defende que é mais adequada a proteção de outro bem jurídico, uma vez que a proposta entende o crime de lavagem de dinheiro com características de favorecimento, justamente pela forma ardilosa como é praticada, e, que afetam as funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do

²²⁸ BARROS, Marco Antonio. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 41p.

²²⁹ BARROS, Marco Antonio. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 45p.

produto do delito, ou seja, segundo Badaró e Bottini²³⁰, trata-se de um crime que “coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça”, maculando o desenvolvimento satisfatório da atividade potestade judicial defendendo esse bem tutelado.

Nessa divergência, para os Autores, essa proposta é a mais adequada, pois entendem que a administração da justiça é atingida quando há a ocultação de valores que é necessariamente sonogado justamente para ocultá-lo, ou seja, afeta a possibilidade de na hipótese de configurado o tipo penal, ou de busca-lo apurar, que o Estado não exerça sua constitucional função, dentre eles, a instrumentalizar, dentro da lei, a(s) condição(ões) de sanar o prejuízo.

Sem embargo, afirmam os autores que a norma que estabeleceu os critérios para a caracterização do tipo penal de lavagem de dinheiro, tem como único desígnio a proteção da administração da justiça como bem jurídico, até porque, reconhecer a pluriofensividade²³¹, em mais de um bem jurídico é o mesmo que não definir nenhum bem jurídico, principalmente porque, a norma penal foi criada, e, posteriormente, reformada para tornar o aparelhamento estatal da justiça mais eficaz.

A mesma eficiência, é o que se busca quando diante de um problema, também se aplicam outros meios alternativos para resolução do conflito, especialmente se houver outro sistema de justiça que atendam a necessidade de solucionar os danos causados pelo ilícito.

Esse é o mote da sociedade, é o interesse de uma política criminal adequada que resolvam as nocividades sociais geradas pela criminalidade que geram danos socialmente inaceitáveis. Não se pode afastar que o modelo tradicional retributivo, em seu histórico, acumula não apenas falta de eficácia em seus resultados, mas também porque coopera com o desequilíbrio social, uma vez que os mecanismos de criminalização atual decorrem de uma concepção socioeconômica que visam punir apenas uma classe social, que muitas vezes pouca participação tem nos crimes de lavagem de dinheiro.

²³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com alterações da Lei 12.683/2012**. 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 85p.

²³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com alterações da Lei 12.683/2012**. 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 90p.

Esse tipo penal, cada vez mais constante, é cometido por pessoas dotadas não só de capacidade financeira, mas também por um aparato econômico que não é acessível à todos, contudo, pelo que apresenta as disposições do artigo primeiro e seu parágrafos da Lei de Lavagem de Dinheiro, os núcleos do tipo podem ser realizados por qualquer pessoa, independente da sua condição econômica e classe social.

Para Cerqueira²³², em razão da crise econômica que assola o país, afetando as riquezas e a empregabilidade, assim como o avanço tecnológico, são fatores sociais e econômicos que contribuem e devem ser considerados nessa nova criminalidade.

A mudança de paradigmas de uma política penal possibilita lançar mão de um sistema de justiça criminal, que contribua para essa modificação, principalmente porque se deve atender à realidade social adequada a cada tipo penal, não se pode mais admitir pensar a lei e aplicar a lei de forma seccionadora.

Um modelo mais humano de justiça, um modelo versátil e eficaz, mas principalmente um modelo mais participativo é o modelo mais adequado, pois precisa ser capaz de penetrar na lógica as contradições sociais para compreender os motes do crime, e com eles, encontrar a melhor forma de resolver os prejuízos causados pelo delito. É preciso, portanto, captar as necessidades dos indivíduos e da comunidade, principalmente diante de um ilícito que afete bens tutelados difusos e supra individuais, como ocorrem com os crimes econômicos, por exemplo.

Deve-se, contudo, desenvolver a superação do Direito Penal, por uma política alternativa, seu substrato precisa primar pela garantia do princípio da isonomia, é preciso não só compreender, mas valorar, os indivíduos dentro das suas respectivas heterogeneidades, e diante delas, seja em que área for, desenvolva na sociedade a condição de reapropriação dos meios de gerir os desvios, pois segundo Baratta²³³, também é uma forma de medir “o nível alcançado na luta pela democracia e pela transformação das relações de poder e de hegemonia na sociedade”, e, conclui, “a sociedade se reapropria do próprio desvio e administra diretamente seu controle”, ou seja, edifica uma forma acessível chegar ao consenso do bem comum e da solução jurídica de seus conflitos.

²³² CERQUEIRA, Átilio Antonio. **Direito penal garantia & nova criminalidade**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006. 69p.

²³³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. 207p.

A participação ativa da sociedade em suas crises expressa a maior forma de exercício de cidadania voltada à construção e a solidificação do Estado Democrático de Direito, aliás, essa ideologia tem tudo para ser a solução para os problemas sociais, pois o respeito e a consciência do respeito às normas e ao próximo, evitam os conflitos.

Tratar a lavagem de dinheiro alheio às práticas de corrupção é praticamente impossível, haja vista que, quando se trata de crimes contra o patrimônio, ou de crimes econômicos, como é o caso da lavagem, por exemplo, estes só são praticados em face da contrapartida.

Muitos casos concretos de dimensão nacional evidenciam que a lavagem de dinheiro atinge níveis capilares, pois além de oportunizar crimes como o narcotráfico e o de organizações criminosas, deles decorrem atos de corrupção que atingem tanto o poder público, quanto a relação privada.

Evidente que só há subtração de bem alheio, porque há quem tenha interesse nesse patrimônio, ou, quem usufrua de alguma vantagem dele. Logicamente, de igual forma, só há o interesse na prática de ocultar valores econômicos se houver benefício nessa prática, mas de modo óbvio, esse só ocorre havendo prejuízo a alguém. Os atos de corrupção, portanto, não fogem à regra, só ocorrem porque há o corrompido e o corruptor, e estes se favorecem das práticas ardis. Essa prática, infelizmente, é endêmica no país, e não mudará apenas com o rigor da lei sancionando severamente a conduta, essa prática só vai findar quando houver a conscientização coletiva do bem agir.

O paradigma restaurativo, por meios de suas práticas comunitárias, recupera, portanto, a conscientização do papel do cidadão na ordem social, e as consequências de seu ilícito para a sociedade e para o Estado, representando algo mais inteligível que o Direito Penal clássico, conforme expõe Colet²³⁴.

Destarte, a Justiça Restaurativa, aplicada no Estado Democrático de Direito, não só realiza os Direitos Humanos enquanto garantia de liberdade e igualdade dos indivíduos, como também dá autonomia aos atores, reconhecendo suas vontades e direitos, de forma a concretizar um espaço democrático, aberto ao diálogo e ao consenso em benefício da sociedade como um todo, legitimando, assim, a cidadania plena de cada um que a compõe.

²³⁴ COLET, Charlise Paula; A promoção dos direitos mínimos do cidadão realizada pelas práticas restauradoras: a quebra da cultura excludente e seletiva do sistema penal. *In* CALLEGARI, André Luís (org.). **Direito penal e globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. 120p.

Os resultados restaurativos são evidenciados de forma mais efetiva não apenas quando a reparação dos danos ocorre, assim como quando o conflito é eliminado com o consenso e a restauração das relações sociais, a efetividade é apresentada em consequências ainda mais expressivas, a partir da constatação de que a mudança foi social e não apenas pontual.

Desde as origens indígenas e aborígenes da justiça restaurativa colhem-se frutos dessa natureza, aliás, essa mudança comportamental, e, portanto, modificações das relações das sociedades, que passam a ter uma visão mais humanista do infrator e da infração, acabam resolvendo o conflito em sua gênese, e, acabam coletivamente adotando um autocontrole para que não haja recorrência no ilícito justamente em razão da consciência danosa dos prejuízos causados.

Compreender essa dimensão da Justiça Restaurativa, permite desenvolver programas restaurativos apropriado a atender qualquer tipo de delito, mesmo àqueles cujo o bem jurídico seja de interesse coletivo por se tratar de uma tutela de ordem pública. Da mesma forma que é capaz de resolver ilícitos penais em que o sujeito passivo seja a coletividade.

Definir o conflito passível de restauração é primordial, e, Poma²³⁵ esclarece que o interesse é o decorrente das relações interpessoais, haja vista, que a partir deste, que desenvolve o relacionamento humano desde o ambiente familiar, e estendendo-se as relações maiores, como de vizinhança, suas organizações, inclusive as que exerce dentro do país, ou seja, sendo de ordem penal, esse conflito é passível de uma solução restaurativa, conforme dispõe Poma:

Não é o propósito deste estudo analisar o conflito desde o ponto de vista geral, sem esboçar alguns critérios para compreender devidamente o conflito de ordem penal. Em efeito, o Direito Penal por essência (e por regra geral) regula conflitos *inter partes*; assim, o binômio penal (vítima-autor) emerge com a adequação típica de uma conduta a uma hipótese comportamental prevista na lei penal. **Sem prejuízo de que existem casos nos quais os ofendidos, de acordo com o bem jurídico tutelado, são corporações ou entidades públicas**, na maioria dos casos nos encontramos ante duas pessoas físicas que se vinculam pela afetação dos direitos de uma pela outra²³⁶. (grifo nosso).

²³⁵ POMA, Juan Hurtado. **Los acuerdos reparatorios la justicia restaurativa em el nuevo processo penal**. Teoría y práctica. Grijley, 2011. 27p.

²³⁶ No es el propósito de este estudio analizar el conflicto desde el punto de vista general, sino esbozar algunos criterios para comprender debidamente el conflicto de orden penal. En efecto, el Derecho Penal por esencia (y por regla general) regula conflictos *inter partes*; así, la pareja penal (vítima-victimario)

Fica claro, portanto, que todos os bens penais tutelados devem ser foco da Justiça Restaurativa, até porque, nem sempre a mera aplicação da lei, com o estabelecimento de uma punição, resolve o problema e/ou soluciona o conflito, muito pelo contrário, muitas vezes o modelo tradicional agrava ainda mais o desequilíbrio social.

A eficácia do poder público em atender aos anseios de quem busca na tutela jurisdicional do Estado a solução dos seus problemas, é confiar que o sistema de justiça, independente de qual seja, que o mesmo além de dar a resposta legal ao conflito, que também promova as condições reparar os danos ao ofendido.

Acontece que o modelo retributivo, pouco faz para esse resultado, e o comprometimento se dá justamente porque o sistema tradicional penal é totalmente desagregado ao consenso e à um procedimento mais democrático e participativo.

O Direito Penal atual, dentro do critério retributivo, peca porque acaba neutralizando a vítima, quando na verdade, esta é a principal interessada na solução daquele ato ilícito, porém, no momento que se tem para aplicar o direito, se substitui o sujeito lesionado pelas determinações da lei para aplicar uma pena, monopolizando o poder do Estado sem que haja uma maior participação dos envolvidos, inclusive na reparação dos danos²³⁷.

Em termos de proteção jurídica, é relevante considerar as questões democráticas, ou seja, é compreender a importância do indivíduo nas relações estatais, em razão disso, não se pode deixar de compreender o regime democrático, principalmente quando é possível haver um consenso jurídico, muito melhor compreendido e cumprido, se for construído coletivamente de forma participativa.

Considerando que a democracia, em sua gênese etimológica grega, significa a força do povo, e, portanto, parte deste o poder, não só para caracterizar o regime democrático, mas também para participar da solução dos seus próprios problemas.

emerge con la adecuación típica de una conducta a una hipótesis conductal prevista en la ley penal. Sin perjuicio de que existen casos en los cuales los ofendidos, de acuerdo con el bien jurídico tutelado, son corporaciones o entidades públicas, en la mayoría de los casos nos encontramos ante dos personas físicas que se vinculan por la afectación de los derechos de una parte por la otra.

²³⁷ SANTOS, Robson Fernando. **Justiça restaurativa: um modelo de solução penal mais humano**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2011. 43p.

Aliás, o regime democrático, segundo Duarte Jr. (2014), é garante a defesa dos direitos fundamentais, pautados em dois princípios: a soberania popular e a participação popular no poder.

A legitimidade de uma decisão, auferida através de um procedimento estatal decisório, deve primar pelos interesses em que os indivíduos estão inseridos, que por seu poder de escolha, estabelece um poder constituinte para exercer, mesmo que em nome do representado, como ocorre no modelo tradicional de justiça, que processualmente, exige-se capacidade postulatória, mesmo que seja a exercer seu direito ao contraditório e a ampla defesa, exercida também pelo poder de representação. As formalidades ritualísticas do processo, dos meios legais clássicos para exercer os direitos, são solenes e rigorosos, justamente porque a lei assim estabelece, por essa razão que os modelos alternativos, participativos, são mais eficientes.

A organização do Estado, em especial do Estado Democrático de Direito, ao garantir a institucionalização do Estado Nação, define de forma patente as competências de cada Poder, contudo, dentre eles, o executivo e o legislativo, são eminentemente constituídos por uma deliberação democrática direta, mas as suas decisões nem sempre atendem aos interesses legais.

Para Post e Siegel²³⁸, as principais instituições do poder público e as organizações cidadãs essencialmente tem que desempenhar a interpretação e configuração do direito constitucional em geral e a garantia da Constituição em particular. O governo, o congresso e o tribunal tem a responsabilidade de fazer cumprir o texto constitucional, interagindo com outras ramas do poder público. “Nos sistemas jurídicos constitucionalizados, as democracias necessitam de um Estado de Direito forte, mas também que o diálogo constitucional seja fluído e constante”.

Neste contexto, há de ressaltar, que democraticamente não há escolha do povo dos membros do Poder Judiciário, uma vez que, em primeira instância, acendem aos seus cargos por aprovação em concurso público, e a partir do duplo grau de jurisdição, seus integrantes são escolhidos atendendo à critérios dispostos em lei, em

²³⁸ POST, Richard e SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo**. Buenos Aires, Siglo Veinteuno Editores, 2013. 12p.

especial, ao texto Constitucional, que, democraticamente, conforme respeita-se a Carta Magna, conforme Elster²³⁹, se garante o efetivo exercício da cidadania.

No entanto, isso não quer dizer que o próprio Poder Judiciário não possa aplicar a lei e/ou desenvolver meios alternativos de conflitos que atendam às necessidades das partes conflitantes e toda a comunidade que também sofre com a consequência desses ilícitos.

Na atribuição e nos exercícios de cada um dos Poderes, fica evidente que com relação ao Judiciário, que igualmente interfere nos interesses de toda uma sociedade, a tarefa da Justiça é de garantir direitos, ou seja, de garantir a devida aplicação da lei. Contudo, quando não se pode chegar num resultado melhor da tutela jurisdicional, desenvolver um sistema de justiça mais adequado também está sob a égide deste poder, mesmo que de forma alternativa para qualquer solução penal.

Nesse sentido, é relevante ainda contextualizar o entender de Médici²⁴⁰, quando trata do novo constitucionalismo latino-americano, que segundo ele se destaca pela incorporação das maiores expressões da democracia nos formatos participativos e comunitários, e não só representativos, entendendo ainda que este neoconstitucionalismo apresenta um maior papel político e constituinte da sociedade civil, do povo e das classes subalternas.

Para o Autor, é necessário que as instituições do Estado não só respeitem, como enalteçam a participação popular, para que seus anseios sejam devidamente atendidos e tutelados.

O constitucionalismo democrático, como é abordado na obra de Post e Siegel²⁴¹, representa uma concepção em que diversos organismos democráticos dialogam construtivamente, para configurar de maneira conjunta o significado do direito constitucional, que permita, orientado pelo progressismo, que a Constituição e o direito constitucional interaja mais com o povo, e não apenas com os magistrados.

Diante de tanta necessidade de representatividade dos Poderes, para legitimar suas decisões, para ao menos atender aos interesses da maioria, os autores,

²³⁹ ELSTER, JON. **Constitucionalismo e Democracia**. Fondo de Cultura Económica. México, 2001. Capítulo 1, p.33-48.

²⁴⁰ MÉDICI, Alejandro. **La Constitución Horizontal: teoría constitucional y giro decolonial**. Centro de estudios jurídicos y sociales Mispat, A.C., Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Educación para las Ciencias em Chiapas, A.C, 2012. 19p.

²⁴¹ POST, Richard e SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo**. Buenos Aires, Siglo Veinteuno Editores, 2013.

defendem que os Tribunais não devem ter a última palavra em questões de interpretação constitucionais, pois numa democracia, o constitucionalismo que norteia o Judiciário, limita o governo para garantir o fim do Estado, por essa razão que é sempre melhor que a solução dos conflitos estejam cada vez mais sob os interesses dos próprios envolvidos no ilícito cometido, não só entre o(s) autor(es) e vítima(s), mas também toda a comunidade.

O constitucionalismo democrático considera que os tribunais devem ser sensíveis a opinião pública, inclusive à essa decisão privada, caso algum descumprimento seja levado ao Poder Judiciário para deliberar ou homologar. É importante considerar que o Poder Judiciário, é, portanto, um poder socialmente integrado e atento as incidências e implicações de sua atividade, mas não supor que por isso deve atender ao termômetro político cada vez que vá a tomar uma decisão, e em particular uma decisão polêmica.

Como todos os poderes públicos, o Judicial é um poder público do Estado, que inclusive, conforme a natureza de algumas demandas ainda lhe falta expertises, em especial, quando o assunto envolve uma maior participação dos cidadãos.

Não bastasse toda essa falta de legitimidade, aproveita-se ainda a crítica Dworkiniana²⁴², quando ao analisar a atuação das Cortes dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha, concluiu que na Grã Bretanha os juízes não tomam decisões baseados em fundamentos políticos, enquanto que nos EUA, os juízes chegam a atuar como legisladores, em suas decisões.

Nesse sentido, evidencia a dimensão do poder exercido pelo Judiciário, pois defende ainda que o Estado deve defender os direitos individuais e aplicar regras morais, ou seja, esse é também o papel deste relevante Poder, sendo que em determinados assuntos, como na ciência, que por vezes estão pautados para análise jurídica, por exemplo, nem sempre os preceitos morais balizam a solução mais adequada.

Acontece que dentro da constitucionalidade vigente a resposta que se aguarda, democraticamente, da prestação jurisdicional deve ser centrada nos repertórios legais, que o próprio Autor reconhece que nem sempre é aceitável, pois a lei, quando criada, atende à interesses puramente políticos.

²⁴² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo, Martins Fontes, 2000. 04p.

Outra crítica conveniente é trazida por Bickel²⁴³ ao observar o Judiciário como o Poder que, juntamente com o Legislativo, interfere no erário, sendo um mais e outro menos, e neste contexto, o Autor apresenta a sua defesa da necessária neutralidade que o Estado/Juiz deve se especar para realizar a sua devida tutela jurisdicional, mas defende, que tal isenção só se conquista com uma melhor qualificação dos julgadores, que em certos casos, julgam às cegas, por não possuírem conhecimento aprofundado sobre a temática julgada, ou seja, é o Juiz um dependente dos *experts*, muitas vezes, para poder buscar uma "melhor" solução à demanda que aguarda a palavra final.

O Autor entende que quanto mais apego houver à Constituição, é possível haver de forma mais correta uma decisão, mas obviamente, quanto mais apego houver ao texto constitucional, mais positivista e legalista esta sendo o julgador, e, portanto, como já explanado, nem sempre a lei traz a melhor solução, até porque, conforme a natureza da ação, grupos representativos interferem junto ao judiciário para buscar uma decisão que atendam os seus interesses.

Tutelar o Estado dos crimes econômicos, assim como de todos os delitos que afetem os bens jurídicos públicos, é proteger todas as disposições da ordem econômica, a sociedade e a democracia, na verdade, é a possibilidade de garantir a participação e o protagonismo popular na ordem pública.

Ficando evidente que não só em razão dos bens jurídicos serem de interesse penal, mas principalmente porque os sistemas de justiça, e, conseqüentemente, o Poder Judiciário deve primar por um modelo mais participativo, é possível que todos os tipos penais possam ser objeto de conflitos a serem solucionados pela Justiça Restaurativa.

Quanto ao crime de lavagem de dinheiro, não só pela sua gravidade e ramificação em outros tipos penais graves, seu resultado coloca em “xeque” o Estado Democrático de Direito, e com a alteração da norma que define o crime, estabeleceu condutas corriqueiras como ilícita, ou seja, qualquer pessoa pode cometer o delito, não somente àqueles dotados de alguma condição financeira considerável, e, que tenham acesso aos meios econômicos ardis, visando a ocultação de seu capital, ou seja, a própria popularidade do crime também justifica que a lavagem de dinheiro pode ser resolvida por um sistema restaurativo.

²⁴³ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the supreme court at the bar of politics.** 2nd Edition. Yale University Press, New Haven e London, 1986.

Aplicar a nova lei penal, reformada em 2012, no âmbito do modelo retributivo de justiça, como o único instrumento jurídico capaz de resolver o delito de lavagem de dinheiro é “andar em círculos”, pois se tratando de um crime que tutela a ordem econômica, aplicar um sancionamento “nú e cru” conforme estabelece as disposições legais, é não atingir as causas desse problema, aliás, é dar apenas uma resposta estatal paliativa, em dois sentidos, o primeiro, é que o tipo penal muitas vezes está vinculado outros consideráveis níveis de criminalidade, como por exemplo, a corrupção, o tráfico de entorpecentes e o de organização criminosa, que aliás, nem serão afetados com a responsabilidade incipiente da tutela jurisdicional do Estado.

Desenvolver um procedimento restaurativo para solucionar os crimes de lavagem de dinheiro, pode ser um instrumento capaz de desestimular o agente do cometimento do delito, assim como a reflexão dos prejuízos da obtenção de vantagens decorrentes de ilícitos dessa natureza, assim como é um instrumento muito mais eficiente para restituir o erário público.

Pelo meio tradicional, a grande maioria das vezes, a restituição dos prejuízos dessa modalidade criminosa ocorre apenas no valor apurado e identificado pela instrução da lide, mesmo assim, muitas vezes, é necessário lançar mão da melhor medida acauteladoras previstas no Código de Processo Penal para restituir os danos causados pela ocultação do capital.

A Justiça Restaurativa, é apropriada para a reparação dos danos causados, assim como, para uma mudança de paradigmas e de comportamento social dos envolvidos e da comunidade que estão inseridos.

4.2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A REPARAÇÃO DOS DANOS AO ERÁRIO EM CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Historicamente as relações sociais serviram para desenvolver práticas necessárias para o progresso da humanidade, quanto mais complexa se torna essa convivência, maior é a obrigação de buscar tornar a convivência mais fácil e segura.

As relações comerciais são inerentes a relação social. O homem, desde o início da sua coexistência com outras pessoas, precisou realizar transações para suprir as suas necessidades, sejam para sua própria subsistência, ou, seja para realizar qualquer

atividade. O labor sempre foi realizado com essa finalidade, a atividade agrícola desenvolvida, a caça, a atividade manufaturada passou a ser mensurado, pois eram utilizados em trocas para suprir a carência na aquisição de produtos e serviços que o indivíduo não dispunha.

Na Roma antiga a valoração do trabalho dos soldados era medida por sal, e ao final de cada jornada recebiam uma certa quantidade desse produto que tinha considerável valor, pois além de ser usado como cicatrizante aos feridos e servir para conservar a carne e ressaltar o sabor dos alimentos, também tinha um valor sagrado, pois acreditam que se tratava de uma dádiva da Deusa *Salus*, a Deusa da Saúde.

O trabalho passou a ser remunerado financeiramente, com a percepção de salário, somente a partir do século XIV, consolidando-se efetivamente a partir do capitalismo.

A facilidade das relações levou, portanto, a criação do dinheiro, na verdade, no início, o mesmo ocorreu com representatividades que tivesse algum valor econômico, como por exemplo o ouro e a prata, após, foram cunhadas as moedas, usando esses minérios.

A evolução ainda continua, foram criados cédulas e moedas que representam determinado valor, foram criados títulos de créditos, e, atualmente, já se utilizam *bitcoins*, uma criptomoeda que é utilizada virtualmente para realização das transações comerciais. Numa perspectiva penal econômica, após toda a regulamentação do movimento financeiro em termos mundiais, sempre na busca de controles penais, possível constatar, “em primeira, que as criptomoedas se mostram como via de escape do labirinto oposto”²⁴⁴.

Em 1920, surge nos Estados Unidos a expressão *lavagem de dinheiro*²⁴⁵, quando os *gangsters* utilizavam as lavanderias para ocultar os valores percebidos dos delitos cometidos com a comercialização de bebidas alcoólicas. No entanto, essa prática era evidenciada desde a Idade Média, por piratas que objetivavam encobrir os recursos provenientes dos crimes praticados. O destaque da conduta adquire proporções jurídicas na década de 70, quando os Estados Unidos adotaram uma conduta mais rigorosa contra o tráfico de drogas, pois era a forma que os traficantes usavam para esconder o dinheiro

²⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bitcoin e suas fronteiras penais: em busca do marco penal das criptomoedas**. Belo Horizonte: D'Placido Editora. 2018. 18p.

²⁴⁵ *Money laundering*.

oriundo da narcotraficância, e, a partir de então outros métodos foram evidenciados e combatidos:

Não só o narcotráfico é responsável pela lavagem de dinheiro, muitas outras atividades escusas ocultam a origem dos valores, mas considerar tal atitude lavagem vai depender, como veremos adiante, da legislação do país e dos delitos antecedentes, referidos em sua legislação. O que se pode afirmar de antemão é que investimentos, é muito mais difícil exercer rigoroso controle sobre as operações financeiras, o que leva à necessidade de uma reciclagem constante nos métodos de fiscalização²⁴⁶.

A legislação brasileira que rege as disposições da Lavagem de dinheiro não se restringe apenas à moeda, mas refere-se a todo ativo financeiro passível de ocultação, conforme se demonstra nas disposições do artigo primeiro, que define o ilícito como a ação de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

A partir dessa previsão legal, Barros²⁴⁷ define, portanto, a lavagem de dinheiro como o “ato ou conjunto de atos praticados pelo agente com a finalidade de dar aparência lícita a ativos (bens, direitos ou valores) provenientes de ilícito penal (infração penal antecedente)”, onde se destaca o quão ardilosos devem ser os meios utilizados para aparentar capitais que remontam valores significativos, muitas vezes.

O que se deve considerar ainda é o fato de que o objetivo do agente não é apenas de ocultar tais valores, como se fosse tão simplesmente tirá-lo de circulação, na verdade, os atos são de disfarçar a origem ilícita desses ativos, objetivando reinseri-los na economia formal com aparência de licitude²⁴⁸.

A prática desse crime possui um *modus operandi* bem peculiar, não só porque se trata de um crime que rompe fronteiras, aliás, a transnacionalidade é uma das características dessa infração, mas evidenciam-se três ciclos que foram elaborados pelo GAFI (*Groupe d'action financière*). O primeiro, que é o momento mais vulnerável, se

²⁴⁶ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. 08p.

²⁴⁷ BARROS, Marco Antônio. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 47p.

²⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com alterações da Lei 12.683/2012**. 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 29p.

dá com a colocação (*placement*), que é quando se busca introduzir no sistema financeiro o produto do ilícito antecedente. A segunda etapa identifica-se pela dissimulação dos ativos (*layering*). E a terceira e última etapa consome o tipo penal quando ocorre a integração dos bens, direitos e valores à economia regular (*integration*), segundo explica Ríos²⁴⁹, em sua obra.

Não é difícil de perceber que em todas as fases há requintes de perspicácia do(s) agente(s), em todos os ciclos da ação delitiva, pois não há como movimentar um grande volume de dinheiro em espécie, muitas vezes, convertendo em algo mais fácil de ser movimentado de forma tão simples e sem chamar atenção para o caráter ilícito de sua origem. A dissimulação, como supramencionada, é requisito indispensável na segunda fase do ciclo e são reconhecidas em ações realizadas por “camadas” sobrepostas, como por exemplo a emissão de duplicatas falsas que servem para conferir a aparência lícita ao capital. Já na última etapa do ciclo o dinheiro e bens ilícitos retornam à economia em forma de investimentos ou outras operações financeiras possíveis²⁵⁰.

Diante dessa estrutura multifacetada, assim como pelo meio direto, ou indireto, da característica transnacional do crime de lavagem de dinheiro, que demonstra ser uma prática complexa e aprimorada. De modo óbvio, cabe ao Estado, portanto, lançar mão de meios tão complexos e tão aprimorados para poder exercer seu *jus puniedi* no combate ao branqueamento de capitais, a partir da sua identificação para poder coibi-lo e puni-lo conforme a lei.

A complexidade do aparato estatal exige que o mesmo esteja preparado, legalmente e estruturalmente, para dar conta desse delito, em setores que não possuem efetivamente um poder de polícia ostensivo e/ou repressivo, mas que são indispensáveis, incluindo relações internacionais com outros países, justamente em razão da transnacionalidade, direta ou indireta, do crime. Quando os ativos a serem mascarados tem origem estrangeira em que a prática da lavagem é meramente ocultar os valores da nação de origem, esta pode ser caracterizada como direta; mas, quando é fruto do resultado econômico do crime transnacional antecedente, esta será indireta, no

²⁴⁹ RÍOS, Sánchez Rodrigo. **Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁵⁰ REZENDE, Bruno Titz de. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. 86p.

entanto, em qualquer uma das formas, é necessário a colaboração internacional para identificação do crime e dos criminosos, assim como a ocorrência de delitos precedentes que também devem ser apurados.

Numa breve avaliação ao disposto na Lei de Lavagem de Dinheiro, principalmente nas disposições previstas no artigo primeiro e seus parágrafos, duas constatações são perceptíveis, uma que o crime exige um ilícito precedente, pois o *caput* é expresso em impor a proveniência dos capitais, direta ou indiretamente, de uma infração penal, ou seja, há aqui um agente nesse delito antecedente, a outra é que toda a previsão define que qualquer pessoa pode cometer o crime de lavagem de dinheiro.

Não é incontroverso que o delito de lavagem de dinheiro pode ser cometido por qualquer pessoa, contudo, é necessário avaliar a responsabilidade no branqueamento, daqueles envolvidos no delito prévio, porém, a legislação foi omissa nisso, e, portanto, cabe as autoridades instituídas esse julgamento.

Callegari e Weber²⁵¹, no entanto, afirmam que em razão do legislador não estabelecer nenhuma restrição, pode-se concluir que o objetivo da lei é de não excluir do círculo de possíveis autores do crime de lavagem de dinheiro, também àqueles que participaram da infração penal prévia, porém reconhecem que o entendimento doutrinário ainda não firmou entendimento nesse sentido, assim como não entendem adequado atribuir subsidiariamente à essa condição as considerações referentes ao crime de receptação.

Badaró e Bottini²⁵² analisam essa definição pela autoria, dividido em três categorias distintos, o da autoria direta, a mediata e a coautoria. Será o autor direto, o titular do delito, portanto, àquele que pratica dolosamente, qualquer dos núcleos do tipo previstos nas disposições da Lei de Lavagem de Dinheiro e que esteve diretamente ligado em um dos três ciclos que configuram o crime. Quanto a definição da autoria mediata, essa se configura pelo auxílio funcional do crime, mesmo que utilize terceiros, induzindo-os ao erro, sem que os mesmos tenham ciência da ilicitude dos atos, assim como àqueles que compõe organizações criminosas, pois mesmo que haja membros que não atuem diretamente nos branqueamentos dos capitais, se beneficiam dele de alguma

²⁵¹ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. 121p.

²⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com alterações da Lei 12.683/2012**. 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 209p.

forma, justamente porque fazem parte de um organismo sustentado por essa prática. Já com relação à coautoria, nos termos do artigo 29 do Código Penal, serão responsabilizados todos aqueles que agem com vínculo subjetivo de autor.

Nesse contexto, obviamente, não se pode deixar de lado a condição de que a lavagem de dinheiro tenha como objetivo a manutenção e favorecimento de uma organização criminosa, ou seja, apenas na seara da lembrança, não se pode considerar essa estrutura para a devida identificação dos sujeitos ativos do branqueamento.

Tratando-se, portanto, de organização criminosa, o crime se classifica basicamente como um crime comum, doloso, comissivo ou omissão (impróprio), de perigo concreto, de forma livre, permanente, plurissubjetivo e plurissubsistente (ou até unissubsistente, conforme o *modus operandi*). É necessário demonstrar os requisitos dispostos na Lei nº 12.850/13, onde se deve evidenciar que há uma organização hierarquicamente organizada, equiparativamente à uma estrutura empresarial (por exemplo), ordenada, estável e harmônica, com divisões de tarefas e obrigações bem definidas entre o grupo.

Diante dessas condições, conforme esclarecem Ríos e Silva²⁵³, ao citar Roxin, deve-se analisar o "comportamento pessoalmente imputável", ou seja, a prova cabível para a configuração deste delito, pois então os sujeitos ativos do delito estarão devidamente identificáveis e passíveis do consequente sancionamento. É evidente, no entanto, que haja uma comprovação inequívoca do nexos de causalidade, da intenção de se organizarem, para obter a(s) vantagem(s) de qualquer natureza, mediando o cometimento de ilícitos, sob pena de não configurar crime algum, pois sem causalidade, não há que se falar em crime.

Não obstante não se pode olvidar do elemento subjetivo respectivo do tipo penal, que para o crime de lavagem de dinheiro, "exige o dolo", que segundo Jakobs²⁵⁴. A falta de dolo importa num defeito cognitivo, e como tal, não serve especificadamente

²⁵³ RÍOS, Sánchez Rodrigo; SILVA, Victor Cezar Rodrigues da. Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissos impróprios: algumas reflexões críticas. In Acácio Miranda da Silva Filho...[et. al.]; organização: Paulo Cesar Busato, Priscilla Pracha Sá, Gustavo Brita Scandelari. **Perspectiva das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. René Ariel Dotti**. 1 ed.. Rio de Janeiro: LMJ. Mundo Jurídico. 2016. 530p.

²⁵⁴ JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**, tradução André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 22p.

para qualquer reprimenda, principalmente quando esse elemento é indispensável para o delito imputado.

Como visto na definição do bem jurídico tutelado do crime de lavagem de dinheiro, pode-se definir o(s) sujeito(s) passivo(s), numa primeira análise o Estado, sobretudo, porque se definiu a proteção à administração da justiça e à ordem econômica, considerando a condição de pluritutela do tipo penal. Noutra hipótese também é possível atribuir a comunidade/sociedade, pois, juntamente com o Poder Público também sofrem as consequências nefastas do branqueamento, uma vez que atingem o tecido social e comprometem todos os fundamentos das estruturas econômicas e políticas dos Estados.

Identificar o bem tutelado, e, agora os sujeitos ativos e passivos, diante de tudo que se apresentou aqui é imprescindível, não só porque esse estudo é imperativo na verificação de todo ilícito, mas principalmente porque esses são indispensáveis para Justiça Restaurativa. É a partir deles que se pode avaliar a possibilidade do tipo penal ser objeto de apreciação por esse modelo alternativo de resolução de conflito, assim como são relevantes para o desenvolvimento de um procedimento restaurativo adequado que possa, diante das condições das partes envolvidas, e da dimensão dos malefícios causados pelo delito, chegarem num consenso de como resolver o prélio e de como ressarcir os prejuízos gerados.

Em tese, todo tipo penal em que o bem tutelado seja passível de reparação, são crimes passíveis de serem tratados e solucionados pela Justiça Restaurativa, e, no caso em tela, essa condição é prevista em lei, inclusive, como, aliás, são os crimes patrimoniais, pois há três possibilidades jurídicas. As primeiras são de natureza material, que os institutos do arrependimento posterior ou da conduta privilegiada, quando a reparação do dano ocorre. As duas seguintes, são de natureza formal, previstas pela norma procedimental que prevê as medidas assecutorórias e a previsão da reparação de danos civis na sentença, prevista no inciso IV, do artigo 387²⁵⁵, porém, deve haver por parte da vítima a condição de atribuir/demonstrar algum valor ao prejuízo sofrido.

²⁵⁵ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Nesse contexto, antes de fazer a análise da reparação dos danos previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro, é importante analisar a sistemática da reparação dos danos na esfera penal, para compreender o porque se trata de um instrumento jurídico ineficaz, no modelo retributivo.

Pelo que dispõe o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, cabe ao juiz, ao proferir a sentença condenatória fixar um valor mínimo para reparar os danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos.

Já a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLV, ao tratar da individualização da pena como castigo, prevê ainda a obrigação de reparar os danos, inclusive com a decretação do perdimento de bens ser necessário for, porém, essa obrigação só ocorre após o trânsito em julgado da sentença.

A composição do dano na sentença penal condenatória, que segundo regras processuais gerais deve ser composta de relatório, fundamentação e dispositivo, precisa levar em considerações também critérios valorativos que atendam a valores mínimos para ressarcir o dano causado, assim como as condições econômicas do agente, por exemplo.

Diante das disposições da Lei nº 11.719/08, a reparação do dano representa uma possibilidade efetiva, atendendo ao princípio da economia processual, que permite o juízo criminal, ao julgar uma demanda penal reparar um dano causado, que até então obrigava que o prejuízo fosse exclusivamente pleiteado na esfera cível apenas²⁵⁶.

O texto constitucional, expressamente consagrado no artigo 93, inciso IX, estabelece que somente a fundamentação da decisão judicial permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder de sepultar a presunção de inocência, que constitucionalmente falando, não se admite nenhuma imposição de sanção sem que tenha a autoria e materialidade de um delito confirmado; sem que os efeitos da condita seja, lesivos à terceiros; sem o caráter exterior da ação criminosa; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, “levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente estabelecido”²⁵⁷.

²⁵⁶ SILVA, Roberto de Abreu e. **A sentença penal condenatória e reparação de danos**. Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010. 108p.

²⁵⁷ LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1072p.

Conforme explica Lopes Jr. (2013, p. 1093/1094), a partir da Lei nº 11.719/2008, inovou-se a sistemática decisória brasileira quando se permitiu a "cumulação da pretensão acusatória com outra, de natureza indenizatória", estabelecendo, diante disso, que a execução do valor fixado nos termos do inciso IV, do artigo 387, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, permite a vítima pleitear o referido valor mínimo fixado pelo juiz para reparar o dano.

A inovação introduzida pela Lei nº 11.719/08, impõe uma obrigação, quando pleiteado e devidamente comprovado o referido dano, de indenizá-los pela jurisdição penal em valor mínimo, aproveita-se do processo penal, portanto, para que o Estado/Juiz possa considerar as unidades do fato e do agente ativo do crime, ou seja, essa regra jurídica representa uma ampla utilização da jurisdição criminal tradicional.

Explica Silva²⁵⁸, portanto, que deve o juiz penal, considerar os seguintes critérios para fixar um valor mínimo para reparação dos danos na sentença condenatória:

1. exista um pedido expresso na inicial acusatória de condenação do réu ao pagamento de um valor mínimo para reparação dos danos causados, sob pena de flagrante violação do princípio da correlação;
2. portanto, não poderá o juiz fixar um valor indenizatório se não houve pedido, sob pena de nulidade por incongruência da sentença;
3. a questão da reparação dos danos deve ser submetida ao contraditório e assegurada a ampla defesa do réu;
4. somente é cabível tal condenação em relação aos fatos ocorridos após a vigência da Lei n. 11.719/2008, sob pena de ilegal atribuição de efeito retroativo a uma lei penal mais grave.

Há de se considerar, contudo, que cabe à vítima gerir, sob seus interesses, o pleito indenizatório, podendo, inclusive, complementar na esfera cível qualquer valor não acobertado pela reparação de dano, em valores mínimos, estabelecidos no pelo juízo penal, ou seja, a reparação civil, é o resultado esperado àquele que comete alguma atividade infracional que causa prejuízos, bastando apenas que a(s) vítima(s) pleiteie(m) a devida reparação do dano sofrido, pois não cabe ao juiz atribuir um valor de ofício.

Deve, portanto, haver uma análise mais criteriosa quando cabe ao juiz deliberar sobre a reparação do dano, pois nem sempre a reparação é dada pela forma tradicional, ou seja, o dano material causado com o ilícito penal cometido, pois quando

²⁵⁸ SILVA, Roberto de Abreu e. **A sentença penal condenatória e reparação de danos**. Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010. 69p.

tratar-se de um delito contra a pessoa, contra a sua integridade física ou até mesmo os crimes econômicos, por exemplo, os danos causados exigem uma análise específica, e por vezes, muito mais abrangente, pois nem sempre o prejuízo a ser reparado é individual, podendo ser, por vezes, coletivo.

Infelizmente, o que se percebe, muitas vezes, é uma equivocada aplicação da norma penal, principalmente quando se vincula, e deve ser sempre assim vinculado, o dano num bem jurídico tutelado difuso a um valor econômico.

É cediço, portanto, que deve a Lei Processual Penal prever meios para que a Tutela Jurisdicional do Estado, seja mais eficaz, até porque o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognitivos seguros e válidos, submetidos ao contraditório, e, nesse sentido o modelo restaurativo de justiça apresenta-se como o mais adequado.

As disposições, assim sendo, do artigo 387 do Código de Processo Penal, tanto na aplicação da sanção, quanto na reparação do dano, exige uma fundamentação decisória que “formalize um instrumento de controle de racionalidade e, principalmente, de limite ao poder”²⁵⁹, mas especialmente que seja equivalente ao prejuízo causado.

Diante do disposto constitucional que determina a possibilidade da reparação do dano, cabe a sentença penal auferir esse prejuízo, para que permita fixar um valor mínimo que ao menos sirva para a finalidade que é o ressarcimento pelo malefício causado, mas também outro de finalidade meio, que tem caráter pedagógico, cujo o escopo é de coibir a impunidade, não permitindo a reincidência do ato lesivo.

Fica evidente, portanto, que o *quantum* indenizatório precisa ser o mais próximo possível dos danos causado, ou seja, deve-se auferir as perdas e danos pela proporcionalidade da lesão causada ao meio ambiente, e nesta hipótese, cabe ao Estado/Juiz apresentar em seu *decisorium* um critério mais eficiente possível.

A Análise Econômica do Direito (AED) permite esse equilíbrio, pois:

[...] é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas, principalmente com a relação as suas consequências²⁶⁰.

²⁵⁹ LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1075p.

²⁶⁰ GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. (org). Análise econômica do Direito: uma introdução. Belo Horizonte: Forum, 2011, 17-18p.

Destarte, como, em termos de análise econômica do direito, mormente no exame da responsabilidade pelos danos causados decorrente de um ato ilícito penal, cabe o juiz não se ater apenas à "[...] um objeto de estudo específico, mas ao método de investigação aplicado ao problema, o método econômico, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva as escolhas humanas [...]"²⁶¹, sob pena de comprometer a efetividade dessa análise.

Quanto à eficiência, no entanto, na análise econômica do direito, tem seu baldrame, na apuração dos custos, de forma macro, pois a eficiência deve ser pautada nos reflexos totais, principalmente àqueles que podem acarretar numa possível diminuição da utilidade de outros participantes da economia, nesta hipótese, a AED permite uma aplicação jurídica, de abordagem econômica, que consinta na compreensão da norma jurídica.

A questão reparatória, no entanto, precisa se orientar pelo princípio da eficiência, pois a sentença precisa analisar elementos bastante complexos, como por exemplo a incerteza e os riscos, assimetria de informação, o tempo, comportamento dos agentes, e os tipos dos contratos (se houverem), e, “por isso essa dificuldade de análise, pois é necessário fazer interações entre o Direito e a Economia”²⁶². Considere-se aqui a relevância econômica que o dano causado representa, e, portanto, decidir sobre a reparação de um prejuízo, não é simplesmente responsabilizar o agente, há por vezes um contexto social muito mais abrangente.

Dentro desse critério da eficiência, o ideal seria de que ao haver a decisão que exija a reparação do dano causado, que este ressarcimento atendesse um critério da *Melhoria de Pareto*, que busca situações em que o incremento da situação de qualquer indivíduo, não implique em prejuízo de terceiros, ou seja, sem que haja o aumento do benefício de alguém aos custos alheios, definindo, portanto, o *Ótimo de Pareto* ou o *Pareto Eficiente*²⁶³.

²⁶¹ BITTERN COURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da insignificância. In: RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. (org). **Análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Forum, 2011, cap. 1. 33-34p.

²⁶² BITTERN COURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da insignificância. In: RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. (org). **Análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Forum, 2011, cap. 1, 33-34p.

²⁶³ DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (org.); KLEIN, Vinicius (org.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. 39p.

Infelizmente, em se tratando de dano decorrente de um crime econômico, há duas situações de extrema relevância, muitas vezes o dano só aconteceu, dentro de um caráter econômico, justamente porque alguém buscou conquistar vantagens às custas de outros; ou, determinar o ressarcimento sobre o ato lesivo causado, acarreta no prejuízo de alguém, causando o desequilíbrio contraditório aquilo que Vilfredo Pareto almejava, nesse sentido, a construção conjunta de uma solução para esse conflito, credita à Justiça Restaurativa condições mais eficientes para esse resultado, até porque não são raros os exemplos de que a restituição aos cofres públicos do capital lavado, coloca em xeque toda a ordem econômica.

Acontece que nas demandas que apuram ilícitos econômicos, há um problema na fixação do valor do dano causado, pois muitas vezes a dimensão do dano é tamanho que não permite atribuir um valor sem comprometer todo um contexto econômico, ou seja, a reparação do dano nessa seara causa significativo comprometimento à ordem econômica.

Ademais, talvez, como supra mencionado, seja esse o principal mote do problema evidenciado na prática processual penal, quando o mais comum é resolver os problemas dentro da seara dos crimes de menor potencial ofensivo, oferecendo-se propostas de transação penal ou de suspensão condicional do processo, na verdade, essa passa a ser uma das alternativas mais viáveis, haja vista a falta de efetividade da sentença que repara o dano, principalmente nas situações de verdadeiras catástrofes ou de grande monta do dano ambiental.

Logicamente, se as decisões judiciais fossem mais eficientes na mensuração do prejuízo, e na forma de estabelecer critérios econômicos para tal reparação, o disposto no artigo 387, da lei procedimental aqui referenciada, seria melhor aproveitada e sua eficácia demonstraria resultados mais efetivos, ou ao menos, seria possível um melhor equilíbrio econômico, não sendo, obviamente, é necessário buscar outros meios alternativos para essa dificuldade.

Não resta dúvida que as disposições do artigo 387, do Código de Processo Penal e a Justiça Restaurativa, são perfeitamente aplicáveis para qualquer demanda penal que gere algum prejuízo, contudo, entender que o julgador criminal ao avaliar sozinho o dano e atribuir um valor mínimo para repará-lo, logicamente, não é a melhor solução. Não é porque essa análise é fria e distante das condições das partes envolvidas,

e dificilmente resolverá o problema por completo, muito pelo contrário, muitas vezes agrava ainda mais a situação. Já num procedimento restaurativo, justamente porque é possível desenvolver um círculo de sentença, a condição participativa, permite maior eficácia e garantia de que o compromisso assumido do ressarcimento será cumprido, assim como, o conflito terá maiores condições de ser solucionado por completo diante a restauração das relações sociais.

Quanto Lei de Lavagem de Dinheiro, especialmente após a sua reforma em 2012, as disposições previstas em seu texto enfrentam os mesmos problemas das disposições reparatórias previstas no Código de Processo Penal, já recorrido, com dois agravantes, o primeiro é que a apuração dos valores fica à cargo do valor que foi apurado e identificado na persecução penal, que na maioria das vezes nem sempre representa o montante equivalente ao capital lavado, ou seja, não condiz com os prejuízos gerados ao erário público. E o segundo problema, é que a reparação dos danos requer ainda a necessidade da determinação de uma medida assecuratória, como estabelece as disposições do artigo 4º:

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

[...]

§ 2º O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

[...]

§ 4º Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

Em 2012, com o advento da Lei 12.683, que tinha o escopo de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro, ampliou-se a incidência das medidas assecuratórias, primeiro quanto a legitimidade, em que até de ofício o juiz pode determina-las, ou ainda a requerimento do Ministério Público ou por representação do Delegado de Polícia. “E quanto ao tempo, após a reforma legislativa, esse momento

foi retirado do texto da norma, o que demonstra que as mesmas então ocorrem conforme as disposições expressas no Código de Processo Penal”²⁶⁴.

Nesse sentido, em que pese na redação anterior haver expressamente a possibilidade das medidas assecuratórias, serem solicitadas e realizadas no “curso do inquérito”, expressão retirada do *caput* do artigo 4º, no novo texto legal, não privou tais medidas dessa condição, pois, o fato da nova redação prever que a autoridade policial pode representar por essas medidas, permite compreender que elas podem ser solicitadas em qualquer momento da fase policial, sem, prejuízo ainda possível aplicação das condições estabelecidas à tais medidas nas previsões da lei formal.

Algumas críticas a essas considerações, portanto, são necessárias, principalmente para demonstrar que o modelo tradicional de justiça peca, quando se restringe apenas ao que prevê a norma para dar algum resultado às demandas penais, vantagem que o modelo restaurativo apresenta, pois desenvolve a solução do problema de forma coletiva e participativa, considerando os meios adequados para a restauração necessária.

Não bastasse toda a burocracia e formalidade existente no modelo retributivo, além, obviamente do interesse do(s) agente(s) em ocultar os valores não identificáveis pelas autoridades competentes, tem-se ainda outras questões relevantes que comprometem a reparação dos prejuízos gerados.

Com relação às medidas assecuratórias, outros dois problemas se manifestam. Um deles é quanto aos bens passíveis de deterioração ou depreciação. Nesse caso, acabam gerando despesas para a sua preservação, gerando uma preocupação paralela ao Estado, que além de criar as condições para realizar a persecução disposta em lei, precisa criar condições de preservação dos bens alienados.

O segundo problema é de ordem efetiva, pois os agentes do branqueamento, mesmo diante da possibilidade de uma colaboração premiada, ou ainda, cientes dos valores já identificados e apurados pelas autoridades, naturalmente buscam ocultar bens ou valores ainda não encontrados. Em razão dessa resistência, cabe ao Juiz, ao Ministério Público e/ou Delegado de Polícia buscarem as medidas assecuratórias.

²⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com alterações da Lei 12.683/2012**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 335-336p.

Porém, esse patrimônio fica condicionado aos valores decorrentes da arrematação auferida. Em outras palavras, muitas vezes, o valor restituído é inferior ao prejuízo causado, ou abaixo do valor de mercado do bem.

Os problemas aqui apresentados comprometem, por óbvio, a previsibilidade de reparar os danos causados pela lavagem de dinheiro, como alternativa, novamente, o modelo da Justiça Restaurativa, torna-se mais adequada.

Poma²⁶⁵ justifica que é cada vez mais preciso que se busque alternativas para além do Judiciário, assim como medidas que não representem apenas um castigo, mas sim a implementação de mecanismos na solução de conflitos a partir da introdução do “princípio da oportunidade” e dos “acordos reparatórios”, abrindo a possibilidade sob um ponto de vista diferente, negocial e informal, que dentro desse contexto afasta da solução desse conflito, os traumas próprios decorrentes do árduo e oneroso processo penal tradicional. Essas alternativas levam ao sistema uma concepção restaurativa de justiça, que possui como paradigma o restabelecimento da harmonia social em vez de tão simplesmente castigar e provocar novas rupturas, superando as dinâmicas punitivistas e incapacitante, naturais e consequentes do modelo retributivo.

O autor ainda reconhece que a Justiça Restaurativa promove o reforço da autoestima, e enaltece a responsabilidade do infrator colocando-o numa posição de confiança e de participação na comunidade.

Via de regra, nos procedimentos restaurativos, participam a vítima, o infrator, assim como a possibilidade de algum representante da comunidade, caso essa não seja vítima, mas que tenha sofrido com as consequências do delito, por exemplo.

Carlucci²⁶⁶, diante da lógica da restauração do conflito de forma coletiva, contribuindo, inclusive para a reinserção das partes junto à sociedade, a participação comunitária, demonstra que em alguns programas restaurativos a comunidade participa do próprio julgamento, pois esta faz parte do conflito a ser restaurado, já em outras, serve como instrumento indispensável para a paz e harmonia social.

²⁶⁵ POMA, Juan Hurtado. **Los acuerdos reparatórios la justicia restaurativa em el nuevo processo penal**. Teoría y práctica. Grijley, 2011. 94-97p.

²⁶⁶ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. **Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. 178p.

Esse modelo de justiça comunitário prima pelo critério participativo, como forma de suprir o problema reconhecido por Christie²⁶⁷, de que a sociedade moderna, em razão da sua dimensão, se conhece pouco um do outro, e essa falta de conhecimento norteia o tradicional modelo de justiça retributivo, ou seja, a resposta dada pelo julgador é totalmente alheia a realidade dos envolvidos.

Nessa sociedade descrita por Christie, o indivíduo acaba delegando a outro, algumas vezes menos capaz, para este resolva os problemas apresente uma solução. Esse problema não é isolado, os processos judiciais, do atual processo penal, pouco fazem para que o infrator compreenda as consequências dos seus atos, muito pelo contrário, as formalidades da judicialização dos problemas, acaba comprometendo ainda mais essa percepção, que se agrava ainda mais com a experiência da prisão.

Conhecer as partes, suas potencialidades e suas fraquezas, assim como o reflexo de seus atos junto à sociedade, principalmente quando devidamente identificado o bem jurídico afetado com a conduta ilícita é determinante para o um sistema de Justiça Restaurativo, principalmente, porque as partes compreenderem a importância de suas respectivas participações num círculo restaurativo é o essencial para que exerçam suas respectivas voluntariedades para participarem de forma ativa de um programa restaurativo.

Compreendido qual foi o prejuízo causado pelo ato ilícito dos crimes patrimoniais, da mesma forma que ocorre com o crime de lavagem de dinheiro, é o ponto de partida do procedimento restaurativo, pois após a manifestação das partes de quererem participar voluntariamente desse modelo, “fica mais fácil encontrar uma solução adequada ao crime, uma vez que a mera resposta punitivista aos agressores desencadeia um processo de criminalização e de conflito, e não de paz e segurança”²⁶⁸. Ainda ressalta que a partir do processo cooperativo do modelo restaurativo, a reparação do dano é enfatizada e perfectibilizada coletivamente, solidariamente e inclusivamente, restaurando os danos e os traumas gerados.

²⁶⁷ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. 37p.

²⁶⁸ COLET, Charlise Paula; A promoção dos direitos mínimos do cidadão realizada pelas práticas restauradoras: a quebra da cultura excludente e seletiva do sistema penal. In CALLEGARI, André Luís (org.). **Direito penal e globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. 110p.

Achutti²⁶⁹ esclarece ainda que o modelo restaurativo de justiça representa uma mudança de paradigmas ao processo penal, uma vez que “busca intervir de forma efetiva no conflito que é exteriorizado pelo crime, e restaurar as relações que foram abaladas a partir desse evento”, ou seja, se o ilícito afetou os investimentos públicos, pois atinge diretamente o erário, como é o caso da lavagem de dinheiro, essas relações conseguem ser restituídas e reestabelecidas. O êxito encontra-se numa dinâmica dialogal, que incita encontrar nos agentes, que realizaram o branqueamento, algum potencial de reparar os danos causados, seja de forma financeira, restituindo em valores o prejuízo acarretado, seja por bem ou serviços prestados.

O dano a ser reparado, já que é delineado por um método restaurativo, personalizado, haja vista que a Justiça Restaurativa permite essa mutabilidade²⁷⁰ na elaboração e condução deste procedimento, atinge níveis maiores de alcance, pois a reparação dos danos é pautada, essencialmente, na assunção da responsabilidade do infrator, e pode ser ressarcido com qualquer outro meio que beneficie a comunidade.

Infere, portanto, de que se o(s) autor(es) do crime de lavagem de dinheiro tiverem alguma capacidade abastada economicamente, o resultado restaurativo pode buscar meios e alternativas para que o erário seja ressarcido em espécie, ou senão, que possa o prejuízo ser sanado com algum bem ou atividade prestada, como por exemplo a entrega, comumente acordado, de algum patrimônio em favor da sociedade ou ainda a realização de uma obra, por exemplo. Contudo, com a possibilidade ainda da imposição dos sancionamentos legais, pois se houver essa necessidade, certamente o infrator também compreendera mais facilmente, o que essa punição representa e o seu objetivo, essa condição, contribui positivamente no combate à reincidência, por exemplo.

O fato é que a forma democrática e participativa que envolvem a elaboração do plano restaurativo, o protagonismo das partes, e, o respeito e consensualidade na alternativa encontrada como solucionar o caso concreto, no caso do crime de lavagem de dinheiro, o(s) agente(s) do crime de lavagem de dinheiro, a(s) vítima(s) sejam elas o particular ou o representante do Estado, conhecendo as peculiaridades e complexidades das consequências do crime, encontram a melhor solução, não só para o infrator, mas

²⁶⁹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. 101p.

²⁷⁰ OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013. 48p.

principalmente tornar mais eficiente a persecução penal e para que haja a restituição de todo o valor desviado dos cofres públicos.

4.3 OS MECANISMOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA QUE POSSIBILITAM SUA APLICAÇÃO PARA REPARAR DANOS E A PRESERVAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

Obviamente, a análise feita por Ríos²⁷¹ quando versa sobre os meios para prevenir a lavagem de dinheiro, tem como fundamento o modelo retributivo de justiça que tradicionalmente aplica-se para qualquer tipo de crime. Mas, quando expõe que uma política exclusivamente repressiva de combate ao delito de lavagem está fadada ao insucesso, está reconhecendo que se faz necessário uma ampla solidariedade social. É preciso reunir nesse propósito, portanto, o maior número de sujeitos e entidades que, direta ou indiretamente, possam ter relação com alguma das fases desta modalidade delitativa pluriofensiva. Se na prevenção do crime o caráter cooperativo é importante, na mesma lógica pode ser empregada na solução deste problema, representando também como é perfeitamente possível que um modelo de justiça participativo seja utilizado para resolver o crime de lavagem de dinheiro, resultando num meio mais eficaz de reparar o prejuízo causado, inclusive.

No modelo tradicional, unilateral, isolado e retributivo de justiça, ao buscar uma solução em face da prática de branqueamento, pela Lei de lavagem de dinheiro, o julgador infelizmente, encontra poucas alternativas, além de uma ineficaz pena de reclusão de 03 (três) a 10 (dez) anos, que pode ser aumentada em um a dois terços se o crime for cometido de forma reiterada ou por alguma organização criminosa.

Essa punição, aliás, além de ineficaz, é desproporcional e imprópria, pois pune de forma igual o agente que realiza alguma conduta da lavagem de dinheiro em face de uma contravenção penal, como é o caso do jogo do bicho, que receberá a mesma pena daquele que lava o dinheiro do tráfico de drogas ou de armas, por exemplo.

É evidente o quanto uma política punitivista não resolve os casos graves de delitos cometidos, assim como não servem de instrumento adequado na prevenção da

²⁷¹ RÍOS, Sánchez Rodrigo. **Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010. 24p.

criminalidade e da violência, haja vista que os crimes antecedentes, podem ser de natureza violenta.

Ademais, a pena começando em 03 (três) anos, mesmo sendo de reclusão, se o agente for condenado nesse patamar mínimo em razão da sua condição subjetiva favorável, o regime de cumprimento será sempre o aberto, até o limite de 04 (quatro) anos de pena imposta.

Dentro dos critérios negociais da Justiça Restaurativa, que busca encontrar uma melhor alternativa para resolver o problema criminal e reparar os danos causados pelo ilícito, a lei traz o benefício de um privilégio que é a colaboração premiada, prevista no parágrafo 5º, do artigo 1º, da Lei de Lavagem de Dinheiro que após a reforma de 2012, ficou assim estabelecido:

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A delação premiada, apresenta, portanto, vantagens, especialmente quanto a extensão dos elementos revelados, mas também a possibilidade de aplicar efeitos econômicos mais interessantes ao colaborador, haja vista, que na hipótese de uma condenação, as consequências podem ser mais desfavoráveis, pois a própria Suprema Corte possibilitou que o referido acordo disponha sobre efeitos extrapenais de natureza patrimonial, dentre eles a possibilidade da “concessão de bens ou valores auferidos com a prática do delito”²⁷², como forma de ressarcir o prejuízo causado.

Nessa previsão, é importante ressaltar que o Juiz pode, inclusive, deixar de aplicar a pena se houver a colaboração espontânea dos agentes com alguma informação que permita a apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Essa forma de colaboração premiada merece críticas, assim como a sanção prevista na Lei, justamente, porque ela é dotada de pouquíssima eficácia, percebe-se que as

²⁷² PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado**. 3ed., rev. Curitiba: Juruá, 2016. 150-152p.

colaborações são alternativas, uma informação ou outra, e mesmo assim, nenhuma delas tem o escopo de reparar os prejuízos decorrentes do branqueamento.

A única característica mais próxima do sistema de Justiça Restaurativa que a colaboração premiada possui é o fato de não ter um procedimento formal previsto na norma, ou seja, em razão dessa informalidade, cabem às partes estabelecer a melhor forma para a sua realização, porém se recomenda que tenha a participação do Ministério Público, do acusado, seu defensor, porém, que não haja a participação do magistrado na fase da elaboração dos termos, novamente, esse formato pouco contribui para a restauração dos prejuízos causados, ou ainda, com a solução do conflito por completo.

Nesse sentido, a previsão legal da colaboração premiada, não estabelece outras regras, nos moldes do mesmo procedimento previsto na Lei 12.850/2013, apesar que lá também não estabelece prazo e procedimentos, mas permite que ocorra até mesmo na fase investigatória, garantindo haver a suspensão do prazo para o oferecimento da denúncia, como explicam Bitencourt, Busato²⁷³. A Lei de Lavagem de dinheiro, apenas traz uma garantia do juiz aplicar uma pena reduzida ou até mesmo deixar de aplicá-la.

Resultado mais expressivo, certamente haveria, se o critério adotado para apuração dessas informações estivesse revestido de interesses restaurativos, pois assim, todos os esclarecimentos prestados teriam o escopo não só de beneficiar o(s) autor(es) do crime de lavagem de dinheiro, mas serviriam também para a elaboração coletiva e participativa da forma mais eficaz para restituir o erário e reparar o dano causado pelo branqueamento.

Mesmo não havendo uma previsão em lei da Justiça Restaurativa, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, o Ministro Ricardo Lewandowski lavrou as disposições sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, estabelecendo que o Poder Judiciário deve atender as recomendações da Organização das Nações Unidas e buscar uniformidade, no âmbito nacional, do conceito de Justiça Restaurativa, pois cabe ao Poder Judiciário o permanente aprimoramento de suas respostas às demandas sociais relacionadas às questões de conflitos e violência, promovendo a paz social.

²⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014. 130p.

Para o desenvolvimento de um programa restaurativo que atenda as disposições da Lei de Lavagem de Dinheiro, é necessário, portanto, cumprir com as determinações da Resolução do CNJ que estabelece a Justiça Restaurativa como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que foram expostas nos tópicos anteriores, pois dessa forma, permite a conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência.

Diante desse cenário, havendo algum dano decorrente desses conflitos a sua reparação é perfeitamente possível desde que respeite as seguintes condições previstas no artigo 1º, da Resolução em questão:

- I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;
- II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias 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.

O Conselho Nacional de Justiça também prevê que o procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, porém, nunca de forma conflitante, pois deve servir como um instrumento que permita sanar problemas que o modelo retributivo não logre êxito em solucionar.

Todas as análises que foram feitas com relação ao crime de lavagem de dinheiro, especialmente para identificar o bem jurídico tutelado pela norma legal, os sujeitos do crime de branqueamento e a dimensão danosa desse delito perante a sociedade, servem para corroborar que a Justiça Restaurativa pode ser aplicada nesse ilícito econômico, porque é possível garantir à esse caso concreto, os princípios que norteiam todo modelo restaurativo, são eles “a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a

voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade”²⁷⁴.

Uma vez previsto pela lei penal um instituto que requer a espontaneidade/voluntariedade dos autores do crime de lavagem de dinheiro para firmarem um acordo de colaboração premiada, devem as autoridades incentivar os envolvidos à participarem de um procedimento restaurativo para, a partir da aceitabilidade, buscar coletivamente, com a participação de um representante da sociedade, o melhor resultado para a) reparar os danos causados pelo branqueamento; b) a restauração das relações sociais, principalmente naqueles casos nos quais a lavagem de dinheiro e/ou os crimes antecedentes geraram algum desequilíbrio social; c) combater e prevenir a prática delitiva e a violência em razão da conscientização coletiva; d) a compreensão dos danos causados e da pena imposta quando necessário, contribuindo para a redução da reincidência criminal.

Obviamente, o procedimento restaurativo deve ser conduzido por um facilitador, uma espécie de mediador na condução das atividades do círculo restaurativo. Contudo, em razão das peculiaridades dos crimes econômicos, deve ser devidamente capacitado para essa peculiaridade, ou tenha alguma formação específica, atendendo assim também as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça.

Esse facilitador será responsável por preparar e realizar as conversas preliminares com os envolvidos, especialmente para convencê-los participarem de um procedimento restaurativo, nesse momento é preciso que os mesmos compreendam a finalidade desse formato coletivo e participativo de resolver os conflitos, assim como todos os princípios que norteiam o mesmo, sobretudo das vantagens que possui.

Na condução das sessões restaurativas, deve ser estimulado o diálogo, em absoluto respeito à dignidade das partes, levando em consideração as diferenças decorrentes de hipossuficiência e desequilíbrio social, econômico, intelectual e cultural.

Para os crimes de lavagem de dinheiro, a Justiça restaurativa é positiva, pois permitirá o combate não apenas aos crimes econômicos, mas também nos tipos penais antecedentes, que, no caso do narcotráfico, do tráfico de drogas e das facções criminosas, possuem um potencial danoso ainda mais nefasto à sociedade.

²⁷⁴ Art. 2º, da Resolução 225/2016 do CNJ.

O tráfico de drogas e as facções criminosas são preocupações constantes dos procedimentos restaurativos. É sempre importante rememorar que a justiça restaurativa já tem focado na drogadição, até porque, juntamente com os critérios da justiça terapêutica, resultados restaurativos já foram evidenciados em escolas e comunidades que sofrem com esse tipo de crime.

Quanto às facções criminosas, por exemplo, destaca-se a experiência colombiana²⁷⁵, realizada no sistema prisional que focou nos grupos rivais, compostos por membros dos carteis que dominaram a criminalidade daquele país, mas que após um projeto específico de Justiça Restaurativa o restabelecimento da ordem social passou a ser uma realidade nas localidades que eram dominadas pelos diversos carteis.

Fica evidente, portanto, que a Justiça Restaurativa pode ser versátil e eficiente para resolver qualquer tipo de conflito penal, não apenas os de menor potencialidade, muito pelo contrário, o modelo restaurativo tem capacidade para solucionar, restaurando todas as relações sociais, qualquer tipo de infração cometida, independente do bem tutelado, pois caso não haja hipótese de reparar o dano decorrente do ilícito, ao menos, o resultado restaurativo servirá para que o infrator compreenda o objetivo da que pena que precisa cumprir e seja efetivamente ressocializado.

É preciso, portanto, romper as barreiras das formalidades e do comodismo. Comodismo porque não deixa de ser cômodo atribuir a responsabilidade de solucionar os problemas à terceiro, não só porque acredita-se da imparcialidade e na isonomia de quem julga, mas principalmente porque os indivíduos não precisam carregar consigo à carga de uma decisão equivocada ou de uma pena injustamente aplicada, prevalece nesse cenário a máxima *dura lex, sed lex*.

Qualquer critério desproporcional é decorrente da lei, não da decisão de quem à aplicou. Já quando a barreira das formalidades, todo meio alternativo de resolução de conflito é revestido de alguma informalidade, justamente para que as partes se sintam à vontade em participar e incentivadas a contribuir com a resolução do problema. O afastamento do aparato estatal torna os consensos mais humanizados, e, a frieza que o formalismo gera, afasta também o protagonismo das partes situação incabível para quem faz parte do problema de forma direta, por essa razão devem estar

²⁷⁵ PARKER, L. Lynette. Justiça Restaurativa: um veículo para reforma? In: Slakmon. C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org. **Justiça Restaurativa**, Brasília/DF, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2005. 261p.

todos preparados para conjuntamente encontrar uma solução adequada, eficiente e célere para os inúmeros conflitos sociais, restaurando as relações humanas.

É claro também que se compreenda não só a amplitude da Justiça Restaurativa em ser aplicada a qualquer tipo penal, inclusive aos crimes de lavagem de dinheiro, mas também que esse modelo não é, e, nunca foi, um instrumento de impunidade, muito pelo contrário, é perfeitamente possível aplicar um sancionamento ao ilícito praticado.

Acontece que muitas vezes a norma prevê situações privilegiadas em que é possível de deixar de aplicar a pena na hipótese de alguma situação específica, mas essa condição não ocorre justamente porque o modelo tradicional retributivo de justiça não apresenta um parâmetro seguro para essa consequência, em muitos casos, é mais fácil o juiz fundamentar sua decisão ao aplicar uma pena do que para deixar de aplicá-la.

Existem, portanto, normas que não tem o escopo de punir, justamente porque o conflito gerado por aquele ilícito é muito mais adequado ser resolvido com a recuperação danosa ou multa, do que aplicar uma pena privativa de liberdade. Por mais que não fique nítido nas exposições de motivos da Lei de Lavagem de Dinheiro, o legislador demonstrou que também não tinha a intensão de castigar o(s) agente(s) do crime branqueamento com a privação da sua liberdade, essa lógica existe no texto legal de duas formas, uma expressa, e outra de forma indireta.

A de forma indireta se percebe quando a pena imposta ao tipo penal começa em 03 (três) anos, ou seja, até o limite de 04 (quatro) anos, o regime definido pela norma penal é o aberto, e, na hipótese de réu primário que reúna condições pessoais favoráveis, dificilmente o crime resulta em segregação da liberdade como condenação à lavagem de dinheiro praticada.

Quanto ao interesse direto de não punir o autor do crime de branqueamento, essa condição é expressa nas disposições do parágrafo 5º, do artigo primeiro da Lei, pois por meio de uma colaboração que contribua com a persecução penal, diante de uma informação privilegiada, o Estado/Juiz pode deixar de aplicar a pena.

Acontece que esse resultado não se percebe na prática, por dois motivos notórios, o primeiro, é sem dúvida nenhuma, a falta de parâmetros seguros que o modelo de justiça tradicional restaurativo não oferece ao magistrado. Já o segundo está na subjetividade da avaliação das informações prestadas por meio dessa colaboração

premiada, justamente porque também, no modelo clássico, a parte não se compromete com o procedimento, ele visa tão apenas tirar uma vantagem, ou seja, nem sempre essas informações são confiáveis, e, portanto, novamente, a falta de parâmetro não condiciona que o processo seja sentenciado sem a aplicação de uma pena.

Diante de tudo que se apresentou para a realização de um procedimento restaurativo, partindo da voluntariedade das partes e da confiança dessas no resultado mutuamente construído como solução para o conflito demandado, percebe-se que qualquer informação privilegiada trazida à baila, e que possa colaborar com os esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime, são mais confiáveis.

Da mesma forma, diante de um plano reparação dos danos causados pela lavagem de dinheiro, em condições e valores desenvolvidos e aceitos entre as partes, num círculo restaurativo, apresentado como resultado restaurativo, também pode servir de parâmetro para o juiz deixar de aplicar as penas, pois um dos mais relevantes propósitos da lei, não é apenas de punir, mas sim de reparar os prejuízos causados ao erário e combater os crimes antecedentes.

Neste cenário, a Justiça Restaurativa demonstra ser mais um relevante instrumento do Estado em sanar seus problemas, em dar uma resposta célere, efetiva e de baixo custo à sociedade, mas principalmente, de preservar as relações sociais. É possível, por esse sistema de justiça democrático e participativo, garantir a preservação dos princípios e fundamentos da ordem econômica, pois, havendo interesse das próprias partes em resolverem seus conflitos, independente do bem tutelado atingido, obviamente, o equilíbrio social será preservado e restaurado.

5 CONCLUSÃO

As constantes transformações do Direito, principalmente decorrente das evoluções das relações humanas e das complexidades decorrentes desses desenvolvimentos, surgem inovadoras condutas, novos bens jurídicos e ilícitos inéditos, que passam, a ser preocupação de toda sociedade, e, portanto, da ciência jurídica que busca encontrar meios de coibir tais condutas, mas também, desenvolver novas formas de resolução desses conflitos e uma forma mais eficiente de aplicar uma sanção adequada.

Muitas transformações ocorreram de forma compulsória, é verdade. Decorreram de guerras, instituída pelo poder por parte do vencedor ou até mesmo pela imposição de um regime político autoritário, porém, mudanças lentas e graduais também fazem parte da evolução humana. Há ainda aquelas que ocorreram por movimentos sociais e políticos, relevantes ao progresso da humanidade, como por exemplo, a Revolução Francesa e as Revoluções Industriais.

Agora, uma era tecnológica, virtual, e de relações ainda mais amplas, permitem vivenciar novas condições políticas, sociais e econômicas, que também estão transformando a sociedade. Aliás, a rapidez que atualmente se percebe que as coisas ocorrem é impressionante, a ponto de influenciarem toda uma nação.

Fica evidente, portanto, que dia a dia o cidadão convive com o progresso social, e nessa conjuntura, a *longa manus* do Estado deve abranger todas essas relações, o Direito, por sua vez, também precisa acompanhar essa evolução, porém, não é tão simples essa alteração, pois tanto as reformas legais, quanto a necessidade de novas leis, demandam um tempo que é inversamente proporcional ao avanço das relações sociais.

Nesse contexto, percebe-se que os problemas estão sempre à frente das soluções, a norma penal é o exemplo mais claro disso, pois quando é aplicada, e só é aplicada, quando o problema já existe e quando as consequências já tomaram dimensões consideráveis, muitas vezes.

A política criminal, portanto, pouco evoluiu, se considerar o lapso temporal de quase quatro milênios de história, desde a época do Princípio de Talião, todo ilícito penal está sendo solucionado com a imposição de um castigo, prevalecendo inclusive, o

senso de que quanto mais rigoroso, melhor, mesmo diante da evolução que a pena sofreu em todos esses anos.

No modelo tradicional de justiça, o resultado se restringe sempre ao juízo de punição ou absolvição, apenas. Em restritas vezes, existem condições na norma penal de resolver o conflito de outra forma que atinja as perdas e danos, por exemplo, ou seja, diante de tamanha evolução da sociedade, a Justiça ainda retroage resolvendo apenas a demanda processual, e não o conflito social.

Se o modelo tradicional de justiça não acompanha a evolução social, e, muito menos tem instrumentos hábeis para resolver os novos conflitos sociais, principalmente porque nem sempre tem fundamento legal para tanto, é necessário que a sociedade exerça sua autotutela. Solucionar os próprios problemas não é retomar ao “olho por olho, dente por dente”, muito pelo contrário, tornar a solução dos conflitos de forma mais democrática e participativa, é garantir uma visão mais humanista neste resultado.

O monopólio do Estado na solução das lides vem demonstrando, em todas as áreas, que os resultados mais eficientes só ocorrem quando as partes chegam num acordo, porém, na esfera criminal essa condição é restrita e limitada, portanto, para que esse protagonismo ocorra, é necessário que mudanças de paradigmas também ocorram.

As regras surgiram justamente porque as pessoas não se preocupavam com os limites impostos pelas relações sociais, assim sendo, para que os conflitos sejam efetivamente resolvidos, é importante que o caminho inverso seja feito, qual seja, a compreensão entre as partes de quais limites foram ultrapassados, como ele foi invadido e, na hipótese de algum dano, de que forma repará-lo?

A Justiça Restaurativa oferece essas técnicas, os procedimentos restaurativos surgiram justamente para solucionar problemas não previstos em Lei, e que o Estado não consegue encontrar uma solução eficiente para o problema, isso quando a atuação do Estado não agrava ainda mais as suas consequências.

Os resultados foram perceptíveis já nas primeiras experiências, as próprias partes passaram a compreender o quão são culpados pela geração dos conflitos, e como são igualmente responsáveis pela solução deles. Surge ainda uma vantagem muito maior, pois havendo a percepção de como é nefasto manter a ordem social diante de um conflito, todos aqueles que participaram de um círculo restaurativo, evitam reincidi-lo.

O maior problema enfrentado é justamente o aumento da criminalidade e da violência, mesmo diante de uma política criminal cada vez mais severa e punitivista, paralelo ao aumento dos índices de reincidência, decorre justamente porque o modelo adotado pelo Estado tem foco exclusivamente nos efeitos do problema, e não da causa destes. Já a Justiça Restaurativa, busca restaurar o conflito como um todo, o máximo possível, a ponto de criar meios alternativos para também reparar os danos causados, assim como encontrar uma forma de restaurar a relação social das partes perante seus pares.

Experiências também mostram como é possível aplicar a Justiça Restaurativa em qualquer tipo penal, independente do bem tutelado afetado, desmistificando àquela visão de que é um modelo voltado apenas para os casos de crimes de menor potencial ofensivo ou àqueles atos infracionais cometidos com menor complexidade, esse entendimento é um equívoco.

Tanto é equivocado, que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 225/2016, que dispõe sobre Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, atendendo as recomendações da Organização das Nações Unidas, justamente porque reconhece a complexidade dos fenômenos de conflito e violência, de abrangências relacionais individuais, comunitárias, institucionais e sociais, que segundo a justificativa, também defende que é necessário promover mudanças de paradigmas.

Essas mudanças, que tornam a justiça mais participativa e coletiva, permitem que o Estado dê resposta às demandas sociais relacionadas às questões de conflitos e violência, sempre objetivando a promoção da paz social, favorecendo meios de autocomposição de conflitos, primando pelas práticas ou medidas que sejam restaurativas e que, sempre que possível, atendam às vítimas.

É sem dúvida alguma uma mudança significativa do modelo atual, pois, na Justiça Retributiva, há um certo desprezo com a vítima, salvo as hipóteses de que é assessorada por um Assistente, ela pouco participa do processo, ficando restrito apenas ao seu depoimento. Só em razão disso, já se percebe que a formalidade judicial não permite que o Estado haja de forma mais humana nas lides criminais, muito pelo contrário, sem considerar a execução penal, que é tudo, menos humanitária.

Ficou constatado pelo trabalho que as relações sociais evoluem e se tornam ainda mais complexas, surgem novos tipos penais, justamente porque junto a evoluções

sociais, os valores estabelecidos aos bens jurídicos mudam e novos bens jurídicos surgem, justamente porque passam a ser alvo de interesses de agentes que buscam vantagens em proveito alheio.

O crime de Lavagem de Dinheiro é um exemplo da evolução da criminalidade que assola a sociedade. Na medida em que se desenvolve e ocupa seu espaço na ordem econômica, os meios ardis para a realização da prática de branqueamento também evoluem. Negativamente, o aparato do Estado não dá conta da devida repressão, pois na hipótese do crime disposto na Lei nº 9.613/98, além de coibir um crime econômico, traz consigo um crime antecedente, muitas vezes tão grave quando os danos gerados ao erário na ocultação de capitais, pois a sociedade sofre com o tráfico de drogas e armas, com facções criminosas, com terrorismo, corrupção, justamente porque o modelo tradicional de Justiça é falho e ineficaz nessa persecução.

Mesmo com o advento da Lei nº 12. 683/12, a persecução penal ainda não é eficiente a ponto de dar uma solução a esse problema tão sério, ou seja, esse é mais um daqueles casos em que o Estado buscou fazer tudo que era possível.

Não obstante, nas demandas criminais, resultados melhores foram percebidos quando resolvidos por meios alternativos, que no caso a Justiça Restaurativa se mostrou viável, justamente porque possui mais condições de encontrar melhor forma para reparar o erário público.

Acreditar nessa condição, já é uma importante mudança de paradigma, pois os resultados restaurativos só são conquistados quando se acredita e se confia que os valores e princípios da Justiça Restaurativos são mais vantajosos para a solução do conflito.

No crime de lavagem de dinheiro, o que se busca pelo(s) agente(s) com a ocultação ou dissimulação de bens, direitos ou valores, não é apenas disfarçar a origem ilícita do capital, comprometendo a instrução probatória, é principalmente tirar vantagem dessa operação. Ela só ocorre justamente porque alguém está tendo proveito com essa prática, e, é em razão disso que a Justiça Restaurativa é eficiente, pois, a partir do momento que traz para dentro de um procedimento restaurativo todas as pessoas ligadas, direta e indiretamente, com as consequências do delito, a primeira coisa a se fazer, é conscientizá-las do erro e das implicações desses atos, ou seja, é possível que

numa única ação, se resolvam dois problemas criminais, o da prática de branqueamento e o do crime precedente.

Considerando que a lei do crime de branqueamento tutela a administração da justiça, diante de benefícios decorrentes dessa conduta. Situação parecida também ocorre nos crimes contra o patrimônio, porque há quem tire proveito desse bem. O tráfico de drogas é outro exemplo de crime mediante a existência daquele que se beneficia do usuário. A corrupção demonstra a existência de benefícios, por isso é prática comumente vivenciada. Enfim, em tudo aqui se tem um proveito econômico, lucro e vantagens que decorrem do prejuízo alheio. Portanto, trazer todos para dentro dessa compreensão, logicamente, de forma coletiva e cooperativa, os resultados que consensualmente forem construídos, servirão não só para resolver o problema criminal, mas também permitirão que se restaurem as relações sociais.

Outra consideração importante, que se conclui com esse trabalho é de que a Justiça Restaurativa pode oferecer os parâmetros necessários para que o Estado/Juiz isente a pena ou extinga a punibilidade na hipótese da reparação dos danos, conforme prevê as disposições do §5º, do artigo 1º, da Lei de Lavagem de Dinheiro, pois sendo os esclarecimentos prestados diante dos princípios e valores restaurativos, a confiabilidade do teor das informações são mais expressivos, e, portanto, terá o magistrado maior segurança em fundamentar a sua decisão que deixa de aplicar a pena, justamente porque, além da colaboração com a persecução penal, os resultados desse procedimento restaurativo vai permitir reparar os danos ao erário, desígnio que o legislador prezou ao estabelecer a norma penal.

A voluntariedade ainda por parte de quem se compromete a participar de um procedimento restaurativo, nos crimes de lavagem de dinheiro, também é importante, pois permite o(s) autor(s) do branqueamento apresentar, senão todo valor ocultado, o mais próximo possível disso, principalmente se houver condições para isentá-lo da pena, que no modelo tradicional, esse resultado não ocorre, e, portanto, o interesse dos agentes é de esconder o máximo possível, lançando mão apenas daquele capital que já foi identificado pelas autoridades, ou que realmente não tenha condições de ocultá-lo mais.

Essa conduta, aliás, se pensar nos resultados já colhidos por uma ação penal tradicional, que com o empenho das autoridades, promove o repatriamento e/ou a

restituição de valores e patrimônios para ressarcir os prejuízos causados aos cofres públicos, é provável, que os resultados possam ser muito mais expressivos, ou seja, muito mais eficientes e menos onerosos ao Estado.

A ordem, portanto, é mudança, é transformação. É mudança de comportamento, mudança de cultura, são mudanças de paradigmas; são a partir destas que resultados positivos começam a serem evidenciados, são estes que transformam e evoluem uma sociedade, não se cresce sozinho, não se desenvolve isoladamente.

As famílias são formadas pela união, as relações sociais são estabelecidas pela solidariedade, as nações são construídas pelo respeito. Basta que cada um esteja vigilante e preocupado com o seu papel, com o exercício e as garantias da sua cidadania, basta que haja cada dia mais a busca para algo melhor, pois, o maior resultado perceptível de uma sociedade evoluída, é a preocupação que cada um tem com seus pares.

É necessário, portanto, mesmo no Estado, no Judiciário e na sociedade uma constante restauração, no sentido de promover as reformas que a sociedade precisa. A reforma mais necessária, todavia, é a interior, pois é a partir dela ocorre toda mudança para melhor, pois dependem exclusivamente da aplicação do nosso próprio esforço.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

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

_____. **Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito penal diferenciado**. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 31 a 88.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda; NETO, Orlando Faccini. **O bem jurídico-penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Informalização dos juizados especiais criminais em Porto Alegre**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com alterações da Lei 12.683/2012**. 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BADARÓ, Jennifer Cristina Ariadne Falk. Lavagem de dinheiro: Estudo crítico da tipificação da modalidade culposa. *In Direito penal econômico: questões atuais*. FRANCO, Alberto Silva e LIRA, Rafael (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 427-464.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BARROS, Marco Antonio. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUDRILLARD, Jean. **Ensaio sobre os fenômenos extremos**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 8 ed., Campinas: Papirus, 2004.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the supreme court at the bar of politics**. 2nd Edition. Yale University Press, New Haven e London, 1986.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 1: parte geral**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Tratado de direito penal, 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos (Lei n. 10,028/2000)**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____.; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTERN COURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da insignificância. *In*: RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. (org). **Análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Forum, 2011, cap. 1, p. 27-37.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. **Pensar a justiça restaurativa no Brasil**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.

_____. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

_____. Decreto-lei n. 3.689, de 3 out. 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 2002.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1984.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1990.

_____, Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1998.

_____. Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dalari. O conceito de política pública em direito. In. BUCCI, Maria Paula Dalari (Org.). **Políticas Públicas reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

CAGLIARI, Cláudia Taís Siqueira. **A prática dos círculos restaurativos como política pública de prevenção ao bullying e ao cyberbullying nas escolas: uma análise a partir da Lei 13.474/2010 (RS) e de sua implantação pelas Coordenadorias Regionais de Educação do Vale do Rio do Pardo e Taquari - RS**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, p. 222. 2014.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Descolonizar o direito na América Latina: o modelo do pluralismo e a cultura do bem-viver**. Chapecó: Argos, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Norfflet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. **Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução Ricardo Pérez Banegal. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

_____. **As misérias do processo penal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed., Campinas: Russell Editores, 2008.

Carta da Costa Rica. Declaração elaborada no SEMINARIO CONSTRUYENDO LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN AMERICA LATINA, ocorrido nos dias 21/25 de setembro de 2005, em Santo Domingo de Heredia – Costa Rica.

Carta de Araçatuba. Carta elaborada pelos integrantes do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, ocorrido nos dias 28/30 de abril de 2005, na Cidade de Araçatuba/SP.

Carta de Brasília. Documento ratificado pelos painelistas e participantes da Conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”, realizada na cidade de Brasília, Distrito Federal, nos dias 14, 15, 16 e 17 de junho de 2005, com base na carta produzida, em abril do corrente ano, no I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado em Araçatuba – SP, em abril de 2005.

Carta de São Luiz. Carta elaborada pelos integrantes do I Seminário Brasileiro de Justiça Juvenil Restaurativa, que aconteceu de 07 a 09 de julho de 2010, em São Luís, capital do estado do Maranhão.

Carta do Recife. Redação elaborada por integrantes e aprovada pelos participantes do II SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, realizado na Cidade do Recife, Estado de Pernambuco - Brasil, nos dias 10, 11 e 12 de abril de 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

_____. **Direito Penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CATÃO, Adrualdo de Lima; Netto, Antonio Alves Pereira; Monteiro, Vítor de Andrade (coord.). **Filosofia do direito na contemporaneidade: pragmatismo jurídico, análise econômica do direito e conectividades**. Curitiba: Juruá, 2014.

CAVALCANTE, Pedro. Descentralização de políticas públicas sob a ótica neoconstitucional: uma revisão de literatura. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro 45(6): 1781-1804, nov./dez. 2011.

CERQUEIRA, Átilio Antonio. **Direito penal garantia & nova criminalidade**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, p. 384 a 394.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução, apresentação e notas André Nascimento. Rio do Janeiro: Revan, 2011.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: SAFE, 1998, pág. 10.

COLET, Charlise Paula; A promoção dos direitos mínimos do cidadão realizada pelas práticas restauradoras: a quebra da cultura excludente e seletiva do sistema penal. *In* CALLEGARI, André Luís (org.). **Direito penal e globalização: sociedade do risco, imigração irregular e justiça restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Comissão de Estudos sobre crime de “lavagem” de dinheiro. **Relatório/Comissão de Estudos sobre crime de “lavagem” de dinheiro**. - Brasília : CJF, 2003.

COSTA, Marli Marlene M. da, COLET, Chalise Paula. A aplicabilidade dos mecanismos restaurativos como forma de participação popular e efetivação da cidadania: a solidificação das redes de cooperação e do capital social. *In* SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Doglas Cesar. (orgs.) **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

DAL RI Júnior, Arno. O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, 2ª reimpressão.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (org.); KLEIN, Vinicius (org.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

DUARTE JÚNIOR, Ricardo César Ferreira, **Agência reguladora, poder normativo e democracia participativa: uma questão de legitimidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

DUGUIT, Léon, 1859-1928. **Fundamentos do Direito**; tradução Márcio Pugliesi – 3. ed. – São Paulo: Martin Claret, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian. **Mediación penal: de La práctica a la teoría**. 1ª ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2005.

ELBERT, Carlos Alberto. **Criminologia latino-americana: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio**. Trad. por Ney Fayet Júnior. São Paulo: LTr, 2002.

ELSTER, JON. **Constitucionalismo e Democracia**. Fondo de Cultura Económica. México, 2001. Capítulo 1, p.33-48.

FALCÓN y TELLA, Maria José. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Newton. **Criminologia integrada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**; prefácio da 1 ed. italiana Norberto Bobbio. 3ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIALDINI, Filipe. Inclusão punitiva: reflexões sobre a tentativa de promover justiça social por meio do Direito Penal Econômico. *In* **Direito penal econômico: questões atuais**. FRANCO, Alberto Silva e LIRA, Rafael (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 05-35.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça: O modelo Zwelethemba de Resolução de conflito. *In*: Slakmon. C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org. **Justiça Restaurativa**, Brasília/DF, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2005.

FUSTEL DE COULANGES, Nunes Denis 1830-1889. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2ª ed. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

GARAPON, Antonie. A justiça reconstrutiva. *In* GARAPON, Antonie; GROS, Frédérie; PECH, Thierry. **Punir em democracia. E a justiça será**. Lisboa: Piaget, 2001.

GICO JR., Ivo T. **Introdução à análise econômica do direito**. In: RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. (org). *Análise econômica do Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 17-26.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Curitiba: Editora Champagnat – PUC-PR; Porto Alegre, RS: EDIPUCRS, 2013.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. 6ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HASSEMER, Winfried. **Neurociência e culpabilidade em Direito Penal**. BUSATO, Paulo César. (organizador.) *Neurociência e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**, tradução de Pablo Rodrigo Afllen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

_____. *Processo penal e direito fundamentais*. In: PALMA, Maria Fernanda. **Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais**. Almedina. pág. 15-23. JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**, tradução André Luís Callegari; colaboração Lúcia Kalil. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. *Justiça para o século 21: Instituinto Práticas Restaurativas: semeando Justiça e Pacificando Violências* [Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República] Leoberto Brancher e Susiâni Silva. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

KHALED Jr., Salah H. **Videogame e violência: cruzadas morais contra os jogos eletrônicos no Brasil e no mundo**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

Lavagem de Dinheiro: legislação brasileira / (organizado por Conselho de Controle de Atividades Financeiras, Federação Brasileira de Bancos. – 3ª Ed.rev. – Brasília: COAF; São Paulo : FEBRABAN, 2014.

Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho 2016/organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

LISZT, Franz von. **A teoria finalista no Direito Penal**. Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN Editora, 2003.

LOPES JR. Aury. **Direito processual penal**. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Maíra Rocha; REFINETTI, Domingos Fernando. (Org.). **Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos: Brasil, Nigéria, Reino Unido e Suíça**. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo: resumo da subversão pós-moderna**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinicius. **Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MÉDICI, Alejandro. **La Constitución Horizontal: teoría constitucional y giro decolonial**. Centro de estudios jurídicos y sociales Mispát, A.C., Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Educación para las Ciencias em Chiapas, A.C, 2012.

MENY, Ives; THOENING, Jean-Claude. **Las Políticas Públicas**. Versión española a cargo de Francisco Morata. Ariel Ciencia Política, p. 19 a 31.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.**; tradução Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronese de Toledo; prefácio Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MESTIERI, João. Controle social e direito penal científico. ZILIO, Jacson, BOZZA Fábio. (orgs.) **Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário**. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

MOCCIA, Sergio. **Aporías normativas en matéria de control penal de la criminalidade económica: La experiencia italiana**. p. 159-175. *In* Crimen y Castigo. Cuaderno del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho. UBA. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2001.

MONTE, Mário Ferreira. **Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa**. BELEZA, Teresa Pizarro, CAEIRO, Pedro e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (org.) **Multiculturalismo e direito penal**. 1ª Ed. Coimbra: Editora Almeida, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Badon de, 1689-1755. **O espírito das leis**. apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. **Mediação & justiça: da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas**. Curitiba: Juruá, 2013.

OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré de. **O direito de punir em Thomas Hobbes**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. 2. ed. revista e ampliada. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1996.

OLSSON, Gustavo André. **Análise Econômica do Direito Penal e Teoria Sistêmica**. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PALLAMOLLA, Raffaella de Porciúncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1 ed. São Paulo IBCCRIM, 2009.

PARKER, L. Lynette. Justiça Restaurativa: um veículo para reforma? *In*: Slakmon. C., R. de Vitto, R. Gomes Pinto, org. **Justiça Restaurativa**, Brasília/DF, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. 2005.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **A Justiça Restaurativa como política pública alternativa ao sistema penal: possibilidade e viabilidade**. 2009. 128 p. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) - Universidade Católica de Salvador, Salvador. 2009.

PEREIRA, Dirce do Nascimento. Administração do direito penal – reflexos da expansão do direito penal nos delitos de “lavagem” de capitais. *In* **Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais**. CÂMARA, Luiz Antonio (Coord.). Curitiba: Juruá, 2009, p. 103 - 138.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada: legitimidade e procedimento: aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado**. 3ed., rev. Curitiba: Juruá, 2016.

PINHO, Rafael Gonçalves de. Justiça Restaurativa: um novo conceito. Disponível em: <http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/justica-restaurativa-um-novo-conceito/> acesso em 18 de agosto de 2018.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 170.

POMA, Juan Hurtado. **Los acuerdos reparatorios la justicia restaurativa em el nuevo processo penal**. Teoría y práctica. Grijley, 2011.

POST, Richard e SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo**. Buenos Aires, Siglo Veinteuno Editores, 2013.

PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. *In*: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Vol. I, parte geral, art. 1 a 120. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT 2006.

_____. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6 ed. ver.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa e experiências brasileiras. *In* SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Doglas Cesar. (orgs.) **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 41-72.

QUINNEY, Richard. **Classe, Estado e crime**. Tradução de Gustavo de Souza Preussler, Jaume Aran, Larissa de Araújo Montes. Curitiba: Íthala, 2016.

REZENDE, Bruno Titz de. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RICOEUR, Paul. **O justo ou a essência da justiça**; tradução de Vasco Casiniro. Lisboa: Instituto Paiget, 1995.

RÍOS, Sánchez Rodrigo. **Direito penal econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Um réquiem para a justiça estatal? A crise de jurisdição e os meios alternativos de resolução de conflitos em matéria penal. *Diké Revista*, vol.6, n. 1. 2017. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/dike/article/view/4101/3880>. Acesso em: 05 outubro de 2018.

_____; SILVA, Victor Cezar Rodrigues da. Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissos impróprios: algumas reflexões críticas. *In* Acácio Miranda da Silva Filho...[et. al.]; organização: Paulo Cesar Busato, Priscilla Pracha Sá, Gustavo Brita Scandelari. **Perspectiva das ciências criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. René Ariel Dotti**. 1 ed.. Rio de Janeiro: LMJ. Mundo Jurídico. 2016. pág. 524-557.

RIZZO, Maria Balbina Martins de. **Prevenção à Lavagem de Dinheiro nas Instituições do Mercado Financeiro**. São Paulo: Trevisan Editora, 2013.

ROBERT, Philippe. **Sociologia do Crime**; tradução de Luiz Alberto Salton Peretti. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

ROJT, Julio M. **Fundamentos del derecho penal constitución del derecho penal**. Buenos Aires: Editora Quorum, 2004.

ROLIM, Marcos. Justiça Restaurativa: para além da punição. *In* **Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos?** Porto Alegre, IAJ, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1712-1778. **Do Contrato Social: princípios de direito político**; tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella – 2 ed. rev. da tradução – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e tradução de CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013.

_____, **Derecho Penal**. Parte General, Tomo I. Tradução de la 2 ed., PEÑA, Diego-Manuel Luzón; CONLLEDO, Miguel Díaz y Garcia; REMESAL, Javier de Vicente. Madri: Rodona, 2006.

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

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SANTOS, Robson Fernando. **Justiça restaurativa: um modelo de solução penal mais humano**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, p. 119. 2011.

SCHULZE, Clenio Jair; BONIFÁCIO, Ivan. **Campeão mundial de judicialização**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/campeao-mundial-de-judicializacao-por-clenio-jair-schulze-e-ivan-bonifacio/>. Acesso em: 19 de novembro de 2015.

SCURO NETO, Pedro. **Por uma justiça restaurativa: real e possível**. Revista da AJURIS, Porto alegre, v. 32, nº 99, set. 2005. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lúmen Iris Editora, 2007.

SILVA, Cesar Antonio da. **Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SILVA, Roberto de Abreu e. **A sentença penal condenatória e reparação de danos**. Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bitcoin e suas fronteiras penais: em busca do marco penal das criptomoedas**. Belo Horizonte: D'Placido Editora, 2018.

SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. **Justiça Restaurativa** (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

SONTAG, Ricardo. Lei penal e exemplaridade econômica: A execução das penas como extensão dos enunciados legislativos em Jeremy Bentham. *In*: Dal Ri Júnior. Arno. **Illuminismo e direito penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 69-114.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, no. 16, jun/dez 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**, 4ª ed. São Paulo: Método, 2018.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. 1 ed. (ano 2003), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TAYLOR, Matthew M. Taylor. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Dados: Rio de Janeiro, vol.50 no.2, 2007.

TEIXEIRA, Marcelo Markus. **Notas preliminares sobre a história da arbitragem comercial privada no Brasil: em busca de uma autonomia (séc. XIX - séc. XX)**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b0b36c71ef0a1553>. Acessado em 12 de Setembro de 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Violência Doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente - uma leitura interdisciplinar**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infracional**. Florianópolis: Habitus, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILARES, Fernanda Regina. Medidas assecuratórias na lei de lavagem de dinheiro. *In* **Direito penal econômico: questões atuais**. FRANCO, Alberto Silva e LIRA, Rafael (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Zahar, 2001.

WARAT, Luis Alberto. Pensemos em algo diferente em matéria de mediação. *In* SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Douglas Cesar. (orgs.) **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 297-316.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: O ofício do mediador**. Vol. III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimação do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 5ª edição, 2010.

_____, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, 2011.

_____. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.