

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUILHERME CARVALHO PASSOS

**O PARADIGMA RESTAURATIVO: UMA ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA PARA
LIDAR COM CONFLITOS PENAIIS**

CURITIBA

2021

GUILHERME CARVALHO PASSOS

**O PARADIGMA RESTAURATIVO: UMA ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA PARA
LIDAR COM CONFLITOS PENAIIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Área de concentração: Socioambiental, da Escola de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Claudia Maria Barbosa.

CURITIBA

2021

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Pamela Travassos de Freitas – CRB 9/1960

P289p
2021

Passos, Guilherme Carvalho
O paradigma restaurativo : uma alternativa democrática para lidar com conflitos penais / Guilherme Carvalho Passos ; orientadora: Claudia Maria Barbosa. – 2021.
128 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2021
Bibliografia: f. 121-128

1. Direito penal. 2. Democracia deliberativa. 3. Direito e política. 4. Justiça restaurativa. 5. Poder judiciário. I. Barbosa, Claudia Maria. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.5

GUILHERME CARVALHO PASSOS

**O PARADIGMA RESTAURATIVO: UMA ALTERNATIVA DEMOCRÁTICA PARA
LIDAR COM CONFLITOS PENAIIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: socioambiental, da Escola de Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Dra. Claudia Maria Barbosa – Orientadora
PUC/PR

Dra. Amélia do Carmo Sampaio Rossi
PUC/PR

Dra. Daniela Marques de Moraes
Universidade de Brasília

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora Professora Claudia Barbosa por todo aprendizado, acompanhamento e revisão desde o início da elaboração da presente dissertação e pela paciência com o seu autor.

À minha família por tudo.

Aos amigos que fiz no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e que foram fundamentais para elaboração deste trabalho: Lucas Troyan, Camila Marques, Antonio Krelling, Maria Claudia Stansky, Nicolle Sayuri, Daniel Freitas, Letícia Salles, Ariê e Miriam.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná pela bolsa destinada aos ex-alunos da graduação, a qual possibilitou eu realizar o mestrado na instituição.

Aos Professores André Giamberardino, Glauca Orth, Mario Edson Fischer e Raffaella Pallamolla pelas lições e fornecimento de materiais que contribuíram muito ao presente trabalho e por me ajudarem a acreditar em uma forma mais inclusiva de se fazer justiça.

Ao Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição – NUPIA do Ministério Público pelo envio de documentação que possibilitou a realização de análise sobre a utilização de justiça restaurativa em um caso concreto.

Aos amigos Germano, Gregório, Maria Eduarda e Briana.

A Deus ou ao destino por ter colocado todas as pessoas citadas nos parágrafos anteriores na minha vida. Sem elas este trabalho não existiria.

“Tudo o que favorece o estreitamento dos
vínculos emocionais entre os homens
deve atuar contra a guerra.”
Albert Einstein em carta a Sigmund Freud,
30 de julho de 1932.

Nós somos o outro do outro.
(Autor desconhecido, mas frase muito dita
por José Saramago e constante nas
escadarias da Fundação José Saramago,
em Lisboa, Portugal).

RESUMO

No tratamento de parte relevante de conflitos na esfera penal no Brasil, há um contraste marcante entre a “ausência” das partes e o protagonismo do juiz, do promotor e do advogado de defesa, como atores do sistema de justiça. A hipótese investigada é de a justiça restaurativa, porque baseada no pressuposto de efetiva participação dos afetados na construção de soluções, consiste em uma alternativa mais adequada ao paradigma tradicional de solução de conflitos na esfera penal. Para investigar essa hipótese, analisa-se o modelo restaurativo a partir da teoria democrática de Carlos Nino, na qual participação e deliberação dos cidadãos podem favorecer soluções mais democráticas e legítimas a problemas sociais. Procede-se a uma investigação de base sociojurídica assentada no método hipotético-dedutivo com prioridade a um estudo bibliográfico, combinando-o ao final com uma análise documental sobre um caso de justiça restaurativa na cidade de Curitiba. Aborda-se a justiça restaurativa, apresentando seus princípios, valores e movimentos que contribuíram para o seu surgimento, analisa-se alguns elementos de contato entre a teoria democrática de Carlos Nino e a justiça restaurativa, relata-se sobre como ocorreu a implementação da justiça restaurativa no Brasil, exemplificando-a. Conclui-se que o paradigma restaurativo pode favorecer a construção de decisões mais democráticas do que as proferidas pelo sistema penal atual, bem como que ela contribui para o fortalecimento da democracia, mas a forma como ela é praticada no Brasil ainda limita seus potenciais efeitos na esfera penal.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Democracia deliberativa. Política Judiciária.

Poder Judiciário.

ABSTRACT

The traditional path to deal with the conflicts in the criminal sphere in Brazil is marked by a contrast between the “absence” of the parties and the role of the judge, the defense attorney and the lawyer as actors in the justice system. Our hypothesis is that restorative justice, because it's based on the assumption of the effective participation of those affected in the construction of solutions, consists of a more adequate alternative to the traditional paradigm of conflict resolution in the criminal sphere. To investigate this hypothesis, we analyze the restorative model according to the democratic theory of Carlos Nino, according to which citizen participation and deliberation can favor a more democratic and legitimate solutions to social problems. We realize a socio-legal investigation based on the hypothetical-deductive method and carried out to a bibliographic study which at the end combines a documentary analysis of a case of restorative justice in the city of Curitiba. We start explaining restorative justice, its principles, values and movements that contributed to its emergence. Secondly, we consider some elements of contact between Carlos Nino's democratic theory and restorative justice. In the last session we analyze some regional programs to implement restorative justice has in Brazil and the example of Curitiba. We conclude that the restorative paradigm can favor the construction of more democratic decisions than those made by the current penal system, as well as that it contributes to the strengthening of democracy. On the other hand, the way how it is practiced in Brazil still limited its benefits for the treatment of conflicts in penal sphere in Brazil.

Keywords: Restorative justice. Deliberative Democracy. Judicial Policy. Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. O PARADIGMA RESTAURATIVO PARA LIDAR COM CONFLITOS	11
1.1 O (RE)SSURGIMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	11
1.2 A (NÃO) DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	27
1.3 VALORES E PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	31
1.4 PRÁTICAS RESTAURATIVAS	38
2. A TEORIA DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA DE CARLOS NINO NO ÂMBITO PENAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA	51
2.1 BREVE ABORDAGEM DE TEORIAS DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS	51
2.1.1 A teoria democrática deliberativa de Carlos Nino: o construtivismo epistemológico	62
2.1.2 A democracia e a participação popular no âmbito penal	68
2.2 CORRELAÇÕES ENTRE A TEORIA DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA	78
2.2.1 Os valores da democracia deliberativa e da justiça restaurativa	78
2.2.2 A justiça restaurativa como fortalecedora da democracia	82
3. A IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL	90
3.1 O PROCESSO DE INFORMALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO BRASIL E A EXPERIÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.....	90
3.2 O INÍCIO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL.....	97
3.2.1 O projeto-piloto de Porto Alegre: Justiça para o século 21	98
3.2.2 O projeto-piloto de São Caetano do Sul: justiça restaurativa no juizado da infância e da juventude	100
3.2.3 O projeto-piloto de Brasília: mediação vítima-ofensor nos juizados especiais criminais	102
3.3 A COMPATIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS PENAIS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	108
3.4 ESTUDO DE CASO: A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA CIDADE DE CURITIBA EM CASO ENVOLVENDO O CRIME DE ROUBO.....	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS	119
REFERÊNCIAS	121

INTRODUÇÃO

Na sociedade de risco¹ do século XXI, diversas modalidades de conflitos interpessoais se multiplicam. O Estado, contudo, usualmente continua a oferecer idêntica resposta e forma de reprovação para diferentes tipos de conflitos: a pena privativa de liberdade fixada por um membro do Poder Judiciário, o Juiz.

A predominância dessa resposta pode ser constatada pelos números de presos provisórios (209.257), cumprindo pena em regime fechado (344.773), semiaberto (101.805) e aberto (43.325) ou medida de segurança (2.696), totalizando 701.856 pessoas privadas de liberdade,² sendo boa parte delas vivendo em um estado de coisas inconstitucionais³, conforme caracterizou o Supremo Tribunal Federal ao analisar a situação carcerária brasileira. Ressalta-se que tais números cresceram nas últimas décadas, mesmo com as intensas críticas da doutrina e de algumas pequenas alterações na legislação, como a criação das infrações penais de menor potencial ofensivo com os respectivos benefícios penais e das penas restritivas de direito.

Ocorre que, além de sua ineficiência em atingir os fins declaradamente propostos, conforme comprovado pelas altas taxas de reincidência, manutenção dos elevados índices de violência e ocorrência de diversas rebeliões no interior de presídios⁴, essa forma de reprovação tem sido objeto de diversas outras críticas pela

¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 23.

² Levantamento fornecido pelo **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional** referente ao período de Janeiro a Junho de 2020. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiMjU3Y2RjNjctODQzMj00YTE4LWUwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em 05 de março de 2021.

³ O referido termo, utilizado primeiramente pela Corte Constitucional da Colômbia, de acordo com Katya Kozicki e Bianca Van der Brocke, inova na substância em razão da “efetiva proteção de direitos fundamentais de um determinado grupo social, massivamente e reiteradamente violados.” e tem sido utilizado no referido país para “a solução de demandas que visam dar efetividade a direitos fundamentais constitucionalmente previstos, por meio da atuação coordenada de diversos atores políticos, a partir da adoção de “medidas estruturais”.” KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 53, p. 147-181 jul./ dez. 2018. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%206%20direito%2053.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020

⁴ Selma Santana e Carlos Santos destacam que a ocorrência, no ano de 2017, de rebeliões violentas no interior de penitenciárias do Rio Grande do Norte, Amazonas e Roraima que deixaram dezenas de mortos demonstram a capacidade de o sistema carcerário gerar violência extrema e são consequências da escolha do paradigma retributivo e do encarceramento em massa, os quais inserem a prisão como a resposta principal a prática de uma conduta tipificada como crime. In: SANTANA, Selma Pereira; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. A justiça restaurativa como política pública alternativa ao

doutrina: a sua seletividade, seu reduzido grau de legitimidade democrática e a pouca observância dos direitos humanos na sua aplicação são alguns dos elementos que indicam a necessidade e urgência de uma revisão desta situação.⁵

A seletividade pode ser comprovada quando se verifica que a grande população carcerária brasileira possui cor, classe social e nível de instrução definidos. A falta de legitimidade democrática, por sua vez, se deve à ausência de participação dos afetados pelo conflito penal na construção da decisão do que fazer a partir do acontecimento, bem como pelo fato de os juízes também possuírem cor, classe social e nível de instrução definidos, e esses fatores serem usualmente diferentes das pessoas que em regra são afetadas pelas suas decisões.

Neste contexto, nas últimas duas décadas começou a ser aplicada no Brasil uma forma alternativa ao modelo tradicional penal de resolução de conflitos tipificados como crime: a justiça restaurativa, a qual vem sendo implementada pelo Poder Judiciário, mas não somente por ele, também com o auxílio de Estados, Municípios e Ministério Público, como uma política pública.

Em uma investigação de base sócio-jurídica assentada no método hipotético-dedutivo que prioriza o estudo bibliográfico, combinando-o ao final com uma análise documental sobre um caso de justiça restaurativa na cidade de Curitiba, busca-se contribuir para uma mudança de paradigma na solução de conflitos penais no Brasil.

A hipótese investigada é de que a justiça restaurativa consiste em uma alternativa mais adequada para lidar com o conflito penal, quando comparada ao paradigma tradicional, porque seus pressupostos de participação e deliberação direta dos cidadãos na resposta aos conflitos favorece o encontro de soluções por uma via mais democrática. Os pressupostos de participação e deliberação são analisados no marco da teoria democrática do jurista argentino Carlos Santiago Nino, que consiste em aporte teórico para esta pesquisa.

O desenvolvimento da pesquisa aborda, inicialmente, a justiça restaurativa, apresentando os movimentos que contribuíram para seu surgimento, em especial o abolicionismo penal, os que defendem as vítimas e o comunitarismo. Em seguida

encarceramento em massa. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília: Uniceub, v. 8, n. 1, pp. 21-24, abril, 2018, p. 22.

⁵ GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: por una refundación democrática del derecho penal. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. 2016.

serão apresentadas as tentativas de delimitação do que é a justiça restaurativa, bem como seus principais valores e princípios.

Na segunda parte do trabalho, serão expostas algumas teorias democráticas, enfatizando-se a teoria epistêmica da democracia formulada pelo jurista Carlos Santiago Nino, a qual defende a deliberação coletiva como modo mais legítimo para tomada de decisão política. Na continuidade, discorrer-se-á sobre a possibilidade de uma maior participação cidadã sobre assuntos que envolvem direito penal, bem como realizar-se-á uma análise sobre possíveis correlações entre a justiça restaurativa e a teoria democrática de Carlos Nino e como a aplicação desse paradigma de justiça pode fortalecer a democracia.

Por fim, será relatado como ocorreu a implementação da justiça restaurativa no Brasil, analisando o período em que a antecedeu, com a criação dos juzizados especiais criminais, e os projetos piloto desenvolvidos nas cidades de Porto Alegre, São Caetano do Sul e Brasília. Verificar-se-á a compatibilidade da justiça restaurativa com o atual ordenamento jurídico brasileiro, bem como será apresentado um estudo de caso sobre a aplicação da justiça restaurativa na cidade de Curitiba diante de uma situação envolvendo o crime de roubo, verificando se pela forma como foi conduzida a prática restaurativa é possível afirmar que ela possuiu uma maior legitimidade democrática do que o sistema penal formal, bem como se ela contribui para o fortalecimento da democracia.

Desta forma, espera-se contribuir para discussões sobre uma forma mais democrática que o Estado e a sociedade podem adotar para reagir a um conflito tipificado em lei como crime, qual seja, a justiça restaurativa.

1. O PARADIGMA RESTAURATIVO PARA LIDAR COM CONFLITOS

1.1 O (RE)SSURGIMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O monopólio estatal para lidar com as condutas delituosas que impõe um sofrimento ao indivíduo como retribuição a uma violação da lei, conforme funciona o sistema de justiça penal moderno, não é algo inerente à organização das sociedades ou o modelo dominante ao longo da história. Igualmente, o modo como o crime é compreendido não é algo natural, sendo que o atual processo penal moderno é decorrente de um processo histórico, sendo que o caminho foi moldado e estruturado durante séculos “conforme os interesses dominantes e as peculiaridades de cada sociedade”.⁶

Em realidade, outros modelos de justiça preponderaram na maior parte da história.⁷ Dentre os modelos diversos à retribuição, Zaffaroni destaca a existência de sociedades nas quais em substituição a um poder punitivo, havia um poder social que obrigava o ofensor reparar a ofensa ao ofendido. Como exemplo, o autor cita que, após a dissolução do Império Romano, os germânicos utilizavam soluções reparadoras em resposta aos conflitos. No caso de uma agressão, o ofensor era isolado em um asilo para evitar que fosse objeto da vingança impulsiva, e, durante o isolamento, os chefes dos clãs do agressor e do ofendido se reuniam para decidir como o primeiro clã deveria reparar o segundo.⁸

Daniel Achutti aponta que foi no século XII, na Europa que houve a grande mudança “nas relações de poder entre os homens, a partir do ‘confisco do conflito à vítima’ e do surgimento do Estado como principal afetado pelas condutas delituosas”⁹. Assim, a resolução dos conflitos deixou de ser realizada pelos indivíduos ou pelos

⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51.

⁷ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 93.

⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. Coord. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42 e 62.

⁹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47.

chefes dos clãs, e passou a ser função de especialistas, denominados juízes, sendo que uma das partes, a vítima, foi substituída pelo soberano.¹⁰

Não por acaso, tal período é aquele em que se iniciou a centralização do poder político e a formação das monarquias absolutistas europeias. O ressurgimento¹¹ do poder punitivo foi um dos elementos fundamentais para a verticalização da sociedade e a respectiva centralização do poder político e seu declarado objetivo de garantir a segurança dos súditos foi uma das justificativas para que estes entregassem a liberdade ao soberano.

Junto à centralização do poder político no soberano, houve a assunção do poder exclusivo para lidar com os danos praticados entre os súditos, atos que passaram a se constituir não como uma ofensa individual, mas uma infração ao soberano, conforme observa Michel Foucault:¹²

Assim, na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração. A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano. A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval. Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação interindividual dos litígios da Alta Idade Média.

A alteração do crime como um dano a indivíduos para uma ofensa em face do soberano constituiu “um ponto chave no programa monárquico de dominação de seus povos.”¹³

Com a substituição da noção de dano por infração e a alteração do sujeito passivo do ato do ofendido para o Estado, enfatizou-se a necessidade do ofensor prestar contas ao Estado ao invés de reparar os danos sofridos pelas pessoas afetadas por sua conduta,¹⁴ como ocorria anteriormente:¹⁵

¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. Coord. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

¹¹ Zaffaroni defende que o poder punitivo conhecido atualmente apareceu e desapareceu ao longo da história da humanidade, tendo se originado em Roma, sendo fortalecido durante a Roma Imperial e após a dissolução do Império Romano renasceu nos séculos XII e XIII. *Ibidem*, p. 42

¹² FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad. Roberto Machado, Eduardo Moraes, Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003 [1973], p. 66 *apud* GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 100.

¹³ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51.

¹⁴ *Ibidem*, p. 48.

¹⁵ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 95.

Até a Idade Moderna o crime era visto primariamente num contexto interpessoal. A maior parte dos crimes era retratada essencialmente como um mal cometido contra uma pessoa ou como um conflito interpessoal. (...) o que importava na maior parte dos delitos era o dano efetivamente causado, e não a violação de leis ou da ordem social e moral enquanto abstração. Os males cometidos criavam obrigações e dívidas que de alguma forma tinham que ser cumpridas e saldadas. (...) Vítimas e ofensores, bem como parentes e a comunidade, desempenhavam papel vital no processo.

Enquanto o ofendido e suas necessidades eram afastados da resolução do caso, o ofensor tornava-se apenas um objeto, conforme se percebe da própria origem da palavra réu, derivada do latim *res*, que significa coisa¹⁶. Em consequência, o indivíduo ao qual era atribuída uma conduta delituosa se encontrava em uma posição de total subordinação, sem nenhuma garantia, motivo pelo qual era frequente o uso de métodos de tortura para extrair confissão.¹⁷

Após o iluminismo e com a queda das monarquias absolutistas, os delitos deixaram de ser atentados contra o rei soberano e passaram a ser contra Estado e a ordem soberana, motivo pelo qual costuma-se dizer que o sujeito passivo principal de todos os crimes é o Estado, sendo a efetiva vítima somente sujeito passivo eventual.¹⁸

No século XIX, influenciado pelo iluminismo, bem como pela revolução industrial, conforme apontado por Foucault, o cárcere se tornou a pena mais utilizada, substituindo as penas corporais que eram anteriormente impostas e outras penas proporcionais.¹⁹

Há uma crença que a apropriação dos conflitos pelos Estado foi necessária para racionalizar e humanizar as reações frente às condutas delituosas, impedindo a aplicação de penas cruéis motivadas pela vingança privada. A centralização do poder punitivo, contudo, seja na figura do soberano ou da igreja possibilitou a aplicação de diversas penas cruéis. Howard Zehr observa que:²⁰

Normalmente pensamos no passado como um período dominado pela justiça 'privada'. A justiça privada é caracterizada como vingança pessoal, muitas vezes descontrolada e brutal. A moderna justiça pública, ao contrário, é vista como um processo controlado: mais humano, mais equilibrado, menos punitivo. Presumimos que as prisões são menos punitivas e mais modernas

¹⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

¹⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 102.

¹⁸ Ibidem, p. 106-107.

¹⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 30

²⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 94.

do que aquilo que ocorria antes. Segundo essa perspectiva, teríamos nos tornados mais civilizados e racionais na administração da justiça e da punição. Mas a realidade se revela mais complexa do que esse quadro convencional sugeriria.

André Giamberardino, aponta que:²¹

é necessário superar a crença na humanização dos sistemas penais e na suposição de uma evolução nas formas de punir ao longo da história. Em sua base, sobrevive um mito segundo o qual a suposta superação da crueldade das penas estaria ligada à substituição da 'vingança privada' pelo 'monopólio estatal' da punição, ou seja, estaria diretamente ligada à exclusão da participação ativa dos sujeitos do conflito. Historicamente, trata-se de premissa absolutamente equivocada, na medida em que o momento da publicização do suplício remete justamente ao processo de concentração do 'poder de punir'.

Este autor observa que a crítica à visão de evolução das formas de punir não impede o reconhecimento de importantes contribuições humanitárias à justiça penal decorrentes do iluminismo, como a proibição da tortura e o devido processo legal com as garantias asseguradas ao cidadão em face do arbítrio estatal. Reconhecer as contribuições humanitárias do iluminismo, contudo, não significa que com uma maior participação das partes envolvidas no ato delituoso, haveria a 'retomada da vingança', a 'privatização dos conflitos' ou a 'mitigação de garantias processuais'.²²

Ainda, Giamberardino ressalta que ao se analisar criticamente o desenvolvimento do poder punitivo e seu monopólio pelo Estado, não se está romantizando o passado, "especialmente o período da 'justiça penal negociada', entre os séculos XI e XIII, como uma espécie de 'paraíso perdido'", mas reconhecendo-se que "as formas jurídicas típicas desse período caracterizam-se por seu caráter comunitário e fundado no pertencimento, com predomínio da oralidade e lugar importante à iniciativa do ofendido."²³

Na segunda metade do século XX, diversos movimentos contribuíram para consolidação de um forte questionamento sobre o funcionamento da justiça penal, caracterizado pelo monopólio estatal e a imposição de sofrimento²⁴ em resposta à prática de um delito, e o surgimento de diversos programas que defendiam a utilização

²¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 98.

²² Ibidem, p. 99.

²³ Ibidem, p. 100.

²⁴ Segundo André Giamberardino, "a inflição intencional de castigo ou sofrimento faz parte da definição de pena". Ibidem, p. 133. No mesmo sentido, Joel Feinberg: "Punishment is defined, in effect, as the infliction of hard treatment by na authority on a person for his prior failing in some respect usually an infraction of a rule or comand." In: FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. **Monist**, 49:3, 1965, p. 397-423, p. 397.

de um outro paradigma para lidar com os atos tipificados como crimes, o qual posteriormente ficou conhecido como *justiça restaurativa*. Em realidade, fala-se em ressurgimento de práticas restaurativas ou de institucionalização, tendo em vista que práticas consideradas atualmente como restaurativas já existiam em tradições de povos originários do Ocidente e do Oriente, nas quais os princípios da justiça restaurativa orientavam os procedimentos de justiça comunitária.²⁵

Dentre os movimentos que influenciariam a criação de programas restaurativos no referido período, pode-se afirmar que os mais importantes foram: (a) movimentos dos direitos das vítimas, (b) abolicionismo penal; e, (c) comunitarismo.²⁶

a) O movimento dos direitos das vítimas

Anteriormente ao surgimento dos primeiros programas restaurativos nos anos setenta e oitenta, diversos autores defendiam a inclusão dos interesses das vítimas na agenda pública.²⁷ Pretendiam que fosse disponibilizada maior atenção aos direitos e necessidades das vítimas, tendo em vista que foram esquecidas pelo direito material e processual moderno, com o Estado sendo colocado como sujeito passivo de todos os delitos.

Observa-se que a preocupação da pesquisa científica com as vítimas se iniciou em 1948, com a obra “The criminal and his victim”, de Von Henting, a qual se imputa como origem da vitimologia. Junto com Mendelsohn (1974), integra a primeira fase da vitimologia acadêmica,²⁸ quando “constitui-se um saber específico sobre as vítimas.”²⁹

Tais autores, contudo, foram objeto de várias críticas pelo caráter positivista e por apontar supostas contribuições da vítima ao delito. O traço positivista dos autores é percebido por buscarem causas (biológicas, antropológicas e sociais) que contribuam para alguém se tornar vítima de um crime, não se compatibilizando, portanto, com as reivindicações dos movimentos das vítimas surgido nos anos 60 e 70 e com forte contribuição da segunda onda do movimento feminista, que se voltavam ao tratamento que era oferecido às vítimas pelo sistema criminal.³⁰

²⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 36

²⁶ Ibidem, p. 36

²⁷ Ibidem, p. 47.

²⁸ Ibidem, p. 47-48.

²⁹ GARAPON, Antoine. A justiça reconstitutiva. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia. E a justiça será**. Lisboa: Piaget, 2001, p. 258.

³⁰ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 48.

Raffaella Pallamolla aponta que o movimento das vítimas, contudo, não possuía, e tampouco atualmente possui, “uniformidade em relação ao papel do sistema de justiça criminal na preservação dos direitos das vítimas.”³¹ Alguns grupos de direitos das vítimas entendem ser o sistema de justiça criminal essencial para a preservação de seus direitos, e, de forma oposta, outros grupos o consideram dispensável e, inclusive, prejudicial na busca da concretização das suas reivindicações.

A autora cita como exemplos de grupos que defendiam um maior endurecimento do direito penal, alguns grupos feministas, nos anos 80, por “reivindicar a proteção das mulheres por meio do direito penal e acreditar que o tratamento penal de uma questão social surtiria efeito positivos.”³²

Apesar da heterogeneidade dos movimentos de vítimas, Green enumera quatro aspectos que indicam a direção e as mudanças do movimento de vítimas desde os anos 60: “1) o apoio e assistência às vítimas; 2) as experiências das vítimas na justiça criminal; 3) compensação da vítima pelo Estado; 4) reparação da vítima pelo ofensor.”³³

Desta forma na década de sessenta, o estudo positivista da primeira fase da vitimologia foi substituído pela análise dos processos de vitimização: “o sentimento de desamparo à vítima, seu desamparo efetivo, bem como a sensação de alienação efetiva da vítima no sistema penal.”³⁴

A vitimologia, assim, começou a se preocupar com a vitimização secundária, resultante do afastamento da vítima na solução do caso no processo penal, recebendo poucas informações sobre seus direitos e atenção às suas necessidades. Verificou-se que no sistema penal a vítima é ignorada, sendo somente chamada para prestar depoimento, inclusive podendo ser objeto de condução coercitiva em alguns sistemas penais, como o brasileiro.³⁵

³¹ Ibidem, p. 49.

³² Ibidem, p. 49.

³³ GREEN, Simon. The victims' movement and restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel. **Handbook of restorative justice**, Cullompton, UK; Portland, USA: Willian publishing, 2007, pp. 171-191, p. 172. *apud* PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. p. 50

³⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 50.

³⁵ Código de Processo Penal: “Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa

O sistema penal moderno, portanto, não se preocupa em ouvir as necessidades da vítima e tampouco que no acerto do caso penal a opinião dela seja considerada, sendo que muitas vezes ela deseja somente que seja ressarcida pelo dano provocado pelo ofensor, um pedido de desculpas ou explicações do ofensor sobre o porquê de ter praticado o ato.

Rafaella Pallamolla observa que os movimentos em defesa das vítimas foi um dos grandes influenciadores dos movimentos para a justiça restaurativa, mas que não há uma vinculação integral entre os dois movimentos.³⁶

Por fim, é preciso destacar que a vinculação da justiça restaurativa com o movimento das vítimas e a vitimologia, não é total. Não há dúvida que existem pontos de contato, como por exemplo o incentivo à mediação e à reparação; contudo, a relação entre estes movimentos deve ser analisada com cuidado, pois o 'movimento vitimista inspirou a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossou seus princípios nem participou diretamente do seu advento.' Ou seja, não é correto afirmar que a justiça restaurativa seja um movimento restrito às vítimas, visto que se preocupa com estas, mas também com o ofensor e a comunidade envolvida no conflito.

Nos anos oitenta, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou pela sua resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, a qual incentiva os Estados-membros adotarem diversas medidas para reduzir a vitimização. Segundo o artigo primeiro do anexo da referida declaração entendem-se por "vítimas da criminalidade":³⁷

as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

indicar, tomando-se por termo as suas declarações. § 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade."

³⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 53.

³⁷ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca virtual de direitos humanos. **DECLARAÇÃO DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS DE JUSTIÇA RELATIVA ÀS VÍTIMAS DA CRIMINALIDADE E DE ABUSO DE PODER**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em 24 out. 2020.

No artigo segundo, por sua vez, estende-se o conceito para além da vítima direta, podendo ser enquadrar familiares próximos e as pessoas que tenham sofrido prejuízos ao auxiliar a vítima direta:³⁸

(...) O termo "vítima" inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.

A declaração dispõe sobre a necessidade de as vítimas serem tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade, bem como que deve ser a elas assegurado o direito ao acesso às instâncias judiciais e uma rápida reparação do prejuízo sofrido, conforme disposição da legislação nacional. Para tanto, prevê a declaração que devem ser criados ou reforçados “mecanismos judiciais e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação através de procedimentos, oficiais ou oficiosos, que sejam rápidos, equitativos, de baixo custo e acessíveis.”

Além disto, a declaração destaca o dever de aprimoramento na capacidade do aparelho judiciário e administrativo para responder às necessidades da vítima, “permitindo que as opiniões e as preocupações das vítimas sejam apresentadas e examinadas nas fases adequadas do processo, quando os seus interesses pessoais estejam em causa, sem prejuízo dos direitos da defesa e no quadro do sistema de justiça penal do país”.

Por fim, o artigo 7º do anexo da referida declaração dispõe sobre o dever de utilização de meios extrajudiciais de solução de conflitos, citando a “mediação, a arbitragem e as práticas de direito consuetudinário ou as práticas autóctones de justiça, que se revelem mais adequados, para facilitar a conciliação e obter a reparação em favor das vítimas.”

Conforme se observará na análise dos princípios e os valores da justiça restaurativa mais adiante no presente trabalho, a valorização da vítima e de suas demandas tratam-se de elementos centrais da justiça restaurativa, motivo pelo qual

³⁸ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca virtual de direitos humanos. **DECLARAÇÃO DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS DE JUSTIÇA RELATIVA ÀS VÍTIMAS DA CRIMINALIDADE E DE ABUSO DE PODER.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em 24 out. 2020.

os movimentos de direito das vítimas podem ser considerados uma das grandes influências para o ressurgimento do paradigma restaurativo.

b) O movimento abolicionista penal

Além dos movimentos voltados às vítimas, nos anos setenta e oitenta consolidaram-se diversas correntes da criminologia crítica, as quais contrapõem-se com a criminologia positivista.³⁹

Daniel Achutti observa que referidas correntes convergiam na inconformidade com o funcionamento do sistema penal, contudo apresentavam várias divergências nas proposições. O autor, dentre as correntes, destaca três como sendo as mais importantes, o *abolicionismo penal*, o *realismo de esquerda* e o *garantismo penal*, apontado a primeira como sendo a “mais contundente crítica ao sistema penal e que, ao mesmo tempo, possui fundamental importância para o vigor acadêmico da justiça restaurativa.”⁴⁰

Destaca o referido autor que criminólogos se apresentaram como abolicionistas pela primeira vez em 1983, no IX Congresso Mundial de Criminologia, em Viena, mas que, embora não existisse academicamente um movimento abolicionista até a referida data, desde os anos sessenta, autores como Nils Christie (1928-2015), Professor do Departamento de Criminologia e Sociologia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Oslo, Noruega, Louk Hulsman (1929-2009), Professor de Direito Penal na Universidade de Rotterdam, Holanda, e Thomas Mathiesen (1993), Professor de Sociologia Jurídica na Universidade de Oslo, escreviam abordando o abolicionismo penal.⁴¹

Resultado de políticas contraculturais dos anos 1960, o abolicionismo possui como objetivo a construção de uma crítica com força para deslegitimar de forma radical o sistema carcerário e a lógica punitiva, e propõe uma forma diversa de lidar com os fatos que são tipificados como crime.⁴² Parte da premissa que não existe uma realidade ontológica do crime,⁴³ e que tal conceito se trata de uma construção social

³⁹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89.

⁴⁰ Ibidem, p. 90.

⁴¹ Ibidem, p. 93

⁴² Ibidem, p. 91

⁴³ HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson (org). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, págs: 35-68, p. 44.

e por esse motivo, também pode ser objeto de uma desconstrução⁴⁴. Louk Hulsman defende que para ocorrer uma mudança de paradigma, há inclusive que se substituir a utilização da palavra crime por outros termos, afirmando que:⁴⁵

não conseguiremos superar a lógica do sistema penal, se não rejeitarmos o vocabulário que a sustenta. As palavras crime, criminoso, criminalidade, política criminal etc. ...pertencem ao dialeto penal, refletindo a priori do sistema punitivo estatal. (...) o acontecimento qualificado como 'crime', desde o início separado do seu contexto, retirado da rede real de interações individuais e coletivas, pressupõe um autor culpável; o homem presumidamente 'criminoso', considerado como pertencente ao mundo dos 'maus', já está antecipadamente proscrito. (...) Falar de 'atos lamentáveis', 'comportamentos indesejados', 'pessoas envolvidas', 'situações problemáticas', já seria um primeiro passo no sentido de se formar uma nova mentalidade, derrubando as barreiras que isolam o acontecimento e limitam as possibilidades de resposta (...). Livre da compartimentalização institucional, uma linguagem aberta facilitaria o surgimento de novas formas de enfrentar tais situações.

Os abolicionistas são contrários à legislação penal ser utilizada como controle social, afirmando que o sistema penal resulta em mais malefícios do que benefícios, motivo pelo qual deve ser abolido. Para os abolicionistas, o castigo não é a forma apropriada para responder a um delito e que o “sistema inteiro foi criado para perpetuar uma ordem social injusta, seletiva e estigmatizante.”⁴⁶

Louk Hulsman afirma ser ilógico haver uma única resposta – pena – para diversos tipos de conflitos, defendendo que se deve achar uma resposta adequada para cada conflito:⁴⁷

Ninguém pode dizer de antemão qual é a linha mais adequada para resolver uma situação conflituosa. (...) a lei deveria se abster de impor uma linha de reação uniforme, como também de definir as situações a que tais ou quais linhas seriam automaticamente aplicáveis. A determinação da linha deveria estar sempre ligada ao caso concreto.

Sobre as críticas à pena de prisão e a perda da legitimidade das funções declaradas da pena como o ideal de ressocialização, observa-se que são compartilhada pelas diversas correntes da criminologia crítica e estudiosos do direito penal e já foi, inclusive, empiricamente demonstrada a ineficácia de algumas delas,

⁴⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 101.

⁴⁵ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: O sistema penal em questão. Niterói: Luam, 2ª ed., 1997, p. 95-96.

⁴⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91

⁴⁷ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: O sistema penal em questão. Niterói: Luam, 2ª ed., 1997, p. 97.

como a ressocialização por meio do cárcere no ano de 1974, quando foi realizada uma análise dos estudos em língua inglesa sobre os processos que visam reabilitar infratores e concluiu-se que nenhum desses processos apresentou êxito em reduzir a reincidência.⁴⁸

Claus Roxin, por exemplo, discorre sobre a pena privativa de liberdade como instrumento de ressocialização do condenado da seguinte forma:⁴⁹

Afinal, o fato de que, nos delitos pequenos e médios, que constituem a maior parte dos crimes, não é possível uma (re) socialização através de penas privativas de liberdade, é um conhecimento criminológico seguro. Não se pode apreender viver em liberdade e respeitando a lei, através da supressão da liberdade; a perda do posto de trabalho e a separação da família, que decorrem da privação de liberdade, possuem ainda maiores efeitos dessocializadores.

Além dos malefícios do sistema penal aos autores dos delitos, os abolicionistas também se preocupam em como a vítima é tratada pelo sistema penal:⁵⁰

La víctima se encuentra tan completamente fuera del caso que jamás tendrá oportunidad de llegar a conocer al delincuente. La dejamos afuera, enojada, quizás humillada por un interrogatorio cruzado en el tribunal, sin contacto humano con el delincuente. No tiene alternativa. Necesitará de todos los estereotipos clásicos de 'el criminal' para intentar una mínima comprensión de todo el problema. Ella tiene necesidad de comprender pero, en cambio, es una no-persona en una obra de Kafka. Por supuesto, escapará más asustada y más necesitada que nunca de una descripción de los delincuentes como no-humanos.

Destaca-se que Hulsman, na sua obra “Penas perdidas”, faz referência a um serviço de apoio à vítima oferecido em Paris, o qual constatou que as vítimas não procuram necessariamente vingança, mas um serviço para:⁵¹

Falar do prejuízo sofrido, simplesmente com a esperança de fazer cessar a situação que as incomoda e recuperar seu dinheiro, se for o caso. O que querem essas vítimas é obter a reparação e reencontrar a paz, assim como encontrar alguém que as escute com paciência e simpatia.

Os autores abolicionistas, portanto, combatem o direito penal e a forma como o sistema penal lida com os delitos, afirmando que além de não auxiliar na resolução

⁴⁸ MARTINSON, Robert. What Works? - Questions and Answers About Prison Reform, **The Public Interest**, n. 35, 1974, p. 22-54.

⁴⁹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2º. ed., trad. Luís Greco, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 18.

⁵⁰ CHRISTIE, Nils. Los Conflictos Como Pertencia. **British Journal of Criminology**, v. 17(1), 1977, p. 171.

⁵¹ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: O sistema penal em questão**. Niterói: Luam, 2ª ed., 1997, pp. 16-17.

dos problemas, é responsável por “impor dor, produzir sofrimento e por destruir as relações comunitárias”⁵² e, segundo Hulsman, se trata de um “um sistema que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos; e é sumamente difícil de ser mantido sob controle.”⁵³

Para além da crítica, os abolicionistas também oferecem alternativas. Defendem modos diversos de regulação de conflitos, os quais incluem a vítima na forma de lidar com o conflito e a busca de responsabilização do ofensor.⁵⁴ Trata-se de construir formas de justiça participativa e comunitária, as quais não utilizariam a prisão como forma de sanção e em sua substituição seriam aplicadas, após a composição do conflito, reparações ou indenizações do dano.⁵⁵ Defendem a necessidade de se abolir a prisão e o sistema de justiça criminal e “substituí-lo por um modelo deliberativo de administração de conflitos”⁵⁶ em que “a comunidade recupere sua capacidade de solucionar conflitos ou possa encaminhá-los para o âmbito do direito civil.”⁵⁷

Nesse sentido, segundo Edson Passeti, para o abolicionismo, a solução para cada caso deve ser única, assim como é única cada pessoa e, para se encontrar uma solução, exige-se “que sejam dissolvidos lugares e patamares, levando a horizontalizar as conversas para a tomada de decisão.”⁵⁸ Segundo o autor:⁵⁹

Diante de uma situação-problema, uma ou mais respostas-percurso. Resposta que não se fundamenta numa universalidade, numa punição ou absolvição. Mas, ao contrário, resulta da conversação, esta prática existencial em que se busca convencer o outro e ser por ele convencido. Não é, por conseguinte, um diálogo sobre o esclarecimento de um superior (juiz, promotor, técnico em humanidades, pastor, pai) a seu discípulo, a quem feriu a prevenção geral a quem se pretende educar. Trata-se de um diálogo de risco estabelecido entre as partes envolvidas e que introduzem um contrapositionamento das autoridades de Estado.

⁵² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 39.

⁵³ Ibidem, p. 41.

⁵⁴ Ibidem, p. 44.

⁵⁵ Ibidem, p. 41.

⁵⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57.

⁵⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 40.

⁵⁸ PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson (org). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 32.

⁵⁹ Ibidem, p. 32.

As ideias abolicionistas, contudo, são objeto de diversas críticas, as quais acusam, por exemplo, de serem utópicas e supressoras de direitos e garantias dos acusados.⁶⁰ Nesse sentido, Raffaella Pallamolla traz a crítica de Luigi Ferrajoli:⁶¹

Na visão de Ferrajoli, mesmo as doutrinas abolicionistas de inspiração progressista seriam 'uma utopia regressiva', por acreditarem na ilusão de uma sociedade boa e de um Estado bom e por proporem modelos de vigilância ou castigo autorregulados ou desregulados, enquanto o direito penal representaria, com seu (precário) sistema de garantias, uma alternativa progressista.

Angela Davis aponta que os abolicionistas são rejeitados como idealistas, utópicos, tolos e iludidos em razão da dificuldade de se imaginar um mundo sem a ameaça de enclausurar cidadãos em ambientes terríveis destinados a isolá-los de suas famílias e da comunidade, por se acreditar que a prisão se trata de algo natural. A autora, contudo, observa que “a escravidão, o linchamento e a segregação certamente são exemplos contundentes de instituições sociais que, como a prisão, um dia foram consideradas tão perenes como o sol.”⁶²

As condições de implantação de modelos abolicionistas não descurem da conjuntura e do cenário político e socioeconômico onde o delito foi cometido. E nesse sentido, tomando como específico o caso da América Latina e nos demais países periféricos, Anyar de Castro enxerga a inviabilidade da proposta abolicionista, tendo em vista que para dispensar o sistema penal é necessária a existência de uma democracia consolidada na estrutura social, econômicas e cultural.⁶³ Segundo o autor, portanto, há uma forte vinculação entre a forma de reprovação de um delito e o nível de democracia existente em um Estado, sendo que a concretização de uma proposta abolicionista somente é recomendada onde há determinada consolidação da democracia, o que não se verifica nos países latino-americanos.

Por outro lado, autores como Salo de Carvalho entendem que o abolicionismo penal pode ser entendido como uma utopia orientadora a ser utilizada como guia para elaboração de políticas criminais que reduzam a incidência do sistema penal.⁶⁴

⁶⁰ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 44.

⁶¹ *Ibidem*, p. 44.

⁶² DAVIS, Angela. **Estão as prisões obsoletas?** Tradução: Marian Vargas, 1ª ed., Rio de Janeiro: Difel, 2018, p. 26.

⁶³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 45.

⁶⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 252.

Daniel Achutti defende que as propostas dos abolicionistas Hulsman e Christie podem oferecer a seguinte possibilidade de interpretação:⁶⁵

delinear passos importantes a serem considerados para a criação e a estruturação de um sistema de justiça alternativo, pode-se concluir que os autores apresentam, por meio das suas críticas, um importante caráter propositivo-constructivo, atento às interferências criminalizantes do sistema penal tradicional (...) As críticas abolicionistas podem, assim, ser levadas em consideração para a construção de um mecanismo de justiça restaurativa de qualidade no Brasil.(...) por ser uma forma possível de evitar equívocos verificados nos casos das Leis ns. 9.099 e 11.340 e, com isso, não permitir que este sistema seja estruturado pela linguagem criminalizante do sistema de justiça criminal tradicional.

Raffaella Pallamolla demonstra que o abolicionismo foi fundamental para superar o pensamento etiológico que compreendia o crime como algo ontologicamente diverso de outras condutas⁶⁶, superação esta que foi essencial para começar a se pensar na possibilidade real de formas diversas do sistema penal, como a justiça restaurativa, para lidar com os conflitos tipificados como crimes.

c) Os movimentos de exaltação da comunidade e de valorização das culturas dos povos originários

A terceira grande influência para o ressurgimento de práticas restaurativas, nos anos setenta, foram os movimentos de exaltação da comunidade, também chamado de comunitarismo.

Para tais movimentos, a relação da comunidade com a justiça restaurativa é como meio, por ser o ambiente ideal para ser realizada a justiça restaurativa, e como fim, pela possibilidade de as práticas restaurativas contribuírem para fortalecimento da vida comunitária.⁶⁷

Além disto, o ressurgimento do movimento restaurativo esteve em alguns países relacionado com uma reivindicação dos povos originários de valorização e respeito pelas formas que tradicionalmente resolveram seus conflitos. Dentre esses países destacam-se o Canadá, a Austrália e a Nova Zelândia.

Segundo Petronella Bonnen, na década de 80, constatou-se que jovens aborígenes da Nova Zelândia estavam mais envolvidos com ações judiciais decorrentes de delitos do que o resto da população do respectivo país. Além disto, a

⁶⁵ Ibidem, p. 252-253.

⁶⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 45.

⁶⁷ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

autora afirma que pesquisas verificaram indicativos que tal fato poderia ter relação com “as peculiaridades culturais dessas comunidades submetidas a legislação de cunho ocidental moderno.”⁶⁸ Na tentativa de lidar melhor com esse problema, na Nova Zelândia, em 1989, a legislação incorporou “elementos próprios de grupos aborígenes Maori, dando origem à chamada Justiça Restaurativa.”⁶⁹

De acordo com Brainthwaite, porém, um dos mais conhecidos estudiosos da justiça restaurativa, o interesse ocidental por este paradigma de justiça se iniciou com um programa comunitário desenvolvido na Província de Ontário no Canadá, em 1974, o qual buscava mediar conflitos entre vítimas e ofensores, após ser proferida uma decisão judicial.⁷⁰

Nos anos 70, diversos países, principalmente de origem anglo-saxã, introduziram o uso da mediação penal como modo alternativo de busca de justiça. Nos Estados Unidos, em 1971, o Institute for Mediation and Conflict Resolution do distrito de Manhattan, Nova Iorque, instituiu uma prática destinada à mediação penal. No Canadá, local com os projetos de justiça restaurativa mais desenvolvidos, desde 1974 aplica-se mediação em casos criminais.⁷¹

Os autores Kathleen Daly e Russ Imriegeon elencaram diversas iniciativas sociais que foram iniciadas na década de setenta e atualmente se encaixariam ao que atualmente se chama de sistema restaurativo:⁷²

- (a) Defesa dos direitos dos prisioneiros e busca de alternativas à prisão;
- (b) Resolução de conflitos, em conselhos comunitários de justiça e centros de justiça comunitária, por meio de negociação entre leigos, não sendo os profissionais da justiça protagonistas, facilitando o acesso à justiça;
- (c) Programas de reconciliação vítima-ofensor que promoviam o encontro entre as partes, após decisão judicial, e com o acompanhamento de um mediador, visavam

⁶⁸ BOONEN, Petronella Maria. **A Justiça Restaurativa, um desafio para a educação**. 2011. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Educação, Área de concentração: Sociologia da Educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, p. 22.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁷⁰ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

⁷¹ BOONEN, Petronella Maria. **A Justiça Restaurativa, um desafio para a educação**. 2011. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Educação, Área de concentração: Sociologia da Educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, p. 21.

⁷² DALY, Kathleen; IMMARIGEON, Russ. The Past, Present, and Future of Restorative Justice: some critical reflections. *Contemporary Justice Review*, v. 1., n.1, 1998, p. 6-11 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

restabelecer as relações afetadas pelo ato danoso. Iniciaram-se no Canadá (1974) e, posteriormente, foram implementados nos Estados Unidos (1977);

(d) Mediação vítima-ofensor, desenvolvida na Inglaterra, Escandinávia e outros países da Europa no final dos anos 70 e começo dos anos 80, é muito semelhante ao programa anterior, se diferenciando pela possibilidade de outras pessoas afetadas pelo ato danoso poderem participar, principalmente quando se tratam de crimes graves;

(e) Grupo de defesa dos direitos das vítimas (*victims advocacy*) criados nos anos 90, como movimentos feministas e pelos direitos das crianças e dos adolescentes, que sustentavam a necessidade de que polícia e poder judiciário concedessem um melhor tratamento às vítimas;

(f) Conferências de grupos familiares iniciada na Nova Zelândia, a qual modificou sua legislação juvenil em 1989, para abarcar práticas Maori, povo originário do local. Posteriormente, as conferências de grupos familiares também foram adotadas por países como Austrália, Estados Unidos e Canadá e Inglaterra;

(g) Círculos de sentença, os quais surgiram no Canadá, na década de 1980, sendo uma prática de povos originários da região sul do país, chamados First Nations, com o objetivo de resolver o conflito e restaurar a ordem a harmonia e “a cura dos envolvidos (ofensor, vítima e comunidade). Trata-se de um processo consensual que envolve todos aqueles que se considerarem diretamente afetados pelo delito, na busca de uma resolução que abranja as necessidades de todos.”⁷³

Walgrave observa que houve diversas iniciativas que se enquadram atualmente no paradigma restaurativo, contudo, não era utilizado o termo justiça restaurativa,⁷⁴ sendo que Strang afirma que o referido termo começou a ser muito utilizado nos anos 90.⁷⁵

Daniel Achutti aponta que a justiça restaurativa vivenciou nos anos setenta sua fase experimental, com vários projetos piloto, nos anos oitenta sua institucionalização em alguns países, com adoção de legislações específicas – como a legislação juvenil

⁷³ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53-55.

⁷⁴ WALGRAVE, Lode. Restorative justice, Self-interest and Responsible Citizenship. Cullompton (Reino Unido) e Portland (EUA): Willian Publishing, 2008, p. 15-16 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 56.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 56.

neozelandesa - e nos anos noventa ocorre sua expansão⁷⁶, por exemplo, com legislações que abriram espaço para aplicação da justiça restaurativa no sistema de justiça juvenil em 1999 na Inglaterra e País de Gales e em 2003 no Canadá.⁷⁷

Atribui-se a primeira utilização do termo 'justiça restaurativa' ao psicólogo Albert Eglash, o qual a classificou como uma terceira opção, ao lado das justiças retributiva⁷⁸ e distributiva e a caracterizou como sendo uma forma criativa em razão da participação dos diretamente envolvidos no conflito.⁷⁹

1.2 A (NÃO) DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Embora esteja cada vez mais difundida, a conceituação de justiça restaurativa não é uma tarefa simples, sendo objeto de divergências entre seus estudiosos. Alguns defendem, como Leonardo Sica, que a delimitação da justiça restaurativa por meio de um conceito é inclusive contrária aos ideais restaurativos: “Não há como definir um conceito inequívoco de justiça restaurativa, sob o risco de inibir o que a ideia tem de inovadora e, enfim, desvirtuá-la.”⁸⁰

⁷⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa e sistema penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. In: **Crime e interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer**. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon, Gustavo Noronha de Ávila (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. P. 287-302, p. 295.

⁷⁷ WOOLFORD, Andrew. **The Politics of Restorative Justice: a critical introduction**. Manitoba: Fernwood Publishing, 2009, p. 11.

⁷⁸ Kethleen Dayly discorda da oposição entre justiça restaurativa e justiça retributiva frequentemente utilizada pelos defensores da primeira. Alega que ao observar as conferências restaurativas, verificou que seus participantes se engajam em múltiplos objetivos que incluem: elementos de justiça retributiva (censura pela ofensa praticada); elementos de justiça reabilitadora (abrangendo, por exemplo, pergunta o que devemos fazer para encorajar um melhor comportamento do ofensor); e, elementos da justiça restaurativa (questionando, por exemplo, como o ofensor pode compensar o que fez à vítima?). A autora prefere realizar a diferenciação entre uma *velha justiça* e uma *nova justiça*. A *velha justiça* refere-se às práticas modernas de justiça que impedem a interação entre o ofendido e o ofensor, em que os protagonistas, quem tomam as decisões e quem falam, são os atores legais e cujo o objetivo declarado é punir, ou, eventualmente, reformar o ofensor. Por outro lado, a *nova justiça* refere-se as práticas recentes que frequentemente incluem o ofensor e o ofendido ao processo, permitindo que atores leigos e legais tomem decisões, objetivando, declaradamente, a reparação do dano. In: DALY, Kathleen. **Restorative Justice: The Real Story. Punishment & Society**, n. 1, p. 55-79, Janeiro, 2002, p. 61; 64.

⁷⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 153.

⁸⁰ SICA, Leonardo. Prefácio do livro: PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. Ibcrim, São Paulo: 2009, p. 14.

Andrew Woolford observa que ela é frequentemente descrita como uma prática participativa que inclui vítimas, ofensores e comunidade para tratar sobre um dor resultante de um crime específico.⁸¹

Embora existam divergências, Daniel Achutti observa que vários autores, como Braithwaite, Strang, Pallamolla, Hoyle, Walgrave, Shapland e Ruggiero, consentem relativamente ao conceito formulado por Tony Marshall: “justiça restaurativa é um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e as suas implicações para o futuro.”⁸²

Woolford, entretanto, alerta para o perigo de com esse conceito de Marshall se romantizar a justiça restaurativa, por com ele imaginarmos uma comunidade rural, em que os autores de um delito estão de cabeça baixa demonstrando seu arrependimento à comunidade e se oferecem para ajudar as vítimas para consertar o erro que praticaram e reparar os danos sofridos pelas vítimas. Em muitos casos, contudo, o autor afirma que ofensores demoram ou nem se arrependem, as vítimas não desejam participar e as comunidades são indiferentes ao ocorrido ou não possuem ciência de todo contexto. Justamente por tais fatos, os programas de justiça restaurativa costumam adaptar suas práticas de acordo com as possibilidades fáticas, mas mantendo uma estrutura conceitual restaurativa mais ampla⁸³. Como exemplos, o autor cita os programas que trabalham somente com ofensores que estão prontos para assumir a sua responsabilidade, os que utilizam vítimas de crimes similares para relatar a sua experiência ao ofensor e os que consideram que os integrantes do programa restaurativo podem representar a comunidade.⁸⁴

Diante dessas adaptações, distancia-se da definição de Marshall de justiça restaurativa, pois não seria necessariamente verdadeiro afirmar que o delito foi resolvido coletivamente. Woolford, ao tentar formar uma definição mais flexível e acurada de justiça restaurativa afirma que: "Restorative justice attempts to address the

⁸¹ WOOLFORD, Andrew. **The Politics of Restorative Justice**: a critical introduction. Manitoba: Fernwood Publishing, 2009, p. 12.

⁸² ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 63

⁸³ WOOLFORD, Andrew. **The Politics of Restorative Justice**: a critical introduction. Manitoba: Fernwood Publishing, 2009, p. 12

⁸⁴ Ibidem, p. 13.

harm(s) caused by crime in a manner that meets the specific needs of the involved parties while using the resources available."⁸⁵

McCold afirma que a definição de Marshall está associada a um *modelo purista* de justiça restaurativa, o qual é objeto de críticas em razão de ser muito restrita por abarcar somente as hipóteses de práticas que contemplem as reuniões face a face, enfatizando mais o processo do que a reparação dos danos. A definição de Woolford, por sua vez, se enquadraria no modelo maximalista, o qual inclui como justiça restaurativa todas as ações que são orientadas para fazer justiça por meio da reparação dos danos causados pelo crime.⁸⁶

Gerry Johnstone e Daniel Van Ness entendem que a justiça restaurativa se refere a um “movimento social global que apresenta enorme diversidade. O seu objetivo maior é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem ao crime e a outras formas de comportamentos problemáticos.”⁸⁷ Afirmam, contudo, que a justiça restaurativa se trata de um conceito aberto, “internamente complexo e sujeito a avaliações científicas, que continua a se desenvolver com a prática, e isto ajuda a explicar por que ele é tão profundamente contestado.”⁸⁸ Os referidos autores também afirmam que existem três concepções, não necessariamente excludentes, em relação aos objetivos fundamentais da justiça restaurativa: i. a concepção do encontro: enfatiza a realização do encontro entre as partes para lidar com as consequências do conflito; ii. a concepção da reparação: confere maior importância a reparação dos danos sofridos pela vítima; iii. a concepção da transformação: entende “a justiça restaurativa como uma forma de construção coletiva de justiça, com base nas experiências pessoais dos envolvidos.”⁸⁹

⁸⁵ Tradução livre: “A justiça restaurativa tenta abordar o (s) dano (s) causado (s) pelo crime de uma maneira que atenda às necessidades específicas das partes envolvidas, utilizando os recursos disponíveis” Tradução livre. WOOLFORD, Andrew. **The Politics of Restorative Justice: a critical introduction**. Manitoba: Fernwood Publishing, 2009, p. 13.

⁸⁶ DALY, Kathleen. Restorative Justice: The Real Story. **Punishment & Society** 4, n. 1, Janeiro 2002: 55–79, p. 57

⁸⁷ JOHNSTONE, Gerry, VAN NESS, Daniel. The meaning of restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry, VAN NESS, Daniel. (pregs). *Handbook of restorative justice*. Cullompton (Reino Unido) e Portland (EUA): William Publishing, 2007. *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57.

⁸⁸ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 63.

⁸⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa: o papel do poder judiciário**. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2018., p. 59. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2021.

Leonardo Sica afirma que a justiça restaurativa é “uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria.”⁹⁰ Para Raffaella Pallamolla, “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluido, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas.”⁹¹ O fato de se tratar de um conceito aberto, não havendo um engessamento nas suas formas de aplicação, possibilita sua adaptação às situações específicas e aos mais diversos contextos culturais.⁹²

Vera Andrade adverte que não se deve reduzir a justiça restaurativa a um “tipo de procedimento ou método, vertendo-a em simples técnica de resolução de conflitos”, sob pena de esvaziar sua potência “de transformação baseada em seus princípios, conexões e dinâmicas.”⁹³

A Suprema Corte Canadense, ao julgar o caso *Proulx v. The Queen*, definiu a justiça restaurativa da seguinte forma:⁹⁴

Justiça restaurativa diz respeito à restauração das partes que foram afetadas pela prática de uma ofensa. O crime, geralmente, afeta pelo menos três partes: a vítima, a comunidade e o ofensor. A abordagem, da justiça restaurativa visa remediar os efeitos adversos do crime, de maneira a enfatizar as necessidades de todas as partes envolvidas. Isto é realizada, em parte, através da reabilitação do ofensor, reparação em favor da vítima e da comunidade e promoção de um senso de responsabilidade e reconhecimento do dano causado à vítima e à comunidade.

Antoine Garapon, por sua vez, discorda, inclusive, da utilização do termo *justiça restaurativa*, pois afirma que ele traz a noção de retorno ao idêntico, o que não coaduna com a ambição desta forma de justiça:⁹⁵

Se devemos pôr de lado o anglicismo ‘restaurativa’, o adjetivo ‘restauradora’ deve sê-lo igualmente por sugerir a ideia de um retorno ao idêntico que, como o veremos, não está conforme a ambição desta forma de justiça. É por isso que, com Jean-Marc Ferry (*L’Ethique reconstructive, Paris, Cerf, 1996*), se optou por traduzir por justiça ‘reconstrutiva’. Este neologismo exprime a dupla ideia de reconstrução de uma relação destruída – que é alvo perseguido por

⁹⁰ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

⁹¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 54.

⁹² ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 64.

⁹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa**: o papel do poder judiciário. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2018., p. 73. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2021.

⁹⁴ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 8.

⁹⁵ GARAPON, Antoine. A justiça reconstrutiva. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia. E a justiça será**. Lisboa: Piaget, 2001, p. 250, nota 1.

este modelo de justiça – por um lado e, pelo outro, do espírito no qual ela deve fazer-se (que exprime o adjetivo extraído de construtivo: feito numa disposição positiva).

De forma semelhante, defendeu o juiz canadense Barry Stuart no 3º Simpósio Internacional de Justiça Restaurativa, realizado em São Paulo no dia 06 de novembro de 2012, quando afirmou que o termo restaurativo não seria o mais preciso, vez que este modelo de justiça não visa restaurar o passado, mas transformar a realidade.

No presente trabalho optou-se por utilizar o termo justiça restaurativa, tendo em vista ser o mais utilizado no Brasil para se referir a esta forma de justiça, mas concorda-se com Antoine Garapon e Barry Stuart que se trata de uma forma de justiça que também visa a reconstrução.

Por fim, verifica-se que o termo “justiça restaurativa” também é utilizado em diversos ambientes, não exclusivamente no sistema judicial, como para resolver conflitos em escolas, hospitais e empresas.⁹⁶

1.3 VALORES E PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Diante da dificuldade de se conceituar a justiça restaurativa, recomenda-se a verificação da presença de valores ou princípios para identificar se determinado programa é restaurativo ou não.

Braithwaite, por exemplo, identifica diversos valores que estão relacionados com a justiça restaurativa e os divide em três grupos: valores obrigatórios (constraining values), valores orientadores (maximising values) e valores emergentes (emerging values).⁹⁷

No primeiro grupo, **valores obrigatórios**, estão aqueles cuja não observância afasta o caráter restaurativo dos encontros, ou seja, se não estiverem presentes em determinado programa, este não pode ser considerado restaurativo. Tais valores,

⁹⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 63.

⁹⁷ BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and Responsive Regulation**. Oxford: Oxford Press, 2002, p. 8 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

abaixo indicados, possuem grande importância para evitar o desvirtuamento da justiça restaurativa, prevenindo-se que a prática se torne opressiva:⁹⁸

a) **Não-dominância** (non-domination): segundo referido valor, qualquer forma de tentativa de dominação de uma das partes deve ser refreada pelos outros participantes e, se estes não conseguirem, pelo mediador ou facilitador. Tal valor demonstra que a justiça restaurativa não se trata de uma forma ingênua de se fazer justiça, sendo que Braithwaite reconhece que: “as desigualdades de poder são inevitáveis, e por este motivo ‘as práticas restaurativas devem ser estruturadas de forma a minimizar’ este fator.”⁹⁹

b) **Empoderamento** (empowerment): muito relacionado com o valor anterior, entende-se por empoderamento o fato de ser permitido que as partes atuem de forma livre nos encontros e não serem impedidas, por qualquer razão, de expressarem o que desejam e como acreditam que os danos devem ser reparados.

c) **Respeito aos limites** (honouring limits): as práticas não podem causar a degradação ou a humilhação dos participantes, sob pena de perder sua natureza restaurativa. Por tal motivo, casos como o citado por Braithwaite, de um processo restaurativo em Camberra, Austrália, no qual restou acordado que um adolescente infrator usaria uma camiseta escrita “eu sou ladrão”¹⁰⁰, devem ser rechaçados e não considerados restaurativos por não observarem o valor respeito aos limites. Além de não permitir a humilhação e degradação, tal valor impede que nos acordos restaurativos sejam estabelecidas obrigações aos infratores mais rigorosas do que as estabelecidas em lei.¹⁰¹

d) **Escuta respeitosa** (respectful listening): a participação dos envolvidos deve ser condicionada a concordância de que ouvirão respeitosamente as falas dos demais, sem menosprezá-las ou exercer qualquer forma de dominação. Aqueles que

⁹⁸ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

⁹⁹ BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and Responsive Regulation**. Oxford: Oxford Press, 2002, p. 9 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

¹⁰⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 152.

¹⁰¹ BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and Responsive Regulation**. Oxford: Oxford Press, 2002, p. 10 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

desrespeitarem tal valor, devem ser convidados a se retirarem do encontro restaurativo.¹⁰²

e) **Igualdade de preocupação pelos participantes** (equal concert for all stakeholders): é essencial que o procedimento seja igualitário e que todas as partes sejam ouvidas com atenção e respeito, bem como que os pontos de vistas de todos envolvidos sejam considerados¹⁰³. Ademais, as preocupações e necessidades de todos envolvidos devem ser levadas em conta, ou seja, da vítima, do ofensor e da comunidade.¹⁰⁴

f) **Accountability/appealability**: possibilidade de qualquer das partes submeter o acordo à análise pelo Poder Judiciário e, caso não desejem participar da prática restaurativa, optar pelo julgamento pelo sistema tradicional de justiça.¹⁰⁵

g) **Respeito aos direitos previstos nos tratados internacionais**: os programas restaurativos não devem desrespeitar os direitos previstos nos tratados internacionais, em especial aqueles contidos na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Declaração dos Princípios Básicos da Justiça para as Vítimas de Crime e Abuso de Poder.

No segundo grupo, estão os **valores orientadores** (maximising value) de um procedimento restaurativo. Tais valores estão relacionados com possíveis objetivos dos encontros restaurativos e devem ser encorajados, contudo, há possibilidade de serem refutados pelas partes, em observância ao valor do empoderamento, sem que o procedimento perca a natureza restaurativa. Referem-se à reparação dos danos materiais, à minimização das consequências emocionais da situação problemática, à restauração da dignidade das partes, à prevenção de novos delitos e de novas

¹⁰² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 63.

¹⁰³ BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and Responsive Regulation**. Oxford: Oxford Press, 2002, p. 10 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

¹⁰⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 63.

¹⁰⁵ BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and Responsive Regulation**. Oxford: Oxford Press, 2002, p. 10-11 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

injustiças.¹⁰⁶ Segundo Raffaella Pallamolla, estes valores podem ser úteis para verificar o sucesso de determinado processo restaurativo.¹⁰⁷

Por fim, estariam os **valores emergentes** (emerging values) que tratam de atitudes espontâneas dos envolvidos durante ou após um encontro bem-sucedido, mas que não devem ser impostos ou cobrados pelo mediador ou por alguma das partes, mas emergirem naturalmente, como um pedido de desculpas, sentimento de remorso, perdão pelo ato etc.

Achutti afirma que a referida classificação permite afirmar que “a necessidade de observação dos valores que integram o primeiro grupo, a busca pela realização dos previstos no segundo grupo e o respeito à naturalidade da emergência dos constantes do terceiro grupo, são questões fundamentais para um encontro bem sucedido.”¹⁰⁸

No âmbito normativo, com a disseminação no mundo de diversos programas que se auto intitulam restaurativos, no ano de 2012, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas editou a Resolução nº 12/2002 que dispõe sobre os Princípios Básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal.¹⁰⁹

De acordo com Daniel Achutti, os princípios previstos na resolução “não buscam definir taxativamente o que é a justiça restaurativa, mas apenas apresentam expressões que podem defini-la de forma adequada.”¹¹⁰

Segundo a referida resolução, devem ser compreendidos como um *Programa de Justiça Restaurativa* aqueles que se utilizem de processos restaurativos e visem à obtenção de resultados restaurativos.

¹⁰⁶ BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and Responsive Regulation**. Oxford: Oxford Press, 2002, p. 11 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 69.

¹⁰⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 64.

¹⁰⁸ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 70

¹⁰⁹ CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 2002/12 – Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matérias Criminal**. Tradução Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em: <https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2020.

¹¹⁰ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

Processo restaurativo, de acordo com a resolução, é um processo para resolver questões advindas de um ato delituoso, em que participam ativamente a vítima e o ofensor, bem como, quando apropriado, outros indivíduos ou membros da comunidade afetada pelo ato delituoso. Além das partes diretamente afetadas, normalmente há presença de um facilitador.

Resultado restaurativo consiste em um acordo elaborado no processo restaurativo com o objetivo de atender as demandas individuais e coletivas, a responsabilidade das partes e a reintegração social da vítima e do ofensor, e podem contemplar reparação, restituição e serviço comunitário.

As partes, por sua vez, são definidas como a vítima, o ofensor e demais indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que estejam envolvidos com o processo restaurativo.

Em relação a utilização e operação de programas de justiça restaurativa, a Resolução nº 12/2002 das ONU prevê a necessidade de:

- i. Observar-se a segurança das partes quando da decisão de encaminhamento de um caso ao processo restaurativo, bem como da sua condução;
- ii. Considerar-se as disparidades que resultam em desequilíbrios entre as partes e a existências de diferenças culturais;
- iii. Haver consentimento entre as partes sobre os fatos essenciais, ou seja, que houve um dano causado pela conduta de umas das partes, sendo que a participação do ofensor no processo restaurativo não pode ser utilizada como prova de admissão de culpa em eventual processo judicial posterior. Diferencia-se, portanto, o reconhecimento de fatos básicos da situação de culpa legal, ou seja, o consentimento do ofensor em participar não significa confissão da prática de um crime.¹¹¹ Raffaella Pallamolla, entretanto, observa que o julgador poderá ter dificuldade para julgar o caso após saber que o ofensor admitiu a prática de um fato danoso, motivo pelo qual a autora defende que há um maior risco de os juízes atuarem como mediadores;¹¹²

¹¹¹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 74.

¹¹² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 92.

- iv. A utilização do processo restaurativo somente deve ocorrer quando existir um conteúdo probatório suficiente para permitir a denúncia do ofensor;
- v. Existir um consentimento livre, voluntário e esclarecido dos envolvidos em participarem, devendo as partes serem informadas previamente sobre o funcionamento do programa restaurativo, as consequências da sua participação e seus direitos. Tal consentimento pode ser a qualquer momento revogado, não sendo admitida a coação à participação.
- vi. Os acordos devem ser pactuados obrigatoriamente de forma voluntária e não se admite a inclusão de obrigações que não sejam razoáveis e proporcionais. Evita-se, assim, a definição de obrigações degradantes, como o caso do adolescente que teve que vestir uma camiseta escrita “Eu sou ladrão”, relatado por Braithwaite e citado anteriormente neste trabalho.
- vii. Quando não fora possível ou indicado a resolução do caso por um processo restaurativo, há que ser encaminhada, sem demora, a situação à justiça criminal para prestação jurisdicional, devendo o ofensor ser estimulado pelas autoridades a se responsabilizar-se perante a vítima e à comunidade, bem como o Estado apoiar a integração da vítima e do ofensor à comunidade.
- viii. O insucesso do processo restaurativo não pode ser utilizado, por si, em um processo criminal posterior e o não cumprimento do acordo igualmente não pode ser usado para fundamentar a fixação de pena mais severa no processo criminal;
- ix. A aplicação nos programas restaurativos das garantias processuais fundamentais que permitam o tratamento justo ao ofensor e à vítima (assistência jurídica e assistência dos pais ou responsáveis quando se tratar de adolescentes);
- x. Assegurar-se que as discussões ocorridas no processo restaurativo não ocorram de forma pública, sejam confidenciais e somente possam ser divulgadas, com consentimento das partes ou se determinado pela legislação nacional. Van Ness destaca que a confidencialidade facilita a troca de informações entre as partes, criando um ambiente seguro e

com privacidade, sem o receito que o ali relatado seja posteriormente utilizado em processos criminais ou cíveis;¹¹³

- xi. Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, respeitando a dignidade das pessoas envolvidas e assegurando o respeito mútuo entre as partes. Devem ser pessoas com boa compreensão das culturas regionais e das comunidades e, sempre que possível, há que serem capacitadas para exercerem a função de facilitadores;
- xii. Os resultados dos acordos devem ter mesmo status de decisão ou julgamento judicial, não havendo possibilidade de nova ação penal pelos mesmos fatos, evitando-se o *bis in idem*.

Por fim, a resolução também destaca a necessidade que exista uma cooperação entre os Estados Membros e a sociedade civil, com a promoção de pesquisa e a monitoração dos programas restaurativos estabelecidos, para verificar o alcance deles, bem como se os resultados são positivos para todas as partes. Os resultados dos monitoramentos e das pesquisas indicarão eventual necessidade de modificações e aperfeiçoamentos dos programas restaurativos.

Daniel Achutti observa que ao estabelecer princípios básicos, a resolução não recaiu no equívoco de criar um procedimento a ser adotado, mas permitiu a utilização pelos Estados-membros de uma “enorme gama de processos restaurativos possíveis, denominadas práticas restaurativas.”¹¹⁴

Diante dos princípios e valores que orientam a justiça restaurativa expostos acima, pode-se afirmar que sua utilização é compatível com uma das metas da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, abarcada no seu objetivo 16: “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”, consistente em “garantir a tomada de decisão responsável, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis”.

Ademais, conforme demonstrado nos capítulos seguintes, a observância dos princípios e valores da justiça restaurativa possibilita uma forma mais democraticamente legítima de lidar com a ocorrência de um fato tipificado como crime comparado ao sistema penal, tendo em vista permitir a participação e maior

¹¹³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 94-95.

¹¹⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73

protagonismo dos diretamente afetados na construção da decisão sobre o que deve ser feito diante da prática do delito.

1.4 PRÁTICAS RESTAURATIVAS

Uma das características da justiça restaurativa é a criatividade e a sua necessidade de adaptação aos diversos contextos sociais. No presente tópico, contudo, para exemplificar como a justiça restaurativa pode ser aplicada, serão relatadas as principais práticas classificadas como restaurativas por Daniel Achutti.¹¹⁵

a) *Serviço de apoio à vítima*

Considerado como a primeiro e mais importante requisito para se fazer justiça,¹¹⁶ o serviço de apoio às vítimas pode ser realizado ainda que o ofensor não seja preso ou identificado, podendo, assim, a justiça restaurativa ser aplicada independentemente da identificação ou da presença do ofensor.

O serviço pode consistir em oferecimento às vítimas de serviços psicológico, médico, jurídico, realização de grupos de vítimas e outros. No aspecto financeiro, uma forma de se atenuar os danos materiais sofridos pelas vítimas é o estabelecimento de fundos de amparo, os quais poderiam ressarcir os seus prejuízos decorrentes do delito quando o infrator não possuir recursos ou não for identificado.

Por meio do serviço de apoio à vítima, a comunidade e o Estado transmitem à vítima a preocupação com a sua situação e objetiva reduzir as consequências do dano provocado à vítima. Daniel Achiutti observa que “geralmente, este tipo de serviço funciona de forma meramente auxiliar ao sistema de justiça criminal, mas na justiça restaurativa deve ser considerado de fundamental importância, ocupando posição de destaque.”¹¹⁷

b) *Mediação entre vítima-ofensor (VOM – Victim Offender Mediation)*

¹¹⁵ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78

¹¹⁶ WALGRAVE, Lode. Restorative justice, Self-interest and Responsible Citizenship. Cullompton (Reino Unido) e Portland (EUA): Willian Publishing, 2008, p. 32 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

¹¹⁷ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

Chamado de arquétipo original do ressurgimento da justiça restaurativa,¹¹⁸ é a prática restaurativa realizada há mais tempo, desde a década de setenta, em países como Estados Unidos e Canadá.¹¹⁹

Segundo André Giamberardino, um dos programas mais conhecidos de mediação penal se chama VORP's – Victim-Offender Reconciliations Programs e se iniciou em uma pequena cidade de Ontário, Canadá, em 1974, após um funcionário do sistema de *probation* realizar, com autorização do juiz local, encontros entre dois adolescentes acusados de vandalismo e as vítimas, dos quais resultou na restituição do valor referente a prejuízo sofrido. A satisfação das vítimas com o procedimento, bem como o relatado pelos adolescentes fez com que outros magistrados adotassem tal prática como alternativa penal, em especial em crimes patrimoniais sem violência e, mais recentemente, também em crimes sexuais e envolvendo outros tipos de violência ou grave ameaça, embora nos últimos casos nem sempre com encontros diretos entre vítima e ofensor.¹²⁰ Giamberardino defende que “em crime envolvendo violência ou grave ameaça à pessoa há ainda mais potencial em termos de discussão e expressão emocional, não obstante se tenha a necessidade de maiores cuidados e preparação.”¹²¹

Em regra, inicia-se com um terceiro, mediador, convidando as partes, individualmente e separadamente, com o objetivo de alcançar uma reparação, compensação ou restituição para o dano causado pelo fato danoso.¹²² Com a concordância das partes em participar e tendo o autor admitido que causou um dano a vítima, é designada uma data para o encontro, no qual o mediador atua como um facilitador do diálogo entre as partes, incentivando a fala e a narrativa de ambos, não lhe cabendo propor nenhum acordo ou forçar um entendimento entre as partes. Dentre as variações existentes da mediação, estão o encontro face a face entre vítima e ofensor e a mediação indireta,¹²³ na qual um mediador funciona como mensageiro

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 78.

¹¹⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 107.

¹²⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 167.

¹²¹ *Ibidem*, p. 168.

¹²² Segundo André Giaberardino, a maioria dos casos são encaminhados ao VORPs pelo juiz ou pela polícia, embora exista a possibilidade dos próprios indivíduos procurarem os programas. In: GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 167.

¹²³ Também chamada de *shuttle diplomacy*.

entre as partes. Na maioria dos programas de mediação somente participam ofensor e vítima, contudo, há programas que admitem a participação da comunidade de apoio.

Observa-se que a mediação penal não se trata de uma prática simples por envolver uma forte carga emocional, exigindo uma devida qualificação dos mediadores, bem como pré-encontros, em separado, com a vítima e o ofensor, para serem esclarecidos como a prática funciona e se verificar se realmente desejam participar.

Antonione Garapon destaca a maior liberdade da mediação comparada com a justiça formal, com a possibilidade de se abordar o contexto do conflito e não somente o fato delitivo em si,¹²⁴ mas ressalta a importância de uma necessária preparação para o diálogo entre as partes:¹²⁵

A mediação caracteriza-se por uma grande liberdade, mas que, no entanto, não é total. Todos os programas de mediação partem de uma espécie de constituição, um protocolo, um procedimento, que todas as partes devem comprometer-se a respeitar antes de entrarem em diálogo. Como o acordo não pode ser feito repentinamente, o trabalho começa muitas vezes por uma aprovação prévia acerca da maneira segundo a qual aquele será feito. Sob o benefício deste acordo inicial, as partes poderão abordar todos os aspectos do conflito afastando-se do domínio das categorias jurídicas. Assim, no quadro de uma mediação penal, será possível abordar o contexto do conflito que se inscreve num tecido social muitas vezes complexo, e ter em conta as relações futuras que os interessados irão ter.

David Miers observa que a mediação vítima-ofensor:¹²⁶

(...) exige que os indivíduos (quer isoladamente ou como membros da sociedade) encarem e reconheçam os interesses dos outros como condicionantes das suas próprias acções ou omissões. Pensar activamente e respeitar os interesses dos outros e ajustar o comportamento em conformidade não é somente um meio para atingir um fim, mas o objectivo em si mesmo.

¹²⁴ Sobre a dificuldade do Direito em lidar com o contexto dos conflitos, destaca Claudia Maria Barbosa e Maria Cristina Neiva de Carvalho: "várias áreas do Direito onde se identificam grandes dificuldades em se prestar serviço jurisdicional efetivo, justamente por se referirem a demandas ao sistema de justiça onde a questão jurídica é uma ponta de iceberg, o que exige que se recorra a campos de conhecimento alternativos ao Direito para que a lei seja efetiva, tanto individualmente como para o alcance social da mesma." In: BARBOSA, Claudia Maria; CARVALHO, Maria Cristina Neiva de. Subjetividade pós-moderna e relações sociais: implicações para a efetividade do sistema de justiça. **Psicologia Argumento**. jul/set., p. 410-431, 2015, p. 415.

¹²⁵ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Piaget, 1996, p. 243.

¹²⁶ MIERS, David. Um estudo comprado de sistemas. In: Relatório DIKÊ – Proteção e promoção dos direitos das vítimas de crime no âmbito da decisão – quadro relativo ao estatuto relativo ao estatuto da vítima em processo penal. Lisboa, set. de 2003, p. 45-60. *apud* PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 111.

O reconhecimento do valor do outro, ao permitir a escuta dos seus interesses e das suas necessidades, trata-se, portanto, de um objetivo importante desta prática restaurativa. Além disto, sua utilização possui a potencialidade de desfazer estereótipos e permitir uma humanização ao dar um rosto e possibilidade de fala para as vítimas e ofensores.

Conforme ressalta Raffaella Pallamolla, não há dúvida que a mediação por permitir um diálogo mais amplo entre os participantes, não havendo a obrigatoriedade de se restringir ao fato específico, e, conseqüente, facilitar a compreensão da dimensão social do direito, se trata de uma forma holística de encarar o delito.¹²⁷

Luiz Alberto Warat, embora não faça menção a justiça restaurativa, defende que a mediação pode ser compreendida como um “processo de reconstrução simbólica do conflito”, em que é oportunizada aos envolvidos a possibilidade de resolverem suas diferenças por meio da reinterpretação, na esfera simbólica, do conflito com a ajuda de um mediador, o qual auxilia a escuta e a interpretação, sem, contudo, participar da resolução.¹²⁸

Leonardo Sica afirma que a mediação possivelmente seja a prática mais indicada para efetivar o paradigma restaurativo, tendo em vista que a neutralidade do mediador e a confidencialidade dos debates são uma garantia ao ofensor, oferecendo um ambiente mais confortável para assunção de responsabilidade e adesão a uma solução consensual. Alega que “a mediação compõe a noção elementar da justiça e de gestão das conseqüências do crime desde as civilizações antigas (...) o processo de concentração do poder e apropriação da justiça foi, progressivamente, eliminando todas as formas de mediação e justiça restaurativa em prol do sistema decisório, vertical e punitivo.”¹²⁹ O referido autor afirma que o conceito de mediação que mais se adequa a ideia da justiça restaurativa é:¹³⁰

A mediação é uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa, autônoma e complementar à justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional, cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social, cujo objetivo é superar o déficit comunicativo que resultou ou que foi revelado pelo conflito e,

¹²⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 110.

¹²⁸ WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. In: WARAT, Luis Alberto (org.) **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Florianópolis: EModara, 2018, p. 39.

¹²⁹ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF, Ministério da Justiça, 2006, p. 3-4.

¹³⁰ Ibidem, p. 9.

contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e na manutenção da paz jurídica.

Em pesquisas realizadas nos Estados Unidos, Canadá e Europa, verificou-se que os participantes da mediação, vítimas e ofensores, se sentiram mais satisfeitos com o processo e o resultado obtido do que comprado com participantes do processo penal tradicional.¹³¹

Além de Estados Unidos e Canadá, atualmente a mediação penal é aplicada em vários países como Inglaterra, Alemanha, França, Finlândia e Holanda¹³², sendo que Bélgica¹³³ e Portugal¹³⁴ inseriram, inclusive, a mediação penal em seus ordenamentos jurídicos.

Na França, Antoine Garapon, ao citar os programas de mediação civil e penal, observa que alguns estão “próximos, geográfica e intelectualmente do tribunal, quando não estão mesmo lá dentro, outros são absolutamente independentes” e que alguns programas exigem a participação de algum representante da comunidade do autor e da vítima. Sobre a participação de advogados na mediação, Garapon afirma que eles podem representar os interesses dos clientes, contudo, não podem “substituir a sua soberania, concordar ou aprovar em seu lugar, por exemplo. O indivíduo não pode ser reduzido a uma soma de interesses afetivos, financeiros ou jurídicos: ele deve poder exprimir diretamente a sua vontade.”¹³⁵

Achutti destaca que a mediação vítima-ofensor era confundida com a justiça restaurativa, contudo, em razão das suas limitações, por envolver somente os envolvidos e não outras pessoas indiretamente envolvidas, desenvolveram-se outras

¹³¹ SCHIFF, Models. Challenges and The Promise of Restorative Conferencing Strategies, p. 318-319 *apud* PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 111.

¹³² GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 167.

¹³³ A Lei 22 de 2005 da Bélgica, instituiu a mediação para qualquer fase do processo penal, estabelecendo que “o serviço de mediação deve ser organizado e administrado por Organizações Não-Governamentais, mas como supervisão de uma Comissão Deontológica sobre Mediação”. In: ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 203.

¹³⁴ A Lei nº 21/2007 de Portugal criou um regime de mediação penal. Observa-se que referida lei se destina a processos por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular e não permite a aplicação da mediação para determinados crimes: os com pena superior a 5 anos; crimes contra a liberdade ou a autodeterminação sexual; crimes de peculato, corrupção ou tráfico de influência; crimes em face de ofendido menor de 16 anos e crimes em que sejam aplicáveis processos sumário ou sumaríssimo.

¹³⁵ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Piaget, 1996, p. 244.

práticas e atualmente não é mais possível restringir a justiça restaurativa apenas como a mediação vítima-ofensor,¹³⁶ mas é uma das muitas formas de aplicar essa forma de justiça.

c) *Conferências familiares (FGC – Family Group Conferencing)*

As conferências familiares consistem em práticas dos povos originários da Nova Zelândia, Maori, e Austrália, Wagga,¹³⁷ sendo que foram incorporadas ao ordenamento jurídico penal dos respectivos países em 1991 e 1989.¹³⁸ Na Nova Zelândia, a incorporação ocorreu na legislação que trata sobre jovens infratores, tornando o país o primeiro a se utilizar de forma oficial a justiça restaurativa e sendo que esta é aplicada como primeiro recurso para os delitos praticados por adolescentes.¹³⁹

Segundo Paul McCold, as conferências familiares são processos “nos quais qualquer grupo de pessoas com vínculos entre si e afetadas por algum fato pretérito se reúnem para discutir suas decorrências”¹⁴⁰. Além da vítima e infrator, normalmente, participam familiares e pessoas que dão apoios as partes, o chamado *community of care* (grupo de suporte de cada uma das partes formado por seus amigos, professores, vizinhos etc), agentes policiais e da liberdade vigiada e assistentes sociais. Na Nova Zelândia, a conferência familiar pode ocorrer ainda que a vítima não esteja presente. A sua presença, embora não essencial, contudo, é importante, tendo

¹³⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

¹³⁷ Kathleen Daly discorda que que as conferências restaurativas atualmente existentes na Nova Zelândia têm raízes diretas na cultura Maori. Alega que uma concepção de uma justiça que seja mais flexível e permita acomodar as diferenças culturais, não significa que as conferências atualmente existentes sejam uma prática de justiça indígena. Nesse sentido, a autora destaca a afirmação de Maxwell e Morris: “A distinction must be drawn between a system, which attempts to re-establish the indigenous model of pre-European times, and a system of justice, which is culturally appropriate. The New Zealand system is an attempt to establish the latter, not to replicate the former. As such, it seeks to incorporate many of the features apparent in whanau decision-making processes and seen in meetings on marae today, but it also contains elements quite alien to indigenous models.” Daly, Kathleen. Restorative Justice: The Real Story. **Punishment & Society**, n. 1, p. 55-79, Janeiro 2002, p. 67.

¹³⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 168.

¹³⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 116.

¹⁴⁰ MACCOLD, Paul. Primary Restorative Justice Practices. In: MORRIS, Alisson; MAXWELL, Gabrielle (ed.). Restorative Justice for Juveniles, p. 44 *apud* GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 168.

em vista que pesquisas demonstram que a vítima estar presente na conferência pode ser um fator redutor da reincidência.¹⁴¹

Igualmente à mediação vítima-ofensor, na conferência familiar também deve haver encontros prévios, em separado, entre o facilitador e as partes (acompanhados ou não por suas famílias). Na conferência propriamente dita, as partes expõem seus pontos de vista sobre o ato praticado, conversam sobre os impactos decorrentes deste e deliberam a respeito sobre o que deve ser feito. A intenção é que o encontro e a deliberação possam provocar sentimentos de empatia e remorso, permitindo um reconhecimento pelo infrator do dano causado à vítima, bem como que assuma a responsabilidade pelo seu ato.¹⁴² A vítima, por sua vez, terá oportunidade de falar sobre o referido ato, fazer questionamentos ao infrator e informar o que deseja que seja feito diante do ocorrido. A partir disto, é tentado construir um acordo reparador, no qual há possibilidade de participação de todos os presentes. É frequente a discussão se ampliar, tratando também das necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade que não estejam diretamente relacionadas com o delito¹⁴³.

Sobre a duração da conferência, Morris e Maxwell constataram em uma pesquisa sobre conferências restaurativas na Nova Zelândia em que apenas um terço delas durou menos que uma hora, e aproximadamente dez por cento passaram de duas horas¹⁴⁴.

De acordo com Raffaella Pallamolla, há dois modelos básicos de conferências familiares:¹⁴⁵

¹⁴¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 118. Por outro lado, Kathleen Daly afirma que provavelmente nunca saberemos se as conferências restaurativas reduzem a reincidência comparadas com outras formas de intervenção, tendo em vista o custo financeiro para realização de tal pesquisa, bem como pelos métodos de pesquisa que teriam que ser usados seriam questionáveis do ponto de vista ético e político. Daly, Kathleen. Restorative Justice: The Real Story. **Punishment & Society**, n. 1, p. 55-79, Janeiro 2002, p. 74.

¹⁴² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa: o papel do poder judiciário**. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília - DF, 2018., p. 66. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbec709398.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2021.

¹⁴³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 118.

¹⁴⁴ MORRIS, Alisson; MAXWELL, Gabrielle. Restorative justice in New Zeland: family group confereces as case of study. In: JONSTONNE, Gerry (ed.). *A Restorative Justice Reader*, p. 203 *apud* GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 170.

¹⁴⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 117.

(1) court-referred – modelo no qual os casos são desviados (diverted) do sistema de justiça sempre que possível (caso neozelandês), e (2) police-based – a polícia ou a escola facilitam o encontro entre as partes e familiares (caso da Austrália e da maioria dos Estados norte-americanos).

Há possibilidade de a conferência familiar ser realizada em várias fases do processo criminal: pré-processual, durante a instrução, antes da sentença e após a sentença.¹⁴⁶

Em relação aos tipos de crimes, é mais aplicada nos crimes com pouca gravidade, como furtos, roubo, incêndio, premeditado, delitos ligados as drogas, contudo, na Nova Zelândia também é possível a aplicação em delitos graves e reiterados¹⁴⁷ e, em sua maioria, os casos são encaminhados pela polícia ou pelo Ministério Público¹⁴⁸, embora também possam ser por iniciativa dos juízes, oficiais de *probation*, advogados das vítimas e dos infratores e das próprias partes.¹⁴⁹

Os acordos resultantes das conferências familiares podem prever variadas atitudes: pedido de desculpas, serviços comunitários, reparação, participação em programas sociais e similares.¹⁵⁰

Sobre o êxito ou não da sua utilização, Pallamolla afirma que existem pesquisas na Nova Zelândia, EUA e Reino Unido, Canadá e Austrália que demonstram resultados positivos das conferências familiares¹⁵¹.

d) Círculos de sentença e cura/Círculos restaurativos (Sentence circle/Peacemaking circle/Community circles)

Relacionados com as tradições de povos originários dos Estados Unidos e do Canadá, foram aplicados por juízes canadenses em 1991, e no ano de 1995 havia um projeto piloto utilizando círculos de sentença nos Estados Unidos¹⁵².

A aplicação dos círculos restaurativos no Canadá é influenciada por práticas de indígenas locais, tendo sido introduzida na legislação na década de 90, quando se fez

¹⁴⁶ Ibidem, p. 117.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 117.

¹⁴⁸ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

¹⁴⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 117.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 118.

¹⁵¹ Ibidem, p. 119.

¹⁵² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 119.

referência “à necessidade de se atentar às especificidades culturais e às alternativas à prisão no caso de condenados aborígenes.”¹⁵³ Abarcam também delitos praticados por adultos, contudo, não para todos tipos de crime, e dirigem-se a atenção às necessidades das vítimas, comunidade e ofensores por meio de uma “perspectiva holística e reintegradora.”¹⁵⁴

Podem ser realizadas de duas formas: i) círculo de cura, na qual se busca restaurar a paz na comunidade afetada pelo conflito; ii) círculos de sentença, a qual constitui “como uma ‘comunidade de cojulgamento’ na justiça criminal tradicional, com a presença de um juiz.”¹⁵⁵ A sua utilização pode envolver, dentre outros conflitos, disputas nas comunidades, em escolas e delitos praticados por adolescentes ou adultos, sendo utilizada inclusive para crimes graves¹⁵⁶. Além dos conflitos, os círculos restaurativos também são utilizados para verificar a melhor forma de acolher os egressos do sistema penitenciário.¹⁵⁷

Normalmente participam dos círculos as partes diretamente envolvidas no conflito, as respectivas famílias, pessoas próximas à vítima e ao infrator que queiram apoiá-lo, alguma pessoa representando a comunidade e alguém vinculado ao sistema de justiça criminal, como juiz, promotor, psicólogo ou assistente social.¹⁵⁸

De acordo com Giamberardino, os círculos tratam-se de:¹⁵⁹

mecanismos de criação de espaços de abertura respeitosa à fala dos envolvidos. Em seu formato ‘ocidental’ como, por exemplo, na Nova Zelândia, reúnem-se o jovem, familiares e pessoas próximas, bem como a vítima e seus familiares, além de representantes da polícia, por vezes também o próprio magistrado, assistentes sociais e advogados, e facilitador que coordenará o encontro, tendo por principal objetivo ‘elaborar um plano sobre como melhor lidar com o ocorrido’. Em regra, todos sentam em círculos, sendo essa a razão da denominação. De acordo com Morris e Maxwell, busca-se deixar os ‘profissionais’ em segundo plano: quando presente um policial, por exemplo, ele apenas descreve sua participação no caso; quando participam

¹⁵³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 170.

¹⁵⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 120.

¹⁵⁵ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

¹⁵⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 119.

¹⁵⁷ RAYE, B. and ROBERTS, A. W. Restorative process. In: Handbook of Restorative Justice. Cullompton, UK; Portland, USA: Willian Publishing, 2007, pp. 211-227, p. 215 *apud* PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 119.

¹⁵⁸ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 120.

¹⁵⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 169.

advogados, eles intervêm somente se considerarem existir violação de direitos e abusos na condução do encontro. A ordem das falas em regra inicia pela vítima, que narra o ocorrido, os danos sofridos e todos os aspectos relativos à sua experiência, seguido pelo adolescente acusado que, como premissa, já admitiu a autoria. É comum que ocorra um pedido de desculpas, mas ele não é uma exigência imprescindível. (...) O objetivo do facilitador é fazer com que, exaurida a discussão sobre o fato, os participantes passem a debater o que fazer a partir daquele momento. Há diversas técnicas para condução dos debates, como a utilização de questões abertas (como foi e por que) e técnicas de sumarização e paráfrase, que buscam reelaborar as falas de uma maneira menos emotiva, buscando identificar critérios e valores em comum (reframing).

Segundo Walgrave, nos círculos restaurativos “o processo deliberativo é muito intenso e pode demandar diversos encontros,”¹⁶⁰. Giamberardino alerta que os círculos restaurativos demandam de tempo e paciência, “virtudes bastantes distantes do efficientismo que caracteriza os Juizados Especiais Criminais.”¹⁶¹ A adoção da justiça restaurativa, portanto, não pode ser motivada para inserir celeridade ao sistema judicial, sob pena de desvirtuamento da prática restaurativa e de desrespeito das necessidades de caso específico.

Para o Walgrave, por pressupor uma comunidade ativa e de fortes vínculos, dificilmente o círculo restaurativo pode ser utilizado no meio urbano atual,¹⁶² entretanto, atualmente há sua aplicação em diversos centros urbanos.

De acordo com uma pesquisa realizada nos Estados Unidos, a experiência de participar de um círculo foi satisfatória para 5 entre 6 ofensores, tendo se sentido apoiados pela comunidade e com a confiança desta. Constatou-se, porém, que houve ofensores que concordaram que o círculo não propiciou um ambiente com equidade, porque não puderam se expressar de forma livre. Em relação a comunidade, várias pessoas declararam “ter experimentado forte impacto com o processo”¹⁶³.

e) *Comitê de Paz*

¹⁶⁰ WALGRAVE, Lode. Restorative justice, Self-interest and Responsible Citizenship. Cullompton (Reino Unido) e Portland (EUA): Willian Publishing, 2008, p. 36-37 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

¹⁶¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 170.

¹⁶² WALGRAVE, Lode. Restorative justice, Self-interest and Responsible Citizenship. Cullompton (Reino Unido) e Portland (EUA): Willian Publishing, 2008, p. 36-37 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

¹⁶³ RAYE, B. E. and ROBERTS, A. W. Restorative process. In: Handbook of restorative justice. Cullompton, UK, Portland, USA: Willian Publishing, 2007, pp. 211-227, p. 215 *apud* PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 120.

Os Comitês de paz podem buscar solucionar conflitos entre particulares ou problemas comunitários mais amplos. Em regra, são utilizados em sociedades transacionais, as quais o Estado não possui força o suficiente para atuar sozinho, e trabalham com situações problemáticas que não são tipificadas como delitos, mas que resultam em problemas na comunidade.¹⁶⁴

A utilização um modelo deliberativo para tratar as referidas situações se deve “na necessidade de as decisões serem observadas a longo prazo, de modo a resolver efetivamente os problemas.”¹⁶⁵

f) Conselhos de Cidadania/Conselhos comunitários de cidadania

Tratam-se de encontros com autores de delitos leves, nos quais é buscada uma forma de ele reparar o dano causado. A reparação pode ser material ou simbólica, como pedido de desculpas ou a prestação de serviços comunitários. Diferenciam-se dos sistemas restaurativos mais tradicionais - mediação vítima-ofensor, círculos restaurativos e conferências familiares, por raramente a vítima e o autor do delito terem voz ativa na deliberação, sendo a decisão final do que será feito de atribuição do conselho¹⁶⁶. Pela ausência de participação ativa da vítima e do ofensor, Walgrave entende que se compromete de forma significativa o caráter restaurativo da referida prática¹⁶⁷.

g) Serviço Comunitário

Embora não se trate propriamente de uma prática restaurativa, é um dos resultados mais comuns, tendo em vista que frequentemente é incluído no acordo gerado pela prática restaurativa ou de uma decisão judicial. Seu caráter restaurativo se deve em razão dos danos não envolverem apenas as vítimas diretas dos delitos, mas a sociedade de forma mais ampla, e, por razão, o serviço comunitário possibilitar uma reparação material ou simbólica pelos danos causados. Sua fixação, contudo,

¹⁶⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 80.

¹⁶⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

¹⁶⁷ WALGRAVE, Lode. Restorative justice, Self-interest and Responsible Citizenship. Cullompton (Reino Unido) e Portland (EUA): Willian Publishing, 2008, p. 38 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

deve ser sempre que possível, por meio da deliberação dos envolvidos na situação problema.¹⁶⁸

h) Comissão da Verdade e Reconciliação

No século XX, em alguns países que viveram períodos de transição como África do Sul, Ruanda e Iugoslávia, foi instalada uma Comissão da Verdade e Reconciliação. Em outros países, como no Brasil, adotou-se após o regime ditatorial a Comissão da Verdade.

Ambas as comissões estão relacionadas intrinsicamente com a justiça restaurativa ao objetivar conforto às vítimas por meio da obtenção da verdade, sem que seja utilizado um método punitivo.

Raquel Tiveron afirma que:¹⁶⁹

Os mecanismos de justiça restaurativa podem ser úteis para realizar um processo de transição bem-sucedido como no caso de Uganda em que transições após os conflitos armados ou guerras civis, em que a violência é simétrica ou horizontal, ou seja, em que cada ator armado e suas bases sociais são, ao mesmo tempo, vítimas e autores de crimes atrozes.

Na África do Sul, o processo de transição por meio da Comissão da Verdade e Reconciliação (SATRC) permitiu dar voz às vítimas, possibilitando reduzir seus sentimentos de indignação e raiva, bem como contestar as versões oficiais de forma construtiva. Com os seus testemunhos, as vítimas do regime do apartheid mostraram ao mundo como a tortura era tolerada pelo regime e contribuíram para a transformação das instituições estatais¹⁷⁰. Segundo Woolford, o objetivo da SATRC era “criar consciência pública sobre os danos cometidos sob o sistema racial do apartheid e iniciar uma conversa em toda a sociedade para a cura coletiva” e, além do seu potencial transformador, foi instalada em razão de circunstâncias políticas, como o fato de que os autores dos crimes ainda tinham muito poder na sociedade sul-africana.¹⁷¹

¹⁶⁸ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

¹⁶⁹ TIVERON, Raquel. Ébano e Marfim: a justiça restaurativa e o TPI. Orquestrados para a paz sustentável em Uganda. In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília: Uniceub, 2012, p. 151-167, p. 162.

¹⁷⁰ ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflitos. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Ministério da Justiça. jan./jun. 2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 32-55, p. 45.

¹⁷¹ WOOLFORD, Andrew. **The Politics of Restorative Justice: a critical introduction**. Manitoba: Fernwood Publishing, 2009, p. 17.

Antoine Garapon afirma que na Comissão da Verdade e Reconciliação Sul-Africana se afastou a noção de pena e de imposição de sofrimento aos culpados para se concentrar somente nos debates e relatos das vítimas. Observa o autor que a vedação de imposição de penas foi útil para possibilitar uma melhor comunicação entre vítima e autores:¹⁷²

Um outro exemplo pode encontrar-se na comissão Verdade e Conciliação na África do Sul que operou uma espécie de troca entre a confissão pública e pormenorizada das suas perversidades e a anistia. (...) Neste exemplo extremo se a confissão pública dispensa a pena é talvez porque constitui já uma. Satisfaz igualmente, em partes, sem dúvida, a preocupação de reconhecimento das vítimas, aquiescendo na sua versão dos factos e apaziguando o seu tormento quanto ao destino dos seus próximos.

Apesar de expor as atrocidades do regime do apartheid, contudo, Antoine Garapon entende que uma das grandes fraquezas da Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul foi não ter meios financeiros para indenizar as vítimas.¹⁷³

Constata-se, portanto, que a utilização da justiça restaurativa pode se dar por meio de diversas práticas, as quais sempre devem se compatibilizar com o contexto cultural de cada local.

¹⁷² GARAPON, Antoine. A justiça reconstrutiva. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia. É a justiça será.** Lisboa: Piaget, 2001, p. 308; 302.

¹⁷³ Ibidem, p. 314.

2. A TEORIA DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA DE CARLOS NINO NO ÂMBITO PENAL E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Explorada a justiça restaurativa no capítulo anterior, o presente capítulo pretende apresentar a teoria da democracia deliberativa do construtivismo epistemológico do constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino e relacioná-la com a justiça restaurativa.

2.1 BREVE ABORDAGEM DE TEORIAS DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS

Apesar do crescimento de discursos autoritários nos últimos anos em diversos países, há algumas décadas que a democracia é o sistema político dominante no mundo.

O fato de a etimologia da palavra democracia indicar se tratar de “governo do povo”¹⁷⁴, por si só não explica muito, motivo pelo qual a fim de justificar essa forma de governo, teóricos criaram diversas concepções da democracia.

Volpato Dutra sustenta existirem quatro modelos de democracia, quais sejam, o agregativo, da homogeneidade, agônico e o deliberativo. Alega o autor que os elementos da democracia são o poder, o povo direito/liberdade, a lei/autoridade, justiça/igualdade e economia, sendo que tais teorias combinam tais elementos de diferentes formas, enfatizando um ou mais elementos. Para o modelo agônico, por exemplo, a democracia não é compatível com a economia capitalista, enquanto para a teoria da homogeneidade a democracia não é compatível com direitos individuais fortes.¹⁷⁵

De forma sintética, em razão de não ser objeto do presente trabalho, mas para facilitar a diferenciação da teoria deliberativa que será explorada na sequência, apresenta-se as principais características das concepções agregativa, da homogeneidade e agonística da democracia, descritas por Volpato Dutra.

¹⁷⁴ A palavra é de origem grega, originada da junção do termo *demos* que significa povo e *kratos* que se refere ao poder.

¹⁷⁵ DUTRA, Delmar José Volpato. Elementos para uma metateoria da democracia. **Conjectura: Filosofia e Educação (UCS)**, v. 23, p. 262-292, 2018, p. 265.

A concepção agregativa de democracia, defendida inicialmente por Schumpeter¹⁷⁶, é a corrente predominante atualmente, sendo que se trata de um modelo mais descritivo do que normativo. Para tal concepção, os indivíduos agem e fazem suas escolhas motivados não por razões morais, mas pelas suas preferências e interesses. Em consequência, Schumpeter entende que não existe um povo e tampouco a possibilidade da determinação de um bem comum, sendo que não deve caber aos cidadãos realizarem decisões políticas e participarem excessivamente da política, mas somente formar um governo que tomará as referidas decisões. Assim, democracia no modelo agregativo trata da escolha dos líderes que terão poder de decisão, restando evidente sua relação com a teoria das elites¹⁷⁷ e a importância dos partidos políticos, aos quais incube a função de agregar as preferências dos cidadãos, para tal modelo.¹⁷⁸

Luiz Felipe Miguel crítica a referida concepção sustentando que ela visualiza a política destacada das desigualdades materiais e simbólicas, restringe a democracia à votação para escolha de líderes e desconsidera os processos de produção das vontades dos indivíduos.¹⁷⁹

A concepção da homogeneidade, radicalizada por Schmitt, sustenta que a igualdade não é uma qualidade da democracia, tendo em vista que a desigualdade está presente em todas as democracias, mas do liberalismo como teoria moral. Volpato Dutra¹⁸⁰ observa que tal tese enquadra-se melhor atualmente que na época em que foi criada, tendo em vista os contemporâneos problemas envolvendo, por exemplo, imigração e bioética. Para Schmitt, o sufrágio universal não constitui um elemento importante para a democracia. Em contrapartida, a homogeneidade do povo é apontada pelo autor como a característica primordial da democracia. Dela, contudo, decorre a eliminação do diferente. O caráter excludente do diferente faz com que

¹⁷⁶ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista Sociologia Política**. Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005, p. 12.

¹⁷⁷ DUTRA, Delmar José Volpato. Elementos para uma metateoria da democracia. **Conjectura: Filosofia e Educação (UCS)**, v. 23, p. 262-292, 2018, p. 264.

¹⁷⁸ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista Sociologia Política**. Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005, p. 12.

¹⁷⁹ MIGUEL, Luis Felipe. Democracia e representação: territórios em disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2014., p. 58 *apud* DUTRA, Delmar José Volpato. Elementos para uma metateoria da democracia. **Conjectura: Filosofia e Educação (UCS)**, v. 23, p. 262-292, 2018, p. 265.

¹⁸⁰ DUTRA, Delmar José Volpato. Elementos para uma metateoria da democracia. **Conjectura: Filosofia e Educação (UCS)**, v. 23, p. 262-292, 2018, p. 272.

Volpato Dutra¹⁸¹ sustente que a teoria Schmitt trata “de uma democracia incompatível com o liberalismo e com o Estado de direito. Portanto, é uma versão de democracia totalitária, na qual o indivíduo se dissolve no todo.”

A concepção agonística, defendida por Mouffe, insere ao centro o conflito, alegando existir um pluralismo de valores na sociedade que impede uma solução racional para tal conflito.¹⁸² Para Mouffe, na democracia agonística “um adversário é um inimigo, mas um inimigo legítimo, com quem temos alguma base comum, em virtude de termos uma adesão compartilhada aos princípios ético-políticos da democracia liberal: liberdade e igualdade.”¹⁸³ Há um consenso, portanto, sobre as “instituições constitutivas da democracia e aos valores “ético-políticos” que caracterizam a associação política – liberdade e igualdade para todos.”¹⁸⁴

Existe um desacordo, contudo, sobre o sentido e a implementação de tais princípios, não sendo possível, ao contrário do que acredita a democracia liberal, a sua resolução por meio da deliberação e argumentação racional.¹⁸⁵ Evitar-se-ia a guerra somente por meio de compromissos políticos ou por mudanças radicais de identidade políticas, realizadas mais por conversão do que por persuasão racional e deliberação.¹⁸⁶ A legitimidade para o modelo agônico estaria relacionada com o poder e não em argumentos, sendo a política relacionada à ordem, “a hostilidade domesticada e o antagonismo contido.”¹⁸⁷

Assim, a concepção agonística diferencia-se da concepção da homogeneidade, de Schmitt, ao reconhecer o outro, o adversário, não como um

¹⁸¹ DUTRA, Delmar José Volpato. Elementos para uma metateoria da democracia. **Conjectura: Filosofia e Educação (UCS)**, v. 23, p. 262-292, 2018, p. 275.

¹⁸² MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista Sociologia Política**. Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005, p. 20.

¹⁸³ Ibidem, p. 20.

¹⁸⁴ MOUFFE, Chantal. O regresso do político. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 30 *apud* KOZISCKI, Katya; FALLER, Maria Helena Foseca. Radicalizando a democracia, redefinindo a esfera pública, redesenhando instituições: um ensaio para maior participação popular na política. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019, p. 10.

¹⁸⁵ Nesse sentido Katya Koziscki e Maria Helena Faller: “Chantal Mouffe deseja reconhecer a política como espaço de conflito, de pluralismo, que deve ser orientado e enfrentado de maneira política. Questões políticas sempre envolverão decisões que optem por alternativas conflitantes e há conflitos que jamais poderão ser resolvidos por meio de argumentos racionais, conforme apregoa a perspectiva liberal. Isso porque a política é um espaço em que reina a hegemonia de quem possui o poder.” In: KOZISCKI, Katya; FALLER, Maria Helena Foseca. Radicalizando a democracia, redefinindo a esfera pública, redesenhando instituições: um ensaio para maior participação popular na política. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019, p. 8.

¹⁸⁶ DUTRA, Delmar José Volpato. Elementos para uma metateoria da democracia. **Conjectura: Filosofia e Educação (UCS)**, v. 23, p. 262-292, 2018, p. 270.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 270.

problema, mas como um elemento coconstituente da própria democracia, assentada na existência de conflito. O diferente, portanto, é partícipe, e o antagonismo transforma-se em agonismo, ou seja, em mero adversário “reconhecido e mantido em condições de continuar o pleito pela hegemonia no jogo democrático.”¹⁸⁸

O estudo de Carlos Santiago Nino, é distinto e separa diferentes concepções de democracia em dois grupos.

No primeiro, estariam as teorias que se autodenominam democracia liberal e que compreendem que os assuntos morais não estariam em jogo na política democrática. Trata-se de uma visão mais pessimista da natureza humana, a qual supõe que o sistema deve apenas acomodar as preferências, sem julgar seu conteúdo moral, e que supõe os interesses das pessoas como inalteráveis. Pertencem a este primeiro grupo o enfoque utilitarista; a análise econômica da democracia; a visão elitista; a democracia pluralista; e as teorias consensualistas.¹⁸⁹

Nos enfoques utilitaristas, as ações e instituições são avaliadas segundo as consequências que elas geram para um “bem valioso em sim mesmo.”¹⁹⁰ A natureza do bem é diversa de acordo com a variedade do utilitarismo, podendo ser a busca pelo prazer; a satisfação de preferências e interesses subjetivos; um estado ideal das coisas independente das preferências dos indivíduos; ou a autonomia pessoal e o respeito a determinados direitos.

Segundo os teóricos da análise econômica da democracia, a política democrática funciona de forma semelhante ao mercado, existindo produtores de determinados bens – os políticos e suas respectivas políticas – que disputam para satisfazer os consumidores – os eleitores, os quais negociam com os produtores para se alcançar um equilíbrio. Nino crítica tal comparação alegando que há uma grande diferença na negociação entre produtores e consumidores de bens comerciais e entre os políticos cidadãos e que o mercado não se importa com um elemento importante para a política democrática: a justiça.¹⁹¹

¹⁸⁸ KOZISCKI, Katya; FALLER, Maria Helena Foseca. Radicalizando a democracia, redefinindo a esfera pública, redesenhando instituições: um ensaio para maior participação popular na política. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, 2019, p. 9.

¹⁸⁹ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 112.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 112.

¹⁹¹ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 115.

A concepção elitista da democracia entende que as preferências humanas, usualmente são definidas e afetadas pela propaganda, pressões e psicologia das massas, são auto interessadas, sendo que o sistema político não deve estar organizado para transformar tais preferências. Defende-se que a estabilidade da democracia está relacionada com a existência “de um bom líder, quiçá profissional, de um alcance restringido das decisões democráticas e de uma burocracia estável e qualificada para auxiliar o líder.”¹⁹² Tal concepção foi observada por Max Weber que constatou a existência de um processo de profissionalização na política, resultando que apenas poucas pessoas realizam as decisões políticas de uma comunidade, restando a maioria dos indivíduos apática politicamente ou, no máximo, com possibilidade de escolher quem tomará as decisões políticas por determinado período.¹⁹³

Para permitir uma escolha legítima pelo povo do líder que tomará as decisões políticas, tal modelo democrático pressupõe a existência de liberdade de expressão e de imprensa¹⁹⁴. Hannah Arendt crítica essa concepção de democracia, afirmando que ela resulta da formação de uma oligarquia, permitindo que uma maioria seja dominada por uma minoria. Carlos Nino, por sua vez, alerta para o caráter não igualitário desta concepção, a qual exige uma apatia dos setores mais pobres e com menos qualificação educacional. Destaca que:¹⁹⁵

Se poderia dizer que não há nada intrinsecamente mal na desigualdade política, em tanto que elas sejam resultado de processos justos. Mas é duvidoso se um grupo de indivíduos, havendo aumentado seu poder sobre os demais, tenha a capacidade de representar fiel e imparcialmente os interesses dos demais. É óbvio que a elite com acesso ao poder dará prioridade a seus próprios interesses por sobre aqueles que participam meramente através de expressar sim ou não aos requerimentos das elites que se encontram no poder.

Tal crítica à concepção elitista, referente à necessidade dos interesses dos diferentes setores da sociedade estarem presentes na discussão política será uma das bases nas quais Nino construirá a sua concepção de democracia deliberativa.

¹⁹² Ibidem, p. 117.

¹⁹³ WEBER, Max. Politics as a vocation. In: WEBER, Max. Essays in Sociology, H. H. Gerth and C. Wright Mill (trds, Nova Iorque, Oxford, University Press, 1958 *apud* NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 116.

¹⁹⁴ ARENDT, Hannah. On revolution, Nova Iorque, Viking, 1963, p. 276 *apud* NINO Carlos Santiago, La constitucion de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 118.

¹⁹⁵ NINO Carlos Santiago, La constitucion de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 118.

Considerada uma variante da concepção elitista, a concepção pluralista enxerga os grupos, ao invés das pessoas individuais, como sendo os principais atores na política. Segundo Nino, “os pluralistas consideram os grupos como um resultado inevitável da natureza auto interessada dos indivíduos e de sua tendência a associar-se para defender coletivamente os seus autointeresses”. É que a democracia é enxergada para os pluralistas como um “mecanismo para atingir um equilíbrio que neutraliza o poder das facções, uma vez que convida as facções ou partidos políticos a competir para obter o apoio do eleitorado.”¹⁹⁶

Theodore Lowi observa que a concepção pluralista defende uma noção distorcida da forma como agem os grupos de interesses, tendo em vista que normalmente não há um enfrentamento equitativo entre os grupos, diante da diferença de poderes entre eles, bem como que o acordo resultante da disputa entre os grupos não é necessariamente útil ao bem comum. O autor ainda aponta que o pluralismo se tornou a “base intelectual da filosofia neocapitalista, que se chama liberalismo dos grupos de interesses” e que parte de alguns pressupostos como que os interesses organizados são homogêneos e fáceis de se definir e que os representantes de qualquer interesse eleito representam a todos com esse interesse.¹⁹⁷

Por fim, as teorias consensualistas entendem que é o consentimento a justificação da democracia e que esta é a única forma de governo compatível com a autonomia pessoal, pois legitima o governo a interferir na vida do indivíduo em razão deste ter consentido anteriormente com essa interferência.¹⁹⁸ A forma pela qual é fornecido esse consentimento depende da teoria que é adotada.

Rawls entende que se trata de um consentimento hipotético, pois os indivíduos na denominada posição original estariam sob o véu da ignorância, não sabendo o local que ocupariam na sociedade, sua classe e status social, e como ocorreria a distribuição dos recursos e habilidades naturais, e deliberariam, de forma igual e livre, sobre “os princípios de justiça a serem aplicados às instituições básicas da sociedade”¹⁹⁹. Diante dessa situação hipotética na qual se pressupõe que os

¹⁹⁶ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 120.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 121.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 124.

¹⁹⁹ GODOY, Miguel Gualano. Justiça democracia e direitos fundamentais: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. **Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI**. Fortaleza. Jul. 2010. P. 4539-4553.

indivíduos são racionais e mutuamente desinteressados, haveria a garantia de inexistência de favorecimento ou desfavorecimento na definição dos princípios de justiça. Rawls sustenta que na posição originária dois princípios seriam escolhidos: a igual liberdade política e a igualdade de recursos sociais e econômicos, com exceção de quando a desigualdade contribua positivamente a satisfazer os interesses dos menos favorecidos.²⁰⁰

Para Locke, por sua vez, o consentimento não seria hipotético, mas real e somente não necessariamente verbalizado, mas fornecido por atos do indivíduo: ter posses ou desfrutar de algum modo dos domínios do governo, como por exemplo, viajar livremente por uma estrada de um Estado.²⁰¹

Nino crítica as formas pelas quais Lock sustenta que são obtidas o consentimento dos cidadãos, por entender que tais atos não são totalmente voluntários, tendo em vista que não é materialmente possível alguém “vender todas as posses e deixar o país para não ‘habitar’ ou viajar através de suas estradas.”²⁰² Ademais, pelas pessoas não estarem de algum modo convencidas para a democracia, Nino alega que o consentimento poderia justificar não apenas a democracia, mas qualquer outra forma de governo poderia ser justificada, inclusive uma autoritária. Por tal razão, o autor formula a hipótese que se a democracia deva ser justificada pelo consentimento das pessoas, este deve ser constituído por meio do ato de votar,²⁰³ o qual relaciona-se com regime democrático. Nesse sentido, Peter Singer afirma que um consentimento genuíno não é possível de ser obtido para justificar a democracia, mas defende que ela pode ser justificada por um “quase consentimento”, o qual é obtido com a simples participação em um processo democrático por criar a expectativa de que o resultado obtido será aceito.²⁰⁴ Nino, contudo, refuta a hipótese de Singer, do consentimento ser obtido por meio do voto, por duas razões: i) o ato de votar somente poderia constituir um ato de consentimento quando facultativo, pois entende que nenhum ato de consentimento pode ser obrigatório; ii) se o indivíduo decide não

²⁰⁰ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 125.

²⁰¹ Ibidem, p. 129.

²⁰² Ibidem, p. 130.

²⁰³ Ibidem, p. 130.

²⁰⁴ Ibidem, p. 130.

votar, não estará realizando o ato que demonstre seu consentimento, portanto, não estaria obrigado a obediência das leis.²⁰⁵

No segundo grupo das teorias democráticas, estariam aquelas que não separam a moral da política, entendendo que a política, na realidade, abrange “inclinações morais, juízos morais e responsabilidades morais.”²⁰⁶ São, segundo Nino, as teorias da soberania popular, teorias perfeccionistas e as teorias de enfoque dialógico. Tais teorias sustentam que: para justificar “la democracia, debe concebérsela como un mecanismo que transforma los intereses originales dos individuos”²⁰⁷, estando o espírito de Rousseau, com a noção de vontade geral que busca alcançar o bem comum, por trás dessas teorias.

A soberania popular é a mais antiga e tradicional justificação da democracia, a qual é baseada na noção de que o autogoverno proporciona a autonomia do povo como um todo. De acordo com Rousseau, um dos teóricos da soberania popular, o contrato social transforma o estado de natureza em um governo civil, sendo que o cumprimento de tal contrato modifica os cidadãos, substituindo-lhes instintos egoístas por sentimentos de justiça. Nino, contudo, observa que Rousseau não explica como essa modificação das pessoas é de fato realizada, principalmente em razão de não incluir mecanismos normalmente utilizados para efetivar essa transformação de interesses, como a deliberação coletiva.²⁰⁸ Ademais, aponta-se que a concepção da democracia da soberania popular, por enfatizar demasiadamente o coletivo (povo), pode permitir práticas autoritárias em detrimento de indivíduos, ao “no reconoce el contrapeso que le opone a la democracia el reconocimiento de los derechos individuales.”²⁰⁹

As teorias perfeccionistas compreendem que a democracia é um modo de promover nos indivíduos valores como a auto realização, decorrente da capacidade de participar da vida pública, o espírito de fraternidade a solidariedade social²¹⁰. As concepções perfeccionistas da democracia influenciaram o movimento antifederalista nos Estados Unidos, ao defender que a sociedade civil não deveria ser mera

²⁰⁵ Tal fato torna-se um problema em razão de Nino defender o voto obrigatório.

²⁰⁶ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 132.

²⁰⁷ Ibidem, p. 132

²⁰⁸ Ibidem, p. 134.

²⁰⁹ Ibidem, p. 137.

²¹⁰ Ibidem, p. 137.

reguladora de condutas privadas, mas funcionar como um educador e que é responsabilidade do governo inculcar nos cidadãos atitudes que no domínio da política os distanciem da busca do auto interesse.²¹¹ Nino observa, contudo, que tais teorias conflitam com o ideal liberal da autonomia individual relativa à liberdade do indivíduo de buscar qualquer plano de vida que não prejudique os demais, bem como com a dimensão do constitucionalismo referente ao reconhecimento de direitos.²¹²

Por fim, as teorias dialógicas entendem que por meio do diálogo ou da deliberação é possível a transformação das preferências das pessoas, contendo os interesses egoístas e o poder dos grupos que se baseiam nestes interesses, tendo em vista que é característica do diálogo excluir os argumentos que não podem ser defendidos de forma imparcial.²¹³ Há perspectivas dialógicas em que coincidem alguns elementos com outras citadas anteriores, como a de Macpherson, a qual se aproxima da perfeccionista ao sustentar que o diálogo permite desenvolver virtudes pessoais e o sentimento de comunidade e relações recíprocas.²¹⁴ Outras perspectivas dialógicas, como a de Bruce Ackerman, defendem que o mérito do diálogo não se refere ao desenvolvimento de virtudes pessoais ou ao se alcançar decisões morais corretas, mas em se conseguir soluções aceitáveis que estejam sujeitas ao limite da neutralidade a respeito das concepções de bem.²¹⁵ Nino observa que, embora Rawls seja consensualista, há uma aproximação da sua perspectiva com a de Ackerman no tocante a neutralidade sobre as concepções morais, tendo em vista que afirma que o objetivo da filosofia política e da política prática é de atingir uma interseção de consensos que seja neutra a respeito de concepções morais.²¹⁶

Nino, por sua vez, advoga a inclusão da moral e dos interesses do debate público:²¹⁷

²¹¹ SUSTEIN, Cass R., Interest Groups in American Public Law, 38. Stanford Law Review, 1965, págs. 29-87, p. 36 *apud* NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 137.

²¹² NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 141.

²¹³ *Ibidem*, p. 142.

²¹⁴ MACPHERSON, Liberal democracy, The life and times of liberal democracy, Oxford University Press, 1977, pp. 99-115 *apud* NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 142.

²¹⁵ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 142.

²¹⁶ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 142.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 143.

Es difícil perceber como é posible que las personas entablen um diálogo si se descarta la posibilidad de discutir acerca de las corrección de principios morales intersubjetivos y ni siquiera puede hacerse referencia a los respectivos intereses.

Afirma o autor que, ao se proclamar o diálogo como neutro sobre a concepção de bem, na realidade é feita uma escolha pela concepção moral da sociedade pelo liberalismo, sendo derrotadas as concepções do utilitarismo e do perfeccionismo.

Dentre os defensores das teorias dialógicas, um dos mais respeitados é Jürgen Habermas com a sua teoria procedimental da democracia, na qual busca: “demonstrar a cooriginalidade dos direitos individuais e fundamentais e da soberania popular. Autogoverno serve para proteger os direitos individuais e tais direitos fornecem as condições necessárias para o exercício da soberania popular.”²¹⁸

Segundo Benhabib, a deliberação pública defendida por Habermas deve observar as seguintes características:²¹⁹

- (1) a participação em tal deliberação é governada pelas normas de igualdade e simetria; todos têm as mesmas chances de iniciar atos de fala, para questionar, interrogar e abrir o debate;
- (2) todos têm o direito de questionar os tópicos definidos da conversação e
- (3) todos têm o direito de iniciar argumentos reflexivos sobre as próprias regras do procedimento discursivo e o modo pelo qual são aplicadas e implementadas. Não há regras que em princípio limitem a agenda da conversação ou a identidade dos participantes, desde que qualquer pessoa ou grupo excluído possa demonstrar justificadamente que são afetados de modo relevante pela norma proposta em questão.

Observadas essas características que formam a “situação ideal de fala”, durante a deliberação as posições não aceitáveis pelos participantes do discurso moral seriam objeto de constrangimentos procedimentais.²²⁰

A decisão obtida pela deliberação, portanto, será razoável se observar essas características procedimentais que enfatizam a igualdade e a imparcialidade a fim de proporcionar a vitória do melhor argumento.²²¹ Além de um resultado razoável, a deliberação pública, realizada de forma imparcial e igual, também origina um resultado

²¹⁸ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista Sociologia Política**. Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005, p. 13.

²¹⁹ BENHABIB, S. 1996. Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy. In: BENHABIB, S. (ed.). *Democracy and Difference*. Princeton: Princeton University. P. 70 *apud* MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista Sociologia Política**. Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005, p. 14.

²²⁰ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista Sociologia Política**. Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005, p. 14.

²²¹ *Ibidem*, p. 14.

legítimo: “a legitimidade em sociedades complexas deve ser pensada como resultante da livre e desimpedida deliberação pública de todos, sobre matérias de interesse comum.”²²² De forma semelhante, Miguel Godoy afirma que na teoria de Habermas, há uma forte relação entre direito e esfera pública, sendo o direito legitimado somente se produzido pelo debate na esfera pública.²²³

Nino destaca que, de forma muito diferente de Rawls, Habermas entende que para se realizar a argumentação moral é imprescindível um esforço cooperativo, não sendo possível uma argumentação moral monológica.²²⁴

Habermas e Rawls entendem que há pressupostos formais, como a imparcialidade, que são decisivos para outorgar validez aos princípios morais. Mas enquanto para Rawls estes são pressupostos formais de um raciocínio moral monológico, para Habermas são regras de uma prática social do discurso intersubjetivo. Habermas requer um consenso de fato para ser constituído através do emprego da regra de imparcialidade. Para Habermas, somente a discussão coletiva “na busca cooperativa da verdade”, é uma forma confiável de ascender ao conhecimento moral.

Delmar Dutra apresenta diversas críticas ao modelo deliberativo: i) não considera de forma adequada a política como conflito e como dominação, resultando na manutenção do *status quo*; ii) haveria uma idealização sobre as condições da comunicação, não observando a existência da exclusão de grupos sociais, bem como as desigualdades econômicas, de poder, de status e de linguagem padrão; iii) não é um modelo realista por descartar a representação; iv) na hipótese de não existir consenso, seria mantido o *status quo*, demonstrando ser uma teoria conservadora.²²⁵

Sobre a influência das desigualdades na deliberação, Miguel Godoy destaca que na teoria de Habermas a democracia depende de um contexto de liberdade e igualdade, o qual deve ser promovido por um Estado de Direito para combater os desequilíbrios entre os participantes do debate público.²²⁶ Portanto, para Habermas

²²² BENHABIB, S. 1996. Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy. In: BENHABIB, S. (ed.). *Democracy and Difference*. Princeton: Princeton University, p. 68 *apud* MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista Sociologia Política**. Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005, p. 14.

²²³ GODOY, Miguel Gualano. Justiça democracia e direitos fundamentais: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. **Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI**. Fortaleza. Jul. 2010. P. 4539-4553, p. 4546.

²²⁴ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 158; 160.

²²⁵ DUTRA, Delmar José Volpato. Elementos para uma metateoria da democracia. **Conjectura: Filosofia e Educação (UCS)**, v. 23, p. 262-292, 2018.

²²⁶ GODOY, Miguel Gualano. Justiça democracia e direitos fundanetais: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jürgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. **Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI**. Fortaleza. Jul. 2010. P. 4539-4553, p. 4545.

os direitos fundamentais estariam vinculados com as condições procedimentais do discurso que permitem que os cidadãos participem de uma deliberação.

Outro defensor das teorias dialógicas, é o argentino Carlos Santiago Nino, o qual desenvolveu sua teoria denominada construtivismo epistemológico para tratar sobre a democracia deliberativa, a qual será tratada a seguir.

2.1.1 A teoria democrática deliberativa de Carlos Nino: o construtivismo epistemológico

A concepção de democracia de Carlos Nino está baseada na capacidade que a democracia possui, por meio do diálogo, para transformar as preferências auto interessadas das pessoas em preferências imparciais. Diferentemente de Habermas, contudo, não entende que o consenso seja essencial para se chegar a uma solução justa. Isso porque Nino somente entende que a democracia deliberativa é o método mais confiável para se alcançar soluções justas²²⁷.

Deste modo, Nino situa sua teoria democrática entre a de Rawls e Habermas. Enquanto o primeiro, na sua Teoria da Justiça, afirma que o conhecimento moral é alcançado por meio da reflexão individual, situando a discussão coletiva apenas com um elemento auxiliar útil desta reflexão, o segundo defende que apenas o método da discussão e decisão coletiva consegue alcançar a verdade moral, tendo em vista que a reflexão individual é sempre influenciada pelos auto interesses dos indivíduos ou dos interesses próximos a ele e da dificuldade insuperável de se colocar-se na posição do outro.²²⁸

O autor argentino aponta que a proposição formulada por Rawls conduz a um elitismo moral, permitindo nesta concepção, como afirmado por Walzer, que juízes sejam considerados os novos reis filósofos.

Em relação a proposição de Habermas, Nino observa que contém vantagens no sentido de que o diálogo com seu intercâmbio de ideias permite aumentar o conhecimento, detectar equívocos de raciocínio e haver maior possibilidade de imparcialidade, diante da máxima de que a própria pessoa é quem conhece melhor

²²⁷ NINO Carlos Santiago, *La constitucion de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 202.

²²⁸ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 202.

seus próprios interesses, motivo pelo qual todos os interessados devem participar da discussão e decisão. Para Nino, contudo, a proposição conduz a um populismo moral, tendo em vista que sustenta que uma solução unânime ou apoiada pela maioria é automaticamente correta, o que é equivocado, vez que diversas vezes a maioria adota posições incorretas.²²⁹

Nino constrói sua teoria para tentar enfrentar as referidas críticas às teorias de Rawls e Habermas, defendendo que a discussão e a decisão coletivas se tratam do procedimento mais confiável para se alcançar a verdade moral, tendo em vista que a existência da troca de ideias e a exigência de os participantes apresentarem argumentos para suas posições aos demais possibilita um acréscimo de conhecimento aos participantes, bem como permite a detecção de equívocos em raciocínios apresentados e, ainda, respeita o requisito de haver uma atenção imparcial em relação aos interesses de todos os afetados pela deliberação.

Apesar de considerar ser a deliberação o procedimento mais confiável para se atingir a verdade moral, Nino entende que tal fato não exclui a possibilidade de que se possa por meio da reflexão individual também se ter acesso ao conhecimento e soluções corretas, ainda que tal método seja muito menos confiável em razão das dificuldades de conseguir representar os interesses dos outros, bem como de ser imparcial. O fato de as reflexões individuais poderem alcançar algumas vezes soluções mais corretas²³⁰ que a decisão coletiva é a justificativa para que um indivíduo solicite reabertura da discussão sobre um tema que já havia sido decidido coletivamente.²³¹

A respeito da forma de obtenção de uma decisão fruto da deliberação, Nino observa que por razão da necessidade de existir um limite de tempo somada à impossibilidade de muitas vezes se obter a unanimidade, a regra da maioria se mostra a mais adequada. Isso porque caso se exija a unanimidade, uma minoria defensora do *status quo* sempre sairia beneficiada, ou seja, se trataria de um modelo

²²⁹ Ibidem, p. 165.

²³⁰ Nino afirma que quando se trata dos pressupostos de validade do processo coletivo, as possibilidades de que as soluções corretas sejam oriundas de uma reflexão individual aumenta. Ademais, em relação aos referidos pressupostos de validade, Nino defende que são as únicas questões morais em que é possível as leis democráticas serem revisadas por juízes ou objeto de desobediência civil.

²³¹ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 165.

conservador, conforme mencionado por Nino e ressaltado por Dutra nas suas críticas à teoria deliberativa.

A ausência da exigência da unanimidade, demonstra que a teoria de Nino não descarta a dificuldade de haver consenso em sociedades pluralistas, contudo, defende que haverá uma decisão mais justa com a utilização de um procedimento deliberativo. Pode-se ocorrer, portanto, a manutenção do conflito de interesses, contudo, os agentes teriam mais razões para respeitar as decisões tomadas.

O autor argentino destaca que o fato de ser a regra mais adequada, não significa necessariamente que resultará na decisão mais correta, mas somente que a ideia da imparcialidade estará melhor observada do que qualquer outro procedimento. Por isso que Nino afirma que uma discussão moral realizada em um determinado limite de tempo combinada com a tomada de decisão majoritária “tiene mayor poder epistémico para ganar acceso a decisiones moralmente correctas que cualquier otro procedimiento de toma de decisiones coletivas.”²³²

Ressalta-se que a teoria epistêmica da democracia depende de alguns pressupostos. Um deles se refere ao fato de que a falta de imparcialidade geralmente não decorre do egoísmo dos indivíduos que atuam no processo social e político, mas em razão da ignorância deles sobre os interesses dos demais. Exemplifica os casos de países governados por ditaduras, nos quais nem sempre os ditadores são pessoas egoístas e cruéis e que inclusive alguns deles estão realmente preocupados em tomar decisões corretas, contudo, não são imparciais em razão da dificuldade de conseguirem representar os interesses de pessoas e grupos que estão mais distantes do seu entorno social.²³³ O ditador, portanto, frequentemente se equivoca sobre o que se sucede na realidade, por não ter conhecimento de circunstâncias fáticas que lhe são distantes, podendo recair em generalizações errôneas baseadas nos seus pontos de vista ou de pessoas ao seu entorno.²³⁴

Outra característica da teoria epistêmica da democracia é que ela não exclui as manifestações de emoções durante a deliberação, mas somente a subordina aos argumentos racionais. Assim, em uma deliberação não basta um participante expor sua posição, mas precisa apresentar uma justificação, argumentos racionais que

²³² Ibidem, p. 168.

²³³ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 168.

²³⁴ Ibidem, p. 169.

sustentem sua posição e que demonstrem que ela é legítima.²³⁵ Destaca o autor alguns casos que não podem ser aceitos como argumentos legítimos, motivos pelos quais não podem ser aceitos em uma discussão:²³⁶

- a) Apenas expressar os seus desejos ou a descrição de seus interesses. Por exemplo, para justificar uma posição afirmar somente: “isso é o que eu quero”;
- b) Afirmar que a solução é ideal em razão de um fato decorrente de uma tradição ou de um costume, que uma autoridade humana estabeleceu ou uma divindade ordenou.
- c) Sustentar preposições normativas que não são gerais, mas específicas. Por exemplo, isso é errado quando feito para mim ou para determinada pessoa;
- d) Apresentar argumentos que não podem servir para situações muito semelhantes, ou seja, não possuem caráter universal;
- e) Expor argumentos que sejam contraditórios com declarações ou atos do próprio indivíduo;
- f) Expressar argumentos que não levam em conta interesses de pessoas. Por exemplo, tal decisão será melhor para o país.
- g) Defender argumentos que não sejam aceitáveis de um ponto de vista imparcial, apelando para razões de prudência ou estética.

Assim, apenas a apresentação de argumentos observando certos pressupostos, ainda que não resultem necessariamente na validade dos argumentos, possibilita a ocorrência de uma discussão, vez que impedem que os indivíduos sejam paralisados por se preocupar somente com o próprio interesse ou por ser indiferente as soluções propostas pelos demais participantes.²³⁷

Sobre os fatores emocionais, destaca que pode ocorrer de a habilidade e a retórica de alguns incidirem na avaliação dos melhores argumentos, contudo, observa que as emoções também podem contribuir para a imparcialidade ao incentivar sentimento de empatia, de um participante se colocar no lugar do outro.²³⁸

A discussão subjetiva, segundo Nino, também contribui para que os demais participantes detectem erros de fato e erros lógicos dos argumentos – que podem ocorrer por ignorar determinados fatos ou falácia lógica - de um participante e permitir que este possa corrigi-lo.²³⁹

²³⁵ Ibidem, p. 171.

²³⁶ Ibidem, p. 171-172.

²³⁷ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 173.

²³⁸ Ibidem, 175.

²³⁹ Ibidem, p. 174.

Assim como Habermas, Nino²⁴⁰ também estabelece algumas condições para a deliberação, sendo que o grau de satisfação dessas condições pelo processo deliberativo definirá a capacidade epistêmica da deliberação para alcançar uma decisão moral correta. São as condições as seguintes:

- a) A participação de todas as pessoas interessadas na discussão e decisão;
- b) Os participantes estarem em uma base razoável de igualdade e não existir coerção,
- c) Os participantes devem poder expressar seus próprios interesses e justificá-los com argumentos genuínos;
- d) O grupo deve ter uma dimensão apropriada que maximize a probabilidade de um resultado correto;
- e) Não deve existir nenhuma minoria isolada, devendo a composição da maioria e minorias mudarem de acordo com as matérias tratadas;
- f) Os participantes não devem se encontrar sujeitos a emoções extraordinárias.

Roberto Gargarella, discípulo de Nino, defende condições ao processo deliberativo muito semelhantes ao de Nino:²⁴¹

- a) Ser aberta;
- b) Incluir todas as pessoas potencialmente afetadas;
- c) Haver disponibilização previa de informações relevantes aos participantes;
- d) Garantir a expressão dos distintos pontos de vista existentes na comunidade;
- e) Assegurar que todos os argumentos que forem descartados sejam em razão de uma justificação adequada;
- f) Concluir com uma decisão fundada em razões públicas aceitáveis.

A satisfação das referidas condições, contudo, não é garantia de que se alcance uma decisão correta, tendo em vista que podem haver decisões democráticas equivocadas, nas quais reflexão individual poderia ter decidido melhor. O valor epistêmico geral da democracia, contudo, fornece uma razão para obedecer a tal decisão que ainda que por meio da reflexão individual se discorde da decisão da maioria.²⁴² As leis sancionadas de forma democrática, portanto, não apresentam pela forma de sua aprovação razões substantivas, mas razões epistêmicas.

Em relação às críticas normalmente dirigidas à democracia deliberativa, Nino afirma que a representação é um mal necessário, contudo, há formas de melhorar a

²⁴⁰ Ibidem, p. 179.

²⁴¹ GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por una refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 36.

²⁴² NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 181

representação para melhorar seu valor epistêmico, como uma maior coerência entre as atitudes dos eleitos com as propostas discutidas com seus eleitores na campanha, bem como uma melhor posição ideológica com interesses que possam ser defendidos e justificados de forma imparcial pelos partidos ao invés da preocupação com meros interesses de grupos econômicos e sociais.

Assim, ao contrário do objeto da crítica de Dutra aos modelos deliberativos, Nino não descarta a representação, afirmando que se trata de um mal necessário diante da forma de funcionamento das atuais sociedades, mas que a democracia direta deve ser obrigatória sempre que possível,²⁴³ ou seja, também não se trata de um modelo irrealista como alegado por Dutra.

Democracia direta para Nino, deve-se ressaltar, não se confunde com a mera criação de plebiscito e referendos, tendo em vista que para o autor é essencial a existência de discussão pública, não bastando que os cidadãos recebam as mensagens dos políticos pelos meios de comunicação.²⁴⁴

Por fim, outro ponto importante na teoria da democracia deliberativa de Carlos Nino é que, diferente de outras teorias, esta não ignora ou busca superar a tensão entre o reconhecimento de direitos e o processo democrático. Segundo o autor “alguns direitos adquirem um valor epistêmico, pois são pré-condições do valor epistêmico da democracia, mas o valor epistêmico desses direitos também é um reflexo da própria democracia.”²⁴⁵ Os direitos a priori, ou seja, pré-condições da democracia são semelhantes às condições impostas à deliberação:²⁴⁶

- a) a participação livre e igual no processo de discussão e tomada de decisões;
- b) a orientação da comunicação no sentido da justificação;
- c) a ausência de minorias congeladas e isoladas;
- d) a existência de um marco emocional apropriado para a argumentação.

O autor, inclusive, sustenta que as pré-condições não se referem apenas aos chamados direitos negativos, de abstenção, pois, por exemplo, a liberdade de expressão não exige apenas que não exista censura, mas também que haja possibilidade de acesso dos cidadãos aos meios para se comunicarem com outras

²⁴³ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 204.

²⁴⁴ Ibidem, p. 210.

²⁴⁵ Ibidem, p. 194.

²⁴⁶ Ibidem, p. 192.

peças e a observância da igualdade necessita que os participantes estejam educados, com saúde, com uma casa apropriada.²⁴⁷

2.1.2A democracia e a participação popular no âmbito penal

Analisadas as teorias democráticas, em especial a deliberativa de Carlos Nino, a qual pressupõe a participação cidadã no processo de tomada de decisão, passa-se a analisar a possibilidade um maior envolvimento da população no processo decisório relativo a conflitos tipificados como crimes, tendo em vista que se trata de situações nas quais ao Estado é conferida a possibilidade de aplicar uma pena, ou seja, impor intencionalmente, com respaldo legal, sofrimento a alguém, motivo pelo qual deve-se haver um forte legitimidade democrática nesta atuação, conforme se verá adiante.

Costuma-se afirmar que o monopólio estatal na área penal ocorre para que este, de forma racional, por meio das penas previstas em lei, seja capaz de conter o poder punitivo e evitar o sangue e a guerra que seriam resultados da justiça privada. Isso porque as pessoas possuiriam uma sede por vingança e punição em face dos que praticam delitos, algo que seria irracional e consistiria no chamado *populismo penal*.²⁴⁸ Tal sede demandaria sempre, de forma irracional, por penas mais altas e rigorosas, ou seja, uma demanda por uma maior punição e imposição de dor aos condenados.²⁴⁹

Segundo Elena Larrauri, foram quatro os motivos que permitiram a consolidação do populismo penal: em primeiro lugar o neoliberalismo econômico, o qual opõe-se a um estado social; depois o segundo aspecto seria o neoconservadorismo político que busca ressaltar a periculosidade e a necessidade de segregação dos que praticam condutas previstas como crime; em seguida, o sentimento de insegurança ontológico, decorrente do surgimento de novos riscos no

²⁴⁷ Ibidem, p. 193.

²⁴⁸ Segundo Luiz Flavio Gomes, *populismo penal* se trata de: um discurso ou movimento ou um saber criminológico e político criminal de natureza exclusivamente repressiva (crê que a repressão, por si só, magicamente não bastaria.". GOMES, Luiz Flavio. Penalistas Garantistas enfrentam novos desafios. Consultor jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-jul-05/coluna-lfg-penalistas-garantistas-enfrentam-novos-desafios>>. Acesso em 10 jan. 2020. Roberto Gargarella, por sua vez, afirma que populismo penal é um conceito cunhado por Anthony Bottoms, em 1995 e se trata de um enfoque da justiça penal o qual propõe que o Estado se volte mais severo para o crime. GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por una refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 189.

²⁴⁹ Ibidem, p. 47.

mundo contemporâneo e a desagregação das comunidades locais e das famílias; e por fim, o aumento continuado do delito e sua transformação em modo organizado e transnacional.²⁵⁰

Aponta-se que há uma relação direta entre o fim do estado de bem-estar social e o endurecimento penal, nos anos oitenta, com a crise do correccionalismo, resultante tanto da diminuição de recursos públicos direcionados às políticas públicas sociais, como das críticas à ineficácia das teorias ressocializadoras da pena.²⁵¹

Neste contexto, o Estado desiste de tentar reintegrar à sociedade quem praticou um delito para simplesmente neutralizá-lo com penas longas ou até perpétuas, funcionando a prisão como uma forma de “gestão das massas excluídas e vulneráveis, percebidas como riscos sociais a serem neutralizados e incapacitados.”²⁵²

Garland afirma que atualmente a prisão é utilizada com o mesmo objetivo do *gulag* da União Soviética, para ser “um local de reserva, como zona de quarentena na qual são segregadas as pessoas supostamente perigosas, em nome da segurança pública.”²⁵³

De forma semelhante, Wacquant aponta que o aumento de Estado Penal ocorreu de forma que a prisão passou a facilitar o crescimento da economia informal, bem como de trabalhadores que estão abaixo da linha de pobreza, por meio da geração de um contínuo grande número de empregados que podem ser explorados sem quaisquer hesitação, tendo em vista que “ex-detentos dificilmente podem exigir algo melhor que um emprego degradante e degradado em razão das trajetórias interrompidas, dos laços sociais esgarçados, do status jurídico ignominioso e do amplo leque de restrições legais e obrigações civis implicadas.”²⁵⁴

²⁵⁰ Larrauri, Elena. **Populismo Punitivo... y como Resistirlo**, pp. 11-14 *apud* CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010., p. 9

²⁵¹ Sobre o fracasso dos programas ressocializadores na prisão, merece destaque o trabalho de Robert Martison, no qual analisa diversos programas existentes em presídios até a década de 70. MARTINSON, Robert. What Works? - Questions and Answers About Prison Reform. **The Public Interest**, 35, 1974, p. 22-54.

²⁵² CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23.

²⁵³ GARLAND, David. 2001. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 178 *apud* CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28.

²⁵⁴ WACQUANT, Loïc. O lugar da nova administração da pobreza. **Dossiê Segurança Pública**. Novos estud. CEBRAP, 80,, Mar 2008, p. 13.

Bauman também relaciona o aumento do encarceramento com a crise do estado de bem-estar social, afirmando que: “nas atuais circunstâncias, o confinamento é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho ‘ao qual se reintegrar.’”²⁵⁵

Tais associações não soam estranhas quando se verificam dados do ano de 2017 do Departamento Penitenciário Nacional relativo à instrução e escolaridade dos presos, nos quais constam que 3,27% eram analfabetos, 51,3% possuíam o Ensino Fundamental Incompleto, 14,9% com Ensino Médio Incompleto e 13,1% com Ensino Fundamental Completo e somente 0,5% apresentavam ensino superior completo²⁵⁶.

Tais fatos respaldam os argumentos de Gargarella²⁵⁷ utilizados para defender a necessidade de uma aproximação entre a teoria democrática e o direito penal, quais sejam:

- a) A relevância dos problemas relacionados com o uso dos poderes coercitivos do estado;
- b) Quando se fala de direito penal, está se falando de um aspecto muito específico deste poder, no qual o Estado inflige, deliberadamente dor, sofrimento, encarceramento e até mesmo a morte. Por tal relevância, os limites e alcance dessa violência estatal não podem escapar nem à reflexão nem ao controle coletivo, pois o que está em jogo é muito importante;
- c) As desigualdades profundas e injustificáveis como as existentes no Brasil agravam mais ainda o problema, pois aumentam de forma radical o risco de uso inadequado e preconceituoso dos perigosos poderes coercitivo do Estado.

Assim, as normas penais e as decisões penais exigem uma especial justificação, sendo que Gargarella defende que uma maior legitimidade normativa²⁵⁸

²⁵⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 119-120 apud CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23.

²⁵⁶ BRASIL, Ministério da Justiça de Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**, atualização junho de 2017. Brasília, 2019, p. 34. Disponível em: <infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf (depen.gov.br)>. Acesso em 01 jul. 2021.

²⁵⁷ GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 202.

²⁵⁸ Gargarella apresenta a diferenciação entre a legitimidade descritiva (weberiana), consistente nas crenças das pessoas à cerca do modo em que se exerce a autoridade política e a normativa (rawlsiana)

poderia ser possibilitada com um maior envolvimento dos cidadãos e da comunidade no âmbito penal, tanto na criação legislativa e quanto na sua aplicação.

De forma semelhante, Antoine Garapon defende a inclusão popular no ato de julgar:²⁵⁹

A representatividade beneficia tanto a justiça como a democracia. Se àquela proporciona legitimidade, a esta dá ocasião para uma forte experiência de cidadania. A participação em missões de justiça dá a alguns cidadãos a ocasião – rara numa democracia moderna – de exercer uma verdadeira responsabilidade, e que responsabilidade! No momento em que os cidadãos se queixam de não poderem dizer nada acerca da complexidade dos funcionamentos políticos, a jurisdição oferecer-lhes a possibilidade de exercer o seu julgamento acerca dos valores essenciais da democracia no estado bruto: a liberdade, o erro, a sanção.

Destaca-se que embora seja incontestável que nos últimos quarenta anos tenha havido um endurecimento da política-criminal em muitos países,²⁶⁰ verificado pelo crescimento da taxa de encarceramento e aumento de leis mais rigorosas, tal fato não permite afirmar que as pessoas são ou, atualmente estão, mais punitivistas.

Tal impossibilidade de afirmação se deve pela dificuldade de obter informações empíricas a respeito, conforme destaca Salo de Carvalho:²⁶¹

A ausência de instrumentos eficazes para demonstrabilidade empírica de indicadores como sentimento de impunidade e sensação de insegurança, amplamente utilizados como argumentos de ampliação do punitivismo pelos empreendedores morais, torna volátil a associação entre medo e demanda sancionatória. (...) Não obstante, análise dos discursos político-criminais revela sua utilidade publicitária e/ou ideológica, normalmente para substancialização de práticas punitivas violenta; (...) Viável concluir, pois, que a formação do imaginário social sobre crime, criminalidade e punição se estabelece a partir de imagens publicitárias, sendo os problemas derivados da questão criminal, não raras vezes, superdimensionados.

que entende que “o poder político é exercido de acordo com uma constituição cujos elementos essenciais podemos razoavelmente esperar que todos os cidadãos livres e iguais avaliem, a luz dos princípios e ideias de sua razão humana”. RAWLS, John. *Political and Liberalism*, Nova Iorque, Columbia University Press, 137 apud GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por una refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 170.

²⁵⁹ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Piaget, 1996, p. 280.

²⁶⁰ No Brasil, segundo dados disponíveis no sítio do Departamento Penitenciário Nacional, em 1990 a taxa de encarceramento era de 61 por 100 mil habitantes enquanto que em 2019 a taxa registrada foi de 367,91. Em números absolutos, nos anos 2000 havia 232.775 pessoas privadas de liberdade, enquanto que em 2019 havia 773.151 pessoas reclusas. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrjoiMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjQzliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmVYyLTRI0GRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2020.

²⁶¹ CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 11.

Afirma o autor que ainda que não existam dados empíricos confiáveis, é comum políticos e atores do sistema penal se utilizarem da suposta sede punitiva da população para justificar práticas punitivas violentas.

Roberto Gargarella afirma que embora sejam realizadas pesquisa de opinião com a população sobre assuntos penais, não é possível dizer que tais opiniões obtidas, geralmente mediante enquetes, são expressão da vontade democrática por ausência de um prévio processo de deliberação e reflexão.²⁶² Em realidade, Gargarella afirma que há alguns estudos inclusive que apontam que a deliberação coletiva pode resultar em adoção de medidas menos punitivas.²⁶³

Em que pese não haver dados confiáveis a respeito da posição do público em geral em relação à repressão penal, as opiniões dos principais atores do sistema criminal contemporâneo, em específico juízes e promotores em relação à repressão penal, já foram colhidas.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) realizou pesquisa com aproximadamente 3 mil juízes brasileiros, entre 2005 e 2006, constatando que a maioria deles espera um endurecimento da lei penal, e possui uma postura bastante conservadora. Verificou-se que a maioria dos entrevistados era favorável à diminuição da maioria penal (61%); aumento de hipóteses de internamento de adolescentes (75,3%); aumento da quantidade de pena cumprida para progressão de regime em crimes graves (89,3%) e aumento da quantidade de pena cumprida para concessão do benefício do livramento condicional (81,5%).²⁶⁴

Em relação a Procuradores e Promotores de Justiça, uma pesquisa realizada com membros do Rio Grande do Sul os confrontou diretamente com qual política criminal mais se identificavam, sendo que a maioria deles afirmou que adere às políticas de tolerância zero.²⁶⁵

²⁶² GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por uma refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 222.

²⁶³ Gargarella faz referência aos estudos de Fishikin, Luskin e e Joewl realizado na Grã-Bretanha. Luskin, R.; Fishkin, J. e Jowell, R. Considered opinions: deliberative polling in Britain, *British Journal of Political Science*, 32, p. 455-487, apud GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por uma refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 226.

²⁶⁴ CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 104

²⁶⁵ AZEVEDO, Rodrigo G.; WEINGARTNER NETO, Jaime. Perfil Socioprofissional e Concepções de Política Criminal do Ministério Público Gaúcho. Anais do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Coimbra, 2004 apud CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 101

Destaca-se que cabem a tais atores em momentos processuais como pedidos de prisões cautelares, oferecimento e recebimento da denúncia, sentença e aplicação da pena escolher “entre ampliar ou minimizar o poder punitivo”²⁶⁶, resultando de forma direta em um maior ou menor encarceramento.

Como exemplo de atuação dos magistrados, cita-se a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando o acusado, não for reincidente específico, desde que o magistrado sentenciante considere que a medida seja socialmente recomendável, conceito vago que permite que os magistrados, a depender da sua postura mais ou menos punitivista, realizem ou não a referida substituição.²⁶⁷ Igualmente, ao avaliar a necessidade de decretação de uma prisão preventiva, segundo a legislação, o juiz deve verificar a presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal²⁶⁸, dentre elas ordem pública, outro conceito vago utilizado pelo legislador, o qual permite que os magistrados, a depender da sua postura, decretem ou não a reclusão cautelar da pessoa.

Quanto ao Ministério Público, observa-se que, a depender do quão punitivista é seu membro, uma situação pode resultar em oferecimento de denúncia ou simplesmente arquivamento do inquérito por ausência de mínimo lastro probatório ou atipicidade da conduta.

De acordo com as citadas pesquisas realizadas com magistrados e representantes do Ministério Público, as demandas de ambos por endurecimento das leis penais permitem afirmar que os referidos atores da elite do sistema penal pregam um maior punitivismo do que o contido da legislação, formulada e mantida pelos parlamentares, representantes do povo.

A constatação de um maior punitivismo existente entre a elite jurídica, coincide com as críticas realizadas por Roberto Gargarella ao mito de que a regra majoritária decide irracionalmente e o Poder Judiciário e a elite jurídica decidem de forma racional

²⁶⁶ CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 98

²⁶⁷ Código Penal, “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (...) § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.”

²⁶⁸ Código de Processo Penal, “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.”

e razoável,²⁶⁹ bem como ao medo da doutrina em democratizar a forma de lidar com fatos tipificados como crimes em razão da crença de que democracia está vinculada ao hiperpunitivismo, populismo penal e demagogia punitiva.

O autor argentino defende a necessidade de inserir a população e a comunidade na discussão penal, argumentando que em situações na quais existiu um diálogo minimamente sensato nas comunidades para falar sobre castigo ou das diversas formas possíveis de resposta estatal ante o crime, os resultados não têm sido aqueles apocalípticos esperados e anunciados pela doutrina penal hostil à democracia, mas bem ao contrário: não tende a ocorrer um hiperpunitivismo.²⁷⁰

Dzur e Mirchardini afirmam que a existência de um prévio diálogo sensato nas comunidades é fundamental para diferenciar a chamada opinião pública da mera opinião, sendo que somente esta última, a qual geralmente não é oriunda de uma deliberação, que se associa ao populismo penal.²⁷¹

O prévio diálogo, baseado nas condições de deliberação pública de Habermas e Nino, deve ser racional, aberto, em especial às pessoas potencialmente afetadas pelo resultado do debate, contínuo, pluralista de valores, de forma a permitir uma análise minuciosa de todos os argumentos e criar um ambiente em que as pessoas se sintam confortáveis para apresentarem propostas e os respectivos argumentos a favor, bem como confrontar ou assimilar os argumentos contrários.²⁷²

Utilizam-se os autores da ideia de *democracia deliberativa* para qual, segundo Habermas: “uma decisão pública justificada requer o acordo deliberado de todos aqueles que potencialmente podem ser afetados por ela”, ou seja, a defesa de deliberação pública e da inclusão social.²⁷³

Citam como exemplo de resultado da mera opinião a lei dos *three strikes*, que endureceu a punição aos reincidentes, implementada no estado da Califórnia, nos

²⁶⁹ GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por una refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 83.

²⁷⁰ Ibidem, p. 24. Resultado semelhante foi obtido em pesquisa realizada com vítimas e seus familiares de crimes dolosos contra vida, na qual André Giamberardino constatou que as demandas de cada entrevistado são muito diversas, não havendo uma resposta padrão por imposição de sofrimento ao autor do delito. In: GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

²⁷¹ DZUR, Albert W. MIRCHANDANI, Rekha. Punishment and democracy: The role of public deliberation. **Punishment and Society**, v. 9, n. 2, p. 151-175, 2007.

²⁷² Ibidem.

²⁷³ DZUR, Albert W. MIRCHANDANI, Rekha. Punishment and democracy: The role of public deliberation. **Punishment and Society**, v. 9, n. 2, p. 151-175, 2007, p. 161.

Estados Unidos, na década de noventa. Tal lei, decorrente de uma proposta formulada pelo pai de uma vítima de latrocínio, ganhou um efetivo apoio logo após o sequestro e homicídio de uma menina por um homem que estava em liberdade condicional, sendo que a busca pela vítima foi objeto de cobertura pela mídia de forma sensacionista, atraindo muito público. Em razão desse contexto, a referida lei foi aprovada de forma apressada, muito influenciada pelo referido caso, sem uma discussão pública necessária com argumentos e contra-argumentos e tampouco com a participação de todos atingidos pela referida lei.²⁷⁴

Em consequência, os autores apontam que a aprovação da referida lei não atendeu requisitos de validade segundo a noção deliberativa da democracia, pois as normas não foram produto de um amplo debate coletivo em que participam todos aqueles que potencialmente podem ser afetados por essas normas legais.

Afirmam que não é possível, portanto, responsabilizar a opinião pública e uma maior participação popular na esfera penal pela aprovação da lei do *three strikes*, diante da ausência de efetiva participação de todos os envolvidos e inexistência de um diálogo racional. Assim, o processo de aprovação da lei se aproximaria mais de um populismo penal do que de uma efetiva democracia deliberativa.²⁷⁵

Assim, não se pode refutar uma maior participação social no âmbito penal, seja na formulação legislativa ou no momento da escolha, no caso concreto, da reação a ocorrência de um delito, sob o argumento de que tal participação levaria necessariamente a um populismo penal e penas mais severas, tendo em vista que tal alegação não é verdadeira.

Além de afastar o temor do populismo penal, Roberto Gargarella afirma que aproximações da concepção epistêmica de democracia com o castigo imposto pelo direito penal podem ser úteis. Um exemplo é a participação popular no âmbito penal, aliada com a noção de persuasão, na qual para reprovar uma conduta criminosa, ao invés de excluir o seu autor da sociedade o confinando em uma prisão, pode ser estabelecido um diálogo moral com o autor, no qual se apela para sua razão e compressão de que praticou um ato que lesou direitos de outras pessoas.²⁷⁶

²⁷⁴DZUR, Albert W. MIRCHANDANI, Rekha. Punishment and democracy: The role of public deliberation. **Punishment and Society**, v. 9, n. 2, p. 151-175, 2007, p. 170.

²⁷⁵GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por una refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 49.

²⁷⁶GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 139.

Não se desconhece os riscos e as possíveis dificuldades da participação popular na esfera penal, principalmente em sociedades marcadas pelo racismo, desigualdades exorbitantes e invisibilidade de grande parcela da população, contudo, não deixa-se de ser, desde que observados alguns requisitos, como os pressupostos da democracia deliberativa de Carlos Nino e os princípios da justiça restaurativa, uma oportunidade para incluir na esfera pública e na deliberação sobre os assuntos que lhe dizem respeito, tanto na formulação legislativa como na atuação nos casos concretos, a parcela da população que é historicamente marginalizada.

Na participação social nos casos penais concretos, como é exemplo a justiça restaurativa, para se evitar que resulte em consequências desastrosas e tentar contornar as dificuldades decorrentes das características de sociedades marcadas pelas desigualdades, é imprescindível a observância de valores restaurativos como de não-dominação, empoderamento, respeito aos limites legais, igualdade de preocupação pelos participantes e escuta respeitosa, alguns dos quais coincidem com os valores da democracia deliberativa, conforme será demonstrado no próximo item.

Deve-se enfatizar, contudo, a inclusão da participação popular para lidar com os conflitos penais não significa a adoção de uma perspectiva neoliberal de “menos Estado”, tendo em vista existir intensas diferenças entre tal modelo e o modelo restaurativo, conforme observa André Giamberardino:²⁷⁷

Similarmente, sobre a intensificação do individualismo, Tamas Pitch acerta quando enfatiza que ‘o domínio da ideologia neoliberal insiste nas virtudes cívicas do faça você mesmo, somado ao primado do indivíduo sobre qualquer forma de agregação social’. Ocorre que as práticas restaurativas, em sentido oposto, têm por escopo explícito a desconstrução das percepções subjetivas de insegurança através do fortalecimento dos vínculos sociais. O deslocamento do Estado em prol da participação ativa dos envolvidos na elaboração ou resolução do conflito não guarda aqui o sentido individualista, atomizante e desagregador que caracteriza o discurso neoliberal e que fortalece a mercantilização e a privatização da segurança. Bem ao contrário, na justiça restaurativa o Estado deverá manter seu lugar simbolicamente fundamental, porém como facilitador da elaboração ou resolução de conflito, quiçá pela via de uma redefinição do conceito de jurisdição que abarque a mediação.

Ademais, participação do Estado, ao invés de indispensável, é de fundamental importância para facilitar o diálogo entre as partes para lidar com o conflito penal,

²⁷⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 197.

principalmente, em situações em que existe uma desigualdade entre as partes e para garantir o respeito aos valores restaurativos.

Na defesa de um modelo persuasivo, Duff afirma que a finalidade do sistema penal não deve ser que as pessoas:²⁷⁸

obedezcan sus demandas, sino que entiendan y acepten lo que se requiere de ellos como ciudadanos {...} Mi objetivo debería ser que la persona hiciese los que es correcto porque a ella le parece correcto; e, implícitos em ese objetivo, están los métodos a través de um proceso de persuasión moral racional.

Observa-se que tal método persuasivo moral racional não trata de uma comunicação unidirecional, na qual cabe apenas ao delinquente escutar e aceitar a mensagem de reprovação transmitida pela comunidade, mas de efetivo diálogo, no qual cada parte pode se dirigir de maneira ativa a outra, por meio da racionalidade e não do medo.²⁷⁹

Duff e Mashall, relacionam a concepção deliberativa da democracia com o direito penal ao defender que o juízo penal deve ser encarado como um: “proceso de rendición de cuentas, como una de las varias maneras en las que, como participantes en la amplia gama de prácticas de razonamiento que estructuran nuestras vidas, nos responsabilizamos los unos a los otros.”²⁸⁰

Assim, os defensores de uma aproximação da democracia deliberativa com o processo penal, sustentam que o procedimento de censura por atos tipificados como crime em lei deve ser realizado de forma mais deliberativa, inclusiva e aberta para os interessados, sendo a justiça restaurativa uma das alternativas ao procedimento atualmente dominante.²⁸¹

²⁷⁸ DUFF, Antony. *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, p. 80-81 Apud GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por una refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 139.

²⁷⁹ GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por una refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 207.

²⁸⁰ Tradução livre: “proceso de responsabilização como uma das várias formas pelas quais, como participantes da ampla gama de práticas de raciocínio que estruturam nossas vidas, nos responsabilizamos.” In: DUFF, Antony; MARSHALL, S, *Penal Theory and Practice*, Manchester, Manchester University Press, 1996, p. 220 apud GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por una refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 208.

²⁸¹ GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por una refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 210.

2.2 CORRELAÇÕES ENTRE A TEORIA DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Apresentada a teoria democrática deliberativa, com seus objetivos e condições para deliberação, bem como as críticas existentes ao sistema penal quanto ao seu déficit democrático e necessidade de maior participação popular, no presente tópico serão realizadas correlações entre a democracia deliberativa e a justiça restaurativa.

2.2.1 Os valores da democracia deliberativa e da justiça restaurativa

São diversos os pontos de contato entre a justiça restaurativa e a democracia deliberativa. Diversos valores coincidem. A seguir serão listados alguns deles.

A premissa de Stuart Mill de que ninguém é o melhor juiz dos seus próprios interesses do que a própria pessoa²⁸² é uma das ideias fundamentais de ambas. A partir desta premissa, o valor da **inclusão** se torna importante tanto para a justiça restaurativa como para a democracia deliberativa. Segundo as duas, todos os interessados e afetados por uma determinada decisão devem estar presentes na deliberação e participar ativamente no processo de elaboração da decisão. No caso da justiça restaurativa, as partes – vítima e ofensor - e a comunidade afetadas por um delito serão os protagonistas da deliberação e da tomada de decisão sobre o que deve ser feito diante da ocorrência do delito. Na democracia deliberativa, por sua vez, os cidadãos, afetados pelas decisões públicas, são os que devem participar da deliberação e decidir.

Por outro lado, o processo penal não observa o valor da inclusão das partes interessadas. Não bastasse a exclusão das partes do processo, com a expropriação do conflito pelo Ministério Público, Juiz e advogado, observa-se que tais atores, em regra, integram a grupos sociais diversos daqueles pertencentes os afetados pelas suas decisões.

Constata-se, portanto, um déficit democrático do processo penal, não somente por não permitir a participação das partes diretamente afetadas, como ainda pela

²⁸² NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 166.

decisão ser tomada por indivíduos integrantes a grupos sociais diversos dos pertencentes os afetados.

Reconhecer o déficit democrático não significa dizer que as decisões tomadas no âmbito do processo penal são ilegais ou arbitrárias, mas destacar que, em determinados momentos do processo, a lei penal e processual penal possibilita que o entendimento político do tomador de decisão influa de forma significativa na escolha “entre ampliar ou minimizar o poder punitivo”²⁸³ e, pela existência do déficit democrático, há maior chance de a decisão tomada ser injusta ou imparcial.

Ao permitir a participação das partes na tomada de decisão, concedendo-as espaço de fala, pode-se esperar a redução a seletividade penal, vez que há possibilidade de desconstrução de preconceitos e redução da irresponsabilidade e da imparcialidade na tomada de decisão. Afinal, quanto mais distante o juiz se encontra do acusado, mais fácil é puni-lo, e com a obtenção de mais informações sobre uma situação concreta, maior probabilidade de que a decisão tomada seja menos enviesada.

Sobre a defesa da inclusão e a recusa da exclusão na democracia deliberativa, afirmou Nino:²⁸⁴

Do mesmo modo que a pena capital deveria ser proibida sobre a base de que exclui alguém do processo de discussão moral, a prática de um delito não pode justificar a exclusão da representação dos interesses do criminoso do processo político. A voz do criminoso deve ser ouvida para justificar uma determinada solução.

Para combater o déficit democrático do processo penal, portanto, há que ser permitida uma maior inclusão das partes interessadas tanto na deliberação como na tomada de decisão, observando-se, assim, os valores da justiça restaurativa e da teoria deliberativa.

Outro valor comum é decorrente da premissa de Mill: a **imparcialidade**. Isso porque para ambas as teorias há uma dificuldade para alguém, seja juiz ou político, representar e conhecer adequadamente os interesses de pessoas que estão distantes do seu redor. Assim, uma decisão coletiva fruto da deliberação de todos os afetados,

²⁸³ CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 98

²⁸⁴ NINO Carlos Santiago, **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999, 187.

com a escuta de diversos pontos de vista, permite que se construa uma decisão com maior imparcialidade do que a realizada por um juiz ou por um político.

Verifica-se, portanto, que enquanto a justiça restaurativa se aproxima da democracia deliberativa, o modelo judiciário atual, com advogados, promotores e juízes como protagonistas e únicos com a expertise necessária para atuar durante um processo, se aproxima da concepção elitista de democracia²⁸⁵. Segundo Raquel Tiveron, a participação dos interessados no processo de tomada de decisão “agrega informações relevantes sobre os contornos específicos do problema e traz à tona conhecimento e valores locais importantes para subsidiar um julgamento adequado”, tornando a decisão com uma maior eficácia, justiça e legitimidade²⁸⁶. Roberto Gargarella afirma que a contribuição mais importante da democracia é a sua capacidade de considerar seriamente os diversos pontos de vista, inclusive dos que discordam da maioria, sendo que sem tal característica, uma decisão pública deixa de possuir a imparcialidade necessária.²⁸⁷

A **igualdade** também é uma preocupação comum à democracia deliberativa e à justiça restaurativa. Diante do referido valor, todos os participantes de uma deliberação política ou de uma prática restaurativa devem ser tratados de forma igual, havendo uma preocupação igualitária, não se permitindo a existência de dominação entre as partes e promovendo-se o empoderamento das partes que se encontram em situação de desigualdade. A escuta respeitosa, na qual se respeitam a fala e os sentimentos expostos por todos os participantes, é uma das formas de se manifestar o valor da igualdade em ambos os procedimentos.

A **capacidade de um diálogo persuadir** os envolvidos a mudarem seus pontos de vista, em decorrência de permitir o conhecimento dos interesses e dos problemas dos demais participantes é um pressuposto da justiça restaurativa e da democracia deliberativa. Por meio de um encontro restaurativo ou de uma deliberação pública, o outro, seja o autor de um crime, a vítima, ou aquele com uma opinião política diversa, ganha uma face, uma história e apresenta argumentos racionais. Assim, permite-se desconstruir preconceitos em relação ao outro, bem como extinguir medos

²⁸⁵ TIVERON, Raquel. A justiça restaurativa e a emergência participativa na dicção do direito. Contribuições para a teoria e para a prática democrática. **Revista de informação legislativa**. Ano 50, número 197, jan/mar. 213, págs. 175-187, p. 178.

²⁸⁶ Ibidem, p. 177.

²⁸⁷ GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por una refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 229.

e temores irracionais. Igualmente, facilita-se o desenvolvimento da empatia, de se colocar no lugar do outro, tarefa imprescindível para avaliar os efeitos externos das próprias decisões. Nesse sentido, Gargarella afirma que diante de um crime a “Resposta em uma comunidade de iguais se trata sempre de entender o outro como um igual e que tem capacidade de entender, dar um passo atrás e repensar o que fez de errado.”²⁸⁸ Idêntica ideia expõe Duff, conforme citação anteriormente inserida, na qual afirma que se deve se utilizar de um processo de persuasão moral racional para convencer o autor de um delito que o ato praticado é errado e que deveria se comportar de outra forma.²⁸⁹ Obviamente que não se pode confundir a persuasão racional com o correccionalismo penal. O segundo, diferentemente do primeiro, pretende promover uma mudança de comportamento do autor do delito infligindo sofrimento a ele, como com a pena de prisão, e de forma involuntária, contrariando, portanto, o princípio da autonomia e a dignidade da pessoa humana.

Por fim, **o empoderamento dos cidadãos e da comunidade**, decorrente do valor da inclusão, é um valor essencial à justiça restaurativa e à democracia deliberativa. O fato das partes envolvidas em um conflito e a comunidade ou os cidadãos de uma cidade serem protagonistas na tomada decisão sobre assuntos que lhe interessam e lhe afetam, demonstra que há uma transferência de poder político aos cidadãos e à comunidade.

Nesse sentido, observa-se que a justiça restaurativa, diferentemente da monopolização do poder de punir e da centralização do tratamento dos conflitos penais pelo Estados, permite a inclusão desses temas na discussão pública entre cidadãos, bem como permite a criação de espaços “não hierarquizados de encontro” e de deliberação pública.²⁹⁰

Segundo Raffaella Pallamolla, a relação existente entre os conteúdos dos valores da justiça restaurativa e a democracia deliberativa permite, inclusive, se afirmar que a justiça restaurativa seja considerada uma prática de democracia

²⁸⁸ GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por una refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 19.

²⁸⁹ DUFF, Antony. *Punishment, Communication and Community*, Oxford, Oxford University Press, p. 80-81 Apud GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por una refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 139.

²⁹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa**: o papel do poder judiciário. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2018., p. 68. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2021.

deliberativa.²⁹¹ De forma semelhante, Roberto Gargarella afirma que: “A través del énfasis tanto em la inclusion como en la deliberación, el método de la conferencia (restaurativa) parece particularmente apropiado para quienes están interesados em la democracia deliberativa.”²⁹²

2.2.2 A justiça restaurativa como fortalecedora da democracia

Além da existência de semelhança entre os valores da justiça restaurativa com a democracia deliberativa, observa-se a possibilidade de que com a utilização da justiça restaurativa haja um fortalecimento da democracia como um todo.

Isso porque a organização e a sistematização da justiça restaurativa, especialmente na concepção em que é valorizado o encontro, incentiva a inclusão no debate, além das partes, da comunidade e do contexto social em que o fato se encontra inserido, restando evidente seu maior caráter democrático do que o sistema penal, no qual são protagonistas – ou únicos atores - juízes, promotores e advogados²⁹³, os quais, em maioria, pertencem a um mesmo gênero, classe social, econômica e raça²⁹⁴. Leonardo Avritzer destaca a necessidade de uma maior democratização do poder judiciário:²⁹⁵

Portanto, quando pensamos a longue durée da relação entre elites e democracia no Brasil, dois elementos sobressaem. Em primeiro lugar, presenciamos uma democratização insuficiente que não atinge todos os poderes; em especial, ela não atinge o Poder Judiciário (...) Assim, o Poder Judiciário se organiza à margem da soberania democrática(...)

Diferentemente do sistema penal contemporâneo, no qual essa elite judiciária, em regra, também corresponde a elite econômica, possui o monopólio para decidir sobre os conflitos, na justiça restaurativa a resposta ao fato delituoso é escrita em várias mãos: vítima, ofensor e comunidade.

²⁹¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa e democracia: para além da democracia deliberativa**, p. 14. Disponível em: <<https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/IV/58.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-e>>. Acesso em 10 de jan. 2020.

²⁹² GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo: Por una refundación democrática del derecho penal**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 212.

²⁹³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 158

²⁹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Perfil sociodemográficos dos magistrados brasileiros**, 2018.

²⁹⁵ AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia**. São Paulo: Todavia, 1ª ed., 2019, p. 37.

Observa-se, ainda, que a intenção das práticas restaurativas não é a obtenção de um acordo ou a obtenção de um consenso, mas “resgate de dimensões perdidas na formalização jurídico-processual tradicional, o que significa o descobrimento e a valorização da conflitividade, e não seu ocultamento.”²⁹⁶

Assim, não se busca que ao final de uma prática restaurativa as partes saiam abraçadas ou virem amigos, mas somente que seja restabelecida a justa e equilibrada distância que havia entre eles.²⁹⁷ Que após a prática restaurativa deixem de se ver como inimigos e que a relação entre ambos não seja mais mediada pelo medo ou raiva,²⁹⁸ mas comecem a se enxergar reciprocamente como cidadãos pertencentes a uma mesma comunidade.

André Giamberardino e Nikolai Olchanowski observam que para a justiça restaurativa “aparece como central uma (re)valorização da comunidade, que tem como pano de fundo pensar atos e relações individuais sempre em relação à ideia de pertencimento à comunidade.”²⁹⁹

Desta forma, a valorização do conflito acompanhada pelo diálogo entre as partes e a comunidade, permite o desenvolvimento das relações sociais e, conseqüentemente, possibilita uma perspectiva de transformação social, para qual é de suma importância primeiramente conhecer o outro e seus sofrimentos.

Destaca André Giamberardino que apesar das possíveis dificuldades, há potencialidades de transformação social na utilização da justiça restaurativa:³⁰⁰

Sentar-se-iam frente a frente muitas vezes para mediação, para um círculo restaurativo, um acusado socialmente vulnerável e uma vítima muito mais poderosa em termos de ‘capital simbólico’. De um lado, o viciado em crack que cometeu um assalto, sem ninguém para lhe acompanhar como ‘comunidade de suporte’. De outro, a vítima do possível roubo. O encontro traz riscos vários, como a produção de discursos moralistas, o reforço dos estereótipos, a imposição de falsos acordos. Mas traz também

²⁹⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 160.

²⁹⁷ CARVALHO, Thiago Fabres; BOLT, Raphael; DE ANGELO, Natieli Giorisatto. **Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico**. 1ª ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 80.

²⁹⁸ Kathleen Daly afirma que em entrevista realizada com vítimas em 1998 e 1999, 75% responderam que sentiam raiva do ofensor antes da conferência, percentual que caiu para 44% após a conferência. Em relação ao medo do ofensor, 40% das vítimas responderam que sentiam antes da conferência, sendo reduzido para 25% após a conferência. Diante de tais números, a autora afirma que para as vítimas o encontro com o ofensor pode ter resultados benéficos. In: DALY, Kathleen. Restorative Justice: The Real Story. **Punishment & Society**, n. 1, p. 55-79, Janeiro, 2002, p. 73.

²⁹⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro; OLCHANOWSKI, Nikolai. A pena estatal contra a democracia: reflexões a partir da filosofia política. **Direito, Estado e Sociedade**. PUC-Rio de Janeiro. Nº 50, p. 10 a 39, jan/jun 2017, p. 22.

³⁰⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 189.

potencialidades E o que dizer da manutenção institucional da 'distância' com a perseguição penal, a vedação do encontro, a privação da liberdade, a reprodução da violência? Não se trataria, a própria criação da situação de interação, de uma maneira de reverter mecanismos de segregação que, como visto, hoje se constroem pela invisibilização do outro? E se quiçá o momento da práticas restaurativa propiciar a criação de laços sociais? Ter-se-ia, enfim, nesse caso, o que já vem sendo denominado 'justiça transformativa', que concretiza a conversão do conflito em oportunidade 'para a construção do diálogo e a busca de soluções, em um processo que cria conhecimento mútuo e laços sociais mais amplos e sólidos.

De forma semelhante, Wolford afirma que a justiça restaurativa, ao oportunizar a realização de uma discussão coletiva dos problemas da comunidade, possibilita um aprendizado entre os participantes sobre eles mesmos e uma compreensão mais profunda como sociedade e o que deve ser feito para construir uma comunidade melhor. Dessa forma, o processo restaurativo permite que as pessoas reflitam sobre diversas causas de injustiça, residindo neste ponto o seu potencial transformador.³⁰¹

Antoine Garapon igualmente destaca o potencial de provocação reflexiva da justiça descentralizada:³⁰²

Estes novos lugares descentralizados de justiça têm como objetivo não tratar do indivíduo, ou intervir diretamente no social, mas favorecer uma auto-reflexão crítica de todas as partes envolvidas (utilizador/profissional, infractor/vítima, pais/filhos, etc) oferecendo uma instância de discussão. Solicita-se, para fecundar esta reflexão, uma terceira pessoa que mantenha as diferentes partes dentro de certos limites e leva-as assim a encontrar soluções. Fixa limites no tempo, define o objetivo, sanciona os compromissos assumidos e, fim, garante a justa aplicação do protocolo a todos, começando por ele próprio. (...) (se procura) a auto-regulação, quer dizer, uma responsabilização dos problemas de segurança pelos próprios interessados. Esta vontade de restituir a ordem da vida colectiva aos interesses fora da mediação exclusiva do Estado mostra que é realmente de uma transformação da democracia que se trata. (...) Estas novas instâncias procuram encontrar um contacto com as populações marginalizadas, que a representação política clássica perdeu.

A importância do conhecimento do outro para o fortalecimento das instituições democráticas é ressaltada por Leonardo Avritzer:³⁰³

A política envolve um elemento em última instância de reconhecimento do outro, que ancoraria as instituições democráticas, (...). Nesse caso, o Estado moderno não seria, tal como (Carl) Schmitt argumentou, o local do exercício da inimizade, mas envolveria também a possibilidade de uma construção democrática a partir de objetivos comuns.

³⁰¹ WOOLFORD, Andrew. **The politics of restorative justice**: a critical introduction, p. 150 *apud* GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 189.

³⁰² GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Piaget, 1996.

³⁰³ AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia**. São Paulo: Todavia, 1ª ed., 2019, p. 112.

O ato de conhecer o outro ganha maior relevância quando se trata de sociedades com grande desigualdade social e que há uma desvalorização do espaço público, como a brasileira. Michael Sandel destaca que atualmente:³⁰⁴

São poucos os espaços públicos que reúnem pessoas de todas as classes, raças, etnias e crenças. Quatro décadas de globalização favorável ao mercado resultou em desigualdade de renda e riqueza tão pronunciadas que nos levam a modos de vida separados. Pessoas abastadas e as de meios modestos raramente se encontram ao longo do dia. Vivemos e trabalhamos e fazemos compras e nos divertimos em lugares diferentes; nossos filhos e filhas frequentam escolas diferentes. (...) É pouco surpreendente que tenham perdido a habilidade de refletir juntos sobre questões públicas amplas ou até mesmo escutar um ao outro.

Leonardo Sica, ao tratar da mediação penal, umas das práticas restaurativas mais conhecidas, destaca sua adequação aos contextos urbanos, pois possibilita:³⁰⁵

abertura de um 'espaço-comum' e o estabelecimento de uma linguagem compartilhada, fatores que encontram carência muito maior nos grandes aglomerados, nas sociedades mais complexas e dinâmicas, nas "cidades de muros" (CALDEIRA, 2003), onde as arenas públicas e os espaços de convivência comunitária são cada vez mais escassos e seletivos. (...) E a mediação, por meio do valor encontro, vias precipuamente encurtar a distância entre as pessoas, distância que o processo judicial adversarial só aumenta. As diversas tensões sociais derivadas do isolamento vivido nas cidades "grandes e modernas" são agravadas no âmbito hostil da justiça penal, surgindo a mediação como um possível remédio para enfrentar tensões num ambiente diverso, menos hostil, menos ameaçador (lembre-se sempre da ameaça de pena...) e mais inclusivo.

Esse poder da justiça restaurativa de fortalecer a democracia e de possibilitar uma transformação social também é ressaltado por Oxhorn e Slakamon:³⁰⁶

O resultado é um paradoxo: ao ceder ativamente a jurisdição sobre alguns aspectos do sistema de justiça para organizações sociais, um Estado com baixos níveis de legitimidade social e eficácia pode fortalecer a sociedade civil de modos que ajudarão a melhorar não apenas a sua capacidade de assegurar os direitos de cidadania fundamentais, mas também, de um modo mais geral, a qualidade da democracia. Especificamente, argumentaremos que a justiça restaurativa pode ajudar a construir sociedades civis mais fortes aumentando a capacidade e o interesse dos cidadãos em participar de organizações sociais, ao mesmo tempo em que contribui para impedir que os conflitos se tornem maiores, e fortalece as instituições estatais através da cooperação ativa dos cidadãos com elas. Em última instância, os processos de sinergia entre o Estado e a sociedade civil podem expandir para além da

³⁰⁴ SANDEL, Michael. **A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?**, tradução Bhuvi Libanio. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, p. 324.

³⁰⁵ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 5.

³⁰⁶ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania democrática. A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: SLAKMON C., R. De Vitto e R. Gomes Pinto (Orgs.) **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, Págs 188-189.

questão da criminalidade, melhorar a qualidade do governo democrático e dos direitos à cidadania de modo mais geral.

Segundo os autores, a justiça restaurativa, pode facilitar o acesso à justiça, o empoderamento de setores marginalizados, “melhorar o processo e o resultado da justiça”, e “democratizar a justiça e construir a cidadania civil de baixo para cima.”³⁰⁷

A facilitação do acesso à justiça por meio de práticas restaurativa pode ocorrer por diversas razões: i. estabelecimento de um ambiente mais acolhedor para as partes, no qual os funcionários ou voluntários devem ser treinados para quando recebê-las para o primeiro contato, não desmereçam³⁰⁸ os sentimentos e emoções envolvidas nos conflitos relatados; ii. a possibilidade de uma resposta não punitiva pode incentivar vítimas a procurarem o Estado e a comunidade para lhe oferecerem apoio em situações que sofreram danos, mas não desejam impor sofrimento ao autor do fato danoso; iii. a linguagem utilizada nas práticas restaurativas deve ser compatível com a utilizada pelas partes, dispensando-se formalidades desnecessárias, permitindo, assim, que as partes possuam pleno conhecimento sobre o processo, diferentemente de como frequentemente ocorre no sistema de justiça; iv. a preocupação com a vítima e a priorização na reparação dos seus danos sofridos podem incentivar que ela procure o Estado ou a comunidade para que não permaneça com seus direitos violados.

Sobre a possibilidade de a justiça restaurativa permitir ampliação do acesso à justiça, reduzindo-se a cifra negra, sem o aumento do poder punitivo, principalmente nos crimes de violência doméstica quando a vítima considera que a resposta penal não resolverá seu problema ou em crimes patrimoniais em que a ela considera que com o sistema penal não obterá sua reparação, Leonardo Sica observa:³⁰⁹

³⁰⁷ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Micro Justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: SLAKMONM C., R. De Vitto e R. Gomes Pinto (Orgs.) **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 205.

³⁰⁸ Sobre a necessidade da comunidade e do Estado reconhecer o dano sofrido pela vítima, Garapon afirma: “Se um crime é sempre *in fin*, sinal de um desprezo pela vítima, o que se espera da justiça é a negação desta humilhação, isto é, a manifestação de um reconhecimento. Se um prejuízo é reparado, uma identidade negada exige ser reconhecida, reafirmada por um acto oficial. O reconhecimento é uma reconfirmação pública do seu valor, que em democracia é inseparável de uma reafirmação da igualdade de princípios entre pessoas, de um certificar de sua capacidade de agir. O reconhecimento é o horizonte da justiça reconstrutiva.” GARAPON, Antoine. A justiça reconstrutiva. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia. E a justiça será**. Lisboa: Piaget, 2001, p. 289.

³⁰⁹ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF, Ministério da Justiça, 2006, p. 12.

A construção do novo paradigma deve se direcionar a ampliação do acesso à justiça, sem aumentar as possibilidades do exercício do poder punitivo, cindindo o sistema penal num quadro de dupla entrada: mediação e punição, o qual poderá, em tese, diminuir tanto o número dos castigos impostos, quanto à cifra negra, oferecendo uma resposta institucional mais acessível e viável para uma série de conflitos que ficam marginalizados ou não encontram respostas satisfatórias dentro de um sistema de mão única, fechado e inflexível.

A importância da redução da cifra negra se deve ao fato de que quando comportamentos danosos a terceiros não são tratadas pelas vias formais ou pelo Estado, “tendem a ser administrados de forma privada, onde o recurso à violência ilegal, a supressão do oponente, podem ter lugar”³¹⁰, principalmente em regiões fortemente marcadas pela violência e desigualdade, como o Brasil.

Em pesquisa realizada na Inglaterra pelo Smith Institute sobre a justiça restaurativa em vários países, dentre eles Reino Unido, Estados Unidos e Austrália, comprovou-se que a justiça restaurativa permite trazer mais crimes à tutela da justiça, conseguindo, assim, “ampliar o acesso à justiça ao proporcionar uma forma diferente de lidar com o delito.”³¹¹

Sgerman e Strang observam que a utilização da justiça restaurativa pode aumentar a confiança do jurisdicionado na justiça e, conseqüentemente, incentivar o exercício do direito constitucional de acesso à justiça.³¹²

Encorajar mais pessoas a participar num processo que seria mais previsível e conveniente que ir para ao Tribunal. Se os ofensores aceitarem a responsabilidade em maior escala porque eles se familiarizam com o processo de justiça restaurativa, isto também colaboraria a solucionar mais crimes. A evidência que a justiça restaurativa pode melhorar a confiança na justiça é significativa. (...) Essa confiança traduzir-se-ia em colocar mais crimes nas mãos da justiça, porque essas mãos seriam vistas como úteis e não danosas.

A possibilidade de a justiça restaurativa oferecer “um acesso mais livre à justiça para grupos sociais marginalizados” é salientado por Leonardo Sica, o qual afirma que para esses grupos o sistema de justiça é compreendido como “uma maneira de prestar serviços aos ricos e penalizar os pobres”, sendo que a informalização, como as

³¹⁰ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 146.

³¹¹ Ibidem, p. 152.

³¹² SHERMAN, Lawrence W; STRANG. Heather. **Restorative Justice: the evidence**. London: The Smith Institute, 2007, p. 78 *apud* PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 152.

práticas restaurativas, possibilitam a redução da estigmatização e coerção, características do sistema de justiça formal.³¹³

Assim, por meio da derivação dos casos penais aos programas restaurativos, pode-se evitar o “perigo de extensão da rede de controle penal” e igualmente não permitir que “respostas violentas ganhem cada vez mais espaço – sejam elas provenientes de formas privadas de administrar conflitos ou do próprio sistema penal que responde de maneira violenta ao conflito – pode, ao mesmo tempo, aumentar o acesso à justiça”.³¹⁴

Giamberardino³¹⁵ destaca que as práticas restaurativas aparentam se adequar à política judiciária proposta por Boaventura Souza Santos de democratização da administração da justiça, na qual:³¹⁶

A primeira (vertente) diz respeito à constituição interna do processo e inclui uma série de orientações tais como: o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; a simplificação dos actos processuais e o incentivo à conciliação das partes, o aumento dos poderes do juiz; a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse em agir.

Além de poder facilitar o acesso à justiça, segundo pesquisas empíricas internacionais compiladas por Vera de Andrade, os programas de justiça restaurativa oferecem aos ofendidos uma melhor experiência no contato com a justiça, permitindo-os “uma maior sensação de segurança, e de que a justiça foi feita”; uma maior satisfação com o processo; “colocar o evento no passado”; se sentir “respeitado e tratado justamente”.³¹⁷

Ademais, a opção das práticas restaurativas de não priorizarem formas de censura excludentes ou estigmatizantes como a prisão, mas enfatizarem a integração do ofensor e a reparação da vítima demonstra a existência de um maior respeito aos

³¹³ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 154-155 *apud* PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 151.

³¹⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 146.

³¹⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 202.

³¹⁶ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução à Sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 21, 1986, p. 28.

³¹⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa**: o papel do poder judiciário. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2018., pp. 96-97. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf>>. Acesso em 05 jan. 2021.

envolvidos. Como Gargarella alerta, numa comunidade de iguais a reprovação deve possuir um caráter integrativo e inclusivo, não excludente.³¹⁸

Ante todo, ese marco resulta entre inconcebible y completamente absurdo pensar em formas de castigo brutales como las que conocemos. Frente a la posibilidad de que se comentam faltas serias, la pregunta sería más bien otra: “Cómo seguimos viviendo juntos?, Como reparamos el daño que se há cometido?, Como restauramos la comunidade tal como nos interesaba tenerla?. La primeira respuesta no será nunca poner a alguno bajo pena como si fuera niño: se trata de nuestros amigos, nuestros pares, aquellos com quienes estamos comprometidos em un proyecto conjunto. Como vamos pensar em usar la violencia contra ellos? Cómo vamos a plantearmos imponer sufrimiento o daño al otro?

A ideia de a reação ao um fato tipificado como crime ser utilizada para integrar e incluir o seu autor, demonstra que o Estado e a comunidade não cumprem sua tarefa ao simplesmente não atuar diante de um conflito intersubjetivo, sob o fundamento do minimalismo penal. Cabe a eles, não apenas preservar a liberdade dos mais vulneráveis e frequentemente estigmatizados pelo sistema penal, mas atuar para que eles sejam integrados à sociedade, preocupando-se com suas vulnerabilidades sociais.³¹⁹

Desta forma, observa-se que com a utilização da justiça restaurativa há potencialidades para se fortalecer a democracia.

³¹⁸ GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo**: Por uma refundación democrática del derecho penal. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p. 18; 21.

³¹⁹ Ibidem, p. 40.

3. A IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Apresentadas as teorias democráticas, em especial a deliberativa de Carlos Nino e seus pontos de contato com a justiça restaurativa e a forma como esta pode promover o fortalecimento da democracia, no presente capítulo será exposto o processo de informalização da justiça e implementação da justiça restaurativa no Brasil, relatando quais foram os projetos pilotos no país e as possibilidades de utilização da justiça restaurativa diante do atual ordenamento jurídico brasileiro. Serão trazidas algumas resoluções do Conselho Nacional de Justiça que tratam sobre a justiça restaurativa, bem como realizado um estudo de caso sobre a aplicação da justiça restaurativa na cidade de Curitiba pelo Ministério Público em decorrência da prática do crime de roubo.

3.1 O PROCESSO DE INFORMALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO BRASIL E A EXPERIÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

A Constituição de 1988 determinou que a União, o Distrito Federal e Territórios, e os Estados deveriam criar juizados especiais, compostos por juízes togados, ou togados e leigos, os quais seriam competentes para realizar conciliação, bem como o julgamento e execuções de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, por meio de procedimento oral e sumaríssimos. Ademais, inseriu-se uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal em relação a tais infrações, permitindo-se a realização de transação³²⁰.

Aponta-se que tal previsão constitucional demonstra que na Assembleia Constituinte de 1988 esteve presente o questionamento se o sistema penal é a melhor forma de administrar conflitos, tendo em vista que, segundo Achutti, “pode-se interpretar essa obrigação como uma possível insatisfação com os resultados alcançados pelo processo penal tradicional.”³²¹

³²⁰ Constituição Federal, Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

³²¹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39.

A criação dos juzizados especiais, contudo, demorou quase 07 anos, tendo sido criados somente pela Lei nº 9.099/1995, a qual dispôs que os processos de sua competência orientar-se-ão pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.³²²

De acordo com a referida lei, as infrações de menor potencial ofensivo, aquelas que segundo a Constituição são de competência para processamento e julgamento o juzizado especial criminal, são consideradas as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não seja superior a 02 (dois) anos.

Segundo Salo de Carvalho, a Lei nº 9.099/95 buscou inserir no Brasil uma nova forma de gestão de conflitos centrada na conciliação, economia processual, informalidade e oralidade, sendo que:³²³

ao cumprir a ordem constitucional, objetivava renovar a forma de resolução de casos penais de baixa lesividade, a partir de procedimentos informais que valorizassem a palavra da vítima e proporcionassem a conciliação das partes. A ideia central era a de que os atores processuais (juiz, acusado e defensor) atuassem como facilitadores, de forma que as pessoas envolvidas no evento lesivo retomassem o protagonismo da situação e encontrassem, através do diálogo, uma alternativa que escapasse à lógica do sistema punitivo (crime-processo-pena). Vítima e autor do fato teriam, portanto, a possibilidade de expressar suas angústias e de construir conjuntamente uma alternativa para a superação do conflito. Os operadores do direito seriam apenas espectadores, controlando os limites do acordo.

Apesar das boas intenções da lei, entretanto, o autor considera que seu fracasso era anunciado. Isso porque “ao regulamentar a simplificação do procedimento legal de apuração de delitos, objetivava acelerar a resolução do caso e oportunizar o entendimento entre a vítima e o ofensor.”³²⁴ Os dois objetivos, contudo, em muitos casos se opõem, sendo que optou-se por priorizar a celeridade e o “esvaziamento de prateleiras” ao invés do fomento ao diálogo e protagonismo das partes.

³²² Lei nº 9.099/95, Artigo 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

³²³ CARVALHO, Salo de. Prefácio, in: ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

³²⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 144.

Em consequência, verificou-se que os juizados especiais, ao invés da informalidade e horizontalidade, se tornaram estruturas burocráticas e verticalizada, repetindo o modelo tradicional da justiça penal em uma escala menor.³²⁵ Assim, os seus procedimentos acabaram sendo “colonizados pelas rotinas procedimentais da justiça criminal tradicional, sem o abandono do formalismo e igualmente sem a busca por soluções consensuais dos conflitos.”³²⁶

O objetivo da celeridade e o esvaziamento das prateleiras fez com que diversas condutas e conflitos deixassem de ser discutidos e controlados pela esfera pública ou por meio do diálogo, e fossem “solucionados” por meio de transações penais impondo, por exemplo, tão somente o pagamento de cestas básicas, o que gerou um descrédito junto à população em relação ao modo como o Poder Judiciário trata os conflitos a ele encaminhado,³²⁷ bem como um sentimento de impunidade nas vítimas.³²⁸

Desta forma, embora positiva a intenção de desprisionalização de diversas condutas, o modo pelo qual o modelo do juizado especial criminal optou para tratar os conflitos não foi o adequado para as necessidades da atual sociedade, como seria, por exemplo, com a utilização da mediação, conforme demonstra Sica:³²⁹

Ainda há outro fator a ser ponderado, a inflação legislativa penal, que resultou na sobrecarga de trabalho para as agências judiciais, fez surgir uma forte pressão para a implementação de mecanismos processuais evasivos inócuos ou medidas meramente deflativas (transação penal, p. ex.) e impulsionou movimentos pontuais de despenalização e, em menor escala, de descriminalização, mal planejados, os quais, em geral, apenas retiram certas situações do âmbito do controle público, remetendo-as para um vazio e, por isso, não satisfazem as necessidades de regulação social dessa sociedade complexa e conflitiva, como, em tese, pode fazer a mediação.

Observou-se, ainda, um desprestígio da vontade da vítima pela referida legislação, ao prever que na hipótese de não ocorrência da composição dos danos na

³²⁵ CARVALHO, Salo de. Prefácio, in: ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.20.

³²⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 177.

³²⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. O Paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15.

³²⁸ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 163.

³²⁹ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 5.

audiência entre as partes, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta, não havendo, contudo, qualquer menção na legislação da necessidade de a reparação do dano constar na proposta.³³⁰ Ademais, verifica-se que na transação penal a vítima é excluída da deliberação sobre qual é a resposta estatal adequada a ser aplicada ao ofensor, sentindo-se frequentemente frustrada por entender que dano sofrido não foi encarado com seriedade pelo judiciário, resultando numa sensação de impunidade.³³¹

Azevedo afirma que a Lei nº 9.099/95 não conseguiu criar “espaços efetivos de mediação de conflitos, de aproximação e diálogo entre as partes”, sendo que faltou na referida legislação a inserção de dispositivos mais específicos sobre o procedimento de conciliação, tendo ficado restrito a composição civil de danos, resultando na inexistência de “abertura necessária para novas formas de tratamento de conflito”³³². Ressalta o autor que:³³³

A timidez das previsões legais, além de não constituir de fato um espaço de mediação, acaba contribuindo para a desconsideração, por parte dos operadores do direito, das percepções e necessidades das partes, em nome de uma celeridade que em nada contribui para a efetiva resolução dos conflitos. Na prática, o resultado é o predomínio do arquivamento por desistência da vítima e da transação penal desprovida do exame prévio da viabilidade da ação penal, o que na maioria das vezes em nada contribui para a efetiva pacificação social.

Assim, embora conste na Lei nº 9.099/95 como um dos objetivos dos Juizados Especiais Criminais, segundo Achutti, a reparação do dano sofrido pela vítima, igualmente ao diálogo, não é buscada na maioria dos casos, constituindo-se obstáculos a reparação do dano e abertura ao diálogo entre as partes a preocupação com a máxima produtividade em razão da cobrança realizada sobre os juízes para o “esvaziamento das prateleiras” e o critério da celeridade.³³⁴

³³⁰ É bem verdade que nas disposições gerais dos Juizados Especiais Criminais, consta no artigo 62 que um dos seus objetivos é, sempre que possível, a reparação do dano, contudo, não é previsto como um dos requisitos para a transação penal prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/95.

³³¹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 163.

³³² AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. O Paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In: WUNDERLICH, Alexanre; CARVALHO, Salo de (orgs.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 18.

³³³ Ibidem, p. 18.

³³⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 152.

Além das críticas à forma como os juizados especiais criminais tratam os conflitos, constatou-se que igualmente não se obteve sucesso nos objetivos de celeridade e redução de processos almejados pela lei:³³⁵

Os juizados especiais criminais pouco contribuíram para a remodelação do paradigma arcaico da justiça penal, não trouxeram nenhum progresso no campo da resolução de conflitos e, mesmo em relação ao objetivo utilitário de celeridade e desobstrução do sistema de justiça, não se verificaram resultados expressivos.

Achutti destaca que a criação dos juizados especiais criminais, ao contrário do esperado, com o deslocamento das infrações penais de menor ofensivo das varas criminais, não diminuiu o volume de trabalho destas e não permitiu que se concentrassem nos crimes mais graves, sendo que, em realidade, aumentaram o número de processos nos cartórios, processos tratando de situações que antes da edição da lei, sequer eram levados a conhecimento das Varas Judiciais.³³⁶

Tal fato, contudo, não deve ser compreendido negativamente como uma ampliação do controle formal do Estado, mas como um ponto positivo da criação dos juizados especiais criminais: a efetivação do direito constitucional de acesso à justiça por uma parcela da população que antes não usufruía desse direito. Permitiu-se, após a Lei nº 9.099/95, que certos conflitos relacionados à infrações penais, antes resolvidos ou encerrados de forma discricionária – por mediação informal ou simples engavetamento - pela autoridade policial fossem submetidos ao Poder Judiciário.³³⁷ Achutti ressalta que:³³⁸

a mediação policial era frequentemente combinada com mecanismos de intimidação da vítima (sobrevitimização) e do acusado”, sendo que a possibilidade de uma mediação judicial “tende a ampliar o espaço para explicitação do conflito e para a adoção de uma solução de consenso entre as partes, reduzindo a impunidade.

Apesar da melhora do acesso à justiça, Achutti destaca diversos aspectos negativos relativos à Lei nº 9.009/05, os resumindo da seguinte forma:³³⁹

³³⁵ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 227-228 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 152.

³³⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

³³⁷ *Ibidem*, p. 155.

³³⁸ *Ibidem*, p. 155.

³³⁹ *Ibidem*, p. 179.

i) a importância dos mecanismos conciliatórios foi negligenciada, com a consequente ausência de qualquer diálogo entre vítima e ofensor; ii) houve um descuido acentuado em relação aos interesses da vítima, com foco voltado ao acusado, especialmente através do amplo uso da transação penal; iii) a sobreposição dos atores jurídicos em relação às partes é notória, com predominância do uso de linguagem técnica; e, iv) quase não se verificaram conciliações nos casos concretos, o que não colabora para a solução efetiva do conflito que envolve as partes.

O autor observa que tais aspectos negativos resultantes da implementação dos juizados especiais criminais podem servir como aprendizado para uma reforma mais profunda na administração dos conflitos criminais no Brasil, bem como para eventual inclusão da justiça restaurativa por meio de uma reforma legislativa.³⁴⁰

Um dos aprendizados é que para que se consiga se efetivar uma nova lógica, diferente daquela do direito penal, não basta a inserção formal da lei, sem a sua efetiva implementação, a qual demanda a preparação contínua dos operadores jurídicos para trabalhar com os mecanismos criados pela lei, bem como estrutura física e humana³⁴¹, incluindo-se atores metajurídicos.³⁴²

Além disto, deve-se atentar que dentre as dificuldades para implementação da justiça restaurativa no Brasil estão o “déficit democrático nacional”, a “forte cultura jurídica legalista no Brasil” e a “racionalidade penal iluminista (...) que bloqueia uma reforma significativa em matéria penal.”³⁴³ Para superar tais obstáculos, Achutti afirma a importância de a justiça restaurativa ser reconhecida por lei e se vincular ao sistema judicial:³⁴⁴

É razoável concluir, nesse sentido, que um sistema restaurativo desvinculado do sistema judicial e sem amparo legislativo não receberá o reconhecimento esperado por parte dos operadores jurídicos, justamente pela ausência de uma lei específica que o regulamente e pela falta de clareza sobre a forma como se relaciona com a justiça criminal.

Outro aprendizado decorrente da experiência dos juizados especiais criminais, é a necessidade de que nos currículos das faculdades de direito, bem como nos cursos de capacitação dos operadores jurídicos, como advogados, juízes, promotores e servidores do Poder Judiciário, há que ser incorporada a “discussão sobre a

³⁴⁰ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 182.

³⁴¹ Ibidem, p. 182.

³⁴² Ibidem, p. 194.

³⁴³ Ibidem, p. 183.

³⁴⁴ Ibidem, p. 186.

eficiência do serviço prestado ao cidadão pelo sistema de justiça.” Tal discussão deve ser prioridade do sistema judiciário, o qual não deve se preocupar somente com a eficiência da gestão burocrática, permitindo-se, assim, “o reconhecimento da necessidade de democratizar radicalmente a forma como o acesso à justiça é ofertada aos cidadãos, com a redução drástica da distância entre o acesso formal ao judiciário e o acesso material à justiça propriamente dita.”³⁴⁵

Neste ponto, observa-se que no Brasil nos últimos anos ocorre uma interação e diálogo entre Poder Judiciário e a universidade, no tocante ao ensino, pesquisa e extensão sobre a justiça restaurativa. Criaram-se disciplinas em nível de graduação e pós-graduação, bem como núcleos e espaços de pesquisa, cursos específicos de formação e “parcerias conveniadas para a coparticipação da universidade nos programas restaurativos, realização de estágios de estudantes nos programas de Justiça Restaurativa.” Vera Andrade observa que todas essas interações, em princípio, contribuem para o conhecimento, o debate e o próprio avanço da mudança de paradigmas em justiça, além de concorrer para a formação dos trabalhadores da Justiça Restaurativa, num mecanismo de feedback.³⁴⁶

No âmbito do sistema infanto-juvenil de apuração de ato infracional, o Estatuto da Criança e do Adolescente inseriu a hipótese de o Ministério Público conceder remissão ao adolescente como forma de exclusão, suspensão ou extinção do processo,³⁴⁷ tratando-se, portanto, de mais uma hipótese que o ordenamento jurídico brasileiro inseriu um procedimento mais informal para lidar com conflitos. Tal instituto, contudo, será melhor analisado quando da verificação da compatibilidade da justiça restaurativa com a atual legislação brasileira.

Além dos aprendizados obtidos com as experiências do juizado especiais, as especificidades brasileiras devem ser levadas em consideração na implementação de práticas restaurativas.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 187.

³⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa: o papel do poder judiciário**. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 122. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

³⁴⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente: Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Nesse sentido adverte, André Giamberardino:³⁴⁸

Ciente que o lugar a partir do qual se fala é um país marcado pela opressão, pelo arbítrio estatal e pela desigualdade social, não há possibilidade de se adentrar um tema como esse sem que se o faça levando em conta uma série de riscos e ressalvas, articulados de forma difusa no trabalho.

Primeiramente, por exemplo, a rejeição de uma perspectiva de tipicamente neoliberal que quer ‘menos Estado’ em prol da ‘auto-responsabilização’ de indivíduos e a atomização das comunidades, como componente do mesmo processo que leva à fragilização dos laços sociais, à privatização das políticas de segurança e à legitimação da postural estatal de repressão e extermínio nas regiões mais vulneráveis do ponto de vista social e econômico.

Uma segunda ressalva diz respeito à necessidade de que a perspectiva crítico-criminológica mantenha na mesa a questão da seletividade estrutural do sistema penal e o imenso risco ao cidadão decorrente da flexibilização de garantias processuais. (...) O desafio, enfim, é justamente a busca pelo delineamento de um modelo que eleve a escopo a restauração, levando em conta a realidade material e afastando a necessidade de afluência para comunicação do juízo de censura.

Em terceiro lugar, (...) enfatiza-se o reconhecimento do conflito e das contradições que devem emergir, e não submergir, nas práticas de mediação.

Em quarto lugar, em nenhum momento se cogita a sugestão de uma espécie de substitutivo ao processo: está-se falar de censura, e não de acerto do caso penal, ou seja, não há possibilidade de mediação na instrução probatória e sem que se tenha, por premissa, que os fatos são, na medida do possível, incontroversos.

Assim, não é possível uma mera importação acrítica de práticas utilizadas em outros países com contextos socioculturais muito diversos dos encontrados no Brasil, devendo-se necessariamente considerar “nosso passado escravocrata, o espectro do colonialismo, as estruturas de mandonismo, patriarcalismo, a da corrupção renitente, a discriminação racial, as manifestações de intolerância de gênero, sexo e religião.”³⁴⁹

3.2 O INÍCIO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

A partir de uma parceria entre o Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, no ano de 2005, criou-se o projeto Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro, com a realização de seminários, publicação de obras com artigos sobre o tema e implementação projetos-pilotos envolvendo justiça restaurativa em três cidades: Porto

³⁴⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: a censura para além da punição. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 17.

³⁴⁹ SCHATZ, Lília Moritz. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 234.

Alegre/RS, São Caetano d Sul e Brasília³⁵⁰. No mesmo ano, ocorreu o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, onde foi elaborado a Carta de Araçatuba, contendo princípios norteadores das práticas restaurativas.³⁵¹

3.2.1 O projeto-piloto de Porto Alegre: Justiça para o século 21

Após a formação do Núcleo de Estudos em Justiça Restaurativa da Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul, originou-se em 2005, em articulação com a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, o Programa Justiça pelo Século 21, o qual trata de um projeto de justiça restaurativa, à época coordenado pelo Juiz Leoberto Brancher. Antes do referido ano, desde 1999, ocorriam aplicações esparsas de práticas restaurativas no Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre.³⁵²

O programa foi iniciado na 3ª Vara Regional do Juizado e da Juventude de Porto Alegre, com competência referente às execuções das medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes nas 1ª e 2ª Varas Regionais, responsáveis pelo processo de conhecimento de apuração de ato infracional. Por tal razão, havia uma particularidade no projeto-piloto gaúcho em razão de, na sua fase inicial, a utilização da justiça restaurativa ocorrer durante a execução das medidas socioeducativas, tratando-se, portanto, da aplicação da justiça restaurativa de forma complementar em razão de ser após sentença do processo de apuração e ato infracional. Há possibilidade também da aplicação alternativa ao sistema judicial tradicional, tendo em vista que os 1ª e 2ª Juizados também encaminham alguns casos para utilização de práticas restaurativas antes de se iniciar o processo judicial.³⁵³ A maior utilização na fase de execução das medidas socioeducativas permite a não violação do devido processo legal, contudo, trata-se de aspecto negativo o grande lapso temporal entre a data do fato e a realização do círculo restaurativo.³⁵⁴

³⁵⁰ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227.

³⁵¹ CARTA DE ARAÇATUBA, 2005. Disponível em: <<https://jjj.tjrs.jus.br/doc/justica-restaurativa/CARTA-DE-ARACATUBA.pdf>> Acesso em 14 fev. 2021.

³⁵² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa**: o papel do poder judiciário. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 102. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

³⁵³ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 230.

³⁵⁴ Ibidem, p. 231.

Assim, por meio da utilização dos círculos restaurativos, buscava-se, segundo seus coordenadores a “qualificação da execução das medidas socioeducativas atribuindo novos sentidos éticos às proposições do atendimento socioeducativo a partir dos princípios da justiça restaurativa”.³⁵⁵

Em relação aos tipos de atos infracionais encaminhados para o programa restaurativo, verificou-se em estudo desenvolvido pelo Núcleo de Pesquisa em Ética e Direitos Humanos da Faculdade de Serviço Social da PUC-RS que não se resumiam apenas a atos infracionais leves, mas também em casos de furto qualificado, lesão corporal, roubo e, inclusive, onze casos de homicídio em um lapso temporal de três anos. Casos de violência sexual ou intrafamiliar, contudo, não eram encaminhados.³⁵⁶

Segundo pesquisa coordenada por Vera de Andrade, o “grau máximo” do Programa Justiça para o Século 21 “é/será a criação de uma rede de Comitês Comunitários de Pacificação Restaurativa, cujo objetivo é o de integrar os parceiros locais – sociedade civil, poder executivo e demais instituições do sistema de justiça - à política judiciária de pacificação restaurativa de conflitos.”³⁵⁷

O programa se expandiu no Rio Grande do Sul e é aplicado atualmente não somente no âmbito da justiça infanto-juvenil, mas também em casos de Violência Doméstica Contra a Mulher, Juizado Especial Criminal, Execução Penal, CEJUSC e no âmbito administrativo do próprio Tribunal de Justiça. É visto como referência no país, oferecendo, inclusive capacitação por meio de cursos para outros tribunais de justiça.³⁵⁸

³⁵⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCRIM, 2009, p. 123

³⁵⁶ Ibidem, p. 125

³⁵⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa: o papel do poder judiciário**. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 102. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

³⁵⁸ Ibidem, p. 102.

3.2.2O projeto-piloto de São Caetano do Sul: justiça restaurativa no juizado da infância e da juventude

Em São Caetano do Sul o projeto piloto foi desenvolvido na Vara da Infância e da Juventude, sob liderança do Juiz Eduardo Rezende Melo e apoio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.³⁵⁹

Na primeira etapa do programa, focada no ambiente escolar, foram capacitados em metodologias restaurativas professores, funcionários, pais e alunos de escolas públicas estaduais para que os conflitos escolares fossem resolvidos por meio de círculos restaurativo realizados pelos diretores e professores no interior das escolas e não por meio da judicialização.³⁶⁰ A natureza dos conflitos encaminhados para o círculo restaurativo pode ser mera infração disciplinar ou ato infracional, sendo que geralmente são encaminhados por iniciativa dos envolvidos ou dos professores.³⁶¹

Na hipótese de tratar de ato infracional praticado nas escolas parceiras do projeto, o acordo é encaminhado à Vara da Infância e da Juventude, a qual verifica o teor do acordo oriundo do círculo e, após requerimento do Ministério Público, é concedida a remissão ao adolescente.³⁶²

Na sequência, o programa se expandiu para atos infracionais praticados fora do ambiente escolar, sendo que a indicação dos casos a serem encaminhados ao programa restaurativo pode ser feita pelo Juiz, promotor e assistentes sociais. A responsabilidade pela realização dos círculos, o controle dos termos de acordo e o acompanhamento do seu cumprimento é dos assistentes sociais.³⁶³

No ano de 2006, houve a ampliação do atendimento, abrangendo conflitos comunitários em geral, sendo aplicada a justiça restaurativa no ambiente escolar,

³⁵⁹ MELO, Eduardo Rezende; MADZA, Ednir; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul**, Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2021.

³⁶⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa: o papel do poder judiciário**. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 103. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

³⁶¹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 228.

³⁶² Ibidem, p. 228.

³⁶³ Ibidem, p. 228.

comunitário e judicial, “em demandas pré-processuais e processuais, com foco também em medidas ‘preventivas.’”³⁶⁴

No ano seguinte, criou-se o termo *derivador* para se referir as pessoas responsáveis pelo encaminhamento do caso à justiça restaurativa, bem como explicar às partes as formas possíveis de se lidar com o conflito, as consequências da participação no procedimento restaurativo e o direito à assistência legal antes da decisão da parte sobre querer ou não participar. Referidas informações fornecidas pelo *derivador* às partes são essenciais para garantir a voluntariedade na participação. Além dos juízes, promotores e assistentes sociais, o *derivador* pode ser agente policial, conselheiro tutelar, advogado, agente de saúde comunitário, diretor de escola e grupos de suporte a minorias e de atendimento à drogadição e ao alcoolismo.³⁶⁵

Novamente com o apoio da Secretaria Especial de Direitos Humanos, no ano de 2011, iniciou-se nova etapa do projeto, com a utilização da justiça restaurativa em casos de crimes graves, na fase de conhecimento e de execução.³⁶⁶

Uma peculiaridade de São Caetano do Sul foi que verificaram que para certos casos os círculos restaurativos não eram a prática mais apropriada, motivo pelo qual os organizadores promoveram a capacitação de voluntários para utilizarem além dos círculos um modelo muito utilizado na África do Sul, chamado *Zwelethemba*³⁶⁷, o qual

³⁶⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa: o papel do poder judiciário.** Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 102. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

³⁶⁵ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 229.

³⁶⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa: o papel do poder judiciário.** Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 102. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

³⁶⁷ Sobre a referida prática: “O modelo sul-africano, ao administrar situações de conflito e de violência, foca a construção de um plano de ação; as necessidades individuais ficam menos presentes, pois o centro do trabalho não é “o seu problema”, ou “o meu problema”, mas: “temos uma situação de violência como problema”. Este modelo, ao enfatizar menos as necessidades e responsabilidades individuais, privilegia a mudança comunitária. Assim considerado, este modelo é uma experiência de democracia deliberativa em âmbito local, devendo operar dentro de certos limites, colocados por um código de atuação – sua base ética e legal – que serve de parâmetro aos que operam o círculo (facilitadores de justiça) e aos participantes do círculo restaurativo comunitário.”. MELO, Eduardo Rezende; MADZA, Ednir; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul**, Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, São Paulo, 2008. P. 17. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadorInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2021.

possui a “capacidade de ampla inclusão de membros da comunidade nos encontros restaurativos.”³⁶⁸

3.2.3O projeto-piloto de Brasília: mediação vítima-ofensor nos juizados especiais criminais

Em Brasília, o projeto se iniciou nos 1º e 2º Juizados Especiais de Competência Geral do Núcleo de Bandeirantes, sendo aplicado, portanto, nas infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, conflitos de competência do juizado especial criminal. Desta forma, importante ponto diferenciador dos demais projetos-piloto, é que em Brasília a justiça restaurativa começou a ser aplicada desde logo com adultos.³⁶⁹

A prática restaurativa utilizada é a mediação vítima-ofensor e, segundo relatado por Raup e Benedetti, o projeto objetiva “avaliar a percepção desse modelo junto aos operadores do sistema formal de justiça e junto aos usuários do sistema de justiça”, bem como verificar “a pacificação social a partir da resolução das causas subjacentes dos conflitos.”³⁷⁰

As mediações são realizadas por facilitadores, os quais em sua maioria são graduados ou estudantes de direito e psicologia, havendo, contudo, também pessoas de outras áreas, como pedagogia e serviço social. A gestão do projeto é conduzida por profissionais da área jurídica, em específico, dois juízes, três promotores e um defensor público.³⁷¹

A seleção dos casos ocorre quando são encontrados conflitos subjacentes à conduta praticada tipificada como crime, sendo entendido como conflito subjacente

³⁶⁸ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 229

³⁶⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa**: o papel do poder judiciário. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 108. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

³⁷⁰ RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. **Revista Última Ratio**, ano 1., n. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 13 *apud* ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 231.

³⁷¹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 232.

um “conflito real além do conflito aparente, que envolve vínculo ou relacionamento que se projete para o futuro e cuja situação envolva um conflito permanente.”³⁷²

Inicialmente os casos eram encaminhados à mediação na audiência preliminar prevista no rito da Lei nº 9.099/99, mas posteriormente, a seleção dos casos passou a ser realizada pelo grupo gestor, o qual realiza reuniões periódicas.

Firmado o acordo na mediação, o facilitador encaminha o termo dele decorrente ao juiz e ao promotor para verificarem a sua legalidade e, caso não se constate nenhuma ilegalidade, há sua homologação e o caso encerrado. Na hipótese de a mediação não resultar em acordo, o caso é reencaminhado ao juizado especial e volta a tramitar nos termos da Lei nº. 9.099/95.³⁷³

Em síntese, portanto, verifica-se que os projetos iniciados em Porto Alegre e em São Caetano do Sul utilizavam, em regra, os círculos restaurativos e lidavam mais com adolescentes e em Brasília a prática restaurativa trabalhada é a mediação vítima-ofensor envolvendo adultos.

A respeito desses três projetos-piloto, o Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do delito e Tratamento do Delinquente, no ano de 2006, realizou uma análise dos referidos programas, sendo diagnosticados os seguintes desafios dos programas:³⁷⁴

- a) a resistência das vítimas em aderir ao procedimento;
- b) a pequena participação da comunidade nos procedimentos;
- c) a determinação taxativa de apenas alguns casos passíveis de atendimento, em geral infrações de pequeno potencial ofensivo; e
- d) a dificuldade de articulação de equipes de atendimento permanentes, as quais se encontravam ou dependentes de voluntários ou de servidores com múltiplas atribuições.

Em relação a baixa participação da comunidade, verifica-se que esse aspecto também foi constatado por Fernanda Rosenblatt ao realizar pesquisa empírica na experiência restaurativa inglesa, o chamado *Youth Offender Panels*, traduzido pela autora, como *painéis restaurativos*. Verificou-se uma baixa participação efetiva da comunidade na elaboração do acordo restaurativo, tendo em vista que apesar da

³⁷² Ibidem, p. 232.

³⁷³ Ibidem, p. 232.

³⁷⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa**: o papel do poder judiciário. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 106. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

comunidade participar do painel, o acordo é de fato elaborado pelos profissionais responsáveis pelo programa.³⁷⁵ A pesquisadora observa que:

Com efeito, na prática, o que se tem é uma produção teatral muito bem orquestrada, que oportuniza a representação dos valores restaurativos numa espécie de “palco” onde os profissionais tomam conta de quase tudo: os integrantes do grupo de voluntários – em sua maioria brancos, aposentados e de classe média – fazem o papel de membros da comunidade; a vítima quase nunca participa; e o adolescente infrator não entende o que se passou³⁷⁶.

A partir das constatações empíricas da referida pesquisa, a autora alerta que os programas de justiça restaurativa precisam trabalhar com uma perspectiva mais contemporânea de comunidade, aceitando que, nesta *modernidade líquida*, há “uma grande probabilidade de práticas restaurativas envolverem participantes que nunca se viram antes, e que não vão querer permanecer em contato depois do processo restaurativo.”³⁷⁷ Em consequência, ao invés de se buscar “restaurar relacionamentos (entre as partes) e (re)construir comunidades (em torno das partes)” deve-se procurar “como fazer de uma reunião entre estranhos uma experiência significativa para todos.”

Outra constatação da autora decorrente da referida pesquisa, é que se deve priorizar a participação da chamada comunidade de apoio (suporte) das partes, aquelas pessoas próximas a elas, ao invés de se escolher aleatoriamente leigos da comunidade.

A ideia da maioria dos teóricos da justiça restaurativa de que os membros leigos da comunidade são mais eficazes do que os profissionais da justiça para lidar com os conflitos e a reparação de danos, também é objeto de questionamento pela autora, a qual afirma que:

em contextos contemporâneos e urbanos, as pessoas tendem a saber muito pouco sobre a localidade onde vivem e sobre os seus “vizinhos”. Com efeito, no mundo pós-moderno em que vivemos, os profissionais provavelmente têm mais “conhecimento ou inteligência local” do que os membros leigos da comunidade, senão por outro motivo, por conta das exigências do cargo que ocupam. Com nada permanecendo no mesmo lugar durante muito tempo, é razoável esperar que profissionais que são treinados, pagos e têm, dentre as exigências do cargo, a responsabilidade de se manterem atualizados sobre questões locais (por exemplo, sobre quais os serviços sociais à disposição do infrator naquela localidade), provavelmente sabem mais sobre o que está

³⁷⁵ ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa: alguns desafios a partir da experiência inglesa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 1, n. 2, p. 72-82, jul./dez., 2014, p. 75.

³⁷⁶ Ibidem, p. 78.

³⁷⁷ Ibidem, p. 79.

ocorrendo numa dada comunidade do que os membros leigos daquela mesma comunidade³⁷⁸.

Além da ausência do suposto maior conhecimento local dos leigos, há ainda a dificuldade de se “recrutar um grupo de voluntários leigos verdadeiramente representativos da comunidade na qual o crime ocorreu.”³⁷⁹ Sendo constatado que na maioria das vezes são recrutadas pessoas brancas, as quais, em geral, possuem mais condições financeiras de dispender de tempo ao voluntariado, sendo que a clientela do sistema penal é, em geral, oriunda camada mais pobre da população.³⁸⁰

Verifica-se, portanto, que acima da preocupação de que a comunidade seja representada por leigos ou por profissionais, o mais importante é que seja utilizada uma “linguagem restaurativa” nos programas restaurativos, ou seja, “sobre a necessidade de se reparar o dano advindo do crime, sobre participação e responsabilidade comunitárias, sobre os possíveis benefícios de um encontro entre vítima e infrator”, bem como que “os atores da justiça restaurativa – e aqui a referência é tanto aos que estudam como aos que fazem a justiça restaurativa – se afastem dos erros do passado e, muito importante, comprometam-se com a não expansão da punição e do controle penal.”³⁸¹

Por outro lado, observa-se que na pesquisa de campo promovida pelo Projeto Pilotando Justiça Restaurativa a respeito das iniciativas de justiça restaurativa no Brasil, constatou-se que:³⁸²

todas as partes escutadas, ofendidos ou ofensores, afirmaram sua satisfação e sinalizaram para a positividade, tanto de sua vivência no procedimento restaurativo, quanto do resultado para suas vidas, de diferentes formas, como se descreveu, que vão desde o tratamento acolhedor, respeitoso e esclarecedor, ao espaço para contar sua história e ser ouvido, demonstrar sentimentos como arrependimento ou vergonha, ou poder se desculpar perante o ofendido. Destacaram, ainda, o aprendizado de um novo modo de ver e se colocar no lugar do outro, de compreender os motivos do outro, de reagir e se relacionar com ele, bem como o apoio psicológico (como superação de um trauma) e material (como encaminhamento para um mercado de trabalho) para seguir adiante.

³⁷⁸ ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa: alguns desafios a partir da experiência inglesa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 1, n. 2, p. 72-82, jul./dez., 2014, p. 79.

³⁷⁹ Ibidem, p. 79.

³⁸⁰ Ibidem, p. 80.

³⁸¹ Ibidem, p. 81.

³⁸² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa**: o papel do poder judiciário. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 131. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

Verifica-se, portanto, que embora haja dificuldade para a efetiva participação da vítima nas práticas restaurativas brasileiras, quando ela ocorre as partes sentem-se satisfeitas.

A falta de uma maior participação das partes e da comunidade, por sua vez, é apontada pela referida pesquisa como “a perda da pedra de toque democrática da Justiça Restaurativa, a saber, a participação. Participação da totalidade das partes nos encontros (que muitas vezes não acontecem como deveriam) e a consequente inclusão, escuta e atenção às necessidades de ambas, com empoderamento das vítimas e das comunidades.”³⁸³

Outro fato destacado pela pesquisa de campo é o protagonismo personalizado de servidores do poder judiciário (juízes, promotores, psicólogos e assistentes sociais) nos projetos envolvendo justiça restaurativa. A esse respeito, a referida pesquisa observou que:³⁸⁴

esse protagonismo tem resultado em acúmulo, e não redistribuição, de poder (com pessoas e comunidades) nas mãos do Judiciário, pois, como a pesquisa demonstra, ele não apenas tem “implantado” a Justiça Restaurativa, mas ocupado um lugar hegemônico na própria construção do(s) sentido(s) do restaurativismo, dos seus rumos, seja legislando, estimulando a produção e reprodução de conhecimento, formando, modelando e monopolizando o conteúdo das decisões. Deixando, enfim, suas marcas através dos seus funcionários e da sua institucionalidade. Constatou-se que o Judiciário não é apenas um executor nem implantador, mas construtor da grande artefaria que é o campo da Justiça Restaurativa no Brasil.

Ainda, segundo a pesquisa de campo, embora não aparenta ser a regra, constatou-se situações de intervenção moralizadora/disciplinadora sobre as partes, em situações de adultos lidando com adolescentes, em ambiente escolar e no judiciário, ocorrendo, assim, a violação do princípio da não dominação, ocorrendo o desequilíbrio entre as partes.³⁸⁵

Situações como esta sustentam o argumento de Rafaella Pallamolla de que há um déficit democrático da justiça restaurativa judicial pois “ao invés de realmente abrir espaços de diálogo entre os envolvidos nos conflitos, têm servido como momentos de disciplinamento e controle, lembrando a velha, mofada e pesada herança da justiça

³⁸³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa**: o papel do poder judiciário. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 155. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

³⁸⁴ Ibidem, p. 155.

³⁸⁵ Ibidem, p. 156.

criminal: o positivismo criminológico e seu característico correccionalismo.”³⁸⁶ Vera Andrade, por sua vez, aponta que a democratização da Justiça Restaurativa no Brasil encontra como obstáculos epistemológicos a moldura casualista do positivismo e o punitivismo.³⁸⁷

Assim, diante das referidas críticas, constata-se que sob a perspectiva da teoria democrática deliberativa de Carlos Nino, algumas condições para a discussão e tomada de decisão coletiva não foram ou poderiam ser melhor observadas em determinadas práticas restaurativas.

A resistência das vítimas em aderir as práticas restaurativas e a existência de diversos programas restaurativos destinados somente aos ofensores, portanto, a não participação da vítima no processo de deliberação e tomada de decisão coletiva sobre o que fazer após a ocorrência do delito, demonstra que não ocorreu de forma efetiva a condição de participação de todas as partes interessadas. Há que se pontuar, contudo, que ainda que um grande número de vítimas decida não participar dos programas das práticas restaurativas, a abertura da referida opção já se trata de um grande avanço para democratização da justiça. Ademais, deve-se destacar que a pesquisa de campo verificou um elevado grau de satisfação entre os participantes de práticas restaurativas.

Outra condição para um bom desenvolvimento de uma discussão e tomada de decisão coletiva que foi violada em determinadas situações verificadas pela pesquisa foi a igualdade, a qual se encontrou prejudicada quando existiu uma intervenção moralizadora/disciplinadora sobre as partes.

Apesar das citadas críticas, há que se considerar que projetos inovadores e criativos geralmente possuem dificuldades quando da sua implementação, em especial, em ambientes conservadores como o Poder Judiciário.

Ademais, não há dúvida que os referidos programas restaurativos, ao incentivarem um maior envolvimento dos ofendidos e ofensores para lidar com os

³⁸⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciunculla. A construção da justiça restaurativa no Brasil e o protagonismo do poder judiciário 2017, p. 270 *apud* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa: o papel do poder judiciário**. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 156. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

³⁸⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa: o papel do poder judiciário**. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 156. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

conflitos que são tipificados como crimes, permitiram uma maior, democratização, ainda que não a ideal, na forma de lidar com os conflitos penais e infanto-juvenis se comparados com o sistema penal tradicional, tendo em vista a possibilidade de uma maior inclusão dos interessados no debate e na tomada de decisão coletiva e, conseqüentemente, uma maior probabilidade da decisão ser imparcial, conforme defendido pela teoria democrática de Carlos Nino.

3.3 A COMPATIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS PENAIS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os programas citados puderam ser desenvolvidos em razão de no ordenamento jurídico brasileiro haver institutos compatíveis com a aplicação da justiça restaurativa na esfera penal.

No tocante aos delitos que se tratam de ação penal privada, observa-se que por seguir o princípio da oportunidade, a vítima oferece a queixa-crime contra os ofensores somente se ela entender oportuno, existindo, portanto, uma faculdade. Assim, na hipótese da vítima se encontrar satisfeita com uma prática restaurativa, esta poderá ser utilizada como uma alternativa ao processo penal pelos institutos da renúncia ou do perdão.³⁸⁸

Em relação a ação penal pública, diferentemente da ação penal privada, a sua promoção é de atribuição privativamente do Ministério Público e obedece ao princípio da obrigatoriedade, ou seja, o Ministério Público não possui a faculdade para decidir não oferecer denúncia, quando presentes as condições para o exercício da ação penal e justa causa.

Tratando-se de ação penal pública condicionada à representação da vítima, por sua vez, uma das condições para o exercício da ação penal é justamente o oferecimento da representação do ofendido, motivo pelo qual em tais delitos também é possível que a justiça restaurativa seja aplicada de forma alternativa ao processo criminal. Se a vítima ficar satisfeita com a prática restaurativa, poderá não exercer o

³⁸⁸ Artigo 58 do Código de Processo Penal: Art. 58. Concedido o perdão, mediante declaração expressa nos autos, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará aceitação. Parágrafo único. Aceito o perdão, o juiz julgará extinta a punibilidade.

direito à representação e, conseqüentemente, não poderá ser possível iniciar uma ação penal em decorrência do fato tipificado como crime.

Outra exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é prevista na Constituição Federal, em seu artigo 98, I, ao prever a possibilidade de transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo. A Lei nº 9.099/95, a qual criou os juizados especiais criminais, definiu no seu artigo 61, infração de menor potencial ofensivo como sendo os crimes e contravenções penais cuja pena máxima não seja superior a 02 (dois) anos. Assim, nas referidas infrações penais, é possível a aplicação de práticas restaurativas anteriormente ao início do processo criminal, na fase da audiência de conciliação entre vítima e ofensor, bem como quando presentes os requisitos para transação penal.³⁸⁹

Além da transação penal e da composição civil, a Lei nº 9.099/95, por meio do seu artigo 89, criou o instituto da suspensão condicional do processo, o qual permite que nos crimes cuja pena mínima cominada não seja superior a um ano, o Ministério Público, junto com a denúncia, ofereça ao denunciado, desde que não esteja sendo processado ou condenado por outro crime, proposta de suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos. Na proposta, dentre outras condições prevista em lei, deverá estar a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e, ainda, o juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado³⁹⁰. Verifica-se, portanto, que práticas restaurativas podem ser utilizadas para suspender o processo penal e, com o cumprimento do acordo restaurativo e as demais condições legais previstas no artigo 89, §1º, ser declarada extinta a punibilidade do ofensor sem a necessidade de utilização da pena criminal.

³⁸⁹ Lei nº 9.099/95, Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (...) § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

³⁹⁰ Art. 89. (...) § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Ainda, com a entrada em vigor da lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anti-Crime”, foi criado o instituto do acordo de não persecução penal, no qual o Ministério Público pode propor acordo de não persecução penal nas infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça e com pena máxima inferior a quatro anos, desde que considere o acordo necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Dentre as possíveis condições do acordo, a lei prevê a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo.

Destaca-se que na I Jornada de Direito e Processo Penal realizada no ano de 2020 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, com a participação, inclusive, de alguns Ministros do Superior Tribunal de Justiça, dentre os 32 enunciados aprovados um deles, o nº 28,³⁹¹ faz referência a justiça restaurativa, recomendando a sua utilização nos acordos de não persecução penal, observando-se a principiologia das Resoluções nº 225 do Conselho Nacional de Justiça de 2016 e nº 118 de 2014 do Conselho Nacional do Ministério Público.

No âmbito da justiça infanto-juvenil, a Lei nº 12.594/2012, a qual instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), previu, no seu artigo 35, inciso III, que dentre os princípios que devem reger a execução das medidas restaurativas, está a “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.”

Ademais, é possível a utilização de práticas restaurativas como alternativa ao processo de apuração de ato infracional por meio do instituto da remissão. Segundo o artigo 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe ao representante Ministério Público conceder remissão, como forma de exclusão do processo, observando às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional. Ressalta-se que o dispositivo não prevê tipos de atos infracionais que sejam impedidos de se utilizar a remissão, o que permite uma maior possibilidade da justiça restaurativa, inclusive, quando as circunstâncias forem favoráveis, em atos infracionais graves.

³⁹¹ Enunciado nº 29 da I Jornada de Direito e Processo Penal: Recomenda-se a realização de práticas restaurativas nos acordos de não persecução penal, observada a principiologia das Resoluções n. 225 do CNJ e 118/2014 do CNMP.

No tocante, ao Poder Judiciário, observa-se que Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses com o objetivo de assegurar o direito à solução dos conflitos por meio adequados à sua natureza e peculiaridade, destacando que a mediação se trata de um instrumento efetivo de pacificação social, solução e prevenção de litígios, motivo pelo qual, junto a outros mecanismos de soluções de conflitos, deve ser oferecida pelos órgãos judiciários. Com a referida resolução, portanto, verifica-se a intenção de se criar no Brasil um sistema multiportas³⁹² do poder judiciário, ou seja, que para além da solução imposta por uma sentença proferida por um juiz de direito após um processo litigioso, existam outros meios que os cidadãos possam se utilizar para resolver os conflitos, possibilitando que se encontre qual a abordagem que mais se encaixa ao conflito específico.

Embora a referida resolução não tenha utilizado os termos *justiça restaurativa* ou *prática restaurativa* em seus artigos, tratou em diversos dispositivos da mediação, a qual pode ser compreendida como uma prática restaurativa. Ademais, no Anexo I da resolução, consta o conteúdo programático mínimo para ser observado pelos Tribunais nos cursos de capacitação de serventuários da justiça, conciliadores e mediadores, sendo que na disciplina Mediação, há que ser abordado a justiça restaurativa como área de utilização da mediação.³⁹³

Posteriormente, em relação específico à Justiça Restaurativa, a Resolução nº 225 de 2016 do Conselho Nacional de Justiça dispôs sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, estabelecendo as atribuições do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais de Justiça, bem como os princípios da justiça restaurativa como sendo a corresponsabilidade, a reparação do danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a

³⁹² O criador da Teoria do Tribunal Multiportas (Multidoor Courthouse System) foi o professor de Harvard Frank Ernest Arnold Sander, em 1976. O sistema multiportas de resolução de conflitos tem como objetivo oferecer diversas formas de lidar com os conflitos trazidos ao Judiciário, permitindo que em cada caso seja utilizado o mecanismo mais apropriado com as peculiaridades do caso concreto. In: RAMIDOFF, Mario Luiz; BORGES, Willian Roque. Teoria do tribunal multiportas: aplicação da mediação no direito brasileiro. **Gralha Azul. Periódico Científico da 2ª Vice-Presidência**. 1ª ed. ago/set, 2020, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

³⁹³ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf>. Acesso em 07 abr. 2021.

consensualidade, a confidencialidade, a urbanidade e, de forma contrária a doutrina restaurativa, a celeridade.³⁹⁴

Mais recente, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 288 de 2019 adotou como política institucional do Poder Judiciário a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Dentre as finalidades previstas na referida resolução para a promoção da aplicação de alternativas penais, estão a “redução da taxa de encarceramento mediante o emprego restrito da privação de liberdade”; “a responsabilização da pessoa submetida à medida e a manutenção do seu vínculo com a comunidade”; e, “o fomento a mecanismos horizontalizados e autocompositivos, a partir de soluções participativas e ajustadas às realidades das partes.”³⁹⁵

Constata-se, portanto, o desenvolvimento de uma política judiciária nacional que prioriza a utilização da autocomposição, dentre elas a prática restaurativa. O objetivo desta política judiciária, ao menos de acordo com as resoluções expedidas, ultrapassa a mera intenção de redução de processos em trâmite no sistema formal, mas pretende propiciar uma melhor construção da justiça, priorizando a inclusão das partes interessadas e a não utilização das penas privativas de liberdade.

Os Tribunais de Justiça Estaduais igualmente estão engajados no desenvolvimento da justiça restaurativa. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por exemplo, formulou um Manual de Justiça Restaurativa para ser utilizado como um referencial normativo sobre o tema.

Há que se atentar, contudo, para que os programas desenvolvidos não acabem priorizando a agilidade e a celeridade ao invés dos princípios restaurativos.

Em que pese referido movimento pelo judiciário e pelo legislativo de permitir e incentivar a aplicação da justiça restaurativa nos últimos anos, verifica-se que ainda não é possível sua utilização de forma contundente no sentido de possibilitar a redução do hiperencarceramento e da situação danosa do sistema prisional brasileiro.

³⁹⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, **Resolução nº 225**, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em 04 fev. 2021.

³⁹⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, **Resolução nº 288**, de 25 de junho de 2019. Define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_288_25062019_02092019174344.pdf>. Acesso em 04 de fevereiro de 2021.

Destaca-se que o sistema carcerário brasileiro inclusive já foi reconhecido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015, como um exemplo de estado de coisas inconstitucional na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 em razão da “violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades.”³⁹⁶

A impossibilidade de uma utilização mais abrangente e contundente ocorre em razão dos principais delitos que formam a grande massa carcerária - roubo e tráfico de drogas – ainda não poderem ser encaminhados para programas restaurativos, ao menos nos programas que evitariam a utilização da pena de prisão, tendo em vista a pena mínima prevista em lei para os referidos delitos, bem como fato do crime de roubo ser praticado com violência ou grave ameaça, fatores que impedem a utilização do acordo de não persecução penal.

Sobre o tema, destaca Vera de Andrade:³⁹⁷

para que ela possa configurar-se como alternativa ao encarceramento, produzindo impacto na clientela prisional, é condicio sine qua que ela adentre no âmbito da criminalidade estereotipada como grave, acima referida. (...) Sem a Justiça Restaurativa adentrar no âmbito da criminalidade estereotipada como grave, apenas com prisão, que é a criminalidade tradicional contra o patrimônio (sobretudo crimes de furto e roubo simples e qualificado), o tráfico de drogas, contra a dignidade sexual e a pessoa que, ademais da prisão cautelar, constituem o objeto do hiperencarceramento contemporâneo de homens e mulheres, não há possibilidade de impactar minimamente o encarceramento e o paradigma punitivo. E se não o fizer, o restaurativismo corre o risco de se consolidar como mais um sistema complementar e paralelo ao punitivo, como ocorreu historicamente com os juizados especiais criminais, que culminaram como um sistema simbolicamente inferiorizado pelos próprios trabalhadores do sistema de justiça e instrumentalmente abrangendo uma clientela de estratos médios que, tradicionalmente, não batia às portas da justiça.

Uma alternativa para a justiça restaurativa poder ser aplicada em uma maior diversidade de crimes, é a sustentada por Mario Edson Passerino Fischer da Silva e Samia Saad Galotti Bonavides. Segundo os autores, o fim último do direito, incluindo o processo penal, é a preservação da paz social, de modo que se com uma prática

³⁹⁶ BRASIL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**, texto contido no Informativo nº 798 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em 03 fev. 2021.

³⁹⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa**: o papel do poder judiciário. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017, p. 151. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

restaurativa se obtiver a harmonia social, “estará cumprida (e bem) a missão social do direito, desaparecendo, conseqüentemente, a justa causa para o processo penal” diante dos princípios da *última ratio* e da intervenção mínima.³⁹⁸ Desaparecida a justa causa, a ação penal resta carente de uma de suas condições, conforme disposto no artigo 395, inciso III do Código de Processo Penal, inviabilizando-se, portanto, sua instauração. Trata-se de tese interessante, a qual inclusive foi aprovada no 23º Congresso Nacional do Ministério Público, contudo, para sua aplicação há necessidade que os operadores jurídicos a acolha na sua atividade pública diária. Volta-se ao problema da cultura legalista ainda existente entre muitos atores jurídicos no Brasil, bem como o fato de que uma boa parte destes entendem que os conflitos sociais tipificados como crimes somente podem ser resolvidos por meio do sistema penal.

Pela cultura jurídica brasileira ser excessivamente legalista, aliás, Daniel Achutti defende que seria indicada a formulação de uma lei que regulamente a justiça restaurativa no Brasil, para auxiliar no seu melhor desenvolvimento.³⁹⁹

3.4 ESTUDO DE CASO: A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA CIDADE DE CURITIBA EM CASO ENVOLVENDO O CRIME DE ROUBO

No ano de 2020, noticiou-se no endereço eletrônico do Ministério Público do Estado do Paraná que o seu Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição - NUPIA havia utilizado práticas restaurativas em um caso envolvendo o delito de roubo.⁴⁰⁰

Diante da pertinência com o presente trabalho, bem como por se tratar de um delito envolvendo grave ameaça, diferente, portanto, do tipo de delito que, em regra, é aplicada a justiça restaurativa no Brasil, entrou-se em contato via e-mail com o referido Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição para se obter mais

³⁹⁸ BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; DA SILVA, Mário Edson Passerino Fischer. As práticas restaurativas como alternativa ao processo penal: da proposta de resignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da *última ratio*. In: **23º Congresso Nacional do Ministério Público**. Goiânia, Tese publicada em Anais Eletrônicos, Código n. 9753594, p. 653-665, 2019.

³⁹⁹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 244.

⁴⁰⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Notícias**: Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição do MPPR promove iniciativa pioneira de justiça restaurativa em processo criminal, 16 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://comunicacao.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=23162>>. Acesso em 10 fev. 2021.

informações sobre o caso e a atuação do referido núcleo, a fim de enriquecer o presente trabalho.

Inicialmente, esclarece-se que Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição – NUPIA foi constituído pela Resolução nº 7.105 de 2018 da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná para atuar em todo Paraná e é vinculado à Procuradoria-Geral de Justiça, sendo o núcleo responsável pela efetivação e coordenação estratégica da Política de Incentivo à Autocomposição.

O NUPIA atua de forma executiva, em casos concretos, das seguintes formas:

- (i) em razão da participação da unidade em projetos que envolvam a autocomposição e que cujo desenvolvimento esteja alinhado à diretrizes do planejamento estratégico do MPPR;
- (ii) em casos de alta complexidade passíveis de serem abordados pela via autocompositiva (casos penais envolvendo crimes graves, casos envolvendo direitos transindividuais, etc);
- (iii) casos a partir dos quais as unidades tenham o interesse de construir fluxos permanentes para atendimento autocompositivo.

Sobre os encontros restaurativos, informou-se que são utilizadas, dentre outras, as práticas de mediação/mediação vítima-ofensor; processos circulares; conferências familiares/vítima-ofensor; negociação integrativa; negociação baseada em princípios. São utilizadas, ainda, metodologias como perspectivas e técnicas de transformação de conflitos e comunicação não-violenta e participam dos encontros facilitadores do NUPIA ou facilitadores convidados pelo NUPIA capacitados na técnica a ser utilizada; as pessoas envolvidas na situação, as pessoas de suporte indicadas pelas diretamente envolvidas na situação e, caso necessário, algum servidor do NUPIA de suporte, como psicólogo ou assistente social.

No tocante ao caso específico divulgado no endereço eletrônico do Ministério Público do Estado do Paraná, o NUPIA encaminhou documentos e informações detalhadas sobre como ocorreu a prática restaurativa, omitindo-se o nome das partes para preservar a confidencialidade.

Segundo a referida documentação, o caso foi encaminhado ao NUPIA, para análise de viabilidade de atuação autocompositiva, pelo Promotor Natural que atua na respectiva ação penal e com a concordância da defesa, após na audiência de instrução a vítima ter realizado manifestação de perdão e o réu de remorso. Na sequência, a equipe do NUPIA realizou estudo do caso por meio de uma psicóloga e de um assessor jurídico, ambos previamente capacitados para atuarem como facilitadores de práticas restaurativas. Na ação penal, a qual ainda não havia sido proferida sentença, o Promotor de Justiça requereu a suspensão do feito.

Em seguida, houve um convite via telefônica à vítima e ao ofensor e, com a aceitação de ambos, ocorreram encontros pré-autocompositivos com eles, separadamente, quando foram informados sobre os princípios e como funciona a abordagem, tendo ambos concordado em participar da prática restaurativa.

Diante da pandemia do COVID-19 e a consequente necessidade da adoção de medidas preventivas de distanciamento social, o encontro restaurativo ocorreu numa sala virtual. Além da sala principal, destinada ao encontro entre as vítimas (mãe e duas irmãs), o autor da ofensa e os dois facilitadores, criou-se uma sala apartada com a presença de um psicólogo em razão de uma das vítimas apresentar sintomas de estresse pós-traumático e para a eventualidade de que algumas das partes sentisse a necessidade de conversar, isoladamente com um psicólogo.

A mediação durou duas horas e trinta e cinco minutos e resultou no seguinte acordo: o autor do fato se comprometeu a entregar pessoalmente na residência da vítima, duas vezes por mês no período de três meses, duas pizzas produzidas na sua pizzaria, sem cobrar nenhum valor. Além da entrega das pizzas, comprometeu-se a doar por seis meses, uma vez por mês, uma cesta básica no valor de R\$ 100,00 a uma determinada igreja.

Diante da assinatura do advogado do autor do fato e do promotor de justiça, o acordo tornou-se um título executivo, sendo executável na esfera cível no caso de descumprimento e, ainda, estipulou-se multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) em benefício do Fundo Penitenciário do Estado do Paraná, a ser paga pelo ofensor na hipótese de descumprir o acordo.

As partes ficaram cientes e constou no acordo que se as prestações firmadas forem cumpridas, o Promotor de Justiça poderá pleitear nos autos de ação penal o “reconhecimento de falta de justa causa para o prosseguimento da persecução penal”, “o reconhecimento da exculpação por anormalidade das circunstâncias fáticas” ou “o reconhecimento da ausência dos fins da pena exigidos para responsabilidade penal”, a depender, entretanto, da autonomia funcional do referido promotor de justiça.

Constou, igualmente, que as consequências do cumprimento do acordo nos autos de ação penal dependerão da interpretação do órgão jurisdicional que analisá-lo e que ainda que não resultem na extinção do feito, a participação na prática restaurativa e o cumprimento do acordo, poderão ter consequências no processo penal, por exemplo, na dosimetria da pena.

Não houve, portanto, promessa de nenhum benefício jurídico específico ao autor do crime para que participasse da prática restaurativa. Além da impossibilidade de garantia do cumprimento da promessa em razão da inexistência de previsão legal de consequência jurídica pela participação em prática restaurativa, bem como pela autonomia funcional do promotor de justiça natural, a ausência de promessa também permitiu que a adesão ocorresse de forma voluntária, não havendo, portanto, um constrangimento ao autor do crime para participar.

Após manifestação do Promotor de Justiça informando sobre o acordo e requerendo a suspensão do feito pelo prazo do acordo homologado em razão das consequências jurídicas do seu cumprimento, a Juíza somente não homologou a cláusula que previa a multa destinada ao Fundo Penitenciário do Estado do Paraná em razão de entender tal multa seria contrária ao princípio restaurativo da voluntariedade e determinou a suspensão da ação penal pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

Apesar da ausência de previsão legal específica para a realização da referida prática restaurativa, “utilizou-se como fundamento: o teor da Resolução 225/2016 em termos de incentivo à implementação da justiça restaurativa, o princípio da fraternidade (art. 3º da CF) e o fato de que o cumprimento do acordo poderia ter reverberações jurídicas com relação ao processo e/ou a sentença a ser prolatada”.

Da análise do referido caso, entende-se que a forma como foi utilizada a justiça restaurativa pode ser compreendida como uma forma de democracia deliberativa, bem como uma forma de fortalecimento da democracia.

Isto porque para deliberar e decidir sobre como lidar com o conflito, foram incluídas as partes diretamente envolvidas com a situação, quais sejam, o autor do crime e as vítimas, que atuaram ativamente para elaborar a decisão do que deveria ser feito em razão do crime praticado. Em consequência, foi observado o valor da inclusão e do empoderamento das pessoas diretamente afetadas.

Além disso, a participação dos envolvidos permitiu trazer informações importantes sobre o caso e de como as vítimas gostariam que os danos sofridos por elas fossem reparados, o que conferiu uma maior eficácia, justiça e legitimidade na decisão do que deve ser feito diante da ocorrência do crime. A partir do momento que a decisão é construída de forma conjunta e levando em consideração os interesses e necessidades dos principais afetado pelo conflito, as partes experimentam uma maior

sensação de justiça, que a decisão é mais imparcial e, conseqüentemente, pode-se esperar uma maior disposição das partes para cumprir o contido na decisão.

Ainda, da documentação encaminhada pelo NUPIA, não se verificou que tenha ocorrido desrespeito ao princípio restaurativo e democrático da igualdade, tendo em vista que foram conferidos respeito e oportunidade de fala e escuta igualmente a ambas as partes.

Por fim, constatou-se que a solução do que deveria ser feito diante da prática delitiva foi construída por meio de um diálogo construído entre as partes diretamente afetadas pelo delito, sob o auxílio de facilitadores.

Em consequência, diante do presente estudo de caso, verificou-se que a aplicação de práticas restaurativas pode constituir a concretização de valores da democracia deliberativa, conforme sustentado por Raffaella Pallamolla,⁴⁰¹ ao permitir a inclusão do que fazer diante da ocorrência de um crime na discussão pública entre os cidadãos diretamente afetados pelo crime e ao criar um espaço “não hierarquizado de encontro” e deliberação pública.

⁴⁰¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa e democracia: para além da democracia deliberativa. **4º Congresso Internacional de Ciências Criminais**, 2013, p. 14. Disponível em: <<https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/IV/58.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente trabalho, apresentou-se o paradigma da justiça restaurativa por meio de seu histórico, valores, princípios e as suas práticas mais conhecidas.

Constatou-se que a justiça restaurativa não se trata de uma panaceia que resolverá todos os problemas da sociedade ou fornecerá soluções milagrosas ao sistema de justiça, mas não há dúvida de que é um modelo mais humanizado⁴⁰²e democrático do que o paradigma punitivo do sistema penal.

Verificou-se que o maior valor democrático da justiça restaurativa se deve a várias razões, dentre elas o fato de que esse paradigma de justiça incentiva a construção de uma decisão coletiva, chamada de acordo restaurativo, sendo que o seu processo de formulação deve levar em conta a necessidade e os interesses de todos afetados pela decisão/acordo. Forma de tomada de decisão muito diversa da aplicada pelo sistema penal, no qual quem decide é somente uma elite intelectual que coincide, em regra, com a elite econômica, não se tratando estas elites, contudo, os afetados pelas decisões, os quais, em sua maioria, pertencem a uma diferente classe e possui um nível de instrução muito diverso.

Assim, o paradigma restaurativo se compatibiliza com a teoria democrática deliberativa de Carlos Santiago Nino, sendo possível inclusive afirmar que a justiça restaurativa constitui uma prática de democracia deliberativa, ao permitir e incentivar que todos afetados pela decisão, não apenas representantes de determinado grupo social, estejam presentes na discussão que a construirá.

Destaca-se que a necessidade de diferentes setores da sociedade estarem presentes na discussão política é uma das bases nas quais Nino construiu a sua concepção de democracia deliberativa.

Incentivar e permitir que os diretamente interessados pela decisão, como a vítima e o ofensor, participem de sua construção confere maior legitimidade e imparcialidade à decisão, tendo em vista a máxima de Stuart Mill de que a própria pessoa é quem conhece melhor seus próprios interesses.

⁴⁰² SANTANA, Selma Pereira; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília: Uniceub, v. 8, n. 1, pp. 21-24, abril, 2018, p. 22.

Esta participação, contudo, ainda é um desafio da proposta, já que os estudos revelaram uma realidade em que o encontro e o efetivo envolvimento das partes ainda é ocasional. Tal inviabilidade pode ser decorrente de diversas razões relativas ao caso concreto ou simplesmente por uma das partes não querer participar da construção coletiva da decisão.

Nesse sentido, relevante lembrar a observação de Woolford de que os programas de justiça restaurativa adaptam suas práticas de acordo com as possibilidades fáticas, mas devem manter uma estrutura conceitual restaurativa mais ampla. Importante é que a eventual viabilidade de construção coletiva da resposta a um delito seja verificada no caso concreto e não de forma abstrata e geral pela lei.

Ademais, quando não é possível uma construção coletiva de uma resposta ao delito, ainda assim os projetos que se fundam nos princípios restaurativos serão mais democráticos que o sistema penal, diante da intenção do primeiro de atender as necessidades da vítima e a reintegração do ofensor, ao invés de impor dor e aflição ao condenado, como realizado pelo sistema penal moderno com seu viés altamente excludente e seletivo.

Há que se atentar, contudo, para que não sejam denominados como restaurativos projetos que ao invés de observarem os princípios restaurativos e se voltarem a atender às necessidades da vítima e do ofensor, estejam vinculados aos ideais da celeridade e esvaziamento de prateleiras das varas criminais, bem como ao mito de sua aplicação restrita aos crimes leves, sob pena de ocorrer o desvirtuamento da justiça restaurativa no Brasil e, ainda, torná-la irrelevante para diminuir seletividade e violência do sistema penal.

Necessita existir, portanto, um contato constante entre academia e os programas restaurativos com a avaliação periódica destes, evitando-se que os projetos se desvirtuem da teoria restaurativa e que a teoria desconsidere as dificuldades fáticas e almeje objetivos que se demonstram empiricamente inalcançáveis por meio da utilização da justiça restaurativa.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa e sistema penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). **Crime e interdisciplinaridade**: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. P. 287-302.

ACHUTTI, Daniel Silva; SOUZA, Claudio Daniel. Cultura do medo e justiça restaurativa: o papel dos meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito penal na construção de uma sociedade democrática. **Revista de Formas Consensuais de Solução De Conflitos**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 13 – 27, Jul/Dez. 2018

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pilotando a Justiça restaurativa**: o papel do poder judiciário. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Brasília – DF, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/448-seminario-justica-pesquisa-2017>>. Acesso em: 29 de setembro de 2020.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de Souza. Que “paz” é essa? Os significados do conflito na cultura jurídica brasileira e a justiça restaurativa no Brasil. In: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). **Crime e interdisciplinaridade**: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. P. 343-362.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; VASCONCELLOS, Fernanda Bastetti de. Punição e Democracia: em busca de novas possibilidades para lidar com o delito e a exclusão social. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. 2ª ed., rev. e ampl., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. P. 69-88.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. **São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 1, 2004.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. O Paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (orgs.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARBOSA, Claudia Maria; RODRIGUES, Lucas Gabriel Troyan. A accountability social no judiciário brasileiro. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**. v. 6, n.1, p. 19-39, jan/jun., 2020.

BARBOSA, Claudia Maria. O processo de legitimação do Poder Judiciário Brasileiro. **Congresso Nacional do Conpedi**, 2006, p. 1-29.

BARBOSA, Claudia Maria; CARVALHO, Maria Cristina Neiva de. Subjetividade pós-moderna e relações sociais: implicações para a efetividade do sistema de justiça. **Psicologia Argumento**. Jul/set., págs. 410-431, 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 nov. 2021.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; DA SILVA, Mário Edson Passerino Fischer. As práticas restaurativas como alternativa ao processo penal: da proposta de ressignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da última ratio. **23º Congresso Nacional do Ministério Público**. Goiânia, Tese publicada em Anais Eletrônicos, Código n. 9753594, p. 653-665, 2019.

BOONEN, Petronella Maria. **A Justiça Restaurativa, um desafio para a educação**. 2011. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Educação, Área de concentração: Sociologia da Educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo.

CAGLIARI, Claudia Tais Siqueira. Democracia deliberativa e justiça restaurativa. In: Rogério Gesta Leal (org.). **A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p. 179-212.

CARVALHO, Thiago Fabres; BOLT, Raphael; DE ANGELO, Natieli Giorisatto. **Criminologia crítica e justiça restaurativa no capitalismo periférico**. 1ª ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 2002/12** – Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matérias Criminal. Tradução Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em: <https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACult uradePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf>. Acesso em 07 abr. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, **Resolução nº 225**, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em 04 fev. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, **Resolução nº 288** de 25 de junho de 2019. Define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_288_25062019_02092019174344.pdf>. Acesso em 04 de fevereiro de 2021.

BRASIL, Ministério da Justiça de Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**, atualização

junho de 2017. Brasília, 2019. Disponível em: <infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf (depen.gov.br)>. Acesso em 01 jul. 2021.

DAVIS, Angela. **Estão as prisões obsoletas?** Tradução: Marian Vargas, 1ª ed., Rio de Janeiro: Difel, 2018.

Daly, Kathleen, Restorative Justice: The Real Story. **Punishment & Society**, n. 1, p. 55-79, Janeiro, 2002.

DUTRA, Delmar José Volpato. Elementos para uma metateoria da democracia. **Conjectura: Filosofia e Educação (UCS)**, v. 23, p. 262-292, 2018.

DZUR, A. MIRCHANDANI, R. "Punishment and democracy: the role of public deliberation". **Punishment and Society**, 2007, 9, p. 151-175.

FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. **Monist**, 49:3, 1965, p. 397-423.

GARAPON, Antoine. A justiça reconstrutiva. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia. E a justiça será.** Lisboa: Piaget, 2001.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia.** Lisboa: Piaget, 1996.

GARGARELLA, Roberto. **Castigar al prójimo: Por uma refundación democrática del derecho penal.** 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

GARGARELLA, Roberto. **De la injusticia penal a la justicia social.** Bogotá: Siglo del Hombre, 2008, p. 25-76.

GARGARELLA, Roberto; ANITUA, Gabriel.; GAITÁN, Mariano. "Penas republicanas?" (crítica de Gabriel Anitua), respuesta de Gargarella, réplica, réplica da réplica. In: **De la injusticia penal a la justicia social.** Bogotá: Siglo del Hombre, 2008, p. 309-341.

GIACOMOLLI, Nereu José. O processo penal contemporâneo em face do consenso criminal: diálogos corrompidos e persistência do monologo vertical. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos.** 2ª ed., rev. e ampl., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. P. 225-247.

GODOY, Miguel Gualano. Justiça democracia e direitos fundamentais: o liberalismo igualitário de John Rawls, o procedimentalismo de Jûrgen Habermas e a proposta de Carlos Santiago Nino. **Anais do XIX Encontro nacional do CONPEDI**. Fortaleza. Jul. 2010. P. 4539-4553

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição**. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GIAMBERDINO, André Ribeiro; OLCHANOWSKI, Nikolai. A pena estatal contra a democracia: reflexões a partir da filosofia política. **Direito, Estado e Sociedade**. PUC-Rio. Nº 50, p. 10 a 39, jan/jun 2017

HULSMAN, Louk. Alternativas à Justiça Criminal. In: PASSETTI, Edson (org). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, págs: 35-68.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas. O sistema penal em questão**. Niterói: Luam, 2ª ed., 1997.

LEITE, André Lamas. **A mediação penal de adultos: Um novo 'paradigma' de justiça?** Análise crítica da Lei nº 21/2007. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

LIMA, Cezar. Bueno de; SILVEIRA, Jucimeri Isolda. Democracia deliberativa e justiça restaurativa em medidas socioeducativas: os jovens como sujeitos de direitos. **Argumentum**, [S. l.], v. 9, n. 3, p. 140–153, 2017. DOI: 10.18315/argum.v9i3.15284. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/15284>. Acesso em: 05 jan. 2021.

MELO, Eduardo Rezende; MADZA, Ednir; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul**. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2021.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista Sociologia Política**. Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005.

MOUFFE, Chantal. Entrevista realizada nas dependências da Universidade Federal do Paraná, em 06 de maio de 2010, conduzida por Bruno M. Lorenzetto, Fernanda B. Gonçalves, José Arthur C. de Macedo e Miguel Gualano de Godoy, sob a mediação da Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki. Tradução e degravação realizadas por Bruno M. Lorenzetto, Fernanda B. Gonçalves e José Arthur C. de Macedo. In: **Revista da Faculdade de Direito**, UFPR, Curitiba, n. 51, p. 237-254, 2010.

NINO Carlos Santiago. **La constitucion de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1999.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider. A ADPF 347 e o “Estado de Coisas Inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 53, p. 147-181 jul./ dez. 2018. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%206%20direito%2053.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2020

KOZISCKI, Katya; FALLER, Maria Helena Foseca. Radicalizando a democracia, redefinindo a esfera pública, redesenhando instituições: um ensaio para maior participação popular na política. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 3, set./dez., 2019.

ORTH, Gláucia Mayara Niedermeyer. **A Justiça Juvenil Restaurativa e a Rede de Proteção Social Brasileira no Atendimento a Adolescentes Autores de Ato Infracional em Contexto de Vulnerabilidade Social**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais Aplicadas – Área de Concentração: Cidadania e Políticas Públicas) – Universidade Estadual de Ponta Grossa.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1^a ed., São Paulo: IBCRIM, 2009.

PALLAMOLLA, Rafaela da Porciuncula. Justiça restaurativa e democracia: para além da democracia deliberativa. **4º Congresso Internacional de Ciências Criminais**, 2013, p. 14. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/IV/58.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020.

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson (org). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, págs: 13-33.

RAMIDOFF, Mario Luiz; BORGES, Willian Roque. Teoria do tribunal multiportas: aplicação da mediação no direito brasileiro. **Gralha Azul. Periódico Científico da 2ª Vice-Presidência**. 1ª ed. ago/set, 2020, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa: alguns desafios a partir da experiência inglesa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 1, n. 2, p. 72-82, jul./dez., 2014.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. **Sistema penal & Violência**. PUCRS, Porto Alegre, Volume 6, n. 1, p. 43-61, janeiro-junho 2014.

SANTANA, Selma Pereira; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília: Uniceub, v. 8, n. 1, pp. 21-24, abril, 2018.

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

SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

SCHARTZ. Lilia Moritz. **Sobre o Autoritarismo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Introdução à Sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 21, 1986.

TIVERON, Raquel. Ébano e Marfim: a justiça restaurativa e o TPI. Orquestrados para a paz sustentável em Uganda. **Revista de Direito Internacional**. Brasília: Uniceub, 2012, p. 151-167.

TIVERON, Raquel. A justiça restaurativa e a emergência participativa na dicção do direito. Contribuições para a teoria e para a prática democrática. **Revista de informação legislativa**. Ano 50, número 197, jan./mar. 213, págs. 175-187

WACQUANT, Loïc. O lugar da nova administração da pobreza. **Dossiê Segurança Pública**. Novos estud. CEBRAP, 80, Mar 2008

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. In: WARAT, Luis Alberto (org.). **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Florianópolis: EModara, 2018

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

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coord. Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflitos. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, jan./jun. 2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 32-55.