
O Paradigma Restaurativo: a (Des)Legitimação da Pena como Resposta no Sistema Punitivo e a Construção de um Novo Modelo de Justiça Criminal

Nathália Gomes Oliveira de Carvalho

Advogada. Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos e Cidadania (PPGDH) da Universidade de Brasília – UnB. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Resumo: O novo paradigma da justiça restaurativa se apresenta como um modelo recente de justiça criminal, baseado em valores que vêm ganhando espaço no contexto pátrio como uma forma mais humana de resolução de conflitos, a qual busca a reparação dos danos provenientes do crime mediante o diálogo entre as partes envolvidas – infrator, vítima e comunidade – e a reconstrução de relações rompidas. Nesse contexto, o presente estudo visa analisar a (des)legitimação do sistema punitivo; o surgimento e a evolução da justiça restaurativa como uma alternativa à justiça tradicional em face do colapso do panorama retributivo. Para isso objetiva-se contextualizar essa nova abordagem de justiça, expondo as principais teorias contributivas ao seu desenvolvimento, os princípios e o seu objeto; traçar um paralelo entre o modelo atual e o paradigma restaurativo, demonstrando a ligação do pensamento restaurativo com a noção de resgate do papel da pessoa enquanto sujeito de direitos inserido na comunidade, viável ao modelo punitivo em crise.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Crime. Reparação dos danos. Reconstrução de relações. Sistema punitivo. Justiça retributiva.

Sumário: Introdução. 1 A (Des)Legitimidade e a Crise do Sistema Punitivo. 1.1 Aspecto Criminológico. 2 Origem e Evolução do Paradigma Restaurativo. 2.1 Breve Histórico. 2.2 Princípios Básicos da Justiça Restaurativa e seu Objeto. 2.3 Teorias Contributivas. 2.3.1 A Criminologia Crítica e a Vitimologia. 2.4 A Justiça Restaurativa e um Novo Modelo de Justiça Criminal. 2.5

Justiça Retributiva X Justiça Restaurativa. 2.6 A Mediação de Conflitos. 7 Conclusão. Referências.

Introdução

A justiça restaurativa é um novo olhar acerca da justiça criminal que se propõe a construir um modelo por intermédio do processo cooperativo de envolvimento das partes interessadas – infrator, vítima e comunidade – na decisão acerca da melhor solução ao conflito, visando à reparação do dano e ao reestabelecimento das relações. É um modelo mais humanitário, que retira o infrator do protagonismo e atribui à vítima papel ativo e essencial na solução do problema, por meio de uma abordagem integradora que permite que o transgressor compreenda as consequências materiais e psicológicas do seu ato para com a vítima e a comunidade, de forma a mitigar do efeito estigmatizador arraigado na noção de justiça retributiva.

A ideia de estudar o tema se deu pelo fato de o modelo de justiça criminal tradicional se mostrar em crise. O que deveria ser um instrumento de paz social e controle da criminalidade, se transformou em objeto de injustiça e sofrimento. A ressocialização, tão discutida e fomentada (BRASIL, 1984)¹, não se concretiza, pois no Brasil a prisão é vista como única resposta a uma sociedade em que justiça está relacionada à violação de direitos e garantias,

¹ Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Art. 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

demonstrando o substancial fracasso do sistema punitivo e a impossibilidade estrutural de a instituição carcerária cumprir as funções (BARATA, 2012, p. 168).

Conforme Lopes Junior (2006, p. 16), “[...] a ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência [...]”.

O Direito Penal, do ponto de vista dinâmico, é um dos instrumentos de controle social formal por meio do qual o Estado, mediante determinado sistema normativo, castiga com sanções as condutas desviantes que ofendem bens jurídicos e causam prejuízo a convivência humana, tendo como finalidade a proteção dos bens jurídicos essenciais (CALHAU, 2012, p. 1-2). Deste modo, deve o Direito Penal ser entendido como a *ultima ratio*, isto é, apenas nos casos mais graves, quando outros meios não surtirem efeitos.

Nesse contexto, a pesquisa objetivou analisar, num primeiro momento, a incoerência do sistema punitivo; os modelos de justiça retributiva e justiça restaurativa, demonstrando que a justiça restaurativa rompe o paradigma do modelo punitivo, pois se mostra como alternativa à justiça retributiva. Ainda, buscou-se refletir sobre os mecanismos de proteção da vítima no modelo de justiça restaurativa, bem como o seu empoderamento frente ao fenômeno criminal.

No decorrer do estudo, buscou-se apresentar o novo modelo

em questão, o qual se propõe a mudar o foco a respeito da pena e da importância das partes envolvidas na busca da melhor gerência do conflito, por intermédio da mediação penal, rompendo com a proposta retributiva contemporânea lastreada na ideia de castigo, dor e sofrimento ao ofensor e exclusão e esquecimento da vítima no processo de tomada de decisão e responsabilização consciente do infrator, oportunizando espaço para arrependimento, reconciliação e perdão.

A partir dessa perspectiva, a pesquisa descreve como a justiça restaurativa se mostra precursora de uma mudança de paradigma, de forma a se compreender o delito como um conflito intersubjetivo inerente ao convívio social, utilizando-se da troca das lentes através das quais captamos e analisamos os fenômenos sociais (ZEHR, 2008, p. 83).

1 A (Des)Legitimidade e a Crise do Sistema Punitivo

O Estado detém o poder punitivo, visando à pacificação dos conflitos existentes na sociedade e à devida responsabilização dos autores dos delitos, por meio de sanções atribuídas em decorrência de ações penais instauradas com o intuito de penalizar o mal perpetrado e prevenir a ocorrência de novos delitos.

Neste sentido, Nucci (2011, p. 67) leciona que o Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes. O direito penal objetivo é o corpo de normas jurídicas destinadas ao enfrentamento da criminalidade,

de forma a garantir a defesa social, por outro lado, o direito penal subjetivo é o direito de punir do Estado, que surge após o cometimento do delito.

Michel Foucault (1987, p. 48) conclui que para punir é necessário ajustar a enormidade da pena e da falta aos seus próprios efeitos, de maneira a calcular a pena em função da possível repetição do erro e não diante do crime, de modo a desestimular o infrator.

O sistema penal utiliza-se da pena como principal instrumento do controle/defesa social. Antigamente, as sanções eram aplicadas como fruto de libertação em detrimento da infração cometida, com a consequente expulsão e segregação do autor do delito. A ligação com os deuses e com os fenômenos sobrenaturais indicavam a punição a ser aplicada, por intermédios dos vínculos existentes (totem, estátuas, oráculos) entres os respectivos membros da comunidade. Ao longo da idade média, as penas eram físicas, tinham o corpo como principal objeto de castigo e sofrimento, de maneira a penalizar e trazer dor ao infrator (NUCCI, 2011, p. 73-74).

O segundo momento, denominado de vingança privada, era a forma de a comunidade insurgir-se contra o ofensor, fazendo justiça com as próprias mãos, posteriormente foi substituída pela vingança pública, quando o chefe do clã se tornou o legítimo titular do poder de punir e prevaleceu o critério de talião, que partia da crença de que o infrator deveria sofrer o mesmo mal causado, nas mesmas proporções. Deste modo, as reprimendas eram cruéis e

desprovidas de finalidade útil, de forma que a adoção do sistema de talião “[...] constituiu uma evolução no direito penal, uma vez que houve maior equilíbrio entre o crime cometido e a sanção destinada ao seu ofensor” (NUCCI, 2011, p. 73-74).

1.1 Aspecto Criminológico

A controvérsia acerca do destino da pena propiciou o desenvolvimento de correntes doutrinárias, entre elas a denominada Escola Clássica, surgida no início do século XVIII na Itália, tendo como expoente Marquês de Beccaria.

A referida escola não considerava o delinquente um ser diferente dos outros, fugindo da ideia de determinismo, pois o delito era visto como violação do direito e do pacto social segundo a filosofia política do liberalismo clássico. O delito surgia do livre arbítrio do indivíduo e não das suas características patológicas. Em consequência, o direito penal e a sanção eram considerados instrumentos legais para defesa da sociedade e não como meio para intervir sobre a figura do criminoso (BARATTA, 2012, p. 31-32).

Com o advento dos ideais iluministas, a partir das contribuições de Beccaria, Pagano e Filangieri (Itália) Montesquieu e Voltaire (França), Bentham (Inglaterra), Feuerbach e Hommel (Alemanha), o arbítrio judiciário foi questionado e valorizaram-se a racionalização das penas e a proporcionalidade da tarefa de punir estatal, pois a pena ganhara uma utilidade destinada à prevenção de delitos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,

de 26 de agosto de 1789, consagrou o pensamento iluminista e a percepção da necessidade da mudança de paradigma e mitigação das sanções (NUCCI, 2011, p. 76).

Com o declínio da Escola Clássica, pois percebeu-se que a criminalidade apenas aumentava, em decorrência do método que se faz perder de vista o criminoso, surge a Escola Positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se restrinja à noção de livre arbítrio do agente, mas que procure definir toda a influência do aspecto biológico e psicológico do indivíduo como fator determinante para as próprias escolhas. Lombroso, em seu livro *“L'uomo delinquente”*, publicado em 1876, “[...] considerava o delito como um ente natural um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção”, determinado por causas biológicas de natureza sobretudo hereditária” (LOMBROSO, 1876 apud BARATTA, 2012, p. 39).

A visão determinista e antropológica de Lombroso foi ampliada em 1877 por Garofalo, o qual tentou aplicar ao direito penal as novas ideias, e em 1878 Ferri ataca a doutrina clássica baseada no livre arbítrio, indicando o quadro dos fatores do delito, dispondo-os em três categorias: fatores antropológicos, físicos e sociais. O delito era conduzido por uma visão extremamente determinista e com enfoque bioantropológico, sendo as sanções consideradas independentemente da personalidade do delinquente.

O delito era reconduzido a uma concepção determinista da realidade em que o homem se encontra, visto que todo o seu comportamento é expressão, acentuando as características do

delito como elemento sintomático da personalidade do autor do delito. Isso porque, para a Escola Positiva, que não se prende a ideia de que o delito é tão somente um ato livre de vontade (BARATTA, 2012, p. 38), faz-se necessária a compreensão das causas biológica e psicológica do indivíduo.

Nesse aspecto, a necessidade da ação penal em face do autor do delito se desvincula do caráter de retribuição jurídica ou ética da pena. Segundo Ferri, o sistema de meios de defesa social que adquire denominação de “substitutivos penais” agrega à pena, visto que não se reconhece apenas o modo repressivo, mas, sobretudo, o modo reeducativo e preventivo, contribuindo com a construção e com o desenvolvimento de modelos alternativos à justiça criminal e ao sistema punitivo em crise (BARATTA, 2012, 39).

Nos países ocidentais, sobretudo naqueles de tradição romano-germânica, o modelo penalógico normativo adotado oficialmente no século passado foi o da prevenção especial positiva (teorias da ressocialização). A partir dessa reconfiguração do sistema criminológico positivista da Escola Italiana, o movimento da Nova Defesa Social pautou a reforma das legislações penais, transnacionalizando os postulados do defensivismo e universalizando o modelo justificacionista clínico-etiológico. Em terras brasileiras, o projeto político-criminal é implementado com a elaboração da Lei de Execução Penal² (CARVALHO, 2013, p. 186).

2 BRASIL. *Lei Federal nº 7.210. de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 6 nov. 2013.

O sistema punitivo, como meio de defesa social, apresenta-se em crise pelo enfraquecimento do direito penal tradicional, o qual está atrelado à hipertrofia do modelo atual, diante da relação direta entre crime e castigo. Nesse modelo, o cárcere é o principal instrumento utilizado pelo Estado a fim de exercer o *jus puniendi* e a única resposta socialmente aceitável para a responsabilização do ofensor, culturalmente relacionada à noção de segurança social.

Para fins históricos, a Casa de Detenção, no Rio de Janeiro, foi a primeira prisão brasileira, criada em 1769. Não havia separação de presos por tipo de crime cometido, todos ficavam juntos. Apenas 55 anos depois, em 1824, por determinação constitucional, as cadeias foram adaptadas para o trabalho e os internos eram separados por tipo de crime ou pena imputada (BRASIL, 2009, p. 68).

O Estado, sob o pretexto de conter e reduzir a criminalidade, ao invés de intervir por meio de políticas públicas que propiciem mais educação, saúde, emprego e menos miséria, tenta de maneira descarada e ineficiente mascarar a realidade, transmitindo uma ideia falsa de segurança aos cidadãos por meio de medidas imediatistas e muitas vezes violadoras de direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, o Estado se mostra cada vez mais interventor, ampliando o rol dos bens jurídicos e a consequente seara de atuação do sistema penal como instrumento de proteção social, de modo a restringir a liberdade dos cidadãos por meio do encarceramento,

em escancarada afronta ao princípio da *ultima ratio* do Direito Penal e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, com a proliferação do discurso punitivista nas esferas do jurídico e da política, tem-se, de forma trágica, a ineficácia da Constituição Penal de garantias em detrimento da plena efetividade da Constituição Penal criminalizadora e punitiva (CARVALHO, 2013, p. 187).

Nessa esteira, o Direito Penal deve atuar residualmente, ou seja, apenas quando bens jurídicos de extrema importância sofrerem lesões ou perigo concreto de dano. Constatada a violação ao bem jurídico tutelado e após a análise acerca da possibilidade legal da aplicação de penas não privativas de liberdade, a pena deve ser proporcional ao dano causado, de modo que seja imposta ao ofensor de forma razoável, com caráter educativo e conscientizador.

A prisão, no modelo atual, funciona como instrumento de controle social, principal mecanismo de perpetuação do sistema punitivo e de sustentação das estruturas de poder vigentes, alicerçado, segundo Foucault, em uma estrutura panóptica das relações subjetivas das classes dominadas, reproduzindo assim as relações de poder entre dominantes e subjugados (FOUCAULT, 2004, p. 177-178).

Baratta (2012, p. 198) revela que as estatísticas indicam que, nos países de capitalismo avançado, a grande maioria da população carcerária é de proletariado e, portanto, das zonas sociais já marginalizadas socialmente e que mais de 80% dos delitos

perseguidos nestes países são contra a propriedade, constituindo reações individuais típicas do sistema de distribuição de riquezas da sociedade capitalista. Além disso, o sistema da criminalização seletiva e de imunidades recai sobre as relações de poder entre as classes, de modo a oferecer um salvo-conduto para as práticas ilegais dos grupos dominantes (cifra negra da criminalidade).

A adoção da prisão como medida para o controle da criminalidade não tem logrado êxito, bem como a extensão do recurso à prisão para alguns delitos que até então não incorriam em condenação à reclusão (WACQUANT, 2007, p. 57). Estudos apontam que o aumento da reincidência e o endurecimento das legislações têm contribuído para o crescimento da população carcerária, em proporções geométricas.

Corroborando tal constatação, Cezar Roberto Bitencourt destaca:

Quando a prisão converteu-se na resposta penológica principal, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um remédio adequado para conseguir a reforma do delinquente. [...] Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise (BITENCOURT, 1993, p. 143).

Conforme dados da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário, formada para a discussão e análise acerca do sistema carcerário, o Brasil é o quarto país do mundo em número de pessoas encarceradas, ficando atrás apenas dos

Estados Unidos (2,2 milhões de presos), China (1,5 milhão de presos) e Rússia (870 mil presos) e, em relação à capacidade de ocupação, há 275.194 vagas oficiais no sistema, o que representa um excedente de 53,56%, em comparação ao que o sistema pode sustentar, traduzindo a situação caótica que vivenciamos no sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2009, p. 69).

Assim, o sistema penal está obviamente em crise, pois o que deveria ser um instrumento de paz social tornou-se máquina de reprodução de sofrimento, na medida em que não consegue solucionar os conflitos e, em parte das vezes, a situação é agravada.

Nesse contexto, a seletividade na aplicação do poder punitivo cria um verdadeiro etiquetamento do sujeito, conforme Lola Anyar de Castro (1983, p. 104), conferindo-lhe as denominações de delinquente e criminoso, sem se indagar a motivação da prática criminosa, atribuindo-lhe o status social de marginalizado, selecionado pelo sistema criminal (BARATTA, 2012, p. 11-12).

Salo de Carvalho (2013) considera que a sanção estatal deve se mostrar efetiva e positiva de forma a propiciar não somente o temor do estado, mas o desenvolvimento de meios para que o ofensor não incorra novamente no delito e seja integrado na comunidade em que ele está inserido, pois, a partir dessa concepção apresentada pelo autor, o direito de punir passa a ser direcionado em face da prevenção especial positiva, corroborando as teorias de ressocialização e de regeneração do ofensor (CARVALHO, 2013, p. 208).

Dada a situação de desgaste e fragilidade do sistema

retributivo, a busca de alternativas à privação de liberdade representa outra tentativa de remendar o paradigma de justiça criminal, por meio do movimento em prol de penas alternativas eficientes à solução de conflitos (ZEHR, 2008, p. 62). Diante disso, o paradigma da justiça restaurativa se apresenta como um novo olhar ao crime e a justiça criminal, por intermédio do diálogo voluntário entre as partes envolvidas na lide, em busca de soluções para as principais falhas e ineficiências do modelo punitivo.

2 Origem e Evolução do Paradigma Restaurativo

2.1 Breve Histórico

A expressão justiça restaurativa, apontam os estudiosos, foi utilizada pela primeira vez pelo pesquisador Albert Eglash, em 1977, quando da elaboração do texto *Beyond Restitution: Creative Restitution*, tendo prevalecido a expressão “justiça restaurativa”, embora pareça uma tradução imprópria da língua inglesa. Há outras expressões utilizadas para se referir à justiça restaurativa, a saber: justiça participativa, justiça transformadora, justiça restauradora, justiça recuperativa (JACCOUD, 2005).

As sociedades pré-estatais da Europa privilegiavam as práticas de regramento social baseadas na manutenção dos grupos sociais e da coesão acerca das normas socialmente aceitas, visto que os interesses coletivos superavam os individuais. Deste modo, a transgressão à determinada norma social causava reações com vistas a reestabelecer o equilíbrio na comunidade e a buscar,

consequentemente, a solução do conflito ocorrido, de forma a conter a desestabilização fruto da prática do delito (JACCOUD, 2005).

Deste modo, a tradição desse modelo reintegrador está alicerçada na cultura dos povos do oriente e do ocidente. Os vestígios da prática estão presentes em muitos códigos decretados antes da era cristã, como o de Hammurabi (1700 a.C), o de Eshunna (1700 a.C), o Lipit- Ishtar (1875 a.C), e o código sumeriano (2050 a.C). Tais legislações previam a restituição para os crimes contra o patrimônio e os de violência. Observa-se que o paradigma restaurativo era adotado nos países colonizados da África, Nova Zelândia, Austrália, América do Sul, do Norte e as citadas sociedades comunais da Europa (JACCOUD, 2005), inspirado nos mecanismos de solução de conflitos dos aborígenes maoris (CALHAU, 2012, p. 100).

Com o sistema monárquico de direito emanado da divindade e o nascimento das nações modernas reduziu-se consideravelmente, segundo Myléne Jacooud (2005), essa forma de justiça criminal, com o afastamento da vítima e a extinção dos mecanismos restauradores de reintegração do grupo social. Foram então criadas as nações-estados pelos colonizadores, com o escopo de centralizar e neutralizar as práticas por meio da imposição de um sistema de “direito único” e tradicional para a solução dos conflitos entre os membros da comunidade (CALHAU, 2012, p. 100).

Essa mudança de paradigma, com o surgimento do “direito

único”, acarretou a alteração da própria noção de crime, agora entendida em sua concepção objetiva, ou seja, como simples violação ou ruptura da ordem estatal prevista no texto legal e não mais como desequilíbrio e desestabilização das relações sociais, que tinham na sanção a solução para o retorno da paz social e reparação dos danos materiais e psicológicos causados à vítima e a própria sociedade. Em consequência, vislumbra-se o desprivilégio das vítimas, pela substituição por autoridades do Estado, vinculada à posição de protagonista do ofensor, que monopoliza as atenções e os anseios de todo o processo penal. Os efeitos e as consequências dos seus atos não mais são relevantes, objetivando-se, apenas, a aplicação da sanção e a transmissão de uma noção imaginária de segurança social (ROLIM, 2006).

As práticas restaurativas foram ressurgindo em face dos movimentos reivindicatórios dos povos, com as primeiras experiências contemporâneas, relacionados com “[...] problemas endêmicos de superpopulação dos nativos nos estabelecimentos penais e sócio protetivos”. Também contribuíram, a exaltação do papel ativo da comunidade na discussão acerca das soluções para a resolução da lide; a importância da vítima nesse processo de reparação de danos materiais e psíquicos e a contestação das instituições repressivas existentes no sistema punitivo (JACCOUD, 2005).

2.2 Princípios Básicos da Justiça Restaurativa e seu Objeto

Em análise aos diversos aspectos desse modelo inovador

de justiça criminal, podem ser extraídas e ressaltadas algumas características do paradigma restaurativo: a cooperação das partes interessadas no deslinde do conflito; o diálogo instituído por um processo voluntário, visando ao estabelecimento de acordos restaurativos e à conscientização dos sujeitos envolvidos na busca pela reparação satisfatória e necessária às partes.

Nesse sentido, reportando-se à Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, intitulada *Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal*, requisitou-se à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal a estipulação de medidas no campo da mediação e da justiça restaurativa. A Resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, nomeada *Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais*, sob a análise acerca da desejabilidade e dos meios para se estabelecerem princípios comuns na realização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, e a existência de compromissos internacionais a respeito das vítimas, considerando as notas das discussões sobre justiça restaurativa durante o Décimo Congresso sobre Prevenção do Crime e do Tratamento de Ofensores (NAÇÕES UNIDAS, 2002).

Os princípios elencados pelo Conselho Econômico e Social da ONU, validando o paradigma restaurativo para os países, são exemplificativos, isto é, admite-se extensão em decorrência das

variáveis sociais de cada comunidade, carecendo de adaptação à realidade na qual os sujeitos envolvidos estão inseridos.

Os conceitos enunciados nos Princípios Básicos sobre Justiça Restaurativa, enunciados na Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, de 13 de Agosto de 2002, são os seguintes: 1. Programa Restaurativo - se entende qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos. 2. Processo Restaurativo - significa que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, audiências e círculos de sentença 3. Resultado Restaurativo - significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator (PINTO, 2005, p. 23).

A voluntariedade se apresenta como um princípio básico da justiça restaurativa, pois se pressupõe um encontro consensual entre as partes interessadas, isto é, a vítima, o ofensor e a sociedade, para juntos, de maneira cooperativa, dialogarem acerca da melhor solução ante o fato criminoso.

Segundo Renato Sócrates:

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos

centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime (PINTO, 2005, p. 20).

Desenvolve-se, na esfera privada, a possibilidade de os envolvidos resolverem, por intermédio do diálogo, o conflito travado, os papéis a serem desempenhados na busca da solução adequada, as consequências das condutas infratoras na relação social e a motivação do ofensor para a prática da infração. Todo o procedimento restaurativo é acompanhado por profissionais capacitados em mediação de conflitos, de forma que os participantes têm voz ativa nas decisões acordadas de maneira igualitária e não assumem posição de submissão e superioridade frente ao quadro.

Vale frisar que a revogação do consentimento das partes envolvidas é admissível a qualquer momento, podendo os sujeitos desistirem da tentativa da utilização do modelo restaurativo, sem quaisquer prejuízos e influências nos atos processuais a serem instaurados no âmbito da justiça criminal tradicional, ou seja, no sistema punitivo.

A oralidade opera, vez que se trata de um procedimento pacificador, em caráter informal, fugindo a concepção do modelo atual punitivo formal, o qual reduz a termo as declarações de todos os sujeitos atuantes no processo penal. A adoção do princípio da oralidade coaduna com o processo de mediação utilizado pela justiça restaurativa, com a finalidade de proteger os interessados

ante o teor do diálogo de viés muitas vezes confidencial da mediação.

Assim, registra-se o termo de aceitação de participação na mediação e o acordo final, em caso de êxito, que será estabelecido pelas partes envolvidas, após a instituição de momento específico para o diálogo. Não consta em termo as declarações da vítima e do ofensor bem como as dos eventuais interessados, ante o receio da divulgação de informações sigilosas e íntimas às partes. “Pelas mesmas razões, a publicidade ao longo do processo de mediação deve, em princípio, ser excluída, devendo o evento decorrer à porta fechada” (FERREIRA, 2006, p. 36).

A confidencialidade das informações é preservada, pois as partes interessadas na resolução da lide dialogam sobre seus anseios, expõem seus valores, sua intimidade, de modo que esta fique resguardada, visando ao estabelecimento de um ambiente adequado à cooperação do processo reintegrativo.

É importante que se valorize a confiança e a fé negocial entre as partes, tranquilizando-as quanto à possibilidade de uma eventual utilização das suas declarações noutras sedes. Libertamo-las, por conseguinte, de possíveis constrangimentos tanto no momento de adesão à iniciativa como ao longo da sua participação no evento pacificador (FERREIRA, 2006, p. 36).

É essencial a presença de mediador e de eventuais profissionais da equipe multidisciplinar no procedimento restaurativo, mostrando-se inviável a presença do magistrado competente para o julgamento das ações penais no âmbito da

justiça tradicional, para que ele não seja influenciado por eventuais declarações dos envolvidos no bojo da mediação.

Sendo assim, o objeto da justiça restaurativa é invertido, visto que não se busca analisar apenas o crime, considerado como violação à lei e afronta a determinado bem jurídico tutelado pelo Estado, nem o criminoso, muito menos a reação social frente ao fenômeno, mas aborda e dá importância às consequências do fato e as relações sociais afetadas pela transgressão.

O crime, para a justiça restaurativa, não é apenas uma conduta típica, ilícita e culpável que atenta contra bens interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre as partes (vítima, infrator e comunidade), cumprindo a justiça identificar as necessidades e obrigações dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado (PINTO, 2007, p. 21).

Objetiva-se a construção de um olhar direcionado para o futuro, tendo como base o diálogo e a interação entre os sujeitos envolvidos, de maneira voluntária, de modo que gere sensação de cooperação, com a consequente conscientização do ofensor acerca das consequências do seu ato em relação à vítima e à sociedade, o que propicia o desenvolvimento de soluções eficazes e a consequente reparação do dano sofrido, seja ele material ou moral.

2.3 Teorias Contributivas

O sistema retributivo, na concepção dos críticos do referido

modelo, é desigual em sua aplicação e seletivo, direcionado para o modo de produção capitalista, servindo basicamente aos interesses de uma determinada classe, sendo aplicado a alguns estratos sociais (SALIBA, 2009, p. 74).

Outro importante reflexo dessas falhas do atual sistema é a cifra oculta da criminalidade, sendo este um elemento deslegitimador, conforme aponta Lélío Calhau:

A cifra negra é uma das responsáveis pela falta de legitimidade do sistema penal vigente no Brasil, pois uma quantidade ínfima de crimes chega ao conhecimento do Poder Público, e desta, uma grande parte não recebe nenhuma resposta por parte do Estado (CALHAU, 2000, p. 229).

Segundo Zaffaroni e Nilo Batista, o processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas, a primária e secundária. A criminalização primária é o “[...] ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”. Enquanto que a criminalização secundária é a ação punitiva sobre pessoas concertas, como, por exemplo, a investigação e, em alguns casos, a privação da liberdade de determinado acusado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 43).

Nessa baila, várias teorias surgiram com o escopo de analisar o fenômeno da criminalidade e seus diversos aspectos, sendo a Criminologia uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa da análise do crime, do ofensor, da vítima e do controle social, segundo García-Pablos de Molina (2013, p. 15).

2.3.1 A Criminologia Crítica e a Vitimologia

A passagem da criminologia liberal, a qual sustenta o caráter normal e funcional da criminalidade e a sua dependência dos mecanismos de socialização a que os indivíduos estão expostos, à criminologia crítica se dá com as teorias da criminalidade e da reação social (*labeling approach*), reportando a uma estruturação de teoria materialista, pautada na análise dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização (BARATTA, 2012, p. 159).

Na visão de Baratta:

A plataforma teórica alcançada pela criminologia crítica, e preparada pelas correntes mais avançadas da sociologia criminal liberal, pode ser sintetizada em uma dupla contraposição à velha criminologia positiva, que usava o enfoque biopsicológico. Como se recordará, esta buscava a explicação dos comportamentos criminalizados partindo da criminalidade como um dado ontológico pré-constituído à reação social e ao direito penal (BARATTA, 2012, p. 160).

Sendo assim, a criminalidade, na perspectiva da criminologia crítica, se mostra como um *status* atribuído a determinados sujeitos, mediante uma dupla seleção: a seleção dos bens protegidos pelo sistema penal constituído, e dos comportamentos que ofendem esses determinados bens jurídicos e a seleção dos indivíduos estigmatizados entre os demais que cometem afrontas às normas penais. Logo, não se trata mais da ideia de qualidade ontológica

de determinadas ações comportamentais e de determinados indivíduos (BARATTA, 2012, p. 161).

Portanto, a criminologia crítica sustenta uma profunda análise do sistema penal, como um potencial mecanismo de reprodução da realidade social, dentro das sociedades capitalistas, atrelada à ideia da necessidade de humanização do sistema atual, vez que o cárcere se mostra contrário ao modelo educativo, pois “promove a individualidade, o auto respeito do indivíduo” (BARATTA, 2012, p. 184).

Desta forma, o direito penal é quem fornece a si mesmo os critérios de validade da intervenção, pois elege arbitrariamente os bens a serem tutelados. O efeito, portanto, é a maximização da intervenção, com a elevação do grau de violência e de seletividade denunciados pela criminologia crítica (CARVALHO, 2013, p. 190).

Após as considerações, é nítida a direta influência das concepções da criminologia crítica na construção do paradigma da justiça restaurativa, a qual se apresenta como uma alternativa ao modelo punitivo atual, em crise, pela aposta no cárcere como resposta efetiva à criminalidade.

O termo vitimologia foi empregado pela primeira vez em 1974, por Benjamin Mendelson e Hans Von Hentig, os quais limitavam a vitimologia à investigação das vítimas de crimes. Com a evolução do conceito, modernamente, a vitimologia propõe-se ao exame da vítima de toda e qualquer espécie de conduta ilícita do indivíduo, atrelando-se ao caráter multidisciplinar da proposta

e traduzindo-se como um movimento que busca redescobrir a vítima e colocá-la em posição de destaque diante da violação de direitos sofrida, ou seja, como sujeito ativo na busca pela solução mais adequada à resolução do conflito (PIEADADE JUNIOR, 1993, p. 80).

A vítima, palavra etimologicamente derivada do latim *victima*, significando “[...] pessoa ou animal sacrificado ou que se destinaria a sacrifício” (PIEADADE JUNIOR, 1993, p. 86), desfrutou de protagonismo durante a época da justiça primitiva – Idade Média, sendo posteriormente neutralizada pelo sistema penal atual, substituída pelo Estado nas ações penais “[...] com o fortalecimento das monarquias e do Estado Moderno, a vítima é relegada definitivamente a segundo plano” (FERNANDES, 1995, p. 15).

Segundo García-Pablos de Molina:

O sistema legal – o processo – nasce já com o propósito deliberativo de neutralizar a vítima, distanciando os dois protagonistas que se enfrentam no conflito criminal, precisamente como garantia de uma aplicação serena, objetiva e institucionalizada das leis ao caso concreto (neutralização da vítima) (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2013, p. 26).

Impende ressaltar que a moderna vitimologia não propõe um retorno à vingança privada nem à idade de ouro, porém o movimento vitimológico persegue uma redefinição do *status* da vítima e de sua relação com o ofensor, a comunidade, o sistema penal e os poderes do Estado, identificando-se as suas expectativas

e o seu relevante papel na discussão e no enfrentamento do conflito (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2013, p. 28).

Nesse sentido, o autorredescobrimento da vítima expressa direta relação com o paradigma da justiça restaurativa, vez que confere a ela enfoque crítico e interacionista, fornecendo uma dinâmica do seu comportamento nas relações e interações com os outros agentes do fato delitivo.

No Brasil, o movimento de reencontro da vítima tem refletido nas legislações penais esparsas, com o advento da Lei nº 9099/95 e a criação dos juizados especiais criminais, que admite a transação penal; a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e a valorização da vítima no sistema penal. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) surge da concepção do paradigma restaurativo, ante a previsão acerca das medidas socioeducativas, remição de medidas protetivas, como o aproveitamento condicionado à participação em cursos técnicos e profissionalizantes, frequência escolar, dentre outros, por meio do diálogo intersubjetivo visando à emancipação dos menores infratores.

Conforme anteriormente abordado, a criminologia crítica compreende o fenômeno da criminalidade sob uma diferente ótica, considerando o delito um objeto social que, para melhor ser entendido, necessita da análise do caso concreto em particular e das suas variantes. O delito não é mais uma qualidade de determinados sujeitos nem tampouco biológica e ontológica,

mas se traduz como uma denominação atribuída ao sujeitos que violaram normas e valores.

Diante disso, a criminologia crítica propõe uma humanização do sistema penal, a construção de mecanismos para a legitimação do sistema penal e a consequente produção de efeitos para o indivíduo e a comunidade na qual está inserido, colaborando com a ideologia do modelo restaurativo de justiça criminal, que busca a definição de uma resposta útil e efetiva, com base nos princípios constitucionais e direitos humanos.

Nesse viés, o empoderamento da vítima traduz a forte influência dos preceitos da vitimologia no paradigma restaurativo, porque ela é colocada em posição ativa e vista como sujeito necessário e extremamente relevante ao enfrentamento do conflito e à construção do acordo restaurativo.

No panorama pátrio, legislações refletem esse movimento de redescobrimento e empoderamento da vítima, a exemplo da criação dos juizados especiais e da edição da Lei nº 9.099/95, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90); do Estatuto do Idoso (Lei 10.741), entre outras disposições legais.

2.4 A Justiça Restaurativa e um Novo Modelo de Justiça Criminal

O paradigma restaurativo, como um novo modelo de justiça criminal e filosofia de uma cultura de paz, visa atribuir um novo olhar ao crime por meio de novos ângulos e perspectivas e opõe-se à estigmatização e à seletividade social, de modo a apresentar uma nova análise em busca de respostas interdisciplinares pela

participação voluntária das partes interessadas na solução do conflito social travado, sem reforçar o distanciamento das relações vítima, ofensor e sociedade.

Com esse novo olhar, a resolução do conflito advém da consolidação de uma pena útil e construtiva, voltada para o futuro dos envolvidos, modificando a ideia de pena voltada para o passado do ofensor, apresentando uma visão utilitarista, de forma que a vítima obtenha a reparação material e psicológica na medida da violação sofrida, assim como o desenvolvimento de uma consciência por parte do infrator acerca do dano causado e da necessidade de uma resposta eficiente para as partes.

Inspirada nos modelos de justiça dos aborígenes, a justiça restaurativa torna-se um desafio aos operadores do Direito, que necessitam desenvolver novas concepções acerca dos valores humanos e fundamentais atrelados ao ordenamento jurídico pátrio bem como novos olhares no que diz respeito à possibilidade de pacificação social e humanização das penas, causando impacto na análise da criminalidade e da violência (BRANCHER, 2011).

A ideia do modelo restaurativo é substituir a pena-castigo pelo diálogo e conscientização das partes envolvidas (vítima, ofensor e comunidade), por meio da mediação de conflitos, com respeito aos direitos humanos, de modo a propiciar condições mínimas de entendimento entre as partes, com a reparação dos danos e a voluntária reconstrução das relações dissolvidas, consolidando uma noção de pena construtiva voltada para o

futuro e opondo-se ao etiquetamento social e à estigmatização do ofensor.

Nessa baila, a justiça restaurativa encara o crime como a violação das relações entre as partes interessadas, caracterizada pela desobediência à lei, que cria a necessidade de corrigir e reparar o dano causado, na busca da melhor maneira de recuperar, reconciliar e restabelecer, quando possível, a autonomia e confiança dos sujeitos envolvidos (ZEHR, 2008, 176).

Esse processo cooperativo, o qual envolve todas as partes interessadas e envolvidas na construção da melhor resolução para reparar os danos causados à vítima e à sociedade, fruto da violação das relações entre o ofensor, a vítima e a comunidade, busca equilibrar o relacionamento entre as partes, ampliando os horizontes de modo a oportunizar espaço para diálogo, esclarecimentos, arrependimento e reconciliação (FERREIRA, 2006, p. 22).

As partes envolvidas na sistemática do conflito, de forma voluntária e participativa, dialogam em busca de soluções de pacificação do litígio e do resgate das relações intersubjetivas fragilizadas pela prática do delito, adotando-se uma visão global do processo penal, vez que prioriza as necessidades da vítima como parte ativa da dinâmica e a construção de uma resposta utilitarista e educativa para as partes.

A intervenção da Justiça Restaurativa parte do pressuposto de que, antes mesmo de constituir uma violação à lei, a agressão traduz, em termos individuais e psicoativos, na experiência

emocional de magoar ou ser magoado ou prejudicado e num profundo desrespeito em relação à vítima como pessoas e à sua personalidade (FERREIRA, 2006, p. 25).

Essa concepção de construção de diálogos se baseia na releitura da análise sobre o evento criminoso não apenas como conduta humana definida como violadora de direitos e de bens jurídicos, como prevista no ordenamento jurídico, porém, acima de tudo, como ação representativa de desrespeito a determinados indivíduos, por meio de uma visão multifacetada e intersubjetiva da conduta agressora, com o escopo de propiciar uma compreensão multidisciplinar da violência causada, realizada pela união dos esforços de uma equipe multiprofissional, composta não apenas por juristas e operadores do direito, mas por assistentes sociais, psicólogos, pedagogos, etc.

Os graus de vitimização, no modelo restaurativo, são reduzidos em face do estabelecimento do espaço de comunicação entre os envolvidos, vez que o sofrimento adicional que a dinâmica da justiça criminal provoca, pelo tratamento muitas das vezes desumano e degradante para com o autor do delito e a vítima gera desconfiança no sistema, pois a vítima é tratada com descaso e desatenção pelos agentes de controle da criminalidade (vitimização secundária). Essa dinâmica é atacada pelo paradigma restaurativo, porque ele busca o oposto a essas práticas mediante a inclusão da vítima no processo e a análise intersubjetiva do contexto relacionado a transgressão (CALHAU, 2012, p. 42).

Ainda nesse sentido, ressalta-se a vitimização terciária,

produto da sociedade, pois a visão dos cidadãos pautada na noção de necessidade da aplicação de penas privativas de liberdade relacionada à sensação ilusória de segurança reforça a despreocupação com os envolvidos no conflito, incentivando, muitas vezes, o anonimato da vítima e contribui para o aumento da cifra oculta da criminalidade, formada pela imensa quantidade de crimes que não chegam ao conhecimento do sistema (CALHAU, 2012, p. 42).

Dentro dessa dinâmica, o novo modelo de justiça aqui estudado encoraja as partes envolvidas a exercerem papéis ativos na busca pelo deslinde da controvérsia, com a participação dos profissionais capacitados para mediação de conflitos, minimizando a violência em sociedade, na medida em que evita a coisificação e a violação dos direitos fundamentais.

Não há dúvidas de que a proposta restaurativa fortalece o caráter subsidiário do Direito Penal, guiado pelo princípio da voluntariedade, vez que nem o ofendido nem o ofensor podem ser compelidos a participar do modelo de justiça restaurativa. Acrescenta-se, ainda, se tratar de um processo informal, que tem lugar em espaços comunitários, sem o peso do ritual solene, do simbolismo e da arquitetura do cenário judiciário, no qual há intervenção de um ou mais mediadores e podem ser utilizadas abordagens multidisciplinares, técnicas de conciliação e transação para alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo consensual cujo objetivo é suprir ou ao menos minimizar os danos causados e as necessidades individuais e coletivas dos sujeitos

envolvidos no processo, logrando êxito no reestabelecimento das relações e na reintegração social da vítima e do ofensor (PRUDENTE; SABADELL, 2008).

Trabalha-se com a perspectiva de que o crime é uma violação frontal das relações entre os indivíduos integrantes da comunidade e, por causar um mal à vítima e à sociedade, o autor do delito precisa ser responsabilizado e conscientizado acerca dos seus atos, em busca da restauração da desavença e dos relacionamentos, em vez de reforçar a estigmatização do ofensor e a determinação da culpa.

Ressalta-se que o modelo de justiça restaurativa não é proposto como medida apta a reduzir ou estancar o número de ocorrências criminosas, vez que não constitui ferramenta para redução das taxas de criminalidade. Esse paradigma se coloca como uma alternativa à redução do agravamento dos efeitos da prática de delitos e dos danos já efetivados pelos crimes, de modo a traçar um processo cooperativo entre as partes envolvidas, visando à reparação, ao diálogo, à responsabilização e ao reestabelecimento das relações rompidas pela prática de transgressão.

2.5 Justiça Retributiva X Justiça Restaurativa

Sob este novo modelo de justiça, a atuação penal é guiada com o olhar voltado para o futuro, na busca por tentar reparar, na medida do possível, as mazelas sofridas, contrapondo-se ao sistema retributivo atual da justiça tradicional, o qual se volta ao passado, pela necessidade de se atribuir a culpa a determinado

agente, para encaixar o ato lesivo em alguma das figuras típicas, lícitas e culpáveis previstas legalmente pelo ordenamento jurídico penal (ZEHR, 2008, p. 2002).

Deste modo, a culpa que o modelo punitivo busca auferir não é visualizada da maneira como foi vivenciada, pois sequer se preocupa com o sentimento e a interpretação do fato pelos envolvidos, tratando-se de uma culpa moldada, delineada pela técnica penal do sistema já concebido (SICA, 2007, p. 66-67).

O modelo restaurativo baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe a concordância de ambas as partes (réu e vítima), anuência que pode ser revogada unilateralmente. Já os acordos devem ser razoáveis e as obrigações propostas devem atender ao princípio da proporcionalidade. A aceitação do programa não deve, em nenhuma hipótese, ser usada como indício ou prova no processo penal, seja o original, seja em outro (PINTO, 2005, p. 21).

A adoção de tal procedimento propicia a troca de experiências e valores entre os sujeitos inseridos, muitas vezes, em realidades distintas, tanto social quanto economicamente, de modo que as partes se colocam no lugar do outro e compreendem os aspectos subjetivos de forma contextualizada.

O foco de atuação desse paradigma busca a reparação dos eventuais danos, conforme preconiza Saliba:

A reparação dos eventuais danos causados, sejam eles patrimoniais ou morais, e reintegração da vítima e delinquente

à comunidade, sem estigma ou marginalização, com despenalização. A reintegração possibilita a devolução da vítima e desviante mais conscientes de seus atos e repercussões sociais, diante das discussões realizadas e resolução alcançada (SALIBA, 2009, p. 151).

A vítima é, cada vez mais, considerada parte essencial na construção de uma aproximação entre os agentes envolvidos, em contraposição ao sistema punitivo, o qual relega a vítima, colocando-a em posição de esquecimento e exílio no processo penal, servindo apenas como mais um meio de prova para a instrução criminal. O modelo de justiça restaurativa, no entanto, prioriza o papel da vítima no acordo restaurativo, eficaz após anuência dos envolvidos e homologação judicial, em atenção aos princípios e direitos constitucionalmente previstos.

Em relação aos valores instituídos pelo modelo restaurativo, observa-se que o conceito de crime, aqui entendido como ato causador de danos, que traumatiza a vítima, é concebido de maneira diversa do compreendido pela justiça retributiva, uma vez que para esta o conceito de delito é formal, traduzindo-se como fato típico, ilícito e culpável, atentatório ao ordenamento jurídico, na qual o interesse público é primado e o Estado detém o monopólio da justiça, voltado para a análise de uma culpabilidade do sujeito direcionada para o passado (PINTO, 2005, p. 24).

De modo diverso, a justiça restaurativa prima pelo interesse das partes (vítima, ofensor e comunidade) na solução do conflito, por intermédio de um processo cooperativo participativo, buscando a responsabilização e a reparação do dano em suas

diversas dimensões, respeitando as diferenças culturais e sociais dos sujeitos, de maneira a compartilhar coletivamente as experiências, por meio do diálogo, que visa à construção de um acordo restaurativo com um olhar voltado para o futuro (PINTO, 2005, p. 24).

No que tange ao procedimento, o paradigma restaurativo é comunitário, com a participação ativa e eficaz das pessoas envolvidas, baseado no princípio da oportunidade e da conveniência. Por se tratar de um processo cooperativo, voluntário e informal, de forma a acolher a troca de papéis, respeita as diferenças e promove a tolerância. Em contraposição, o modelo punitivo adota um rito solene e formal, diante do princípio da indisponibilidade da ação criminal, que valoriza o procedimento e a linguagem rebuscada que, muitas vezes, gera o distanciamento das partes (PINTO, 2005, p. 24).

Outra significativa diferença entre os dois modelos de justiça criminal, no que diz respeito aos efeitos para as vítimas e ofensores, paira na eficácia da responsabilização e posterior reparação do dano causado. Na justiça restaurativa, a vítima ocupa o centro do processo, com voz ativa, recebe assistência psicológica, afetiva e material, com a participação de equipe multidisciplinar na elaboração conjunta do acordo restaurativo, na busca por suprir, da melhor maneira, as necessidades individuais e coletivas da vítima, do ofensor e da sociedade. Da mesma forma, o infrator é visto como pessoa capaz e com potencial de ser responsabilizado e reparar o dano causado à vítima e à sociedade,

pois ele participa diretamente e interage com a vítima e demais interessados, ficando, assim, mais propício à conscientização e à sensibilização acerca dos seus atos e das consequências do dano (PINTO, 2005, p. 24).

O sistema punitivo rechaça a possibilidade dessa interação entre a vítima e o agressor, e este é desestimulado a dialogar com a vítima, se tornando um sujeito desinformado e alienado quanto aos fatos do processo, não tendo suas necessidades atendidas nem a percepção da gravidade da sua conduta perante a vítima e a comunidade, gerando uma responsabilização inócua e ineficaz (PINTO, 2005, p. 26).

Esse quadro potencializa a sensação de ressentimento e frustração com o sistema penal, pois tanto a vítima quanto o ofensor não recebem qualquer assistência psicológica, material e afetiva por parte da máquina estatal.

2.6 A Mediação de Conflitos

As alterações sofridas na sociedade exigem uma modificação na análise acerca do processo, da instrumentalidade do procedimento e da interpretação do ordenamento jurídico, levando em consideração o advento da Constituição Federal de 1988, repleta de direitos e garantias individuais e sociais, sob pena de falência do sistema, ante a incapacidade de acompanhar a evolução e os anseios da sociedade.

A mediação e a conciliação surgem como mecanismos alternativos às formas tradicionais de resolução de conflitos,

visando à redução de demandas no Judiciário bem como promover um acesso mais célere, de menor custo, mais humano e igualitário à jurisdição. Isso acontece por intermédio da participação direta dos sujeitos envolvidos, a partir do estabelecimento de um ambiente adequado para o diálogo e o envolvimento dos interessados, reduzindo o distanciamento natural causado pela prática do delito.

É imprescindível a presença de profissionais capacitados e treinados para a abordagem entre as partes, observando-se a voluntariedade, a informalidade e a confidencialidade do procedimento restaurativo, propiciando a harmonização das relações e o reequilíbrio do relacionamento, sem a instigação da noção de confronto e violência entre a vítima e o ofensor.

É de primordial importância que a audiência restaurativa transcorra num ambiente informal, tranquilo e seguro e os mediadores ou facilitadores devem estar rigorosamente atentos, observando se não há qualquer indício de tensão ou ameaça que recomende a imediata suspensão do procedimento restaurativo, como em casos de agressividade ou qualquer outra intercorrência psicológica, para se evitar a revitimização do ofendido ou mesmo a vitimização do infrator, no encontro. Uma das questões mais sensíveis é a do desequilíbrio econômico, psicossocial, e cultural entre as partes envolvidas nos processos restaurativos (PINTO, 2005, p. 24).

O objetivo da mediação, portanto, é facilitar a estruturação dos acordos participativos, pautados em valores e princípios legais que delineiam os processos de individualização e compreensão

da realidade de cada um, o que possibilita que cada envolvido enxergue a realidade do outro e, a depender, se coloque no lugar da outra parte, minimizando os danos psicológicos sofridos por todos os envolvidos (GORCZEWSKI, 2006, p. 1552-1553).

Dessa forma, a mediação desempenha um importante papel enquanto mecanismo apto a responder de maneira útil e eficaz os conflitos nos mais diversos níveis sociais e econômicos, promovendo o acesso à justiça em diversas localidades, principalmente naquelas mais precárias e longínquas, semostrando, assim, um elemento para a concretização dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e para a pacificação social.

Essa forma de autocomposição de conflito é direcionada por um mediador/facilitador, o qual não profere sentença, porém auxilia as partes na busca da mais adequada resolução do litígio e consequente fixação de reparação eficiente e útil para as partes, sem indicar ou sugerir possíveis soluções para o conflito, como faz o conciliador. O mediador trabalha em função do procedimento, interpretando as normas e os princípios, de forma que a solução acordada se mostre a mais adequada ao caso concreto e construída mediante a participação direta de todos, sem subjugação ou sobreposição de qualquer parte (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 164).

Destarte, a mediação procura trabalhar não apenas com o campo objetivo da controvérsia, mas, acima de tudo, com o subjetivismo do conflito, ou seja, com o lado inexplorado, não

expressado pelas partes, o qual esconde o conteúdo latente do conflito, ou seja, o lado emocional.

Com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais (MORAES, 2002, p. 134).

A mediação é um processo extrajudicial de resolução de controvérsias que trabalha com o conflito como um todo, potencial mecanismo transformador e emancipador que procura satisfazer as necessidades e anseios das partes envolvidas de forma paritária e produção. Na medida em que é voluntário e confidencial, preserva a identidade da vítima e do ofensor bem como atribui a eles o poder de decisão e o enfrentamento do conflito, buscando o real interesse e necessidade dos sujeitos interessados, visto que o mediador proporciona assistência às pessoas envolvidas com a finalidade de estabelecer um acordo cooperativo e satisfatório.

Segundo Spengler e Bolzan de Morais:

É fundamental que o mediador, o responsável pelo bom andamento do processo, seja hábil a fim de se comunicar muito bem, sendo capaz de exprimir seus pensamentos de forma simples e clara, porém apurada, e de receber os pensamentos provenientes das partes sabendo interpretá-los de acordo com a intenção de quem os exprimiu. Afinal, é com as informações

que recebe das mesmas que o mediador poderá trabalhar a fim de trazer à tona as possíveis estratégias de tratamento de conflito (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 164).

3 Conclusão

Ao longo do presente estudo observou-se a inoperância e a ineficiência do sistema punitivo tradicional, visto que o cárcere não reintegra nem ressocializa o preso, mas fomenta a delinquência e reproduz as desigualdades substanciais da sociedade atual, diante da adoção de um modelo punitivo-retributivo.

O paradigma restaurativo se apresenta como um novo modelo de justiça criminal e uma alternativa possível, que permite às partes envolvidas no conflito penal a construção de uma solução à controvérsia, de forma cooperativa e participativa, bem como que se reconheçam como sujeitos de direitos e garantias fundamentais ao acordo restaurativo.

O escopo da prática restaurativa é oportunizar ao ofensor momento de reflexão e conscientização acerca do dano causado, de modo que ele se sinta capaz de assumir as consequências do crime e de se responsabilizar pela dor causada à vítima. E esta, de forma ativa e direta, enxergará o ofensor como sujeito em potencial, portador de angústias e necessidades, porém apto a se redimir e reparar o seu ato.

Ante as falhas e ineficiências da justiça tradicional, a qual considera o crime em seu aspecto puramente objetivo, como sendo uma violação frontal ao ordenamento vigente e à ordem

jurídica estatal, o processo penal não atende, de maneira efetiva e utilitária, as necessidades e os anseios da vítima, que é esquecida e substituída pela autoridade do Estado, e a participação do infrator se resume ao seu interrogatório quanto à descrição dos fatos, sem indagação acerca da motivação e das consequências do fato criminoso para a sua vida e para a sociedade.

A evolução das teorias criminológicas contribuiu para o desenvolvimento e o fortalecimento dos pilares norteadores do paradigma restaurativo, o qual propõe um novo olhar com relação ao fenômeno criminal. Ele também leva em consideração as variantes socioeconômicas e culturais dos envolvidos no conflito e, assim, a construção de um novo modelo de justiça criminal calcado nos valores constitucionais e humanitários, com vistas à elaboração, pelas partes, do acordo restaurativo que, quando possível, reestabelece as relações rompidas pelo delito, conscientiza o ofensor acerca do dano causado à vítima e à comunidade e proporciona a definição de uma pena útil e efetiva.

Desse modo, a justiça restaurativa não objetiva a extinção do sistema tradicional, tampouco substituir o modelo de justiça criminal vigente, mas atuar de modo complementar e alternativo à implementação da justiça, de forma a contribuir para a construção de uma cultura de paz por meio de um novo olhar a respeito do conflito e da interação das partes envolvidas no acordo restaurativo.

O modelo restaurativo serve como uma vertente da transformação de um espaço mais justo, humano e inclusivo,

representando um marco evolutivo na concepção da ciência penal e do sistema punitivo brasileiro e promovendo a pacificação dos conflitos, pois rechaça a reprodução dos processos de criminalização e de estratificação social.

O empoderamento das partes para a construção de um acordo participativo facilita a visualização das necessidades dos sujeitos envolvidos e, assim, a reintegração desses indivíduos na sociedade e a determinação de apropriada reparação do dano causado à vítima e à comunidade em que elas estão inseridas.

A proposta restaurativa propõe a “troca de lentes” em relação ao evento danoso bem como às partes envolvidas (ofensor, vítima e comunidade) no conflito, alterando o foco que se instala na culpa do ofensor para a busca de um modelo mais humano, de aproximação dos sujeitos afetados pelo delito e fundado na importância da participação ativa e direta dos envolvidos na busca da melhor solução e reparação do dano sofrido.

A nítida busca por um modelo mais justo e efetivo contribui para o desenvolvimento da justiça social, a pacificação dos conflitos, a valorização do ser humano enquanto sujeito capaz de se autodeterminar e participar da autocomposição do litígio bem como o restabelecimento das relações entre as pessoas envolvidas na controvérsia.

Title: The Restorative Paradigm: the Penalty (II) Legitimization as a Punitive and Response System Construction of a New Model of Criminal Justice

Abstract: The new paradigm of restorative justice is presented as a new model of criminal justice, based on values which are gaining momentum nationally as a more human approach. The restorative justice seeks compensation for damage resulting from crime through dialogues between the parties involved – the offender, the victim and the community. Also, it intends to rebuild broken relationships. In this context, this study aims to examine the (il) legitimization of the punitive system, the emergence and evolution of restorative justice as an alternative to traditional justice in the face of the collapse of retributive panorama. To do so, we are going to: a) contextualize this new approach of justice, exposing the main theories contributory to its development; b) draw a parallel between the current model and the restorative paradigm, demonstrating the connection between the restorative thought and the notion of the reclaiming of one's role as a person belonging to a community and entitled to rights. A reclaiming necessary, in face of the current punitive model, in crisis.

Keywords: Restorative justice. Crime. Relationships' rebuilding. Damage compensation. Punitive system. Retributive justice.

Referências

ANYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRANCHER, Leoberto Narciso. *Justiça restaurativa: a cultura da paz na prática da justiça*. [2011]. Disponível em: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/just_restaur/vis%C3o+geral+jr_0.htm>. Acesso em: 8 nov. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI sistema carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009. 620 p. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

CALHAU, Lélío Braga. *Resumo de criminologia*. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 228-241, jul./set. 2000.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2013.

FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *O que é criminologia?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GORCZEWSKI, Clovis. A decisão judiciária e o (des)respeito aos direitos culturais. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006. p. 1552-1553.

JACOOUD, Myléne. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Org.). *Justiça Restaurativa: coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_189.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*: alternativa à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral e parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

PIEADADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia*: evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *A construção da justiça restaurativa no Brasil*: o impacto no sistema de justiça criminal. 2007. Disponível em: <<http://www.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/54/65>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa: é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa*: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça; PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1323798246_Coletania%20JR.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2013.

PRUDENTE, Neemias Moretti; SABADELL, Ana Lucia. Mudança de paradigma: justiça Restaurativa. *Revista Jurídica*, Maringá, v. 8, n. 1, p. 49-62, jan./jul. 2008.

ROLIM, Marcos. *Justiça restaurativa: para além da punição*. [Rio de Janeiro: Zahar, 2006]. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1327493829_Para%20Alem%20da%20Pris%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 23 out. 2013.

NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2.002/12*. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UnPQVvm7A>>. Acesso em: 1 nov. 2013.

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

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARVALHO, Nathália Gomes Oliveira de. O paradigma restaurativo: a (des)legitimação da pena como resposta no sistema punitivo e a construção de um novo modelo de justiça criminal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 9, p. 531-577, 2015. Anual.

Submissão: 28/7/2015

Aceite: 4/9/2015