

JUSTIÇA RESTAURATIVA

É POSSÍVEL NO BRASIL?

Renato Sócrates Gomes Pinto¹

RESUMO – Esse trabalho contém uma introdução conceitual à idéia da Justiça Restaurativa e às diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça criminal convencional. Abrange, também, a questão da sustentabilidade jurídica do paradigma e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, com algumas sugestões para sua implementação no país. O autor procura demonstrar que, se observados os princípios, valores e procedimentos da justiça restaurativa e as peculiaridades jurídicas do país, é viável experimentar o modelo no Brasil.

ABSTRACT - This paper provides a conceptual approach to the idea of restorative justice and to the differences between restorative justice and conventional criminal justice. It also discusses the issue of the legal sustainability of restorative justice and its compatibility with the Brazilian legal system and addresses theoretical and practical issues on the implementation of the restorative paradigm in Brazil. The author intends to demonstrate that it is viable to test the model in Brazil, provided that it is considered both restorative justice principles, values and proceedings and the specific characteristics of the Brazilian legal system.

SUMÁRIO

Introdução 1) O que é Justiça Restaurativa – Abordagem Conceitual 2) Diferenças entre Justiça Restaurativa e a Justiça Convencional 3) Sustentabilidade Jurídica do Paradigma Restaurativo como Política Criminal – Respondendo às Críticas 4) Compatibilidade da Justiça Restaurativa com o Sistema Jurídico Brasileiro - A Implementação no Brasil . Conclusões

¹ O autor é Presidente do Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília. É Procurador de Justiça aposentado, pós-graduado em Direitos Humanos e Liberdades Cíveis pela Universidade de Leicester, Reino Unido e em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Email: rsgp@brturbo.com.br

Introdução

*Não temos que fazer do Direito Penal algo
melhor, mas sim que fazer algo melhor do que o
Direito Penal...*

Gustav Radbruch

A explosão de criminalidade e violência tem mobilizado o mundo contemporâneo, que se vê frente a um fenômeno que deve ser encarado na sua complexidade.

Nesse trabalho enfocamos o tema da compatibilidade jurídica da justiça restaurativa com o sistema de Justiça Criminal brasileiro, e externamos alguns pensamentos sobre sua possível implementação no Brasil.

Queremos ressaltar que tal compatibilidade não é de ser apenas com nossa Constituição, nossa legislação e nossas práticas judiciais, mas também com o senso de justiça e a cultura diversificada de nosso povo.

Porisso não podemos querer copiar, ingênuo e alienadamente, modelos estrangeiros, principalmente de países cuja tradição jurídica difere da nossa, como é o caso dos países que adotam a *common law*.

Nesse modesto ensaio, que não é uma produção acadêmica perfumada, nem recheada de informes estatísticos que muitas vezes retratam percepções e nem sempre realidades, estampa-se o grito de cidadão frustrado e desencantado com o sistema.

Nosso olhar não é só de indignação, mas também o sentimento e a memória da experiência empírica de vinte e sete anos, como operador jurídico, nas

atividades, inicialmente de advogado e depois como promotor de justiça e procurador de justiça.

O trabalho se apresenta, inicialmente, com um enfoque conceitual, onde externamos o que nos parece ser a justiça restaurativa.

A partir dessa tentativa de conceituação, esboçamos um quadro comparativo do modelo restaurativo com o sistema convencional, dito retributivo para, finalmente, desenvolver os argumentos que apóiam a tese de que a justiça restaurativa é juridicamente sustentável e compatível com nosso sistema jurídico e sugerir, finalmente, algumas idéias soltas sobre como seria sua implementação no Brasil.

1 – O que é Justiça Restaurativa – Abordagem Conceitual

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.

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores², e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.

² Para os neozelandeses, não ocorre mediação, mas *facilitação* no processo restaurativo. Os argentinos usam a expressão *mediación*. [(Morris, Allison and Warren Young, 2001 e (Paz, Silvina et Silvana, 2000)]

É importante ressaltar que com o advento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm sido adotadas práticas restaurativas no Brasil, mas não com sua especificidade, seus princípios, valores, procedimentos e resultados conforme definidos pela ONU.

O paradigma restaurativo vai além do procedimento judicial dos juizados especiais para “resgatar a convivência pacífica no ambiente afetado pelo crime, em especial naquelas situações em que o ofensor e a vítima tem uma convivência próxima”, como pontua o juiz Asiel Henrique de Sousa, num estudo preliminar para a implantação de um Projeto Piloto em Brasília, no Núcleo Bandeirante³. Em suas reflexões, ainda não publicadas, acrescenta ele que “em delitos envolvendo violência doméstica, relações de vizinhança, no ambiente escolar ou na ofensa à honra, por exemplo, mais importante do que uma punição é a adoção de medidas que impeçam a instauração de um estado de beligerância e a conseqüente agravação do conflito”.

No debate criminológico, o modelo restaurativo pode ser visto como uma síntese dialética entre o modelo repressivo e reintegrador, por conter ingredientes garantistas, essocializadores e um abolicionistas.

A justiça restaurativa representa, também, uma forma de democracia participativa na área de Justiça Criminal, uma vez que a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora. O processo atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito,

³ O Núcleo Bandeirante é hoje uma circunscrição, em Brasília - um bairro agregado ao Plano Piloto, onde começou o povoamento da nova capital, no final da década de 50, e que se chamava *Cidade Livre*

ênfatizando as subjetividades envolvidas, superando o modelo retributivo, em que o Estado, figura, com seu monopólio penal exclusivo, como *a encarnação de uma divindade vingativa sempre pronta a retribuir o mal com outro mal* (Beristain, 2000).

Como é um paradigma novo, o conceito de Justiça Restaurativa ainda é algo inconcluso, que só pode ser captado em seu movimento ainda emergente.

Para compreendê-la é preciso usar outras lentes – aliás, denomina-se *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice* a obra de Howard Zehr, uma das mais consagradas referências bibliográficas sobre o *Justiça Restaurativa*⁴.

Segundo Zehr, o crime é uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado. Incumbe, assim, à Justiça oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado.

Para Pedro Scuro Neto,

“fazer justiça” do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, ênfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com

⁴ ZEHR, H. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice* (Waterloo, ON: Herald Press, 1990)]

objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir, de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo (Scuro Neto, 2000)⁵.

Paul Maccold e Ted Wachtel propõem uma teoria conceitual de *Justiça* que parte de três questões-chave: Quem foi prejudicado? Quais as suas necessidades? Como atender a essas necessidades?”

Sustentam eles que

crimes causam danos a pessoas e relacionamentos, e que a justiça restaurativa não é feita porque é merecida e sim porque é necessária, através de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas principais na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão - a justiça restaurativa é um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de “partes interessadas principais”, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão (McCold, Paul e Wachtel, 2003).

A teoria conceitual proposta por esses autores procura demonstrar que a simples punição não considera os fatores emocionais e sociais, e que é

⁵ SCURO NETO, Pedro 2000. [A Justiça como Fator de Transformação de Conflitos: Princípios e Implementação.](http://www.restorativejustice.org/rj3/Full-text/brazil/EJRenato%20Nest_.pdf) http://www.restorativejustice.org/rj3/Full-text/brazil/EJRenato%20Nest_.pdf

fundamental, para as pessoas afetadas pelo crime, restaurar o trauma emocional - os sentimentos e relacionamentos positivos, o que pode ser alcançado através da *justiça restaurativa*, que objetiva mais reduzir o impacto dos crimes sobre os cidadãos do que diminuir a criminalidade. Sustentam que *justiça restaurativa* é capaz de *preencher essas necessidades emocionais e de relacionamento e é o ponto chave para a obtenção e manutenção de uma sociedade civil saudável*.

A idéia, então, é se voltar para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa⁶. A justiça convencional diz **você fez isso e tem que ser castigado!** A justiça restaurativa pergunta: **o que você pode fazer agora para restaurar isso?**

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

As primeiras experiências modernas com mediação entre infrator e vítima, colocadas em prática nos anos setenta, já apresentavam características restaurativas, na medida em que, em encontros coordenados por um facilitador, a vítima descrevia sua experiência e o impacto que o crime lhe trouxe e o infrator apresentava uma explicação à vítima.

A experiência neozelandesa, baseada nas tradições maoris, ampliou esses encontros (*restorative conferences*), para dele participarem também familiares e

⁶ A propósito, WARAT e LEGENDRE lembram que a lei, no ocidente judaico-cristão, cumpre um papel totêmico, de superego da cultura, baseado no sentimento de moralidade culposa, conf. WARAT, Luis Alberto. O Monastério dos Sábios – O Sentido Comum Teórico dos Juristas, in Introdução Geral ao Direito, Porto Alegre, Sergio Fabris Editores, 1995, vol II, p. 57 e sgts.

pessoas que apoiavam as partes.

No Canadá o modelo também é inspirado nas culturas indígenas em que os protagonistas que se sentam em círculo e um papel é passado de mão em mão, só falando a pessoa que está com esse papel na mão. A reunião se encaminha para um momento em que todos os participantes convergem na percepção que chegou o momento de se solucionar o conflito.

Já se pode dizer que, apesar de ser um paradigma novo, já existe um crescente consenso internacional a respeito de seus princípios, inclusive oficial, em documentos da ONU e da União Européia, validando e recomendando a *Justiça Restaurativa* para todos os países.⁷

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 seguintes⁸:

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.

Releva notar que o processo restaurativo só tem lugar quando o acusado houver assumido a autoria e houver um consenso entre as partes sobre como os fatos

. Veja os documentos no endereço eletrônico <http://www.restorativejustice.org/rj3/rjUNintro2.html>

⁸ <http://www.restorativejustice.org/rj3/rjUNintro2.html>

aconteceram, sendo vital o livre consentimento tanto da vítima como do infrator, que podem desistir do procedimento a qualquer momento.

2 – Diferenças entre Justiça Restaurativa e a Justiça Convencional

As diferenças básicas entre o modelo formal de Justiça Criminal, dito retributivo (dissuasório e deficientemente ressocializador) e o modelo restaurativo, são expostas em formato tabular para melhor visualização dos valores, procedimentos e resultados dos dois modelos e os efeitos que cada um deles projeta para a vítima e para o infrator⁹.

VALORES

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Conceito jurídico-normativo de Crime – ato contra a sociedade representada pelo Estado - Unidisciplinariedade	Conceito realístico de Crime – Ato que traumatiza a vítima, causando-lhe danos. - Multidisciplinariedade
Primado do Interesse Público (Sociedade, representada pelo Estado, o Centro) – Monopólio estatal da Justiça Criminal	Primado do Interesse das Pessoas Envolvidas e Comunidade – Justiça Criminal participativa
Culpabilidade Individual voltada para o passado - Estigmatização	Responsabilidade, pela restauração, numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro
Uso Dogmático do Direito Penal Positivo	Uso Crítico e Alternativo do Direito
Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados - desconexão	Comprometimento com a inclusão e Justiça Social gerando conexões
Mono-cultural e excludente	Culturalmente flexível (respeito à diferença, tolerância)
Dissuasão	Persuasão

⁹ Essa análise é baseada nas exposições e no material gentilmente cedido pelas Dras. Gabrielle Maxwell e Allison Morris, da Universidade Victoria de Wellington, Nova Zelândia, por ocasião do memorável Seminário sobre o Modelo Neozelandês de Justiça Restaurativa, promovido pelo Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília, em parceria com a Escola do Ministério Público da União e Associação dos Magistrados do DF, em março de 2004.

PROCEDIMENTOS

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Ritual Solene e Público	Comunitário, com as pessoas envolvidas
Indisponibilidade da Ação Penal	Princípio da Oportunidade
Contencioso e contraditório	Voluntário e colaborativo
Linguagem, normas e procedimentos formais e complexos – garantias.	Procedimento informal com confidencialidade
Atores principais - autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito	Atores principais – vítimas, infratores, pessoas da Comunidade, ONGs.
Processo Decisório a cargo de autoridades (Policial, Delegado, Promotor, Juiz e profissionais do Direito - Unidimensionalidade	Processo Decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade) – Multidimensionalidade

RESULTADOS

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Prevenção Geral e Especial -Foco no infrator para intimidar e punir	Abordagem do Crime e suas Conseqüências - Foco nas relações entre as partes, para restaurar
Penalização Penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, multa Estigmatização e Discriminação	Pedido de Desculpas, Reparação, restituição, prestação de serviços comunitários Reparação do trauma moral e dos Prejuízos emocionais Restauração e Inclusão
Tutela Penal de Bens e Interesses, com a Punição do Infrator e Proteção da Sociedade	Resultado responsabilização espontânea por parte do infrator
Penas desarrazoadas e desproporcionais em regime carcerário desumano, cruel, degradante e criminoso – ou – penas alternativas ineficazes (cestas básicas)	Proporcionalidade e Razoabilidade das Obrigações Assumidas no Acordo Restaurativo
Vítima e Infrator isolados, desamparados e desintegrados Ressocialização Secundária	Reintegração do Infrator e da Vítima Prioritárias
Paz Social com Tensão	Paz Social com Dignidade

EFEITOS PARA A VÍTIMA

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

EFEITOS PARA O INFRATOR

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Infrator considerado em suas faltas e sua má-formação	Infrator visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e conseqüências do delito
Raramente tem participação	Participa ativa e diretamente
Comunica-se com o sistema por Advogado	Interage com a vítima e com a comunidade
É desestimulado e mesmo inibido a dialogar com a vítima	Tem oportunidade de desculpar-se ao sensibilizar-se com o trauma da vítima
É desinformado e alienado sobre os fatos processuais	É informado sobre os fatos do processo restaurativo e contribui para a decisão
Não é efetivamente responsabilizado, mas punido pelo fato	É inteirado das conseqüências do fato para a vítima e comunidade
Fica intocável	Fica acessível e se vê envolvido no processo
Não tem suas necessidades consideradas	Supre-se suas necessidades

3 – Sustentabilidade Jurídica do Paradigma Restaurativo como Política Criminal – Respondendo às Críticas

O paradigma restaurativo desafia resistências, particularmente de operadores jurídicos alienados e presos à idéia de um Direito blindado contra mudanças, sob o argumento – equivocado - de que ele desvia-se do devido processo legal, das garantias constitucionais e produz uma séria erosão no Direito Penal codificado.

Na verdade, já existem, e aflorarão ainda mais, muitos obstáculos econômicos, sociais, culturais e jurídicos a esse paradigma emergente, na forma de incredulidade, desconfiança, confusão, incerteza, preconceito, etc. Mas há também respeitáveis e consistentes questionamentos críticos¹⁰ nos debates realizados a respeito do tema¹¹.

¹⁰ Allison Morris, da Universidade Victoria de Wellington, Nova Zelândia, oferece uma fundamentada réplica às principais críticas à justiça restaurativa, num precioso ensaio publicado pelo The British Journal of Criminology. Confira em <http://bjc.oupjournals.org/cgi/content/abstract/42/3/596>

Vozes respeitáveis acenam com o argumento de que a *Justiça Restaurativa* representaria um retorno ao período da *Vingança Privada*, num retrocesso histórico.

A esse argumento responde-se que é equivocado imaginar que antes do advento do período da *Vingança Divina e Pública* só havia uma justiça privada bestial. Zehr procura demonstrar que haviam práticas comunitárias de justiça, com mediação e características restaurativas (Rolim, 2003) – tanto é que a *Justiça Restaurativa* é um resgate de algumas dessas práticas, sobretudo indígenas e aborígenes, consolidadas por séculos¹².

Não há, pois retorno, mas avanço com recuperação de valores culturais perdidos, abandonados e negligenciados pelos historiadores.

Também se observa a afirmação de que a *Justiça Restaurativa* não tem o condão de restaurar a ordem jurídica lesada pelo crime, e nem mesmo pode restaurar a vítima.

A essa crítica ela opõe o argumento de que, na sua feição de procedimento complementar do sistema, a J.R. estará também recompondo a ordem jurídica, com outra metodologia, que leva a resultados melhores para a vítima e infrator, pois aquela recupera segurança, auto-estima, dignidade e controle da situação, e este tem oportunidade de refazer-se e reintegrar-se, pois ao mesmo tempo que o convoca na sua responsabilidade pelo mal causado, lhe oferece meios dignos para transformação, inclusive participando de programas da rede social de assistência (Morris, Allison 2003).

Uma outra crítica reside na afirmação de que nos países aonde vem sendo experimentado o modelo, como na Nova Zelândia, é de que a *Justiça Restaurativa desjudicializa* a Justiça Criminal e *privatiza* o Direito Penal, sujeitando o infrator, e também a vítima, a um controle ilegítimo de pessoas não investidas de autoridade pública.

¹¹ O Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília promoveu, em parceria com a Escola Superior do Ministério Público da União, dois seminários sobre Justiça Restaurativa: o primeiro, em 2003, convidando o Professor PEDRO SCURO NETO e as Professoras argentinas SILVINA e SILVANA PAZ; o segundo, em 2004, convidando o Ministro da Justiça da Nova Zelândia, Sr. PHIL GOLPH, e as Professoras da Universidade Victoria de Wellington, GABRIELLE MAXWELL e ALLISON MORRIS. Em 2004, houve, também, um importante seminário internacional em Porto Alegre, promovido pelo Instituto de Acesso à Justiça.

¹² Restorative Justice – Information on Court-referred Restorative Justice. Publicação do Ministério da Justiça da Nova Zelândia, acessível em <http://www.justice.govt.nz/crrj/> pág. 18.

A esse questionamento é oponível o argumento de o processo restaurativo não é exercício privado, mas o exercício comunitário – portanto também público – de uma porção do antes exclusivo monopólio estatal da justiça penal, numa concretização de princípios e regras constitucionais.

O que ocorre é um procedimento que combina técnicas de mediação, conciliação e transação previstas na legislação, como se verá adiante, com metodologia restaurativa, mediante a participação da vítima e do infrator no processo decisório, quando isso for possível e for essa a vontade das partes.

Releva lembrar que o acordo restaurativo terá que ser aprovado, ou não, pelo Ministério Público e pelo advogado¹³ e terá que ser homologado, ou não, pelo Juiz.

E nada disso revoga o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou seja, sendo o caso, tanto a vítima, como o infrator – através de advogados – como o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, poderá questionar o acordo restaurativo em juízo.

Também se diz que a *Justiça Restaurativa* é *soft*, “passando a mão na cabeça do infrator”, só servindo para beneficiá-lo e promover a impunidade.

Ora, o grande clamor social contra a impunidade e a leniência do sistema penal é justamente contra o sistema formal e vigente.

E a par disso, os estudiosos têm reiterado que já está ultrapassada a equivocada visão que o cárcere é o remédio para a criminalidade, e que as medidas alternativas são muito mais justas e eficazes como resposta para a maioria dos delitos, embora, ressalte-se, as penas alternativas enfocam mais a perspectiva do infrator, e têm sido desacreditadas, com o pagamento de cestas básicas, no Brasil, numa desmoralização da Justiça, principalmente por se acabar privilegiando acusados com poder aquisitivo alto, fazendo as pessoas se sentirem até mesmo insultadas.

¹³ Ao contrário do que se pode pensar, o Advogado não perde espaço nesse processo, pois ele intervém desde a opção das partes pelo programa até na avaliação de sua validade, sob o ponto de vista jurídico, questionando-a, se for o caso.

4 - Compatibilidade Jurídica da Justiça Restaurativa com o Sistema Brasileiro e sua Implementação no Brasil

O modelo restaurativo é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, em que pese ainda vigorar, em nosso direito processual penal, o princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública.

Tal princípio, contudo, se flexibilizou com a possibilidade da suspensão condicional do processo e a transação penal, com a Lei 9.099/95. Também nas infrações cometidas por adolescentes, com o instituto da remissão, há considerável discricionariedade do órgão do Ministério Público.

Nos países do sistema *common law*, o sistema é mais receptivo à alternativa restaurativa (*restorative diversion*), principalmente pela chamada discricionariedade do promotor e da disponibilidade da ação penal (*prosecutorial discretion*), segundo o princípio da oportunidade. Naquele sistema há, então, grande abertura para o encaminhamento de casos a programas alternativos mais autônomos, ao contrário do nosso, que é mais restritivo¹⁴.

Mas com as inovações da Constituição de 1988 e o advento, principalmente, da Lei 9.099/95, abre-se uma pequena janela, no sistema jurídico do Brasil, ao princípio da oportunidade, permitindo certa acomodação sistêmica do modelo restaurativo em nosso país, mesmo sem mudança legislativa.

A Constituição prevê, no art. 98, I, a possibilidade de conciliação em procedimento oral e sumaríssimo, de infrações penais de menor potencial ofensivo.

¹⁴ Por essa razão afirmarmos, na introdução, que não podemos ingênua e alienadamente querer copiar modelos estrangeiros, principalmente dos países que adotam a *common law*, porquanto incompatível com nosso sistema jurídico, que carece modificações na legislação para acomodar sistemicamente o paradigma restaurativo.

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;

A fase preliminar prevista no art. 70 e 72 a 74, da lei 9.099/95, pode ter a forma restaurativa.

Da Fase Preliminar

Art. 70. Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

Art. 71...

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Os dispositivos acima permitem ao juiz oportunizar a possibilidade de *composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade*(art. 72), num procedimento que pode ser conduzido por um *conciliador*¹⁵.

Tais dispositivos, interpretados extensivamente e com base na diretriz hermenêutica do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, são normas permissivas e que legitimam a ilação de que esse procedimento pode ser encaminhado a um Núcleo de Justiça Restaurativa.

Se presentes, num caso considerado, os pressupostos de admissibilidade do processo restaurativo, sob o ponto de vista jurídico (requisitos objetivos e subjetivos a serem definidos em consonância com a lei penal), seria o

¹⁵ A expressão valeria para o mediador ou facilitador restaurativo – um profissional preferencialmente psicólogo, advogado, assistente social ou sociólogo devidamente capacitado em técnicas de mediação restaurativa.

mesmo encaminhado ao Núcleo de Justiça Restaurativa, para avaliação multidisciplinar e, convergindo-se sobre sua viabilidade técnica, se avançaria nas ações preparatórias para o encontro restaurativo.

Releva destacar um ponto que pode ensejar controvérsia relevante: o parágrafo único, do art. 74, da Lei 9.099/95, dispõe que o acordo de que trata o *caput* importa em renúncia ao direito de queixa ou representação, nos casos de crime de ação penal privada ou pública condicionada.

Como um dos princípios da Justiça Restaurativa é revogabilidade do acordo restaurativo, a pergunta que emerge é a seguinte:

Como o acordo extingue o direito de queixa ou representação, e se o infrator descumprir o acordo restaurativo? Como fica o resultado restaurativo estabelecido anteriormente?

Teoricamente, então, seria juridicamente inviável o encaminhamento para a mediação restaurativa os casos de crimes de ação privada ou pública condicionada, o que consubstancia uma gritante incoerência, pois se a mediação restaurativa é viável nos crimes de ação penal pública por quê não o seria para os crimes de ação penal pública condicionada ou de ação privada?

Contudo, trata-se de um falso problema, pois não há nenhum impedimento legal para a proposta de encaminhamento desses casos para o

procedimento restaurativo, desde que a vítima seja informada de maneira clara e inequívoca de que acordo importará em renúncia ao direito de queixa ou representação, de sorte que lhe restará apenas a busca da reparação cível negociada.

Outra janela para a alternativa restaurativa é o instituto da suspensão condicional do processo, para crimes em que a pena cominada for igual ou inferior a um ano, para qualquer tipo de crime e não apenas aos crimes cuja pena máxima seja de 2 anos (ou 4 anos nos casos de delitos contra idosos). Um crime de estelionato, por exemplo, cuja pena varia de um a quatro anos, pode ser objeto de suspensão condicional do processo.

Diz o citado art. 89, da lei 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 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.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Portanto, também para as situações que admitam a suspensão condicional do processo pode ser feito o encaminhamento ao Núcleo de Justiça Restaurativa, pois a par das condições legais obrigatórias para a suspensão do processo, o § 2º permite a especificação de outras condições *judiciais* - tais condições poderiam perfeitamente ser definidas no encontro restaurativo.

Como já mencionado, além da Lei 9.099/95, também o Estatuto da Criança e do Adolescente enseja e recomenda implicitamente o uso do modelo restaurativo, em vários dispositivos, particularmente quando dispõe sobre a remissão (art. 126) e diante do amplo elastério das medidas sócio-educativas previstas no art. 112 e seguintes do diploma legal.

Também nos crimes contra idosos, o processo restaurativo é possível, por força do art. 94, da Lei n. 10.741/03 – o Estatuto do Idoso – que prevê o procedimento da Lei 9.099/95 para crimes contra idosos cuja pena privativa de liberdade não ultrapasse 4 anos.

Mas é preciso ter sempre presente que o procedimento restaurativo não é, pelo menos por enquanto, expressamente previsto na lei como um devido processo legal no sentido formal.

A aceitação, pelas partes, da alternativa restaurativa, por essa razão, não pode ser imposta, nem direta, nem indiretamente.

As partes devem ser informadas, de forma clara, que se trata de uma ferramenta alternativa posta à disposição delas, e sua aceitação, que pode ser revogada a qualquer momento, deverá ser sempre espontânea. A participação deverá ser estritamente voluntária.

Por outro lado, devem ser rigorosamente observados todos os direitos e garantias fundamentais de ambas as partes, a começar pelo princípio da dignidade humana, da razoabilidade, da proporcionalidade, da adequação e do interesse público. Certos princípios fundamentais aplicáveis ao direito penal formal, tais como o da legalidade, intervenção mínima, lesividade, humanidade, culpabilidade, entre outros, devem ser levados em consideração.

Na fase preparatória afigura-se aconselhável se consultar primeiramente o acusado de sorte a se assegurar sua concordância em participar e se vislumbrar a real possibilidade de um resultado efetivo do caminho restaurativo, no que toca ao infrator. Somente após essa consulta se indagaria da vítima se ela concorda. Nesse momento é muito importante não criar expectativas e tensão entre acusado e vítima.

Os mediadores ou facilitadores devem ser preferencialmente psicólogos ou assistentes sociais, mas nada impede – e quiçá possa ser melhor – que sejam pessoas ligadas à comunidade, com perfil adequado, bem treinadas para a missão, pois mediadores ou facilitadores que pertençam à mesma comunidade da vítima e do infrator, que

tenham a mesma linguagem, certamente encontrarão maior permeabilidade nos protagonistas para a construção de um acordo restaurativo.

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 re-vitimização 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.

Vítimas e infratores que se sentem estigmatizados, traumatizados, fragilizados, tais como pessoas econômica, social e culturalmente desfavorecidas – os PPPs¹⁶, crianças, mulheres, idosos, negros, mestiços em geral, homossexuais, artesãos com aparência de vadios, mendigos, dependentes químicos, - têm que ter sua condição considerada e serem assistidas em sua condição de desvantagem e desamparo, para que sua fragilidade e vulnerabilidade não levem à costura de acordos contrários à ética e aos princípios restaurativos.

Como a implementação da Justiça Restaurativa envolve gestão concernente à administração da Justiça, as partes têm o direito de terem um serviço eficiente (princípio constitucional da eficiência – art. 37), com facilitadores realmente capacitados e responsáveis, com sensibilidade para conduzir seu trabalho, respeitando os princípios, valores e procedimentos do processo restaurativo, pois é uma garantia implícita dos participantes a um, digamos, *devido processo legal restaurativo*.

¹⁶ Sigla correspondente a Pobres, Pretos e Prostitutas, de uso pejorativo no Brasil.

No Brasil, o programa poderia funcionar em espaços comunitários ou centros integrados de cidadania, onde seriam instalados núcleos de justiça restaurativa, que teriam uma coordenação e um conselho multidisciplinar, e cuja estrutura compreenderia câmaras restaurativas onde se reuniriam as partes e os mediadores/facilitadores, com o devido apoio administrativo e de segurança.

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

É perfeitamente possível utilizar estruturas já existentes e consideradas apropriadas, mas deve ser, preferencialmente, usados espaços comunitários neutros para os encontros restaurativos.

Os casos indicados para uma possível solução restaurativa, segundo critérios estabelecidos, após parecer favorável do Ministério Público, seriam encaminhados para os núcleos de justiça restaurativa, que os retornaria ao Ministério Público, com um relatório e um *acordo restaurativo* escrito e subscrito pelos participantes.

A Promotoria incluiria as cláusulas ali inseridas na sua proposta, para homologação judicial, e se passaria, então, à fase executiva, com o acompanhamento integral do cumprimento do acordo, inclusive para monitoramento e avaliação dos projetos-piloto e, futuramente, da Justiça Restaurativa institucionalizada como uma ferramenta disponibilizada universalmente aos cidadãos e às comunidades.

Conclusão

A impressão que se tem é que apesar das vantagens que pode ter o programa, ele deve ser experimentado com cautela e controle, e deve estar sempre sendo monitorado e avaliado, com rigor científico.

Cumprir reiterar que precisamos construir uma justiça restaurativa brasileira e latino-americana, considerando que nossa criminalidade retrata mais uma reação social, inclusive organizada, a uma ordem injusta, cruel, violenta e, por que não, também criminosa.

As diretrizes da ONU podem ser nosso norte, para trilharmos nossos caminhos, adaptando a Justiça Restaurativa ao nosso contexto.

O que se propõe, aqui, é um projeto brasileiro de *Justiça Restaurativa*, como um produto de debates em fóruns apropriados, com ampla participação da sociedade, para que seja um programa concebido e desenvolvido para funcionar e se ver legitimado.

E releva atentar para a questão de que não somente a sustentabilidade jurídica e a compatibilidade do modelo com o sistema brasileiro que têm relevo, mas também a necessidade premente dele para o Brasil, onde é manifesta a falência do sistema de justiça criminal e o crescimento geométrico da violência e da criminalidade, gerando, na sociedade, uma desesperada demanda por enfrentamento efetivo desse complexo fenômeno.

Nosso sistema, em que pese algumas reformas, continua obsoleto, ineficaz e carcomido, sendo certo que a criminalidade dobrou nos anos 80 e triplicou nos anos 90 – e continua a expandir – e a aumentar a cada dia a descrença nas instituições democráticas, inclusive com o complicador da influência da *mídia* sensacionalista mobilizando a opinião

pública rumo a uma atitude fundamentalista que agrava o quadro e produz uma sensação geral de insegurança.

Acreditamos que é possível a Justiça Restaurativa no Brasil, como oportunidade de uma justiça criminal participativa que opere real transformação, abrindo caminho para uma nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social, com dignidade.

Obras Consultadas

1. ROLIM, Marcos; SCURO NETO, Pedro; DE VITTO, Renato Campos Pinto e PINTO, Renato Sócrates Gomes, 2004. *Justiça Restaurativa – Um Caminho para os Direitos Humanos?* Textos para Debates, Ed. IAJ – Instituto de Acesso à Justiça, Porto Alegre.
2. Mcold, Paul Wachtel, Ted.,ACHTEL 2003. *Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa.* Recuperado em 08 de fevereiro de 2005, de http://restorativepractices.org/library/paradigm_port.html
3. BERISTAIN, Antonio, 2000. *Nova Criminologia à Luz do Direito Penal e da Vitimologia*, Tradução de Cândido Furtado Maia. Brasília, Editora Unb,.
4. Braithwaite, V. "Values and Restorative Justice in Schools." In *Restorative Justice: Philosophy in Practice*, editado por H. Strang and J. Braithwaite. Burlington, USA: Ashgate, 2002. PDF acessível no endereço <http://www.crj.anu.edu.au/school.pubs.html>
5. DOCUMENTOS DAS NAÇÕES UNIDAS
<http://www.restorativejustice.org/rj3/rjUNintro2.html><http://www.restorativejustice.org/rj3/rjUNintro2.html>
6. Jerusalinsky, Alfredo. *Psicanálise em Tempos de Violência, Somos Todos Violentos*.12 Associação Psicanalítica de Porto Alegre
7. Maxwell, Gabrielle and Allison Morris. 2001. "Restorative Justice and Reoffending." In, Heather Strang and John Braithwaite, eds.. *Restorative Justice: Philosophy and Practice*. Burlington, VT: Ashgate Publishing Company
8. Ministério da Justiça da Nova Zelândia Restorative Justice – Information on Court-referred Restorative Justice. Publicação do Ministério da Justiça da Nova Zelândia, acessível em <http://www.justice.govt.nz/crrj/>
9. Morris, Allison and Warren Young. 2001 "Reforming Criminal Justice: The Potential of Restorative Justice." In, Heather Strang and John Braithwaite, eds., *Restorative Justice: Philosophy and Practice*. Dartmouth: Ashgate. Pp. 11-31.
10. Morris, A., G. Maxwell and J. Robertson (1993). "Giving Victims a Voice: A New Zealand Experiment." *The Howard Journal of Criminal Justice* 32(4):304-321.

11. Morris, Allison 2003. *Critiquing the Critics: A Brief Response to Critics of Restorative Justice*. Recuperado em 12 de março de 2005 in <http://bjc.oupjournals.org/cgi/content/abstract/42/3/596>
12. Paz, Silvina et Silvana (2000) *Mediación Penal*, recuperado em 12 de abril de 2005 de <http://www.restorativejustice.org/rj3/Feature/Centromediacion.htm>
13. Scuro Neto, Pedro. (2000). *Manual de Sociologia Geral e Jurídica* (4ª edição). São Paulo: Saraiva.
14. Scuro Neto, Pedro (1999). *Justiça nas Escolas: A Função das Câmaras Restaurativas. O Direito é Aprender* (org. Leoberto N. Brancher, Maristela M. Rodrigues e Alessandra G. Vieira). Brasília: Fundescola/Projeto Nordeste/MEC-BIRD
15. Scuro Neto, Pedro 2000. *A Justiça como Fator de Transformação de Conflitos: Princípios e Implementação*, recuperado em 10 de março de 2005 de http://www.restorativejustice.org/rj3/Full-text/brazil/EJRenato%20Nest_.pdf
16. Tutu, Desmond. *No Future Without Forgiveness*. New York: Doubleday, 1999.
17. Nações Unidas, *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*. ECOSOC Res. 2000/14. Adotada em 27 de julho de 2000.
18. Nações Unidas, ECOSOC, *Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice*. ECOSOC Res. 1999/26. Adotada em 28 Julho de 1999.
19. Warat, Luis Alberto. *O Monastério dos Sábios – O Sentido Comum Teórico dos Juristas*, in Introdução Geral ao Direito, Porto Alegre, Sergio Fabris Editores, 1995, vol II
20. Zehr, Howard. *Changing lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Scottsdale, PA: Herald Press, 1990.