

**JUSTIÇA RESTAURATIVA.
Os modelos e as práticas.**

Daniel Baliza Dias, Fabio Antônio Martins.

ÍNDICE

1.	Introdução	2
2.	Definições para a realização de uma prática restaurativa	2
2.1.	Uma breve evolução histórica para a formação do modelo de justiça restaurativa	3
2.2.	Os três modelos de prática restaurativa	5
2.3.	Os conceitos de Justiça Restaurativa	8
3	Os momentos de entrada da Justiça Restaurativa no processo	11
4	Os modelos de uma prática restaurativa (mediação, conciliação, reunião de grupo familiar, círculos decisórios)	13
5	Comentários acerca de algumas práticas restaurativas	19
6	Conclusão	24
	Bibliografia	26

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi elaborado no intuito de se aprofundar o conhecimento a respeito das práticas restaurativas como forma de diversão para a aplicação da justiça estatal, hoje fundada numa justiça retributiva-punitiva.

O modelo tradicional de justiça penal (retributivo-punitivo) tem sofrido, ao longo dos anos, diversas críticas por parte da doutrina e de algumas jurisprudências mais vanguardistas, tendo como exemplo decisões da Suprema Corte Canadense.

Diante das diversas críticas encontradas, busca-se o aprofundamento no modelo de justiça restaurativa, como forma de solução alternativa dos conflitos advindos de infrações a Lei e à convivência social.

De modo a alcançar melhor compreensão do tema proposto, foi adotada numa evolução sistemática do raciocínio, de tal forma que o presente trabalho vem exposto numa ordem onde, no primeiro momento, são expostos conceitos e delimitações básicas às práticas restaurativas, englobando os modelos existentes e as formas de resolução dos litígios. Em seguida, são apresentados alguns modelos de justiça presentes no mundo. Sendo certo que se busca, a todo tempo, apresentar um ponto de vista comparativo entre as práticas e modelos existentes.

2 - DEFINIÇÕES PARA A REALIZAÇÃO DE UMA PRÁTICA RESTAURATIVA.

Com as crescentes práticas criminosas existentes no mundo e com o número cada vez maior de sistemas carcerários que apresentam uma superlotação sistemática e notória, a doutrina e a jurisprudência começaram a apresentar uma série de críticas ao sistema penal hodierno (modelo retributivo-punitivo), que culminaram num movimento crescente por práticas de aplicação penal diversas do modelo tradicional.

A crítica a respeito do sistema tradicional é muito forte no caráter ressocializador da pena, bem como na ineficácia, quase sempre, de prevenção da reincidência. O sistema penal hodierno, junto a uma imprensa livre e por vezes sem controle, torna o ofensor, como bem explana *Daniel Achutti*, em uma *imagem encarnada do mal* (Achutti, 2009, p. 18). Ademais, o modelo retributivo atual acaba por esquecer-se do papel desempenhado pela vítima, principal atingida pela prática delituosa, o que demonstra uma ineficácia do fim de um processo penal justo.

A reflexão sobre o modelo tradicional de justiça penal e de processo penal como um todo, leva a conclusões de que se trata de um modelo histórico falho, remontando o seu nascimento, com promessas não cumpridas, como a suposta função intimidatória das penas e a ressocialização, como já dito, encontrando-se, por um lado, falido.

Todavia, quando tratamos da falência desse modelo punitivo centrado na pena de prisão como principal instrumento de resposta ao delito, não se está referindo a uma falência recente. A decadência e crise da utilização da prisão como pena remontam ao seu

próprio nascimento. Já em *Foucault* no início do século XIX, momento em que a pena de prisão elevou-se a condição de meio de punição mais usado, sendo aplicada à quase totalidade dos crimes cometidos, substituindo duas outras formas anteriormente utilizadas: o suplício e as penas proporcionais aos crimes, o sistema mostrou-se problemático.

“Tal sistema ‘penitenciário’ (prisão) se afirma no início do século XIX, quase como à revelia da teoria e do sistema penais, ainda dominados pela noção de crime como perigo público. Forma-se aquilo a que Foucault chama, nesse momento, de a ‘sociedade punitiva’, um tipo de sociedade na qual o aparelho de Estado desempenha as funções corretivas, paralelamente a outras, ditas ‘penitenciárias’, representadas pelas práticas de aprisionamento” (Pallamolla, 2009, p. 30).

É certo, ainda, que a prática da justiça restaurativa não apresenta uma solução final acabada aos problemas de aplicação de uma justiça penal, contudo revela um amadurecimento de práticas que envolvem todas as figuras atuantes numa situação de ocorrência de um delito, quais sejam ofensor, vítima, comunidade em geral, Estado, familiares, amigos, dentre outras figuras intervenientes que ajudam numa solução do litígio recompensadora e apaziguadora.

2.1 - UMA BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA PARA A FORMAÇÃO DO MODELO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA.

Para uma melhor conceituação do tema, devemos evoluir o pensamento até uma formação conceitual básica. Neste sentido, partimos de Leonardo Sica¹ e Mylène Jaccound², que em trabalhos apartados, trouxeram um panorama amplo e bem resumido da evolução histórica até os dias de hoje, passando por marcos teórico da justiça restaurativa tal como Howard Zehr³.

As práticas restaurativas são atuações sociais que remontam a antiguidade, sendo uma forma de solução de litígios das sociedades comunais. Em virtude de seu modelo de organização social, as sociedades pré-estatais europeias e as coletividades nativas, tais como os aborígenes e maoris, privilegiavam as práticas de regulamento social centradas na manutenção da coesão do grupo, aonde o interesse coletivo superava o interesse individual, tendo a infração à norma uma solução rápida e no intuito de restabelecer a ordem social da coletividade.

Neste sentido, é possível se afirmar que as práticas restaurativas remontam tempos remotos já havendo vestígios das práticas nos códigos de Hammurabi (1700 a.C.) e de Lipit-Ishtar (1875 a.C.) que prescreviam medidas de restituição para os crimes contra os bens; bem como nos códigos Sumeriano (2050 a.C.) e o de Eshunna (1700 a.C.) previam

¹ (Sica, 2006)

² (Jaccound, 2005)

³ (Zehr, 2008)

a restituição nos casos de crimes de violência (Van Ness & Strong, 1997). (Jaccound, 2005, p. 164)

Contudo, os modelos de justiça restaurativa são concepções modernas remontando o século XX. Sendo certo, que a justiça restaurativa é um movimento novo que surgiu frente às críticas do sistema penal hodierno (retributivo-punitivo).

Para chegarmos à definição culminada na Resolução da ONU 2002/12 partimos de uma delimitação das práticas em termos de justiça penal propostos nos trabalhos de Eglash (1975). Eglash considerou a aplicabilidade de três modelos de justiça: uma justiça distributiva, que seria centrada no tratamento do delinqüente; uma justiça punitiva, centrada no castigo; e, por fim, uma justiça recompensadora, centrada na restituição. (Jaccound, 2005, p. 166)

Em 1990, Horwitz publica um trabalho no qual apresenta quatro estilos principais de controle social, cada um centrado em prejuízos, responsabilidades, metas e soluções específicas.

Ainda em 1990, Howard Zehr publica *Changing Lenses*, um livro decisivo na eclosão da justiça restaurativa como paradigma que marca uma ruptura com o modelo retributivo. Neste livro, que se tornou um clássico, Zehr sugere a existência de dois modelos de justiça fundamentalmente diferentes: o modelo retributivo e o modelo restaurador. (Jaccound, 2005, p. 166)

Alguns anos depois, em 1993 Lode Walgrave no trabalho intitulado *Au-delà de la rétribution et de la réhabilitation : la réparation comme paradigme dominant dans l'intervention judiciaire contre la délinquance des jeunes*⁴ propôs uma síntese, que ainda hoje é referência freqüente para a definição da justiça restaurativa. De acordo com o autor, a justiça é marcada por três tipos principais de direito: o direito penal, o reabilitador e o direito restaurativo (ver Walgrave, 1993, p.12). (Jaccound, 2005)

No sentido deste pensamento nota-se que o direito restaurador adota os erros causados pela infração como posição de referência ou ponto de partida, enquanto o direito penal se apóia na infração, e o reabilitador sobre o indivíduo delinqüente. Neste tocante, aquele que irá mais ser utilizado para esse estudo é o direito reparador, que tem como objetivo anular os erros praticados obrigando os devidos responsáveis a reparar os prejuízos causados pela prática ofensiva.

⁴ Walgrave, L., 1993. Au-delà de la rétribution et de la réhabilitation : la réparation comme paradigme dominant dans l'intervention judiciaire contre la délinquance des jeunes? in J. F. Gazeau e V. Peyre, eds., *La justice réparatrice et les jeunes* (Vaucresson, 9ièmes journées internationales de criminologie juvenile): pp. 5-28.

2.2 - OS TRÊS MODELOS DE PRÁTICAS RESTAURATIVA

Seguindo referida corrente, podemos identificar três modelos dentro da justiça restaurativa. Assim, levemos em conta o exemplo de um professor que veja seu carro destruído (pneus furados), no estacionamento público da universidade, por um estudante insatisfeito com uma nota atribuída a seu exame. As duas partes concordam em se encontrar para uma sessão de mediação. No decorrer do encontro, as trocas entre o estudante e o professor podem ser direcionadas para:

1. o reparo dos danos (consertar ou compensar pelos danos causados aos pneus do auto). E aqui adotamos um modelo de direito reparador. Este primeiro modelo adota as conseqüências como ponto de partida de sua ação, em referência ao direito reparador de Walgrave, no qual a responsabilidade é mais única e utiliza-se da comunicação entre as partes (mediação) ou um processo de arbitragem como meio de atingir os objetivos reparadores;
2. a resolução do conflito (resolver o conflito ligado à atribuição de uma nota ruim ao exame) ;
3. a conciliação e a reconciliação (recuperar a harmonia e a boa compreensão que prevaleciam antes do evento entre o estudante e o professor). (Jaccound, 2005, p. 168)

Nestes dois últimos modelos, o ponto de partida é menor para as conseqüências que para o conflito subjacente ao gesto causador dos danos; por conseguinte, a responsabilidade tem mais oportunidade de ser compartilhada pelas duas partes; o processo privilegiado é centrado na comunicação. Portanto, a partir do exemplo podemos orientar a aplicação da justiça restaurativa de três formas distintas, que podem, contudo, ser cumuladas.

Como forma de demonstrar o colocado, apresentamos o seguinte quadro esquemático, apresentado por Mylène Jaccound (Jaccound, 2005, p. 168), como forma de exemplificar o que será exposto na seqüência, veja:

J U S T I Ç A R E S T A U R A T I V A	PROCESSO	FINALIDADES	EXEMPLOS
I (modelo centrado nas finalidades)	(secundário)	R e s t a u r a t i v a (centrais)	Ordens de compensação Trabalhos comunitários
II (modelo centrado nos processos)	Negociado (central)	(secundário)	Círculos de sentença
III (modelo centrado nos processos e nas finalidades)	Negociado (central)	R e s t a u r a t i v a (centrais)	Mediação

Evoluindo o raciocínio poderemos formar três modelos de aplicação da justiça restaurativa.

Modelo centrado nas finalidades

O primeiro modelo é um **Modelo centrado nas finalidades**. A doutrina possui muitos partidários desta variedade na qual a justiça restaurativa está direcionada para a correção das conseqüências.

O que marca o modelo é que as finalidades restaurativas são centrais e prioritárias frente aos processos utilizados para se atingir o fim. Este modelo se enquadra dentro do que Walgrave chama de *a perspectiva máxima da justiça restaurativa*⁵. (Jaccound, 2005) Sendo os processos secundários, torna-se possível aceitar que processos diversos dos processos de Justiça Restaurativa num âmbito penal, tal como a arbitragem faça parte do arsenal de meios disponíveis à justiça restaurativa para atingir suas finalidades. É neste modelo que se pode pôr em questão, por exemplo, as sanções restaurativas impostas por um juiz no caso em que uma das partes recusa participar de uma negociação ou quando uma das partes é desconhecida, está ausente ou morta.

É certo, ainda, que outra parte da doutrina recusa a aceitação que somente as finalidades restaurativas conceituem uma prática de Justiça Restaurativa, isso porque uma decisão imposta por um Juiz, na qual haja a reparação da vítima pelo dano sofrido, sem que haja a participação por meio de dialogo das partes não corresponderá a uma forma de Justiça Restaurativa. O modelo centrado nas finalidades é uma aplicação tendente às correntes abolicionistas.

Temos como exemplo de aplicabilidade prática desse modelo centrado nas finalidades o modelo Neo Zelandês para adultos do programa *TeWhanau Awhina*, que abordaremos melhor adiante, mas que mostra um processo que visa somente às finalidades, isso porque é possível que a vítima ou a família dela, sequer compareça às seções, estando somente a comunidade e o ofensor, contudo pelas finalidades restaurativas, acaba-se por enquadrar no primeiro modelo. (Maxwell, 2005)

Modelo centrado nos processos

Um segundo modelo seria aquele em que se considera que as finalidades restaurativas são secundárias e que na verdade são os processos que definem o modelo de justiça restaurativa. Nesta concepção, todo o processo fundamentado sobre a participação (seja das partes ligadas pela infração, ou, seja por toda a comunidade circunvizinha) se insere no modelo de justiça restaurativa. Assim, embora as finalidades ligadas aos processos negociados sejam de cunho retributivo, somente o fato de que haja as negociações, as consultas ou os envolvimento é suficiente para que alguns considerem que suas práticas façam parte de um modelo de justiça restaurativa. (Jaccound, 2005, p. 171)

Ora, é certo que referido modelo sofre grandes críticas da doutrina, em especial a abolicionista, uma vez que um processo na qual as partes acordem pela pena de prisão

⁵ Walgrave, L., 1999. "La justice réparatrice : à la recherche d'une théorie et d'un programme," in *Criminologie*, Vol. 32 (1): pp. 7-29.

ou mesmo por penas humilhantes ao ofensor (por exemplo: um caso Canadense aonde o grupo de sentença chegou à conclusão que a pena ideal seria os ofensores utilizarem uma camisa com os dizeres: “eu sou ladrão”) não cumprirão com a finalidade ressocializadora, e irá desvirtuar com os princípios fundadores da justiça restaurativa. Como bem cita Mylène Jaccound **“Uma justiça participativa ou comunitária é uma justiça restaurativa se, e somente se, as ações expandidas objetivam a reparação das conseqüências vivenciadas após um crime.”** (Jaccound, 2005, p. 171)

Modelo centrado nos processos e nas finalidades

Por fim, outra corrente doutrinaria define que uma justiça será considerada restaurativa se observarmos formas de processos negociados e tivermos finalidades restaurativas. Este terceiro modelo adota uma visão mais restrita da justiça restaurativa.

Isto impõe à mesma, condições (meios negociáveis e finalidades restaurativas) que concentram todas as possibilidades de serem aplicadas a situações que requeiram boa vontade de ambas as partes no que diz respeito à infração. Porém, introduzir a boa vontade como critério absoluto de encaminhar os casos aos programas restaurativos, conduz inevitavelmente a confinar a justiça restaurativa à administração de infrações sumárias o que, evidentemente, reduz seu potencial de ação. **Este terceiro modelo corresponde ao que Lode Walgrave (1999 e 2003) designa através da perspectiva minimalista ou diversionista (no sentido de encaminhamento alternativo) e se inscreve nas práticas de mecanismos civis e não de mecanismo jurídicos.** (Jaccound, 2005, p. 171)

Neste tocante, aderimos à opinião da referenciada autora que diz que o segundo modelo apresentado é aquele que mais se afasta dos princípios trazidos para a Justiça restaurativa. Isso porque, uma justiça participativa e comunitária somente terá um caráter restaurativo se objetivarem como resultado da reunião conciliadora a reparação para as partes dos danos sofridos com o evento. Neste sentido, um círculo restaurativo somente se enquadrará numa perspectiva de justiça restaurativa se as decisões tomadas forem no sentido de se adotar medidas restaurativas, até porque se a decisão recomendar o encarceramento ou medidas vexamosas para o ofensor (como no caso de uma decisão no Canadá em que o círculo decidiu para que os ofensores utilizassem uma camisa com os dizeres “eu sou ladrão”) o modelo não será de justiça restaurativa.

A partir da doutrina acima exposta podemos observar duas tendências, uma maximalista e uma minimalista ou “diversionista do sistema penal” (Walgrave, 1999). A tendência diversionista propõe que a justiça restaurativa seja uma alternativa ao sistema de justiça estatal e se vê limitada a processos de mecanismos não jurídicos ou de mecanismos civis. Dessa forma, só se concebe que sejam convocados voluntários para os processos, ou seja, tem que haver o consensualismo das partes ligadas ao crime ou ao conflito para que o processo de justiça restaurativa seja aplicado. Como se percebe os promotores dessa tendência estimam que o estado deve ser afastado da administração desses processos.

De outro lado, temos a perspectiva maximalista, que tem L. Walgrave (1999) como um de seus adeptos, considera que o modelo restaurativo é uma nova proposta que vem para alterar de forma substancial o modelo retributivo-punitivo que adotamos atualmente, e para cumprir melhor o seu objetivo deve integrar o sistema de justiça estatal. De acordo com ele (Walgrave, 1999), se restringirmos os processos restaurativos a processos estritamente voluntários poderíamos diminuir o campo de aplicação da justiça restaurativa a pequenas causas. Para que a justiça restaurativa amplie seu campo de ação a delitos mais graves, é necessário, de acordo com a autora (Jaccound, 2005), aceitar que os processos possam ser impostos, sobretudo sob a forma de sanções restaurativas. Os minimalistas contestam esta orientação sob o pretexto de que o impacto dos processos restaurativos é reduzido se as partes não forem voluntárias e se elas não puderem negociar os modos de reparação no ambiente de encontros diretos.

Especifiquemos que a perspectiva minimalista é, atualmente, dominante, embora certas iniciativas restaurativas sejam aplicadas dentro do sistema penal (por exemplo, as sanções restaurativas, as reuniões entre as vítimas e os detentos nas prisões adotados nos EUA).

2.3 - OS CONCEITOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Como podemos notar, a justiça restaurativa tende a promover uma intensificação do papel comunitário na promoção da segurança, podendo assumir um duplo papel: em primeiro lugar, pode ser a destinatária das políticas de reparação e de reforço do sentimento de segurança coletivo e, em segundo nível, a comunidade pode ser ator social de um percurso de paz, que se funda sobre ações reparadoras concretas das conseqüências do crime (CERETTI & MANNOZZI, 2000). É por isso que costuma falar-se em *neighbourhood justice* (EUA) ou *giustizia del vicinato* (Itália), para destacar que a justiça restaurativa procura gerir o *aspecto relacional* do crime, sobretudo com a mediação (Sica, 2006, pp. 6-7).

Outra boa e concentrada noção está na decisão de 04 de julho de 2002, do Conselho da União Européia, que por iniciativa do Reino da Bélgica criou uma *Rede Européia de Pontos de Contacto Nacionais para a Justiça restaurativa*⁶.

⁶ Artigo 2.º Definição e formas de justiça restaurativa: Para efeitos da presente decisão, o termo “justiça restaurativa” refere-se a uma visão global do processo de justiça penal em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infractor é realçada de uma maneira positiva. A justiça restaurativa denota uma abordagem lata em que a reparação material e imaterial da relação confundida entre a vítima, a comunidade e o refractor constitui um princípio orientador geral no processo de justiça penal. O conceito de justiça restaurativa abrange um conjunto de ideias que é relevante para diversas formas de sancionamento e de tratamento de conflitos nas várias fases do processo penal ou com ele relacionados. Embora até à data a justiça restaurativa tenha encontrado expressão principalmente em diversas formas de mediação entre as vítimas e os infractores (mediação vítima-infractor), estão cada vez mais a ser aplicados outros métodos, como, por exemplo, o debate em família. Os governos, a polícia, os órgãos de justiça criminal, as autoridades especializadas, os serviços de apoio e assistência à vítima, os serviços de apoio ao infractor, os investigadores e o público estão todos implicados neste processo.

A partir dos modelos e perspectivas podemos passar a uma fase adiante no entendimento desta forma de promoção de Justiça que é a preocupação de se formar uma conceituação correta para esse recente modelo.

O que é certo é que procurar um conceito unívoco e simples poderia proporcionar uma visão um tanto reducionista desta nova forma de promoção da justiça, cuja riqueza, está justamente na flexibilidade e ajustabilidade aos diferentes cenários sociais em que podemos aplicá-la. Dessa forma, exibirmos um conceito como o mais correto ou o mais próximo do certo é contrário ao pensamento aqui formulado. Assim, buscamos algumas definições legais, e algumas conceituações genéricas acerca da Justiça restaurativa, de forma a não reduzir o potencial alargador que possui.

Neste sentido, nos dizeres de Mylène Jaccound “*A justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as conseqüências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito.*” (Jaccound, 2005)

Agregando e sistematizando diversas tendências, o Departamento de Justiça do Ministério da Justiça do Canadá elaborou um documento referencial⁷, no qual define que “justiça restaurativa é uma abordagem do crime focada em curar as relações e reparar o dano causado pelo crime aos indivíduos e às comunidades”.

Na França, Aertsen e Peters (AERTSEN & PETERS, 2003) afirmam que a justiça restaurativa surge de uma nova abordagem da delinqüência: vem para substituir a reação judiciária repressiva e (neo)retributiva e/ou o modelo de reabilitação (BONAFÉ-SCHMITT, 2003, p. 29) e, no mais, não pode ser considerada somente como um movimento que se posiciona atrás ou em oposição ao atual sistema penal; ele, de pouco em pouco, manifesta o objetivo de integrar-se a uma nova visão do sistema de administração da justiça penal, de modo a modificar o alcance e os fundamentos deste sistema. (Sica, 2006, p. 7)

Como forma dogmática de aproximação das diversas perspectivas demonstradas, entendemos por bem utilizar o conceito legal trazido pela Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas:

Processo restaurativo significa qualquer processo no qual vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) ou círculos decisórios (*sentencing circles*).

⁷ Resumo preparado pelo Federal-Provincial-Territorial Working Group on Restorative Justice. Disponível em <http://canada.justice.gc.ca>.

A respeito do conceito legal, entendemos ser correta a formulação de uma crítica pontual. Notamos nos conceitos legais visualizados, em leis, projetos de lei, e na referida Resolução que se utiliza sempre o termo “crime” de forma *strictu sensu*, o que não deveria ocorrer. Isso porque, cada ordenamento jurídico promove uma apreciação da infração na lei com graus diferentes, de acordo com a aceitabilidade social daquela conduta, e na medida desta aceitabilidade se impõe a sanção; por exemplo, no ordenamento Brasileiro temos a “contravenção penal” e as chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo, definidas pelas Leis 9.099/95 e 10.259/01, práticas essas que não são qualificadas como crime *strictu sensu*, sendo um “crime *latu sensu*”, se assim podemos dizer.

Dessa forma, há outras praticas criminosas na qual podemos utilizar o método restaurativo para apaziguamento do conflito social. Observa-se, ainda, que por referidas situações serem mais brandas e menos lesivas à sociedade, é possível que a prática restaurativa seja bem mais eficaz do que o sistema retributivo-punitivo. Assim, acreditamos que se deve aplicar o termo conflito penal, delito, ato delituoso ou mesmo na utilização do termo crime, que seja frisado o caráter *latu sensu* designando a infração ao ordenamento jurídico.

É interessante notar que a própria Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas busca uma definição para o que seja resultado restaurativo. Sendo que assim se definiu:

Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo, que incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas, e a devida responsabilidade das partes, bem como assim promover a integração da vítima e do ofensor.

Observa-se que a definição proposta pela Resolução acaba por deixar um pouco de lado a autonomia estatal para punibilidade do crime, possuindo assim essa decisão um caráter mais restitutivo-integrador do que retributivo-punitivo.

Nota-se na Resolução, ainda, que há uma preocupação marcante quanto às garantias das partes, expressa por disposições como aquelas do artigo 13 (a) e (b): de acordo com a lei nacional as partes devem ter o direito a uma assistência legal adequada em relação ao procedimento restaurativo e, antes de firmarem um acordo, ambas devem estar informadas de seus direitos, da natureza do processo e das conseqüências daquela sua decisão. Essa já é uma prática comum nos programas que aplicam a Justiça Restaurativa uma vez que para que se obtenha a participação voluntaria das partes, é necessário supri-las de informação acerca do procedimento que irá se instaurar, sendo certo que essa voluntariedade é um dos requisitos para que haja o procedimento.

A Resolução se encerra com uma *saving clause*: “23. Nenhum destes princípios básicos pode afetar quaisquer direitos de ofensor ou vítima, estabelecidos na lei nacional ou em lei internacional aplicável”.

A União Europeia também veio se manifestar acerca da aplicabilidade da justiça restaurativa pelos países membros através da Recomendação do Conselho da Europa nº R (99) 19, onde se disciplinou o “uso da mediação em problemas penais como opção flexível, compreensiva, problem-solving, participativa, e complementar ou alternativa ao sistema tradicional criminal”. Nesse âmbito a UE deixou em aberto a forma de aplicação da justiça restaurativa pelos países-membros bem como o momento em que deva ocorrer e o modelo a ser seguido, uma vez que a justiça restaurativa poderá ser complementar ou alternativa ao sistema tradicional criminal (retributivo-punitivo).

Apesar da abertura proposta pela Recomendação, a doutrina tem entendido que há certa inviabilidade de obter, hoje, um sistema com aplicação da Justiça Restaurativa completamente afastado do sistema tradicional criminal, devendo numa primeira fase ser utilizado de forma complementar ao sistema tradicional (Pallamolla, 2009).

Outra questão relevante no âmbito da UE é a Decisão marco do Conselho da União Europeia de 2001 (2001/220/JAI) referente ao estatuto da vítima no processo penal. Em seu art. 10 a decisão estabelece diretrizes para os Estados Membros sobre mediação penal (PALLAMOLLA, 2009). Referida Decisão marco trata acerca de outra problemática doutrinária moderna que é a questão da vitimização no processo penal.

3. OS MOMENTOS DE ENTRADA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO PROCESSO.

É necessário, ainda, analisar os momentos em que as práticas restaurativas podem ser – e vêm sendo – aplicadas no âmbito criminal, isso porque ainda não há nenhum sistema de justiça inteiramente restaurativos⁸.

Os momentos de encaminhamento dos casos para os programas restaurativos variam dentro e entre países. Em muitos países, o caso pode ser encaminhado a diversos programas restaurativos, e em diversos momentos, dependendo da análise caso a caso. Por exemplo, no caso da Bélgica e da Holanda, aonde há quatro tipos de intervenções possíveis (MIERS, 2003).

Dos conceitos e das perspectivas propostas mostram-se possíveis cinco momentos de entrada para que seja requerida a utilização da justiça restaurativa no âmbito do conflito de interesses, mostrando a aplicabilidade do procedimento para a obtenção da solução ao conflito. São esses:

- I) Um momento pré-acusatório, com encaminhamento do caso pela polícia. Muitas críticas são feitas quando o ato de encaminhamento é uma poder discricionário da

⁸ Dizer que não há um sistema de justiça inteiramente restaurativo é dizer que não há ainda um modelo unificado com um sistema inteiramente restaurativo. Tal assertiva é adotada por Miers (Miers, 2007) e corroborada por Pallamolla (Pallamolla, 2009).

policia que podem representar um aumento do controle social e um perigoso aumento dos poderes da policia, como é também o caso da Austrália, Inglaterra, País de Gales e Estados Unidos. Diferentemente como ocorre na Nova Zelândia aonde a Policia deve encaminhar para uma reunião do *Family Group Conference* realizada junto ao Departamento de Bem Estar social – Serviços de Crianças, Jovens e Famílias (*Child Youth and Family Services - CYFS*) sem que exerça qualquer poder discricionário (Maxwell, 2005, p. 281).

- II) Num momento pré-acusatório, com encaminhamento, pelo juiz ou pelo ministério público (caso da legislação Portuguesa), após o recebimento da *notitia criminis e da verificação dos requisitos mínimos, que, ausentes, impõem o arquivamento* do caso e devem ser estabelecidos conforme as particularidades de cada ordenamento;
- III) Num momento pós-acusação e pré-instrução, com encaminhamento imediato, após o oferecimento da denúncia;
- IV) Num momento pré-sentença, encaminhamento pelo juiz, após encerramento da instrução, como forma de viabilizar a aplicação de pena alternativa na forma de reparação de dano, ressarcimento etc.;
- V) Num momento pós-sentença, encaminhamento pelo Tribunal, com a finalidade de inserir elementos restaurativos durante a fase de execução.

É certo que parte da doutrina não aceita esse momento pós-sentença como uma das possibilidades de se realizar a Justiça Restaurativa, isso porque o ofensor (agora réu) já terá sofrido a persecução penal do Estado e já estará cumprindo pena, possivelmente uma pena restritiva de liberdade. Caso ocorra, não mais será possível alcançar os ideais restaurativos objetivados por essa forma de Justiça, somente se terá uma completude da pena com outras medidas, possivelmente reintegradoras.

Há ainda, por parte dos mais puristas, quem diga que até no momento pré-sentença não mais será possível alcançar o ideal restaurativo, isso porque o ofensor já sofre com a persecução penal de tal forma que não apresentaria o requisito da voluntariedade de forma pura, realizando o procedimento como uma forma de se escusar da imposição de futura pena.

Conforme alerta, ainda, Sica deve-se observar o problema da sobreposição e acumulação dos modelos restaurativos e retributivo, que ocasiona *bis in idem* para o ofensor (pois este será sobrecarregado com a pena advinda do processo penal e a medida restaurativa), uma revitimização e incongruência sistemática, já que as diferentes lógicas do modelo restaurador e retributivo não permitem uma coexistência pacífica (SICA, 2007, p. 30).

4. OS MODELOS DE UMA PRÁTICA RESTAURATIVA (Mediação, Conciliação, Reunião de Grupo Familiar, Círculos Decisórios).

Passadas as perspectivas e o momento de inclusão do procedimento restaurativo como forma de obtenção para a resolução do litígio, nos deparamos com uma importante questão prática. Qual será o modelo ideal para a utilização?

Conforme se observa da própria resolução da ONU, acima citada, e dos desenvolvimentos teóricos observados, podemos dizer que é possível delimitar 04 modelos práticos principais da Justiça restaurativa, quais sejam: a Mediação (modelo de utilização majoritária), a Conciliação, a Reunião de Grupo Familiar ou Comunitária (*Family Group Conferences ou Conferencing*) e os Círculos Decisórios ou Grupos de Sentença (*Sentencing Circles*).

Aqui, abordamos uma questão prática e de grande importância. Isso porque, um modelo que não tenha a aceitabilidade social desejada não terá uma utilização usual dos envolvidos no conflito, até porque não sofreram o apoio de seus amigos e familiares na hora de optar pela prática restaurativa.

Frisa-se que apesar de termos ciência do diverso número de práticas e dos modelos práticos relacionados pela Resolução da ONU, deixaremos de abordar a Conciliação e outras práticas, não se desconsiderando a existência e importância delas, tendo como exemplo as *citizen panels*, nas quais comissões de vizinhos se encarregam de solucionar delitos de pequena gravidade sem vítimas ou que tenham atingido a qualidade de vida da comunidade (Pallamolla, 2009, pp. 105-106).

MEDIAÇÃO ENTRE VÍTIMA E OFENSOR (VOM – *victim-offender mediation*).

Como primeiro modelo apresentado, temos a Mediação. A mediação é a prática mais adotada entre os Países que receberam a Justiça Restaurativa. Há mais de 300 programas nos Estados Unidos e mais de 500 na Europa. As análises destes programas vêm demonstrando um aprimoramento na relação vítima-infrator, a redução do medo na vítima e maior probabilidade do cumprimento do acordo por parte do infrator. É uma das práticas com mais tempo de aplicação, excedendo em alguns países vinte anos de utilização (a exemplo dos Estados Unidos e Canadá), tendo o primeiro programa noticiado de mediação vítima-ofensor o estabelecido em 1974 em Kitchener, Ontario – Canadá, pela comunidade Mennonite.

A mediação e as outras práticas não exigem, *a priori*, previsão legal específica para serem utilizadas no âmbito penal. Requerem-se, apenas, dispositivos legais que recepcionem as medidas a serem utilizadas como a reparação-conciliação ou soluções consensuais, afastando a possibilidade de pena ou atenuando-a.

Neste tocante, é interessante a crítica formulada por Leonardo Sica que diz que “para que a justiça restaurativa e a mediação não sejam meros paliativos para a crise do sistema de justiça, nem entendidas apenas como instrumentos de alívio dos tribunais, de

extensão da burocracia judiciária ou de indulgência, devem ser implementadas sobre dois fundamentos bastante claros: *ampliação dos espaços democráticos e construção de novas modalidades de regulação social*. Sem isso, acredito, em poucos anos o “novo modelo” padecerá dos mesmos defeitos apresentados pelo “velho”. Vejamos, sempre, o exemplo dos Juizados Especiais Criminais.” (Sica, 2006, p. 26).

A mediação entre vítima e infrator *consiste em oferecer uma oportunidade à vítima de reunir-se com o infrator num ambiente seguro e estruturado. Acompanhados por um mediador, ambos têm a possibilidade de construir um plano de ação para abordar o conflito e resolvê-lo*.

Ora como se percebe, a mediação consiste num encontro vítima-infrator, com a finalidade de construir um acordo reparador, utilizando da mediação de um terceiro (mediador). Mais recentemente, entretanto, têm-se observado a permissão da participação de familiares e amigos da vítima ou do infrator de modo a proporcionar maior apoio emocional aos implicados.

“Existe, ainda, outra variação do processo chamada de *shuttle diplomacy*. Nesta variante, o mediador encontra-se com a vítima e o ofensor separadamente, sem que estes venham depois encontrar-se. Esta prática, portanto, consiste numa mediação indireta, já que a comunicação entre vítima e ofensor é feita somente por intermédio do mediador” (Pallamolla, 2009, p. 108).

Os casos podem ser submetidos para o processo de mediação por Juízes, oficiais de *probation*, advogados das partes envolvidas, polícia e até mesmo as partes (em alguns casos) o que possibilita que a mediação seja aplicada em diversos estágios do processo criminal.

O processo de mediação entre vítima-ofensor visa possibilitar o encontro entre ambos, em um ambiente seguro, estruturado e capaz de facilitar o diálogo. Antes de encontrarem-se, vítima e ofensor passam por conferências separadas com um mediador treinado que explica e avalia se ambos encontram-se preparados para o processo. Segue-se o encontro entre ambos, no qual o mediador comunica ao ofensor os impactos (físicos, emocionais e financeiros) sofridos pela vítima em razão do delito e o ofensor tem então a possibilidade de assumir sua responsabilidade no evento, enquanto a vítima recebe diretamente dele respostas sobre por que e como o delito ocorreu. Depois desta troca de experiências, ambos acordam uma forma de reparar a vítima (material ou simbolicamente) (SCHIFF, 2003, p. 318).

A mediação representa, portanto, uma exigência daqueles que participam dela,

“(…) exige que os indivíduos (quer isoladamente ou como membros da sociedade) encarem e reconheçam os interesses dos outros como condicionantes das suas próprias ações ou omissões. Pensar activamente e respeitar os interesses dos

outros e ajustar o comportamento em conformidade não é somente um meio para atingir um fim, mas o objectivo em si mesmo” (MIERS, 2003, p. 51).

Os requisitos para qualificar a mediação penal são bem próximos dos requisitos da Justiça Restaurativa, sendo aqueles:

- (i) voluntariedade;
- (ii) confidencialidade e oralidade,
- (iii) informalidade;
- (iv) neutralidade do mediador;
- (v) ativo envolvimento comunitário;
- (vi) autonomia em relação ao sistema de justiça.

Sem referir-se a uma classe específica de delitos, há outros contextos indicados para a mediação: as chamadas “vizinhanças problemáticas”, bairros ou regiões particularmente conflituosas, nos quais a presença do Estado é nula ou ineficiente. Localidades em que há uma carência por alguma forma de regulação social que estabilize as relações e a convivência entre os moradores a partir dos códigos de comunicação próprios àquela comunidade. Essas localidades têm sido objeto de várias iniciativas de justiça alternativa ou comunitária, dentre as quais se incluem os centros de mediação. Aqui, registram-se os exemplos das *Boutiques de Droit* na França, os *Family Group Conference* na Nova Zelândia e o programa *Community Youth Conferences*, implementado na Austrália com base no modelo *Wagga Wagga* de justiça, inspirado em compreensões comunitárias acerca da justiça e da vida social. Mais remotamente, a experiência marcante neste contexto foram os *Community Boards*, organizados no final da década de setenta, em São Francisco (EUA). Todos esses projetos foram fruto não só da crise do formalismo, mas surgiram principalmente por força de outra razão: numa sociedade fragmentária e anômica, os cidadãos não têm quase mais nada em comum, a não ser um determinado conflito que os opõe. Assim, cada conflito é visto como uma oportunidade a ser aproveitada, até porque inevitável, de estabelecer laços sociais e de evidenciar relações de cidadania que só emergem da ocorrência de um conflito. (SICA, 2007)

Outro contexto, da maior gravidade, é representado por fatos cuja importância histórica e os reflexos para a democracia são tais que requerem uma resposta distinta da repressão. Grandes conflagrações, conflitos étnicos, raciais ou mesmo sociais, podem ser enfrentados pela via da conciliação e do perdão. Remete-se ao exemplo da Comissão para Verdade e Conciliação, utilizada com mais destaque na África do Sul, mas também em outras situações, como em Greensboro (EUA), onde no final da década de setenta diversos homicídios sucederam-se em razão do racismo e, notando que a resposta punitiva só fomentaria a espiral de violência, a comunidade e as autoridades optaram pelo enfrentamento pacífico da situação e, então, conseguiram conter a onda de crimes.

Em síntese, qualquer proposta de regulação legal deve enfrentar três aspectos principais: (i) os critérios de envio do caso para mediação; (ii) as formas jurídicas para

recepção da mediação pela justiça penal; e (iii) a definição de um modelo organizativo implementável. (Sica, 2006, p. 22)

O que é certo, é que as pesquisas realizadas demonstram de forma geral uma satisfação grande entre os envolvidos, tanto ofensores quanto vítimas, diminuindo o número de reincidentes e diminuindo a vitimização dos ofendidos. A possibilidade de reparação e a democratização do diálogo existente na mediação melhoram a autoestima e diminuem o impacto da atividade delituosa existente.

REUNIÃO DE GRUPO FAMILIAR (Family Group Conferencing – FGC).

Este modelo foi desenvolvido com base nas observações indígenas de solução de conflitos. Na Nova Zelândia, na Austrália e em partes do Canadá, os desenvolvimentos da justiça restaurativa se relacionaram a uma revivificação de práticas de resolução de conflitos indígenas. Na Nova Zelândia, as reformas judiciais efetivadas na segunda metade da década de 80, levantaram a questão da violência praticada contra e dentro do povo Maori, bem como a importância de uma resposta da justiça criminal apropriada para os jovens Maoris, tendo como solução a proposta dos encontros restaurativos com grupos de familiares, que foram introduzidas como parte do programa nacional. A intenção era evocar e utilizar as tradições dos Maoris de resolução de problemas que incluíam as famílias estendidas (Maxwell, 2005). Essas reuniões foram introduzidas tanto como uma alternativa aos tribunais, como na forma de um guia para as sentenças. A elas geralmente comparecem os infratores, sua família estendida, as vítimas, seus partidários, a polícia, um assistente social e outras pessoas importantes da comunidade. Aos jovens se proporciona um advogado. As vítimas comparecem a cerca de metade das reuniões e os procedimentos foram modificados para encorajar sua participação (McCOLL, 2001, pp. 45-46). As reuniões são informais e espera-se que a tomada de decisão seja aberta e consensual. Os encontros restaurativos na Nova Zelândia são usados principalmente para infratores que cometeram infrações mais graves e reincidentes. Os acordos, frequentemente, incluem sanções reparadoras como desculpas, restituição ou serviços comunitários. Uma característica significativa dos procedimentos é o “tempo de planejamento privado” oferecido ao infrator e à sua família durante o processo para considerar e sugerir um plano de ação para o infrator assumir a responsabilidade pelo crime e fazer indenizações à vítima (FROESTAD & SHEARING, 2005, p. 83).

A respeito do desenvolvimento na Nova Zelândia Froestad & Shearing promovem uma boa síntese, qual seja:

Na Nova Zelândia, as reuniões de grupos familiares foram introduzidas essencialmente como uma alternativa ao processo formal do tribunal. Os modos como os modelos inovadores são difundidos para outros lugares, porém, geralmente, atuam sobre a formulação da nova prática. Na Austrália, os encontros restaurativos como modelo ganharam espaço na política e na legislação por

iniciativas de administradores de nível médio e profissionais, e não como consequência de um desejo de se engajar em políticas raciais construtivas (Crawford e Newburn 2003: 29)⁹. Em Wagga Wagga, em *New South Wales*, o modelo foi reformulado para *processos de encontros restaurativos conduzidos pela polícia para casos de menor gravidade como uma forma de “advertência restaurativa”*. O modelo de Wagga Wagga tem sido motivo de crítica devido a seu potencial para “ampliar a rede” (Umbreit e Zehr 2003: 74)¹⁰ e a probabilidade de uma extensão dos poderes da polícia sobre os jovens (Blagg, 1997)¹¹. Também é controverso devido a sua ênfase na teoria da “vergonha reintegradora” (Braithwaite, 1989)¹² Enquanto alguns vêem a vergonha reintegradora como um elemento central da justiça restaurativa (Retzinger e Scheff 2002: 278)¹³, outros a consideram oposta à filosofia básica de restauração (Morris e Maxwell 2000: 216-17)¹⁴. O modelo de Wagga Wagga foi abandonado em *New South Wales* em 1995. Porém, reuniões conduzidas pela polícia foram introduzidas na capital australiana em 1993. Desde então, foram exportadas tanto para os EUA como para o Reino Unido na forma de novos programas de advertência restaurativa conduzidos pela polícia (McLaughlin 2003:10-11)¹⁵. As autoridades da justiça administram a maioria dos outros esquemas de encontros restaurativos australianos. Na Tasmânia eles são administrados pelo Departamento de Saúde e Serviços Humanos (Department of Health and Human Services). Os programas variam em termos do tipo de crime e dos infratores elegíveis para as reuniões. Eles também variam em função de sua base legal (Strang 2002: 47)¹⁶. (FROESTAD & SHEARING, 2005, p. 84)

Existem dois modelos básicos dessa prática restaurativa: o primeiro chamado de *court-referred* – modelo no qual os casos são desviados (*diverted*) do sistema de justiça sempre que possível (caso neozelandês); e o segundo chamado *Police-based* – a polícia ou a escola facilitam o encontro entre as partes e familiares (caso da Austrália e da maioria dos Estados norte-americanos) (Pallamolla, 2009, p. 117).

⁹ Crawford, A. e T. Newburn, 2003. *Youth Offending and Restorative Justice. Implementing Reform in Youth Justice* (Cullompton, Devon: Willan Publishing).

¹⁰ Umbreit, M.S. e H. Zehr, 2003. “Restorative Family Group Conferences: Differing Models and Guidelines for Practice,” in McLaughlin, E., R. Fergusson, G. Hughes e L. Westmarland, eds., *Restorative Justice. Critical Issues* (Londres: Sage/The Open University).

¹¹ Blagg, H., 1997. “A Just Measure of Shame? Aboriginal Youth Conferencing in Australia,” in *British Journal of Criminology* (37): pp. 481-501.

¹² Braithwaite, J., 1989. *Crime, Shame and Reintegration* (Cambridge: Cambridge University Press).

¹³ Retzinger, S.M. e T.J. Scheff, 1996. “Strategy for Community Conferences: Emotions and Social Bonds,” in J. Hudson e B. Galaway, eds., *Restorative Justice: International Perspectives* (Monsey: Criminal Justice Press).

¹⁴ Morris, A. e G. Maxwell, 2000. “The Practice of Family Group Conferences in New Zealand: Assessing the Place, Potential and Pitfalls of Restorative Justice,” in A. Crawford e J. Goodey, eds., *Integrating a Victim Perspective within Criminal Justice* (Aldershot: Ashgate).

¹⁵ McLaughlin, E., R. Fergusson, G. Hughes e L. Westmarland, eds., 2003. *Restorative Justice. Critical Issues* (Londres: Sage/The Open University).

¹⁶ Strang, H., 2002. *Repair or Revenge. Victims and Restorative Justice* (Oxford: Clarendon Press).

Interessante ressaltar, como dito acima, que este modelo surgiu para enfrentar questões relativas à jovens infratores, contudo na Austrália seu uso foi estendido para incluir casos de adultos, sendo esses encaminhados pelo sistema judicial – *diversion*.

A RGF (reunião de grupo familiar) normalmente tem aplicabilidade para os delitos de pouca gravidade, na maioria dos casos ligados à furtos, roubos, delitos relacionados à entorpecentes(drogas), e crimes relacionados à infância e contra o bem estar das crianças, tendo exceção à essa regra na Nova Zelândia, que também utiliza as conferências para crimes severos e reiterados (Pallamolla, 2009).

Assim como na mediação os casos podem ser submetidos para o processo de RGF por Juízes, oficiais de *probation*, advogados das partes envolvidas, polícia e até mesmo as partes (em alguns casos) o que possibilita que o procedimento seja aplicado em diversos estágios do processo criminal.

Além da vítima e do infrator, nas reuniões participam a família, amigos e pessoas importantes para ambos, de forma a decidir como administrar e superar as conseqüências do delito.

O procedimento da reunião é similar ao da mediação vitima-ofensor e tem como objetivos do encontro: envolver a vítima na construção da resposta ao delito; conscientizar o infrator a respeito da maldade de seus atos e vincular a vítima e o infrator à comunidade.

CIRCULOS DECISÓRIO (*sentencing circles / peacemaking circles / community circles*).

Os círculos decisórios começaram a ser utilizados em 1991, por juízes no Canadá, e em 1995 já tinha utilização em um projeto piloto nos EUA. O procedimento é utilizado em delitos cometidos tanto por jovens quanto por adultos, sendo também empregado para: delitos graves, disputas da comunidade, em escolas e em casos envolvendo o bem-estar e proteção da criança (SCHIFF, 2003, p. 322).

Os círculos têm utilização mais abrangente, não sendo utilizado somente para o fim restaurador, podendo ter sua utilização em problemas da comunidade, na promoção de suporte e cuidado para as vítimas e famílias e para a reintegração na comunidade de ex-detentos.

A sua promoção é admitida em todas as fases de entrada do processo restaurativo acima tratado, podendo a decisão ser aplicada como sentença, sendo ainda, admitido nesse processo que a implementação pré e pós-sentencial tenha o caráter restaurador necessário, uma vez que poderá dar suporte não só às vítimas e ofensores bem como a seus familiares que são diretamente envolvidos quando há a cominação de pena restritiva de liberdade, no caso do ofensor, e desvios psicológicos ou mesmo problemas relacionados ao delito sofrido, no caso da vítima.

Nos círculos participam as partes envolvidas no conflito (infrator/vítima), suas respectivas famílias, pessoas ligadas à vítima e ao infrator que queiram apoiá-los, qualquer pessoa que represente a comunidade e que tenha interesse em participar, vem como pessoas vinculadas ao sistema de justiça criminal (Promotores de Justiça, Juízes, Conselheiros, Polícia, etc.) (Pallamolla, 2009, p. 120). Sendo um processo estruturado para gerar um consenso compartilhado entre as pessoas que figuram no processo.

É interessante frisar que se trata de um procedimento restaurativo novo, sem que hajam muitos estudos formulados com métodos satisfatórios. Pela escassa pesquisa realizada, mostra-se uma satisfação comunitária com o procedimento e uma insatisfação não corriqueira dos ofensores, que por vezes se vêem em número desigual, diante de tantos representantes da comunidade e poucos ao seu lado. A experiência restaurativa, contudo, é válida e apresenta bons índices, como baixa reincidência dos ofensores. Pallamolla apresenta um estudo de caso com esses resultados, com base em pesquisa de Raye e Roberts, vejamos:

“Por ser uma forma mais recente de procedimento restaurativo, não existem muitos estudos a seu respeito. Todavia, vale referir uma pequena investigação feita por meio de entrevistas com participantes de círculo de sentença em Milaca e Princeton (Minnesota). O estudo refere que cinco entre seis ofensores sentiram-se satisfeitos com a experiência, tendo sido apoiados pela comunidade e recebido sua confiança. Alguns ofensores, contudo, contestaram a equidade do círculo, alegando que não puderam se expressar livremente. Já a comunidade parece ter percebido efeitos mais positivos, pois muitos referiram ter experimentado forte impacto com o processo.” (Pallamolla, 2009, p. 120)

Um dos importantes programas de Justiça restaurativa que utilizam os Círculos como forma de uma abordagem restaurativa, é o programa de São Caetano do Sul (São Paulo, Brasil). O programa em atividade desde 2005 tem como público alvo adolescentes autores de atos infracionais. Trata de um trabalho conjunto da Justiça Paulista com a Promotoria da Infância e Juventude, sendo essa que seleciona os casos, encaminha ao círculo restaurativo, fiscaliza os termos de acordo e o seu cumprimento, bem como a eventual aplicação de medida socioeducativa (RAUPP & BENEDETTI, 2007).

5 - COMENTÁRIOS ACERCA DE ALGUMAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS.

5.1 – O modelo Neozelandês.

A respeito das práticas restaurativas modernas entendemos ser necessário elaborar alguns pequenos comentários acerca das evoluções.

No campo da efetivação legislativa tecemos alguns comentários acerca da evolução Neozelandesa, que foi o primeiro País a adotar em sua legislação as práticas restaurativas.

Neste sentido, o País introduziu o modelo restaurativo na sua legislação em 1989, onde aprovou o Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias - *Children, Young Persons and Their Families Act*, elaborado com fundamento nas práticas ancestrais *Maoris*. Referido estatuto rompeu radicalmente com a legislação anterior e visava responder ao abuso, ao abandono e aos atos infracionais. A responsabilidade primária pelas decisões sobre o que seria feito quando da prática de um ato delitivo envolvendo adolescentes foi estendida às famílias, também chamadas de *whanau* (famílias/famílias estendidas), que receberiam apoio em seu papel de prestações de serviços e outras formas apropriadas de assistência.

O processo essencial para a tomada de decisões deveria ser a *reunião de grupo familiar*, que visava incluir todos os envolvidos e os representantes dos órgãos estatais responsáveis (bem-estar infantil para casos de cuidados e proteção e a polícia nos casos de infrações) (Maxwell, 2005).

Como já dito, ao utilizar da Reunião de Grupo Familiar a opção Neozelandesa foi de dotar os órgãos policiais com um poder vinculado de determinação no caso da apuração de um ato delitivo. Nesse sentido, após a constatação pelos Órgãos policiais de que um jovem cometeu a infração, podem-se ter cinco opções disponíveis: usar uma **advertência informal** (17% (percentual aproximado) dos casos em uma amostra de 2000-2001 (Maxwell, Roberston e Anderson 2002), usar uma **advertência escrita** (27%), **organizar um plano de encaminhamento alternativo** (32%), **fazer uma indicação direta para um RGF** (8%) ou então **apresentar a acusação no Tribunal de Jovens**, que fará uma indicação para um RGF quando as questões não são negadas ou provadas antes da decisão sobre os resultados (17%) (Maxwell, 2005).

Com o sucesso na diminuição da reincidência e com vista aos resultados de satisfação obtidos em 1995, três esquemas piloto – o Projeto *Turnaround (Dar a Volta)*, *TeWhanau Awhina* e o Programa de Responsabilidade Comunitária (*Community Accountability Programme*) – foram patrocinados pela Unidade de Prevenção ao Crime da Nova Zelândia (New Zealand Crime Prevention Unit) em colaboração com a polícia e os *Safer Community Councils (Conselhos de Comunidades Mais Seguras)* locais para desviar infratores adultos da necessidade de se apresentar em tribunais criminais. Todos os esquemas-piloto tinham elementos da justiça restaurativa.

O Projeto *Turnaround* é desenvolvido na cidade provinciana da Ilha Sul, chamada Timaru, e compartilha seus escritórios com o *Safer Community Council* e a Polícia Comunitária (*Community Police*).

Neste projeto a maioria dos infratores indicados é neozelandesa de origem europeia. No primeiro comparecimento do infrator no tribunal, os juízes desviam os casos selecionados para o procedimento de RGF; se o infrator comparece à reunião do painel subsequente e o plano que foi acordado e é completado, o infrator não comparece mais ao tribunal e a polícia retira suas provas. Os membros do painel no Projeto *Turnaround* são voluntários selecionados para representar a comunidade e treinados nos princípios

da justiça restaurativa. Um policial normalmente está presente na maioria das reuniões do painel e a vítima freqüentemente também está presente. Este processo no Projeto *Turnaround* pode ser contrastado com um processo plenamente restaurativo onde as decisões são tomadas pelos diretamente afetados pela infração e não por representantes indicados da comunidade. Entretanto, os planos traçados nas reuniões envolvem fazer reparações para a vítima e para a comunidade e fazer arranjos de natureza reintegradora e reabilitadora para o infrator. Este foco na recompensa à vítima e à comunidade é consistente com uma abordagem da justiça restaurativa.

Contudo, o processo sofre críticas no tocante a não obrigatoriedade de presença da vítima na elaboração do plano, o que por vezes mostra, quando não há uma vítima, um procedimento afastado dos ideais restaurativos plenos. Isso porque um dos requisitos dos processos em que há uma mediação de interesses é a participação de ambas as partes.

O *Te Whanau Awhina* está localizado em um *marae* (um centro comunitário que inclui uma sala de reuniões e outros edifícios para atividades habituais assim como instalações educacionais e de treinamento em Auckland, a maior cidade da Nova Zelândia, e as reuniões do painel comunitário são feitas no *whareniui* (uma casa de reuniões tradicional). Quase todos os infratores indicados para o *Te Whanau Awhina* são Maoris (as pessoas nativas da Nova Zelândia). Como no Projeto *Turnaround*, eles são indicados ao esquema pelo juiz na audiência no tribunal. Entretanto, os infratores que comparecem diante de um painel no *Te Whanau Awhina* não são necessariamente desviados de outros comparecimentos no tribunal ou de sanções adicionais (Maxwell, 2005).

A polícia não comparece às reuniões no *Te Whanau Awhina*, tampouco normalmente o fazem as vítimas diretas, embora, quem conduz as reuniões identifica a família do infrator e a comunidade dos Maoris como vítimas (Maxwell, 2005). O que mostra mais de forma mais enfática a crítica formulada acima acerca do Projeto *Turnaround*. Não há dúvidas das finalidades restaurativas que o procedimento enseja, contudo não se mostra um projeto puramente restaurativo no modelo de procedimento e finalidades, uma vez que não há, em grande parte das vezes, a participação da vítima para a formulação do acordo.

Dessa forma, apesar da louvável atitude Neozelandesa de introdução na Legislação nacional da prática restaurativa e da opção do modelo a ser seguido, o que se vê na prática é uma forma afastada de aplicação do procedimento e dos princípios de Justiça Restaurativa. Sendo certo, que ao passar dos anos os índices de satisfação acabaram por cair e o índice de reincidência aumentar (Maxwell, 2005), se comparados ao início de aplicação, o que acaba por diminuir o brilho dessa forma mais democrática de aplicação da Justiça.

5.2 – O modelo Canadense e o reconhecimento da Suprema Corte (caso Gladue VS the Queen / caso Proulx VS. The Queen).

Outra evolução que merece destaque é a evolução jurisprudencial apresentada pela Suprema Corte Canadense, que sem aplicar uma decisão carregada de um ativismo judicial, reconheceu uma discriminação que ocorria com os aborígenes e decidiu de forma a ocorrer uma inclusão social desses cidadãos mesmo no momento de aplicação da justiça.

O Canadá apresenta os registros da primeira experiência contemporânea com práticas restaurativas dada em 1974, onde dois jovens de Elmira, Ontário, acusados de vandalismo contra 22 propriedades, participaram de encontros presenciais com suas vítimas a fim de chegar a um acordo de indenização. Os dois rapazes visitaram as vítimas e foi negociado o ressarcimento, sendo que, dentro de alguns meses a dívida tinha sido paga. Assim nasceu o movimento de reconciliação entre vítimas e ofensores do Canadá.

No País há a utilização dos modelos de *sentencing circles* e *family-group conferences*, assim como na Austrália e Nova Zelândia.

Agregando e sistematizando diversas tendências, o Departamento de Justiça do Ministério da Justiça do Canadá elaborou um documento referencial¹⁷, no qual define que “justiça restaurativa é uma abordagem do crime focada em curar as relações e reparar o dano causado pelo crime aos indivíduos e às comunidades” (Sica, 2006).

Buscando ampliar o suporte institucional aos exitosos programas implementados no país, o documento reconhece que as práticas restaurativas deram contornos a um novo paradigma de justiça criminal, no qual “o crime é considerado como uma ofensa ou um erro praticado contra outra pessoa, ao invés de somente significar a quebra da lei ou uma ofensa contra o Estado” o que impõe uma reação penal diferenciada, não só “preocupada com a determinação de uma resposta adequada ao comportamento criminal, mas também com a reparação” que inclui todas as ações orientadas à tentativa de reparar os danos causados pelo crime, materialmente ou simbolicamente (importa observar que não há qualquer ênfase na reparação material, principalmente nas hipóteses em que a justiça restaurativa é efetivada por meio da mediação) (Sica, 2006).

Nesse sentido, de reconhecimento das diversas situações sociais diferentes para uma aplicação mais democrática de justiça é que se citam duas decisões referentes ao artigo 718.2 do Código Criminal e sua interpretação pela Suprema Corte (casos *Gladue v. the Queen* e *Proulx v. the Queen*).

A atuação da Suprema Corte se deu no caso *Gladue v. the Queen* (também mencionado como *R. v. Gladue*)¹⁸, quando, julgando a aplicação de princípios restaurativos no

¹⁷ Resumo preparado pelo Federal-Provincial-Territorial Working Group on Restorative Justice. Disponível em <http://canada.justice.gc.ca>.

¹⁸ A decisão está disponível em <http://www.usask.ca/nativelaw/publications/jah/gladue.html>.

momento de sentenciar um caso de homicídio doloso, após tecer longas considerações sobre o problema da superpopulação carcerária no país - tema que é quase um tabu nos tribunais pátrios, não só Canadense, mas de grande parte das Nações modernas, e passa longe das decisões judiciais - e sobre a discriminação de classes marginalizadas pelo sistema de justiça (em especial os aborígenes), a Suprema Corte reiterou o entendimento de que todas as soluções penais diversas da prisão devem ser privilegiadas, especialmente aquelas que reconhecem a diversidade cultural e a existência de percepções de justiça variadas em qualquer sociedade. A Suprema Corte percebeu que, como os fatores de formação (*background factors*) são uma das causas da criminalidade e devem ser considerados obrigatoriamente no momento de julgar uma conduta criminosa (Sica, 2006).

Nesse tocante, a decisão se tornou um marco a ser seguido, isso porque reconheceu um importante fator do desenvolvimento criminológico, qual seja, os fatores de formação de um indivíduo são uma das causas que cominam na sua conduta criminosa. O reconhecimento de que os fatores que tornam certo cidadão com um melhor desenvolvimento humano devem ser levados em conta na hora de se sentenciar as suas atitudes. A fome, o baixo nível de escolaridade e educação, uma vida abaixo da linha da miséria, são fatores que alteram o comportamento e a visão de um indivíduo com relação ao conceito social e o convívio em sociedade, sendo necessário tornarem-se fatores para um julgamento mais democrático.

A referida decisão Considerou, assim, que a justiça restaurativa oferece mecanismos mais flexíveis para analisar as circunstâncias individuais do caso sobre a seguinte base: “para este crime, cometido por este ofensor, que causou dano a esta vítima, nesta comunidade, qual a sanção apropriada de acordo com o Código Criminal?” (transcrição conforme o original)¹⁹.

¹⁹ Purpose and Principles of Sentencing. 718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives: (a) to denounce unlawful conduct;(b) to deter the offender and other persons from committing offences; (c) to separate offenders from society, where necessary; (d) to assist in rehabilitating offenders; **(e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.** Fundamental principle 718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. 718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles: (a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing: (i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor, [...] **(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and (e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.** (grifos nossos).

O que se verifica é que houve uma tentativa de se reverter a discriminação por parte da Suprema Corte, sendo certo, que se observou a formação de uma “clientela” para o sistema carcerário e de aplicação da justiça penal.

Dando conta do avanço do modelo restaurativo sobre o modelo tradicional, a Suprema Corte do Canadá, analisando a aplicação da justiça restaurativa aos princípios legais da finalidade da pena, assim definiu (Sica, 2006):

Justiça restaurativa diz respeito à restauração das partes que foram afetadas pela prática de uma ofensa. O crime, geralmente, afeta pelo menos três partes: a vítima, a comunidade e o ofensor. A abordagem da justiça restaurativa visa remediar os efeitos adversos do crime, de maneira a focar as necessidades de todas as partes envolvidas. Isto é realizado, em parte, através da reabilitação do ofensor, reparação em favor da vítima e da comunidade e promoção de um senso de responsabilidade no ofensor e reconhecimento do dano causado à vítima e à comunidade (caso *Proulx v. the Queen*).

Nessa mesma decisão, a Suprema Corte lançou outras duas considerações relevantes, principalmente por se tratar de conclusões apoiadas em casos concretos: (i) a justiça restaurativa e a justiça punitiva não se excluem, complementam-se e (ii) há evidências empíricas do efeito preventivo das práticas restaurativas, as quais se opõem à falta de evidências de que a prisão tenha algum efeito dissuasório em relação à criminalidade (Sica, 2006).

Pelo exposto, tem-se que o desenvolvimento da jurisprudência Canadense vem mostrando que a inclusão da prática restaurativa é uma forma de se aplicar um sistema penal mais democrático, onde se consideram todos os fatores de formação do indivíduo antes de lhe ser cominada a pena. Sendo essa forma, um meio de se evitar a formação de uma “clientela penal especializada”, aonde a massificação de processos se dá em desfavor de determinada raça ou classe social específica, devendo a sociedade criar formas alternativas de inclusão dessas pessoas e torná-las melhores cidadãos, ao invés de lhe mostrar somente o rigor do sistema e o punho forte da lei²⁰.

6 – CONCLUSÃO.

Não restam dúvidas que o aumento da criminalidade e a especialização de alguns grupos criminosos revelaram a fragilidade do nosso atual sistema penal. Algumas grandes falhas vêm mostrando formas cada vez mais problemas na aplicação de uma justiça penal equitativa e democrática, aonde não se observa diversos fatores tais como aqueles de formação do indivíduo, o aumento da violência, a “crise” de legitimidade do sistema de justiça criminal e a mudança do papel do Estado na solução de conflitos e na promoção de políticas públicas.

²⁰ Sobre o tema ler: WILLIAMS, Melissa S. “Criminal justice, democratic fairness, and cultural pluralism: the case of the aboriginal peoples in Canada”. *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5, n. 2. New York, Buffalo Criminal Law Center, 2002, p. 452-495. Disponível em: <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm>. Acesso: 12.01.06.

A distância que é tratada a vítima e o ofensor fazem com que haja por parte dos mesmos um alto índice de insatisfação e reincidência. A resposta da privação de liberdade de forma indiscriminada não mais ressocializa o indivíduo tornando-o apto ao convívio social.

A prática de uma forma de punição aonde o indivíduo se torna um cidadão, com responsabilidade e humanidade, aonde há a colocação no lugar daquele que sofre com o ato delitivo (vítima), faz com que a ressocialização seja mais eficiente e correta.

Essa nova forma de aplicação de justiça, uma Justiça Restaurativa, é um tema com evidente margem para crescimento na perspectiva criminológica e penal, até porque tem sua primeira adoção em um sistema legislativo remontado o fim da década de 1980 (Nova Zelândia). O modelo de justiça restaurativa não comporta ainda conceitos fechados e nem uma estrutura rígida, enfatizando o dano sofrido pela vítima e as necessidades dele decorrentes, a responsabilidade do ofensor para que repare o dano, o empoderamento das partes envolvidas, e, sempre que possível a reparação e reafirmação das relações desfiguradas pelo delito.

As evoluções dos modelos e das práticas são uma boa forma de se aprimorar o próprio sistema. Observam-se grandes esforços jurisprudenciais na América do Norte (Canadá e EUA) e em alguns Países Europeus (Bélgica, Alemanha, França, entre outros), também são observados alguns movimentos pioneiros de aplicação complementar à justiça penal com uma prática restaurativa tal como os programas pioneiros do Brasil, da Argentina e dos acima citados. A evolução doutrinária também é notável desde a formação do pensamento de Howard Zehr em "*changing lenses*" (Zehr, 2008) e de Lode Walgrave (Walgrave, 1999), até as diversas fontes doutrinárias apresentadas tal como Leonardo Sica, Raffaella Pallamolla, Mylène Jaccound, entre tantos outros.

O aprimoramento dessa forma de aplicação restaurativa por parte de uma jurisprudência mais humanizada e de uma doutrina mais especializada culmina em uma justiça penal mais democrática com índices de satisfação dos envolvidos no conflito penal mais favoráveis, e tendo uma retribuição penal mais apropriada. Demonstrou, quando bem aplicado, que os índices de reincidência podem cair drasticamente frente aos índices do sistema penal hodierno. Mostra de outro lado, uma diminuição de problemas secundários tal como aqueles relacionados à vitimização.

O que é certo, é que seja de forma complementar ou mesmo alternativa a justiça restaurativa tem se mostrado um excelente componente para a resolução de problemas sociais que afetam cada vez mais a sociedade, e de forma indireta diminuiriam problemas tais como o excesso de presos (superlotação e aumento da criminalidade) e de prisões.

Essa nova forma de regulação social reafirma mais o conceito democrático de Estado, sob o ponto de vista participativo, e determina mais a responsabilidade frente à sociedade, mesmo quando há a quebra de um preceito de convivência social. Sendo uma

integração do cidadão infrator, e uma forma para esse cidadão, mais responsável de reparar seus próprios erros.

BIBLIOGRAFIA

- Achutti, D. (2009). *Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- AERTSEN, I., & PETERS, T. (outubro de 2003). Des politiques européennes en matière de justice restauratrice. *Le Journal International de Victimologie*, n.1.
- BONAFÉ-SCHMITT, J. P. (2003). Justice réparatrice et médiation pénale: versa de nouveaux modèles de régulation sociale? In: M. Jaccoud, *Justice Réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?* (pp. 17-51). Paris: L'Harmattan, Collection Sciences Criminelles.
- CERETTI, A., & MANNOZZI, G. (2000). *Più riparazione meno pena*. Acesso em 04 de 20 de 2011, disponível em Galileo Giornale di Scienza e: www.galileonet.it/archiviop.
- FROESTAD, J., & SHEARING, C. (2005). Prática da Justiça - O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. (C. Slakmon, R. De Vitto, & R. Gomes Pinto, Eds.) *Justiça Restaurativa*, pp. 79-125.
- Jaccoud, M. (2005). *Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. (C. Slakmon, R. C. De Vitto, & R. S. Gomes Pinto, Eds.) Brasília, Distrito Federal, Brasil: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD.
- Maxwell, G. (2005). A Justiça Restaurativa na Nova. (C. Slakmon, R. C. De Vitto, & R. S. Gomes Pinto, Eds.) *Justiça Restaurativa*, 281-297.
- McCOLD, P. (2001). Primary Restorative Justice Practices. In: M. MORRIS, & G. MAXWELL, *Restorative Justice for Juveniles. Conferencing, Mediation* (pp. 45-46). Oxford: Hart Publishing.
- MIERS, D. (setembro de 2003). Um Estudo comparado de sistemas. *Relatório DIKÊ - Proteção e Promoção dos Direitos das Vitimas de Crime no âmbito da Decisão - Quadro relativo ao Estatuto da Vitima em Processo Penal*, pp. 45-60.
- Miers, D. (2007). The international development of restorative justice. In: D. W. VAN NESS, & Gerry, *Handbook os Restorative Justice* (pp. 447-467). Cullompton, UK; Portland, USA: Willian Publishing.
- Pallamolla, R. d. (2009). *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM.
- RAUPP, M., & BENEDETTI, J. C. (2007). A implementação da Justiça Restaurativa no Brasil: Uma Avaliação dos Programas de Justiça Restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto-Alegre. *Ultima Ratio*, 1(1), 9-11.
- SCHIFF, M. (2003). Models, Challenges and The promise of Restorative Conferencing Strategies. (A. VON HIRSCH, J. ROBERTS, A. BOTTOMS, K. ROACH, & M. SCHIFF, Eds.) *Restorative Justice & Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?*, 315-338.
- Sica, L. (2006). *Bases para o modelo Brasileiro de Justiça restaurativa in "Novas direções na governança da Justiça e da Segurança"*. (C. Slakmon, M. R. Machado, & P. C. Bottini, Eds.) Brasília, Distrito Federal: Ministério da Justiça.
- SICA, L. (2007). *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Van Ness, D., & Strong, K. H. (1997). *Restoring Justice*. Cincinnati, Ohio, EUA: Anderson Publishing Co.

Walgrave, L. (1999). "La justice réparatrice : à la recherche d'une théorie et.
Criminologie, 32 (1), pp. 7-29.

Zehr, H. (2008). *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo:
Palas Athena.