

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

LARISSA ROSA

**O MODELO CONSENSUAL DE JUSTIÇA CRIMINAL
E A VÍTIMA DE CRIME**

FRANCA

2016

LARISSA ROSA

**O MODELO CONSENSUAL DE JUSTIÇA CRIMINAL
E A VÍTIMA DE CRIME**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

**Orientadora: Prof^a. Dr^a. Marisa Helena D’Arbo
Alves de Freitas**

FRANCA

2016

Rosa, Larissa.

O modelo consensual de justiça criminal e a vítima de crime /
Larissa Rosa. – Franca : [s.n.], 2016.

131 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual
Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientadora: Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

1. Direito penal. 2. Justiça restaurativa. 3. Vitimologia
I. Título.

CDD – 341.5

ATA DA DEFESA PÚBLICA DA DISSERTAÇÃO DE MESTRADO DE LARISSA ROSA, DISCENTE DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, DA FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS.

Aos 23 dias do mês de agosto do ano de 2016, às 09:00 horas, no(a) Sala de Defesa da Pós-Graduação, reuniu-se a Comissão Examinadora da Defesa Pública, composta pelos seguintes membros: Prof^a Dr^a MARISA HELENA D'ARBO ALVES DE FREITAS - Orientador(a) do(a) Departamento de Direito Público / Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Prof. Dr. PAULO CESAR CORREA BORGES do(a) Departamento de Direito Público / Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Prof. Dr. ANTONIO MILTON DE BARROS do(a) FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA, sob a presidência do primeiro, a fim de proceder a arguição pública da DISSERTAÇÃO DE MESTRADO de LARISSA ROSA, intitulada **O MODELO CONSENSUAL DE JUSTIÇA CRIMINAL E A VÍTIMA DE CRIME**. Após a exposição, a discente foi arguida oralmente pelos membros da Comissão Examinadora, tendo recebido o conceito final: Aprovada . Nada mais havendo, foi lavrada a presente ata, que após lida e aprovada, foi assinada pelos membros da Comissão Examinadora.


Prof^a Dr^a MARISA HELENA D'ARBO ALVES DE FREITAS

Prof. Dr. PAULO CESAR CORREA BORGES


Prof. Dr. ANTONIO MILTON DE BARROS

ATESTADO DE APROVAÇÃO - DEFESA

Atestamos que **LARISSA ROSA**, RA nº: 175550-1, RG nº 439.529.75X-SP, expedido pela SSP/SP, defendeu, no dia 23/08/2016, a dissertação intitulada **O MODELO CONSENSUAL DE JUSTIÇA CRIMINAL E A VÍTIMA DE CRIME**, junto ao Programa de Pós Graduação em DIREITO, Curso de Mestrado Acadêmico, tendo sido 'APROVADA'.

Atestamos ainda que a obtenção do título dependerá de homologação pelo Órgão Colegiado competente.

Franca, 23 de agosto de 2016



Mauro Lúcio Ferreira
Supervisor Técnico de Seção
Seção Técnica de Pós-Graduação

LARISSA ROSA

**O MODELO CONSENSUAL DE JUSTIÇA CRIMINAL
E A VÍTIMA DE CRIME**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof^a. Dr^a. Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____ de _____ de 2016.

Dedico este trabalho à minha mãe, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, à minha orientadora, por ser esta pessoa tão disponível e dedicada que corrigiu incansavelmente meus textos, me emprestou livros e sempre manteve comigo um diálogo produtivo e esclarecedor sobre diversos pontos que foram essenciais para a elaboração deste trabalho.

Aos professores Paulo César Corrêa Borges e Fernando Andrade Fernandes, tanto pelas considerações feitas na banca de qualificação quanto pelas aulas ministradas no mestrado.

À professora Ana Gabriela Mendes Braga e ao professor David Sánchez Rubio, por me ensinarem tanto em tão pouco tempo.

À Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP, representada pelas funcionárias e pelos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Departamento de Direito Público, da Diretoria e da Biblioteca.

Aos meus familiares, amigos e amigas, por sempre me apoiarem incondicionalmente.

Finalmente, agradeço às pessoas maravilhosas que dividiram comigo este ciclo e passaram a integrar o meu núcleo duro de amizade: Helena, Jéssica, Paula, Renan, Theuan, Pedro e Ivan. Apesar de o ciclo ter se encerrado, espero que vocês estejam eternamente presentes na minha vida.

ROSA, Larissa. **O modelo consensual de justiça criminal e a vítima de crime**. 2016. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise do modelo consensual de justiça criminal como alternativa para o sistema penal retributivo-punitivo, enfatizando o importante papel que a vítima exerce na construção deste novo sistema de resolução de conflitos no âmbito criminal. Parte-se da vertente vitimológica de inclusão, que incentiva a valorização da vítima sem defender a exclusão ou redução dos direitos do acusado, e da realidade brasileira, considerando a adoção do sistema consensual na situação em que ele coexiste com o sistema criminal tradicional. Assim sendo, não se parte de uma proposta abolicionista. Pretende-se, sob uma perspectiva vitimológica, analisar qual é o papel da vítima para a elaboração de políticas criminais efetivas e para a legitimação da atuação estatal na esfera criminal e quais são os principais motivos para a crise do modelo de justiça retributivo-punitivo, partindo-se da ideia de que a vítima é importante instância de controle. Busca-se a análise dos princípios, fundamentos, valores e práticas propostos pelo modelo consensual de justiça criminal, especialmente aqueles referentes à justiça restaurativa, partindo-se da noção geral de que este modelo sustenta uma política criminal de valorização da vítima e do diálogo entre as partes. As principais críticas feitas à adoção do modelo de justiça restaurativa são estudadas, a fim de compreender a viabilidade da proposta consensual. Por fim, situa-se a realidade brasileira com relação à adoção de legislações e práticas consensuais, destacando-se o cenário após a Lei n. 9.099/95. Pondera-se sobre os pontos positivos e negativos da adoção de um modelo restaurativo, na intenção de se concluir pela sua aplicabilidade no Brasil, sem desconsiderar a realidade punitiva e de desigualdades existente. Para atingir os objetivos propostos, o método adotado foi o dedutivo e a técnica utilizada foi de pesquisa bibliográfica, com abordagem teórica e descritiva, partindo-se das hipóteses de que o modelo retributivo-punitivo não integra a vítima à resolução dos conflitos penais e aí reside um dos motivos para a sua crise; e de que o modelo consensual possibilita a integração da vítima ao procedimento penal e é compatível com a realidade brasileira. Conclui-se que é necessária uma sistematização legal da justiça restaurativa, que utilize uma nova linguagem, refute estereótipos, sustente a preparação contínua de seus profissionais, proponha um procedimento flexível e incentive o diálogo e a participação efetiva das partes na resolução do conflito penal. Contudo, defende-se que não basta que os institutos e práticas consensuais-restaurativos estejam previstos legalmente, é preciso que os seus valores sejam respeitados na prática, reduzindo-se a adoção de momentos processuais isolados, que funcionam como mera formalidade ou etapa de um processo que pretende somente a punição do acusado. A justiça restaurativa não pode ser vista como a solução para todos os problemas criminais brasileiros, mas seus ideais, se corretamente implementados, têm o potencial de transformar a forma como são enxergados o crime e a importância das partes para a resolução do conflito penal, especialmente a vítima.

Palavras-chave: vítima. vitimologia. justiça consensual. justiça restaurativa. modelos de justiça criminal.

ROSA, Larissa. **O modelo consensual de justiça criminal e a vítima de crime**. 2016. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

ABSTRACT

This study aims to analyze the consensual model of criminal justice as an alternative to retributive-punitive criminal system, emphasizing the important role that the victim plays in the construction of this new system of conflict resolution in the criminal context. It starts from a victimological aspect of inclusion, which encourages the appreciation of the victim without defending the exclusion or reduction of the rights of the accused, and from the Brazilian reality, considering the adoption of the consensual system in the situation where it coexists with the traditional criminal justice system. Therefore it does not start from an abolitionist proposal. It is intended, under a victimological perspective, to analyze what is the role of the victim for the development of effective criminal policy and for the legitimacy of state action in the criminal sphere and what are the main reasons for the crisis of retributive-punitive justice model, starting from the idea that the victim is an important control instance. It is intended also the analysis of the principles, fundamentals, values and practices proposed by consensual model of criminal justice, especially those related to restorative justice, starting from the general notion that this model supports a criminal policy of the victim recovery and dialogue between the parts. The main criticisms of the adoption of restorative justice model are studied in order to understand the feasibility of consensual proposal. Finally, the Brazilian reality is emphasized regarding the adoption of legislation and consensual practices, highlighting the scene after the Law n. 9,099 / 95. It is intended to weigh the pros and cons of adopting a restorative model, in the intention to find it to be applicable in Brazil without disregarding the reality punitive and existing inequalities. To achieve the proposed objectives, the method used was deductive and the technique used was bibliographical research with theoretical and descriptive approach, starting from the hypothesis that the retributive-punitive model does not bring the victim to the resolution of criminal conflicts and there lies one of the reasons for its crisis; and that the consensus model enables the integration of the victim to the criminal procedure and is compatible with the Brazilian reality. It is concluded that a legal systematization of restorative justice is required to use a new language, refute stereotypes, sustain the continued preparation of its professionals, propose a flexible approach and encourage dialogue and effective participation of the parties in resolving the criminal conflict. However, it is not enough that the institutes and consensus-restorative practices are prescribed legally, it is necessary that their values are respected in practice by reducing the adoption of isolated procedural moments which act as a formality or step in a process that pursues only the punishment of the accused. The restorative justice can't be seen as the solution to all Brazilian criminal problems, but its ideals, if properly implemented, have the potential to transform the way the crime and the importance of the parties for the resolution of the criminal conflict are viewed, especially the victim.

Keywords: victim. victimology. consensual justice. restorative justice. criminal justice models.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
 CAPÍTULO 1 A CRISE DO SISTEMA RETRIBUTIVO-PUNITIVO E O PAPEL DA VÍTIMA NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS	 12
1.1 O papel da vítima para a resolução dos conflitos penais	12
<i>1.1.1 Vitimologia: limites e definições</i>	<i>15</i>
<i>1.1.2 Vítima e processo de vitimização</i>	<i>21</i>
1.2 Reflexões sobre a falência do sistema penal atual	27
1.3 Política criminal orientada para a vítima de crime.....	37
 CAPÍTULO 2 O MODELO CONSENSUAL DE JUSTIÇA CRIMINAL E O PROTAGONISMO DA VÍTIMA	 46
2.1 Princípios e fundamentos do modelo consensual de justiça criminal.....	46
2.2 A justiça restaurativa: uma nova perspectiva	56
<i>2.2.1 Concepções e valores</i>	<i>63</i>
<i>2.2.2 Os princípios restaurativos segundo a Resolução da ONU.....</i>	<i>66</i>
<i>2.2.3 Os modelos e sistemas restaurativos: a relação da justiça restaurativa com o sistema de justiça criminal.....</i>	<i>68</i>
<i>2.2.4 Momentos de aplicação</i>	<i>71</i>
<i>2.2.5 Práticas restaurativas.....</i>	<i>72</i>
2.3 Ponderações críticas	77
<i>2.3.1 Justiça restaurativa como expansão da rede de controle penal</i>	<i>77</i>
<i>2.3.2 Justiça restaurativa como violação a garantias penais e processuais</i>	<i>79</i>
 CAPÍTULO 3 A JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL NO BRASIL E A SITUAÇÃO DA VÍTIMA DE CRIME.....	 83
3.1 A Lei n. 9.099/95: mudança de paradigma?.....	83
3.2 A justiça restaurativa no cenário brasileiro.....	92
<i>3.2.1 Projetos-piloto de justiça restaurativa</i>	<i>94</i>
<i>3.2.2 O Projeto de Lei n. 7.006/2006</i>	<i>97</i>
<i>3.2.3 O Projeto de Lei n. 8.045/2010</i>	<i>100</i>
<i>3.2.4 Realidade de desigualdades e o perigo da inversão ideológica</i>	<i>107</i>

CONCLUSÃO.....	112
-----------------------	------------

REFERÊNCIAS	122
--------------------------	------------

INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste trabalho foi analisar o modelo consensual de justiça criminal como alternativa para o sistema penal retributivo-punitivo, enfatizando o importante papel que a vítima exerce na construção deste novo sistema de resolução de conflitos no âmbito criminal. Parte-se da vertente vitimológica de inclusão, que incentiva a valorização da vítima sem defender a exclusão ou redução dos direitos do acusado. Além disso, o estudo considera a realidade brasileira, portanto, analisa a adoção do sistema consensual na situação em que ele coexiste com o sistema criminal tradicional, sem partir de uma proposta abolicionista.

Para alcançar o objetivo geral, foram traçados cinco objetivos específicos.

O primeiro foi analisar o papel da vítima para a elaboração de políticas criminais efetivas, utilizando-se as teorias vitimológicas e os dados da Pesquisa Nacional de Vitimização¹.

O segundo objetivo foi estudar, sob uma perspectiva vitimológica, quais são os principais motivos para a crise do modelo de justiça retributivo-punitivo, partindo-se da ideia de que a vítima é importante instância de controle, na medida em que ela atua como verdadeiro “*gate keeper*” ao decidir não notificar o delito sofrido, aumentando os índices de subnotificação, o que representa incremento da chamada “cifra oculta” – que é a defasagem entre a criminalidade real e aqueles dados que chegam ao conhecimento dos órgãos de controle oficiais. Na análise considera-se, ainda, o fato de que esse incremento da “cifra oculta” é prejudicial à elaboração de políticas públicas efetivas e interfere diretamente na legitimação da atuação estatal na esfera criminal.

O terceiro objetivo específico abarcou a análise dos princípios, fundamentos, valores e práticas propostos pelo modelo consensual de justiça criminal, especialmente aqueles referentes à justiça restaurativa. Parte-se da noção geral de que este modelo sustenta uma política criminal de valorização da vítima e do diálogo entre as partes².

O quarto objetivo foi destacar as principais críticas feitas à adoção do modelo de justiça restaurativa, notadamente aquela que aponta essa justiça como forma de expansão do controle penal e a que indica que a adoção de práticas restaurativas viola direitos e garantias

¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Pesquisa Nacional de Vitimização**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

² Neste trabalho, sob a designação “partes” considera-se a vítima, o ofensor e qualquer outro indivíduo afetado pelo crime que esteja envolvido no processo de resolução do conflito criminal.

fundamentais. Pretendeu-se uma análise destas críticas, a fim de compreender a viabilidade da proposta consensual.

O último objetivo foi situar a realidade brasileira com relação à adoção de legislações e práticas consensuais, destacando-se o cenário após a Lei n. 9.099/95. Pretendeu-se destacar os pontos positivos e negativos da adoção de um modelo restaurativo, na intenção de se concluir pela sua aplicabilidade no Brasil.

Para atingir os objetivos propostos, o método adotado foi o dedutivo, ou seja, a partir da análise geral do modelo consensual e da importância da vítima para a elaboração de políticas públicas efetivas na seara criminal, buscou-se analisar se as críticas ao sistema consensual-restaurativo são justificáveis na realidade brasileira ou se o Brasil deve reproduzir cada vez mais normas e comportamentos neste sentido dialogal-consensual.

A técnica utilizada foi de pesquisa bibliográfica, com abordagem teórica e descritiva, partindo-se das hipóteses de que o modelo retributivo-punitivo não integra a vítima à resolução dos conflitos penais e aí reside um dos motivos para a sua crise; e de que o modelo consensual possibilita a integração da vítima ao procedimento penal e é compatível com a realidade brasileira.

O estudo tem como referenciais as teorias vitimológicas e restaurativas e pretende contribuir por meio da análise crítica sobre a possibilidade de adoção com sucesso de técnicas consensuais-restaurativas em um sistema predominantemente retributivo-punitivo como o brasileiro.

Os materiais utilizados como fontes da pesquisa foram obras doutrinárias diversas e dados de pesquisas empíricas realizadas sobre os temas abordados.

Para tratar dos objetivos propostos a partir da metodologia adotada, o trabalho foi dividido em três capítulos.

O primeiro cuida de analisar o papel da vítima na resolução dos conflitos penais, indicando que a valorização da vítima como sujeito essencial para a compreensão da dinâmica criminal é recente e tomou corpo com o estudo da vítima de crime pela vitimologia. Aponta-se que este ramo da Criminologia, com o auxílio das pesquisas empíricas, tem-se preocupado com a interação entre a vítima e o criminoso, o processo de vitimização e as vulnerabilidades e necessidades da vítima. A evolução nos estudos da vítima possibilitou a reflexão sobre a falência do sistema penal atual sob uma ótica vitimológica, o que permitiu analisar a proposta de elaboração de política criminal orientada para a vítima de crime, composta pelas necessidades restitutiva-reparatória-restauradora e preventiva.

No segundo capítulo, estudou-se o modelo consensual, que permite a implementação e institucionalização da política criminal orientada para a vítima de crime, na medida em que potencializa seu protagonismo na resolução dos conflitos penais. Foram abordados os princípios, concepções, fundamentos e práticas do modelo consensual e da justiça restaurativa, considerando-se as críticas elaboradas sobre o tema, notadamente sobre a possível expansão da rede de controle penal, possibilitada pela adoção de propostas consensuais e sobre o potencial risco de violação de garantias penais e processuais gerado pela resolução dialogal de conflitos penais.

O último capítulo abordou a contextualização da temática à realidade brasileira. Foram analisadas as principais inovações implementadas no ordenamento nacional a partir da Lei n. 9.099/95, a fim de permitir a reflexão sobre a contribuição que esta lei trouxe para a evolução da proposta consensual no Brasil. Após, foram analisados os projetos-piloto de justiça restaurativa já implantados no Brasil, o Projeto de Lei que incentiva a adoção da justiça restaurativa e pretende implementá-la no país. Por fim, buscou-se rebater a crítica de que a realidade brasileira é marcada por desigualdades estruturais, o que tornaria inaplicável qualquer meio de resolução pautado pelo diálogo.

Pretendeu-se, por meio da análise crítica, responder afirmativamente ao seguinte problema: pode a justiça consensual-restaurativa ser uma experiência bem sucedida em países como o Brasil, onde o acesso à justiça permanece limitado para a maioria dos cidadãos e comunidades e onde o sistema formal de justiça tende a perpetuar mais do que eliminar as desigualdades socioeconômicas já existentes?

CAPÍTULO 1 A CRISE DO SISTEMA RETRIBUTIVO-PUNITIVO E O PAPEL DA VÍTIMA NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS

1.1 O papel da vítima para a resolução dos conflitos penais

O papel da vítima no curso da história modificou-se com a evolução da sociedade. Em um primeiro momento, o pré-social, os conflitos se resolviam por meio da vingança privada ilimitada, quando era valorizada a figura da vítima. Em um segundo momento, o protojurídico, a vingança privada ainda era utilizada como forma de solução dos conflitos, mas passou a ser limitada com base na proporcionalidade da vingança em relação à ofensa produzida, considerando-se a ideia da compensação, permanecendo a vítima ainda como protagonista no cenário da resolução dos conflitos. Em um terceiro momento, o da judicialização do conflito, um terceiro (o juiz) passou a ter a responsabilidade de determinar o montante indenizatório da reparação do dano gerado pelo conflito, o que inicia o processo de desvalorização da vítima. Em um quarto momento, o Estado assume, de vez, o monopólio da resolução dos conflitos, o que significa que a punição estatal adotada passou a ser prioritária em relação aos interesses reparatórios e punitivos da vítima concreta, restringindo esta meramente à condição de sujeito passivo do delito. Estes momentos, contudo, não se sucederam de forma linear.¹

A partir destes marcos, é possível analisar o papel da vítima no conflito penal, havendo momentos de valorização e de desinteresse em relação a ela, passando por três fases principais: o protagonismo (idade de ouro), o esquecimento e o redescobrimento.

A idade de ouro da vítima pode ser apontada como o período de maior valorização, já que a vítima era primordial para a resolução dos conflitos. Esta fase pode ser identificada no período compreendido desde os primórdios da civilização até o fim da Alta Idade Média. Neste período, o direito penal era exercido principalmente por meio de uma espécie de justiça privada na qual a vítima era o sujeito central do conflito e a sua reparação era essencial para a solução do embate.²

A partir do início da Baixa Idade Média (século XII) verifica-se o período caracterizado pelo esquecimento ou ostracismo da vítima, com a sua perda gradativa de espaço na resolução dos conflitos, já que o soberano e, posteriormente, o Estado assumem a

¹ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 21 et seq.

² OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 18 et seq.

responsabilidade exclusiva pela administração da justiça, pela persecução penal e pela punição do criminoso. A vítima fica, desde então, relegada a um papel neutro, meramente utilitário e informativo no processo de solução dos conflitos.³

É possível, assim, identificar que “[...] as teorias do Direito Penal e do Processo Penal têm como base justificadora a expropriação do conflito entre agente e vítima, e a intervenção estatal para a solução do conflito.”⁴ Ana Sofia Schmidt de Oliveira destaca que “As partes diretamente envolvidas perdem o direito de buscar, por si, a solução do litígio; devem, necessariamente, submeter-se a um poder exterior a elas que se reveste como poder judiciário e poder político.”⁵

Nesta fase, com a influência do Iluminismo e da Escola Clássica, a preocupação maior era com o crime e com o criminoso, buscando-se a aplicação de penas mais humanizadas, repudiando as sanções corporais que eram aplicadas. Desenvolvem-se, a partir da Escola Positiva, estudos sobre a pessoa do delinquente, afastando-se a vítima do protagonismo no cenário da questão criminal.⁶

É possível verificar que “[...] tanto a escola Clássica de Beccaria e Fierbachi, como a Escola Positiva de Lombroso, Ferri e Garofalo, estavam centradas na tríade delito-delinquente-pena. Nenhuma dessas correntes levou em consideração o outro componente da relação jurídico-penal que é a vítima.”⁷

Ainda que a Escola Positiva não tenha se preocupado de forma adequada com a figura da vítima, é preciso ressaltar que foi com as obras de Lombroso, de Garofalo e, especialmente, de Ferri que surgiu a noção da importância da reparação do dano ao ofendido, destacando, de certa forma, a imagem e o estudo da vítima.⁸

Ainda hoje, a noção de violação ao soberano permanece como fundamento dos processos de criminalização, tornando-se recorrente dizer que “O Estado seria o ‘sujeito

³ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 19, 32 et seq.

⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 20.

⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 33.

⁶ MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. **Vitimologia e direitos humanos**: o processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012. p. 48; FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 16; OLIVEIRA, op. cit., p. 36.

⁷ BREGA FILHO, Vladimir. A reparação do dano no direito penal brasileiro: perspectivas. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 9, n. 318, maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5242/a-reparacao-do-dano-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

⁸ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 58 et seq.; MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. In: _____. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 187-188. Também no mesmo sentido, Luis Rodríguez Manzanera aponta que, por influência da escola positiva, vários congressos internacionais trataram do tema da proteção e indenização da vítima do delito (RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología**: estudio de la víctima. 12. ed. México: Porrúa, 2010. p. 9).

passivo constante' de todos os crimes e a vítima propriamente dita apenas o 'sujeito passivo eventual'”⁹, ou seja, “A verdadeira vítima do delito somente poderá ser definida a partir do caso concreto.”¹⁰

Neste sentido, Raffaella Pallamolla defende que:

O direito penal esqueceu da vítima ao tratar apenas da “proteção de bens jurídicos” desde o viés do castigo àquele que cometeu um delito, e negligenciou o dano causado à vítima e a necessidade de reparação. Além do direito penal, também o processo penal esqueceu da vítima ao deixá-la à margem do processo e sem proteger seus direitos. Até mesmo a criminologia esqueceu dela, pois tratou apenas do delinquente, num primeiro momento, para depois passar a entender o delito como um fenômeno relacional sem, entretanto, analisar a vítima da relação, restringindo-se, apenas, à análise dos processos de criminalização.¹¹

O redescobrimento¹² da vítima ocorre, principalmente, a partir da Segunda Guerra Mundial, marco histórico no cometimento de atrocidades contra seres humanos, representada pela macrovitimização resultante do holocausto judeu.¹³ Desde esta barbárie histórica, surgiram diversas organizações com o objetivo de proporcionar proteção à vítima, ocorrendo a sua valorização como sujeito de direitos e como sujeito pertencente à estrutura do crime.¹⁴

A partir da década de 60 – momento histórico marcado por grandes mudanças sociais – surgem novos estudos baseados no denominado interacionismo (*labeling approach*), também conhecido como teoria da reação social ou do etiquetamento, integrando na análise da criminalidade, que antes se limitava ao estudo do crime e do delinquente, a ponderação sobre as instâncias de controle social, que seriam responsáveis pela seleção e estigmatização dos desviantes (*outsiders*).¹⁵ Com o estudo sobre o papel relevante das instâncias formais, é possível identificar a existência de um processo paralelo de seleção e estigmatização da

⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 107.

¹⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 64-65.

¹¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 46.

¹² Este termo é amplamente utilizado, mas muito criticado pela doutrina, por se tratar de uma indevida remissão ao passado de vingança privada. Cf: OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 57 et seq.; BARROS, op. cit., p. 45.

¹³ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 65.

¹⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 62 et seq. e PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 72.

¹⁵ CÂMARA, op. cit., p. 80-81.

vítima, fenômeno denominado pela vitimologia como revitimização.¹⁶ Assim, é prudente sublinhar o contributo da redescoberta da vítima pela criminologia moderna.¹⁷

A valorização da vítima como sujeito essencial para a compreensão da dinâmica criminal, portanto, constitui importante contributo para a criminologia moderna e originou uma nova área de estudos científicos denominada “vitimologia”.

1.1.1 Vitimologia: limites e definições

A vitimologia é, basicamente, o estudo da vítima.¹⁸ A vítima referida comporta, contudo, diferentes significados e dimensões.

Um primeiro entendimento a ser destacado parte da ideia de autonomia científica da vitimologia, adotando, em consequência, um conceito amplo de vítima¹⁹. Sustenta-se nesta escola que seriam objeto de estudo da vitimologia todas as vítimas, incluindo a vítima de crime, as vítimas de acontecimentos naturais, dos problemas sociais e econômicos. O principal defensor desse entendimento foi Benjamin Mendelsohn, advogado e professor emérito da Universidade Hebraica de Jerusalém, um dos precursores dos estudos vitimológicos.²⁰

Para uma segunda corrente, a vitimologia seria um ramo da criminologia e teria por objeto de estudo somente a vítima de crime.²¹

Neste trabalho, parte-se do entendimento de que a vitimologia não se caracteriza como uma ciência autônoma, especialmente em relação à criminologia. Considera-se que ela é, na verdade, um ramo desta, possuindo com ela conexões imbricadas, ainda que tenha aspectos particulares e específicos. O foco é a vítima de crime, tratada, contudo, de forma

¹⁶ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 84.

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 411.

¹⁸ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 73.

¹⁹ Neste contexto, “[...] o conceito de vítima se estende, pois, a vários sentidos: o sentido *originário*, com que se designa a pessoa ou animal sacrificado à divindade; o *geral*, significando a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso; o *jurídico-geral*, representando aquele que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo Direito; o *jurídico-penal-restrito*, designando o indivíduo que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal, e, por fim, o sentido *jurídico-penal-amplo*, que abrange o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as consequências do crime.” (BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. 3. ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1987. p. 79, grifo do autor).

²⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 75.

²¹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología**: estudio de la víctima. 12. ed. México: Porrúa, 2010. p. 44.

interdisciplinar, com a finalidade de garantir a sua participação processual, sua adequada assistência e o seu correto ressarcimento.

A compreensão criminológica do evento criminoso com o enfoque vitimológico, que integra a vítima como importante personagem do fenômeno criminal, determina que a análise do crime considere a relação entre a vítima e o criminoso.

Essa ideia da interação entre a vítima e o criminoso surge, historicamente, com os estudos de Hans Von Hentig e Benjamin Mendelsohn, importantes estudiosos que contribuíram para o desenvolvimento da vitimologia.

Hentig, criminólogo alemão, de origem judaica, exilado nos Estados Unidos durante o nazismo, tratou de forma sistemática o papel da vítima na dinâmica do delito, tendo elaborado em sua obra *“The criminal and his victim”* (1948) classificação vitimológica com um forte conteúdo biopsicológico, adotando qualificações autoexplicativas, tais como: vítima inocente, vítima voluntária, vítima latente e vítima nata. A teoria vitimológica elaborada por Von Hentig procurou romper com a visão tradicional de vítima inocente e do delinquente cruel e, para tanto, estabelece, essencialmente, três noções: o criminoso-vítima, a vítima latente e a importância da interação entre o criminoso e a vítima.²²

Benjamin Mendelsohn, por sua vez, é apontado como o criador do vocábulo “vitimologia”²³ e realizou importante estudo esquematizado a respeito da doutrina da vítima, apresentado em uma célebre conferência no Hospital Coltzea, em Burest, no ano de 1947.²⁴ Nos seus estudos, ele defendeu a existência de três grupos de vítimas, a depender da forma como ela contribui para a ocorrência do delito: vítima inocente, que não concorre de qualquer forma para o crime; vítima provocadora, que, voluntária ou imprudentemente, colabora com o evento criminoso; e vítima agressora, simuladora ou imaginária, que contribui de tal forma para a ação do ofensor que a torna verdadeira legítima defesa.²⁵

As tipologias das vítimas, não obstante sejam objeto de críticas por sua tendência de considerar a vítima como responsável, em maior ou menor escala, pelo crime,²⁶ evidenciam a existência de uma relação entre o delinquente e a vítima e também ressaltam a importância

²² CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 66-68.

²³ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 69.

²⁴ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 74-75.

²⁵ FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p 486.

²⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 102.

das características e do comportamento da vítima para a ocorrência do delito.²⁷ Assim, as propostas de Von Hentig e Mendelsohn procuraram identificar a forma como a vítima coopera, conscientemente ou não, no desenrolar do evento delitivo.

Destaca Ana Sofia Schmidt de Oliveira que se com a criminologia positivista o questionamento central era “Por que o criminoso cometeu tal delito?”, com os estudos vitimológicos, surge uma nova pergunta: “Por que essa pessoa foi vítima de crime?”²⁸

A partir da década de oitenta do século passado, surgiu uma “nova” vitimologia, baseada na vitimologia tradicional, mas que dela se diferencia na medida em que se preocupa com as necessidades e direitos das vítimas, e por não contrapor os direitos da vítima com os direitos do acusado.²⁹

Os principais motivos para o desenvolvimento desta nova perspectiva vitimológica são: a necessidade de estabelecer um contrapeso³⁰ à criminologia crítica que, com suas análises deterministas, parecia implicitamente eximir o delinquente de toda responsabilidade pelo delito; a força do movimento feminista, que assinalou o alto grau de vitimização sofrido pelas mulheres; e o surgimento e o impacto das pesquisas de vitimização.³¹

A vitimologia moderna possui como áreas do conhecimento a posição da vítima no direito penal e no processo penal, as pesquisas de vitimização e a prestação assistencial e

²⁷ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 71.

²⁸ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 102. E neste mesmo sentido: “O caráter positivista dos primeiros estudos vitimológicos era evidente, pois buscavam as causas (biológicas, antropológicas e sociais) que levam alguém a se tornar vítima, da mesma forma como os positivistas haviam feito com aquele que comete um delito.” (PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 48).

²⁹ LARRAURI, Elena. Victimología. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 284-285.

³⁰ Historicamente, o centro das atenções da política criminal se modifica conforme um movimento pendular constante, que fará com que seja priorizado em um momento futuro algo que foi negligenciado em um momento passado (HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 55).

³¹ LARRAURI, op. cit., p. 285. De forma semelhante, Simon Grenn aponta três fatores para a ascensão do movimento das vítimas: 1) o crescimento das taxas de delito e, ao mesmo tempo, a rejeição do modelo de tratamento da justiça criminal como forma de resposta à ofensa; 2) o surgimento de política de centro-direita na Inglaterra e na América do Norte, com forte aproximação às políticas criminais de lei e ordem; 3) o crescimento do movimento feminista. (GREEN, Simon. ‘The victims’ movement and restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton: Willan Publishing, 2007. p. 172-173. “The rise of the victims’ movement [...] can be attributed to three factors: 1. a rising crime rate and, at the same time, a rejection of the rehabilitative criminal justice model as a response to offending; 2. the emergence of the central-right in British and North American politics, and, with it, a tough approach to law and order; 3. growth in the feminist movement.”).

econômica às vítimas, que, através da criação de fundos e serviços de assistência, garante o respeito as suas necessidades.³²

O estudo da vítima no âmbito do direito penal, consagrando a valoração da conduta do ofendido dentro da análise do crime, recebe a nomenclatura de vitimodogmática.³³ A análise do comportamento da vítima é realizada para avaliar em que medida contribuiu para o delito e a repercussão que isso deve ter na pena do autor. Existem casos em que a consideração do comportamento da vítima trará benefícios para o acusado, isentando ou diminuindo a sua responsabilidade. Em outros, pode agravar a sua pena ou a sua situação processual.³⁴

É possível se verificar que a vitimodogmática relaciona-se com a vitimologia clássica³⁵ – com suas tipologias e responsabilização da vítima –, mas distancia-se da moderna vitimologia, visto que esta pressupõe a conciliação dos direitos da vítima com os direitos do acusado, havendo uma preocupação com a reparação do dano (econômico, psicológico, simbólico) suportado pela vítima acompanhada de uma necessidade de busca por sua maior participação no processo, acentuando, conseqüentemente, a preocupação com os seus direitos à informação, participação e proteção.³⁶

Para estar em consonância com a moderna vitimologia, a vitimodogmática deveria possibilitar a ampliação do número de delitos que requerem prévia representação da vítima, maior a eficácia do perdão, possibilidade de reclamação de responsabilidade civil no processo penal, a inclusão da reparação como sanção penal e o estabelecimento de procedimentos de cunho conciliatório, que evitem a imposição de uma pena.³⁷

A análise da posição da vítima no processo penal, por sua vez, permite a busca de sua maior participação na resolução dos conflitos penais. No âmbito policial, a vítima deveria ter assegurado o seu direito de receber informações, bem como o direito a uma proteção e ajuda imediata. Em um nível processual, são necessárias medidas para evitar a sua

³² LARRAURI, Elena. Victimología. In: MAIER, Júlío B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 285-286 e RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología**: estudio de la víctima. 12. ed. México: Porrúa, 2010. p. 343 et seq.

³³ Escola jurídica que passou a estudar a fundo a vítima face ao delito, criando teorias para justificar seus comportamentos quando da ocorrência do crime. (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 37).

³⁴ RODRÍGUEZ MANZANERA, op. cit., p. 351-355.

³⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. La consideración del comportamiento de la víctima em la teoria do delito: observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “victimo-dogmática”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 34, p. 168, 2001.

³⁶ LARRAURI, op. cit., p. 292-298.

³⁷ Ibid., p. 299-300.

vitimização secundária e medidas que possibilitem sua maior participação.³⁸ Em alguns casos, a vítima tem o poder de iniciar o processo, através da queixa-crime, quando a ação penal é de iniciativa privada, e da representação, na ação penal pública condicionada. Em algumas situações pode interferir diretamente na extinção do processo. Também pode atuar em conjunto com o Ministério Público, testemunhando e apresentando provas, ou participando como assistente de acusação.

Sobre uma maior participação da vítima no processo penal, Luiz Rodríguez Manzanera³⁹ faz duas importantes observações. A primeira diz respeito à constatação oriunda das pesquisas que apontam que essa participação leva a uma compreensão maior sobre a desnecessidade de elevadas penas para os acusados. A segunda revela que a maior participação da vítima no processo, ao mesmo tempo em que permite a superação da sua marginalização e o exercício de seus direitos, também pode ter um lado negativo, pois no decorrer do procedimento a vítima poderá se expor à sobrevivitização.

As pesquisas de vitimização possibilitam a coleta de informações empíricas sobre a vítima e os processos de vitimização.⁴⁰ As pesquisas vitimológicas são extremamente importantes na medida em que permitem a análise do papel desempenhado pelas vítimas no fenômeno criminal, além de proporcionar o estudo da problemática da assistência jurídica, moral, psicológica e simbólica das vítimas.⁴¹

Sobre esta questão, Elena Larrauri⁴² tece algumas observações críticas importantes. As pesquisas são impulsionadas por diversos interesses, como: desmentir que os índices de delinquência aumentaram, com a intenção de demonstrar a eficácia da política adotada; demonstrar que a criminalidade real é exponencialmente superior ao que é relatado pelas estatísticas oficiais, com o objetivo de criticar a gestão governamental e exigir maiores recursos; e garantir acesso a uma fonte de informação diversa daquela produzida oficialmente pelo Estado.

³⁸ LARRAURI, Elena. Victimología. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 303.

³⁹ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología: estudio de la víctima**. 12. ed. México: Porrúa, 2010. p. 385-391.

⁴⁰ “As pesquisas de vitimização consistem, basicamente, de um questionário, dirigido a uma amostra significativa da população, a quem se pergunta se foi vítima de determinado delito. Normalmente são também incluídas perguntas relacionadas ao sistema penal (como, por exemplo, se a ocorrência foi ou não registrada e por que motivo), aos sentimentos de insegurança e grau de satisfação com os serviços policiais.” (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 104). “É um método empírico de investigação social.” (CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 88).

⁴¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 58.

⁴² LARRAURI, op. cit., p. 287-288.

Assim, a autora indica que não há dados neutros no âmbito das ciências sociais, pois é possível reconhecer que as pesquisas de vitimização têm origem em disputas políticas entre diferentes grupos de pressão dentro de uma mesma sociedade ou entre diferentes instituições dentro de um mesmo governo. Além disso, a comparação entre os resultados das diversas pesquisas realizadas mundialmente é prejudicada, pois não há um acordo científico a respeito de aspectos metodológicos básicos para a realização dessas pesquisas.⁴³

Verifica-se, assim, ser essencial que a análise dos dados e da forma de coleta destes dados seja feita também de forma crítica.⁴⁴ O objeto das pesquisas representa apenas a criminalidade comum, restando subrepresentados, por exemplo, os delitos econômicos e ambientais. Há também uma subrepresentação dos grupos vulneráveis, ou seja, não é comum que se entreviste crianças, idosos ou presos.⁴⁵

Neste sentido, é preciso que se vislumbre nas pesquisas realizadas uma importante fonte de estudos sobre a criminalidade e sobre a vitimização, mas como um ponto de partida e não como um ponto de chegada.⁴⁶

No Brasil, o Datafolha, acompanhado pelo Centro de Estudos da Criminalidade e Segurança Pública (Crisp) da Universidade Federal de Minas Gerais, e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) realizaram, no período de 2010 a 2012, a Pesquisa Nacional de Vitimização⁴⁷, primeira pesquisa de âmbito nacional sobre a matéria no Brasil.⁴⁸ Alguns dados desta pesquisa serão importantes instrumentos de análise no decorrer deste trabalho.

Os modernos estudos e pesquisas vitimológicos, aproveitando a contribuição dos pioneiros da vitimologia, procuram encontrar meios de identificar vítimas latentes ou em potencial e situações potencialmente vitimizantes, com a intenção de que sejam concretizados

⁴³ LARRAURI, Elena. Victimología. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 287-289.

⁴⁴ Neste mesmo sentido: MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 444.

⁴⁵ LARRAURI, op. cit., p. 288.

⁴⁶ Ibid., p. 289.

⁴⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Pesquisa Nacional de Vitimização**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

⁴⁸ Foram aproximadamente 78 mil entrevistados, através de questionário pré-definido, em 346 municípios do país, no período de junho de 2010 a maio de 2011 e junho de 2012 a outubro de 2012. A amostra é representativa do universo da população adulta (com idade igual ou superior a 16 anos) dos municípios com mais de 15 mil habitantes na área urbana. Foram contemplados no estudo diversos crimes ou ofensas. A pesquisa determinou as ofensas e crimes em dois marcos temporais distintos. Primeiramente, sobre as vítimas de algum tipo de violência durante a vida e, posteriormente, sobre as vítimas de algum tipo de violência nos últimos 12 meses. A tabulação dos dados trouxe os contrastes por unidades da federação, capitais, variáveis socioeconômicas, demográficas e comportamentais.

direitos pragmáticos, incentivando o desenvolvimento de novos programas e políticas públicas que realizem a promoção de condições seguras de vida, prevenindo vitimizações futuras e garantindo a adequada assistência à vítima concreta.

Analisar o delito como resultado da interação entre o criminoso e a vítima, ressaltando o conjunto de atitudes e reações determinantes da vitimização, considerando, ainda, a condição de vulnerabilidade da vítima, sua seleção e aumento de riscos, pode auxiliar na elaboração de políticas públicas mais atentas aos riscos da vitimização criminal, possibilitando uma melhor prevenção e reparação dos danos suportados pela vítima.⁴⁹

1.1.2 Vítima e processo de vitimização

Considerando a vitimologia como o estudo das vítimas de crime, é importante também delimitar o conceito de vítima que serve de referencial para os objetivos deste trabalho.

A Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crime e Abuso de Poder, adotada pela Organização das Nações Unidas com a Resolução n. 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas estabelece que:

1. “Vítimas” refere-se a pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, seja mental seja físico, sofrimento emocional e perda econômica, ou que sofreram dano substancial de seus direitos fundamentais, por meio de ações ou omissões que violam a lei penal vigente nos Estados-Membros, incluindo as leis que condenam o abuso de poder criminal.
2. Uma pessoa pode ser considerada vítima, nos termos da presente Declaração, independentemente de o delinquente ser identificado, detido, processado ou condenado e também independentemente de relações familiares entre o delinquente e a vítima. O termo “vítima” também inclui, quando apropriado, a família imediata ou os dependentes diretos da vítima, assim como indivíduos que tenham sofrido dano ao intervir e auxiliar as vítimas em perigo, ou evitar a vitimização.⁵⁰

O conceito de vítima dialoga com a realidade, tornando-se uma definição polimorfa, fluída e cambiante, na medida em que o crime apresenta-se como fenômeno em constante mutação.⁵¹

⁴⁹ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 75.

⁵⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2015.

⁵¹ CÂMARA, op. cit., p. 78.

O conceito de vítima, de origem criminológica, e o de sujeito passivo, com fundamento estritamente jurídico, não são sinônimos,⁵² notadamente quando se leva em consideração a vitimização secundária.⁵³

Em uma moderna tipologia, vislumbra-se uma classificação que considera a vítima real (concreta) e a vítima virtual (potencial). A vítima real é aquela pessoa individualmente considerada que foi atingida por uma ação ou omissão criminosa e suporta os danos ou prejuízos gerados por esta conduta, o que implica a necessidade de políticas criminais de orientação compensatória e de ampliação dos poderes de participação processual e extraprocessual da vítima concreta. A vítima virtual conduz a uma preocupação de caráter preventivo, ligada ao direito à segurança, o que envolve uma consideração maior a respeito de riscos e perigos, havendo consequentemente uma valorização da vítima coletiva e difusa (supraindividual) e daquelas tipificações de delitos de perigo abstrato, que procuram evitar a macrovitimização.⁵⁴

Percebe-se a necessidade de conciliar ambas as preocupações, considerando tanto as necessidades compensatórias ligadas à vítima real, quanto as preventivas correlacionadas à vítima virtual. Contudo, neste trabalho pretende-se a análise de uma maior participação da vítima concreta nos procedimentos de resolução do conflito penal, buscando, especialmente, ampliar os meios para que se possa alcançar uma efetiva reparação dos danos suportados por esta vítima – o que não significa desconsideração com a importância dos estudos sobre os riscos que envolvem a vítima virtual.

O processo de vitimização, considerado como “[...] o processo ou situação pelo qual uma pessoa se converte em vítima”⁵⁵, pode ter natureza bastante complexa, pois o fato criminoso desencadeia um processo de diferentes formas de vitimização. Fala-se em vitimização primária, vitimização secundária e vitimização terciária, já havendo indicação da existência da vitimização quaternária.

A primária é aquela vitimização que tem origem no próprio crime e nas consequências diretas suportadas pela vítima, podendo causar danos materiais, físicos e psicológicos, dependendo da natureza da infração perpetrada e da personalidade da vítima.⁵⁶

⁵² PIEDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia**: evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 96.

⁵³ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 111.

⁵⁴ Ibid., p. 108-125.

⁵⁵ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 63.

⁵⁶ Ibid., p. 111.

Ao tratar das taxas de vitimização primária a Pesquisa Nacional de Vitimização realizada no Brasil apontou os principais indicadores que têm relação direta com o delito (porcentagem de cada crime, local do crime e perfil do agressor).

Levando-se em consideração o total das amostras, 32,6% dos brasileiros disseram ter sofrido, ao longo da vida, algum dos 12 tipos de crimes ou ofensas contemplados na Pesquisa Nacional de Vitimização, enquanto que 21% afirmaram que o fato ocorreu pelo menos uma vez no período dos 12 meses anteriores à realização da pesquisa.

Sobre os crimes incluídos na pesquisa, considerando o total de amostras, os entrevistados afirmaram ter sido vítimas, nos últimos 12 meses, dos seguintes delitos: agressão (14,3%), discriminação (10,7%), furto (11,2%), fraude (9,2%), acidente de trânsito (4,2%), roubo (4,2%), ofensa sexual (0,8%), sequestro relâmpago (0,1%).

Em relação ao local da prática do delito, verificou-se que os delitos ocorrem massivamente em ambientes doméstico e familiar ou próximos à residência da vítima.⁵⁷

A indicação da elevada vitimização em ambientes doméstico e familiar ou próximos à residência da vítima aponta para a importância de políticas públicas municipalizadas, que devem ser estimuladas tanto para solucionar de forma mais adequada os problemas de regiões específicas, mas também para fortalecer os laços comunitários e familiares entre os cidadãos. Da mesma forma, programas de apoio à vítima de crime devem ser estimulados, como é o caso dos Centros de Referência e Apoio à Vítima (CRAVI), instituídos no Estado de São Paulo a partir de 1998.

Sobre o perfil dos agressores, a pesquisa identificou que: desconhecido (36,7%), conhecido de vista (16,3%), colega de trabalho (10,9%), vizinho (10,4%), amigo (9,2%), marido/esposa (4,3%), ex-marido/ex-esposa (3,7%), chefe (3,8%), irmão (2,5%), policial (2%), cunhado (1,8%), pai/mãe (2,2%), filhos (1,5%), ex-namorado (1,2%), professor (0,6%).

A vitimização secundária é aquela resultante da atuação das instâncias formais de controle social. Poderá ocorrer pela ação de profissionais envolvidos com o processo de resolução dos conflitos penais sem a consideração necessária em relação ao sofrimento, às expectativas e às necessidades da vítima. Essa forma de vitimização se concretiza com o tratamento desrespeitoso por parte das autoridades policiais e judiciais para com a vítima; com a demora no processamento do feito, fazendo com que haja uma longa espera por uma

⁵⁷ Dentro da residência do entrevistado (38,3%), em local próximo da rua em que mora (33,3%), andando na rua (21,6%), no local de trabalho (18,7%), em locais públicos internos, como banco e escolas (18,1%), em seu bairro (14,9%), no centro da cidade ou outro bairro (14,2%), na garagem (11%), locais públicos externos, como parques e praças (8,8%), casa de terceiros (7,8%), em estacionamentos de shoppings ou supermercados (7,2%), em meios de transporte (4,3%), em estacionamentos privados, como do trabalho ou do condomínio em que reside (3,6%), em outra cidade (3,3%), na rua do trabalho (2,6%), viajando (0,2%).

decisão judicial; e com as cerimônias degradantes a que as vítimas são submetidas no decorrer da investigação e do processo penal.⁵⁸

Ao tratar do relacionamento da vítima com a polícia, a Pesquisa Nacional de Vitimização fornece dados significativos sobre a sobrevivitização. Dentre as vítimas que prestaram queixa de pelo menos uma das ofensas que sofreram, 45,4% se dizem insatisfeitas com a atuação da polícia. Dentre as vítimas que avaliaram negativamente a atuação da polícia, os motivos mais frequentes para a insatisfação foram: falta de atenção dos policiais (25,4%); não recuperação do bem (11,7%); lentidão/ineficiência para resolver o caso (10,8%); polícia não ter encontrado o culpado (9,7%); lentidão/ineficiência durante o atendimento (8,2%); não ter sido informado no decorrer do procedimento (5,1%).

A vitimização secundária decorre principalmente da falta de preparo, de estrutura e de pessoal. Uma sociedade que se diz democrática não pode conviver com uma situação destas em que a própria polícia e outras entidades estatais causem danos materiais, físicos e psicológicos diretamente aos cidadãos que deveria proteger e tutelar. Cursos de reciclagem e melhor formação dos profissionais que ingressam na carreira podem ser um primeiro passo, mas a solução definitiva para este problema parece esbarrar na falta de orientação vitimológica das instâncias formais.

A vitimização secundária faz com que a vítima se sinta desrespeitada, frustrada e excluída do processo de resolução do delito.⁵⁹ A vítima sente que tem o direito de ser atendida, informada, apoiada e protegida, mas encontra um sistema de justiça penal hostil e pouco atento, complicado e incompreensível em seus formalismos e rituais.⁶⁰ Essa forma de vitimização gera o descontentamento e a desconfiança das vítimas com relação às instâncias formais de controle, o que terá relação direta com o aumento dos índices da cifra oculta, que representa a criminalidade não registrada pelas instâncias formais de controle,⁶¹ dificultando a formulação e a atuação efetiva de políticas públicas nesta área.

A melhoria desta situação somente será adequada se, além da previsão legal, houver uma série de medidas que garantam de fato que as disposições legais sejam efetivadas. Seria necessário implementar medidas de acompanhamento da vítima, apoio ao seu traslado e

⁵⁸ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 112.

⁵⁹ Ibid., p. 112-113.

⁶⁰ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología**: estudio de la víctima. 12. ed. México: Porrúa, 2010. p. 391.

⁶¹ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 90.

alimentação, bem como seria essencial a simplificação dos trâmites, exigindo-se a pontualidade de todos, garantindo a realização de audiências agendadas sem adiamentos.⁶²

A vitimização terciária, por sua vez, é aquela resultante do desamparo e da falta de assistência pública e social. Especialmente no caso de alguns delitos estigmatizadores, a vítima suporta um descaso por parte do Estado e do seu grupo social, além das sequelas diretas do delito.⁶³

No Brasil, são poucas as organizações governamentais ou não-governamentais de apoio às vítimas de crime. É possível citar como exemplo a iniciativa pioneira do Estado de São Paulo que criou, em 1998, os Centros de Referência e Apoio à Vítima (CRAVI), que é um programa da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania que serve como referência para ações e políticas públicas que promovem o reconhecimento e o acesso aos direitos das vítimas de violência, garantindo suporte psicológico, social e jurídico àqueles que sofrem com os danos gerados pela violência (vítima, seus familiares e/ou pessoas ligadas a ela afetivamente). O atendimento é público e gratuito e é realizado por equipe multidisciplinar formada por psicólogos, assistentes sociais e defensores públicos.

A vitimização quaternária, por fim, está sendo identificada como sendo aquela vitimização gerada pelo medo de se tornar vítima de crime novamente. Este medo é gerado pela percepção de insegurança e é difícil de ser combatido, pois se trata de um medo nem sempre de fundamento concreto, não estando ligado a estatísticas concretas. Suas fontes estão espalhadas e ocultas sob os mais diversos fatores.⁶⁴ Ela é revelada na Pesquisa Nacional de Vitimização, ao analisar o sentimento de segurança dos entrevistados sob diferentes circunstâncias.

Em relação ao bairro em que residem, 48,3% das vítimas afirmaram sentir-se muito seguras em andar pelas ruas de dia; durante a noite esse percentual cai para 22,5%.

Na pesquisa, foi perguntado o que o entrevistado mais temia ocorrer com ele na vizinhança e os principais dados foram os seguintes: bala perdida (52%); estar no meio de um tiroteio (50,7%); ser assaltado (43,9%); ser vítima de agressão física (43,5%); ser confundido com bandido pela polícia (34,3%); ser vítima de extorsão por parte da polícia (33,2%); medo de ser vítima de sequestro (29%); serem confundidos com bandido por agentes de seguranças particulares (28,8%); medo de agressão sexual (26,2%); ter o carro ou moto roubado em um assalto (25,4%); ser vítima de agressão por parte de companheiro ou ex-companheiro (7,6%).

⁶² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología**: estudio de la víctima. 12. ed. México: Porrúa, 2010. p. 392.

⁶³ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 114.

⁶⁴ Ibid., p. 116-117.

Em relação ao local de trabalho, durante o dia, 23,4% declararam sentir-se muito seguros; de noite, apenas 11,9%. Em relação a ruas de outros bairros, durante o dia, 51,6% dos entrevistados disseram sentir-se seguros, sendo que 17,7% se sentem muito seguros; durante a noite, a insegurança prevalece (67,2% - dentre os quais 45,4% se sentem muito inseguros). Ao andar nas ruas da cidade em geral, 53,5% se sentem seguros e 45,7% inseguros.

No que diz respeito à percepção da criminalidade na cidade, 9,9% dos entrevistados afirmaram que a mesma diminuiu nos últimos 12 meses. De outro lado, 60,3% indicaram que criminalidade aumentou na sua cidade no mesmo período. Especificamente sobre a percepção da criminalidade na vizinhança, 16,6% dos entrevistados apontaram que houve diminuição nos últimos 12 meses; enquanto que 27,1% dos entrevistados afirmaram que a criminalidade aumentou na sua vizinhança no mesmo período.

De forma complementar, foi avaliada a percepção do risco de vitimização. A pesquisa se dividiu em duas baterias distintas de respostas possíveis: se a pessoa tem muito medo ou se acredita que pode ser vítima de um determinado delito no ano seguinte ao da entrevista.

Alguns dados merecem ser apontados: 49,6% dos entrevistados têm muito medo de morrer assassinado e 29,3% acreditam que podem ser vítima do mesmo delito; 46,4% têm muito medo de ter objetos pessoais e de valor tomados a força por outras pessoas em um roubo ou assalto e 37,8% acham que podem ser vítima deste delito; 45,1% temem ter sua residência invadida ou arrombada e 35,4% acreditam ser potencial vítima para este delito; 40,1% têm muito medo de ser vítima de uma fraude e perder quantia significativa de dinheiro, enquanto que 29,3% entendem que podem ser vítima desta forma de delito; 37,8% tem medo de ser vítima de agressão sexual e 23,8% acreditam que podem vir a ser vítima deste tipo de delito.

No entanto, o destaque fica por conta do fato de que muitas pessoas relataram ter muito medo de ser vítima de violência por parte da polícia militar (34,3%), aquela que executa o policiamento fardado e ostensivo nas ruas, e por parte da polícia civil (32,6%), aquela que atua investigando crimes e registra ocorrências nas delegacias. Além disso, 27,3% acreditam que podem ser vítimas da polícia militar e 26,3% da polícia civil.

As polícias, que deveriam atuar para impedir ou remediar as ofensas cometidas contra as pessoas, garantindo, assim, uma sensação de maior segurança, têm uma imagem de vitimizadora, e não só no sentido de sobrevivitização, mas, especialmente, de vitimização primária, o que é muito mais grave, considerando que o Estado, que é o responsável por socorrer a vítima no campo penal, tem sido, ele próprio, um vitimizador em potencial.

Este medo gerado pela percepção de insegurança pode desencadear políticas públicas falaciosas fundadas em medidas penais mais rigorosas que prometem resolver imediatamente o problema.⁶⁵

O processo de vitimização é, assim, um fenômeno complexo composto, com a vítima ocupando posição de destaque. O estudo do fenômeno criminal, por sua vez, não se restringe à verificação da conduta criminosa, devendo incluir o comportamento da vítima e as consequências derivadas da prática do delito.

A partir dos estudos da vitimológicos, que reconhecem a vítima como importante personagem na dinâmica da ocorrência do delito, rompe-se com a ideia original dos estudos criminológicos que estavam unicamente direcionados para o criminoso, o crime e a pena, passando-se a considerar a vítima como fator essencial para a análise do fenômeno criminal, na medida em que, com o seu comportamento, poderá gerar maiores riscos para a sua própria segurança.

A valorização da perspectiva vitimológica no tratamento do crime não pressupõe um retorno à vingança privada,⁶⁶ mas a reorientação da política criminal, do direito penal e do processo penal voltados para a vítima, o que possibilita a melhor compreensão do fenômeno criminal; permite a elaboração e a execução de programas de auxílio e tratamento da vítima, bem como a indenização e reparação das vítimas de crime. Com a análise de informações obtidas empiricamente, é possível o desenvolvimento de políticas públicas de prevenção e repressão de novas formas de vitimização.

1.2 Reflexões sobre a falência do sistema penal atual

O delito não é uma realidade ontológica, mas uma construção jurídica e social.⁶⁷ O uso de mecanismos disciplinares assegura a convivência dos membros de uma sociedade,

⁶⁵ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 116-117.

⁶⁶ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 66.

⁶⁷ “O crime não existe. Apenas atos existem, atos em regra com diferentes significados em contextos sociais variados. Atos, e o significado a eles atribuído, são nosso dado. Nosso desafio é seguir o destino dos atos através do universo de significados. Particularmente, quais são as condições sociais que encorajam ou preveem a atribuição de um significado criminal aos atos?” (CHRISTIE, Nils. **A suitable amount of crime**. London: Routledge, 2004. p. 3. “*Crime does not exist. Only acts exist, acts often given different meanings within various social frameworks. Acts, and the meaning given them, are our data. Our challenge is to follow the destiny of acts through the universe of meanings.*” 4 Particularly, what are the social conditions that encourage or prevent giving the acts the meaning of being crime?”).

razão pela qual aos tipos penais é conferida a função de orientar as condutas humanas, condenando certas posturas pessoais e sociais.

O controle social, neste contexto, é definido como o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários. As instâncias de controle social são geralmente classificadas em formal e informal. O controle informal ou difuso é aquele exercido pela sociedade civil: família, escola, profissão, opinião pública, grupos de pressão, entre outros, através do fornecimento de educação e socialização do indivíduo. O formal ou institucionalizado é realizado pela atuação do aparelho político do Estado, através da Polícia, do Poder Judiciário, do Exército, do Ministério Público, da Administração Penitenciária e de todos os consectários de tais agências.⁶⁸

A instância informal atua ao longo de toda a existência da pessoa, inculcando nos destinatários valores e normas da sociedade. Entretanto, diante da complexidade das relações sociais, os mecanismos informais de controle social se tornam enfraquecidos ou, até mesmo, inoperantes. Com isso, entram em cena as agências formais de controle social que atuarão de maneira coercitiva, através da imposição de sanções mais severas do que as reprovações existentes na esfera informal.

Vera Regina Pereira de Andrade⁶⁹ afirma que o controle formal possui uma dimensão normativa e instrumentalizada, objetivando verticalizar as relações sociais, na intenção de dominar o *outro*. Em sentido contrário, o controle informal constitui uma dimensão integrativa, com a intenção de pregar que o *outro não está só*.

O sucesso do sistema formal no disciplinamento de indivíduos desviantes, em sua reintegração à sociedade, depende daqueles “controles do dia-a-dia” representados pelo controle informal.⁷⁰ Assim, o reiterado uso exclusivo das instâncias formais denota a sequela da concentração de poder, da verticalização social e da destruição das relações horizontais e comunitárias, já que a atuação das instâncias informais se torna cada vez mais ineficiente.

David Garland⁷¹ considera que o Estado, tendo assumido as responsabilidades de controle que pertenciam às instituições da sociedade civil e tendo fracassado no seu intento de providenciar o efetivo controle do crime, vive um dilema, pois reconhece a necessidade de abandonar sua reivindicação de ser o provedor primário e eficaz de segurança e controle do crime, mas também vislumbra que os custos políticos de tal abandono podem ser desastrosos.

⁶⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.

⁶⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 132-135.

⁷⁰ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Pensamento criminológico, v. 16). p. 125.

⁷¹ Ibid., p. 249.

Assim, ou o Estado nega abertamente o dilema e reafirma o velho mito de seu poder punitivo pleno ou abandona a ação racional, instrumental, e converge para uma atuação simbólica, não se preocupando tanto com o controle do crime, mas sim em expressar, de forma apelativa, a raiva e indignação que o delito provoca.

A partir do desenvolvimento da perspectiva da reação social da teoria do *interacionismo simbólico* (*labelling approach*), transferiu-se a atenção, antes limitada ao estudo do crime e do delinquente, para as instâncias de controle social. Com isso, foi possível entender-se que a vítima participa do processo de seleção e estigmatização do delinquente. Nesse contexto, é possível identificar a questão da subnotificação – que incrementa a denominada “cifra negra”⁷² ou “cifra oculta”⁷³ – como um dos motivos para a falência do sistema penal atual.

As “cifras ocultas” podem ser definidas como a defasagem existente entre a criminalidade real, representada pelas condutas criminalizadas efetivamente praticadas, isto é, pela totalidade de delitos realmente cometidos, e a criminalidade estatística/aparente/revelada, que é aquela oficialmente registrada ou que chega ao conhecimento dos órgãos de controle.⁷⁴ Em síntese, as “cifras ocultas” correspondem à porcentagem de crimes não comunicados, registrados ou elucidados pelas instâncias formais de controle.

Para que o indivíduo que cometeu um delito seja condenado pela justiça, há um obrigatório caminho a ser percorrido, o qual oferece como etapas marcantes: a) ser o fato relatado à polícia; b) se relatado, ser registrado; c) se registrado, ser investigado; d) se investigado, gerar um inquérito; e) se existente o inquérito, dar origem a uma denúncia por parte do promotor; f) se denunciado, redundar em uma condenação pelo juiz; g) se, havendo condenação transitada em julgado e expedido o consequente mandado de prisão, a polícia efetivamente o executa.⁷⁵

Uma ínfima parcela dos crimes perpetrados chega a ser apenada, índice que não chega a um por cento dos reais infratores. Isso porque há uma inadequação, um enorme

⁷² A ideia das “cifras negras” surgiu com o belga Lambert Adolphe Jacques Quetelet (1796-1874). Cf. FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. Elementos de análise da “cifra negra” na delinquência convencional: uma visão vitimológica. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, v. 123, p. 84-92, 2011.

⁷³ Alguns autores justificam o uso do termo “cifra negra” como expressão de distinção das “cifras cinza” (contingente de crimes relatados, mas sem identificação de autoria) e das “cifras douradas” (criminalidade produzida pela elite, crimes de “colarinho branco”). Metaforicamente, existiria uma gradação da tonalidade derivada da intensidade com que ocorre a incidência da luz com relação a tal criminalidade. Entretanto, neste trabalho se faz a opção pela utilização do termo “cifra oculta”, pois se entende que “cifra negra” carrega uma carga semântica pejorativa incrustada de uma violência simbólica histórica.

⁷⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 261-262.

⁷⁵ THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3-19.

desencontro existente no sistema penal entre os programas de ação (processo legislativo, criminalização primária) e os recursos administrativos de que o sistema dispõe para implementar esses programas (criminalização secundária).⁷⁶

A análise desses caminhos a serem percorridos pelo poder punitivo expõe a falta de funcionalidade do sistema. O fenômeno da seleção ocorre através de um processo de “filtração escalonado”.⁷⁷ O legislador, as vítimas, as testemunhas, a polícia, os promotores de justiça e os tribunais atuam como “filtros” determinantes na eleição de quais acontecimentos devem ser definidos como delitos e quais pessoas devem ser classificadas como delinquentes, com todas as consequências que disto resultam.

Esta função da vítima como “*gate-keeper*” do sistema judiciário-penal é clara, na medida em que, em regra, é ela quem leva às instâncias formais significativa parcela da delinquência conhecida. Desta forma, a vítima realiza verdadeira seleção ao decidir, com certa margem de discricionariedade, se irá relatar a ocorrência de um delito.⁷⁸

Os motivos que influenciam a vítima a decidir positivamente pela comunicação do fato às instâncias de controle podem ser de ordem material ou imaterial.⁷⁹

Os dados da Pesquisa Nacional de Vitimização^{80 81} indicam que apenas 19,9% das vítimas relataram ter notificado à polícia as ofensas sofridas no período de 12 meses que antecederam à coleta de dados.⁸² Entre os motivos citados para a notificação, existem aquelas puramente burocráticas, como: tentativa de recuperar o bem (29,3%); por acreditar ser um direito (23,7%); apenas para registrar a ocorrência (22,8%); por necessitar do boletim para solicitar a emissão de novos documentos (13,3%); e por precisar do boletim de ocorrência para acionar o seguro (9,5%). Existem, ainda, motivos relacionados com a pretendida função de prevenção e repressão do sistema penal: por desejo de ver o culpado punido (20,1%); para

⁷⁶ BARATTA, Alessandro. Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. **Capítulo Criminológico**, Maracaibo, v. 13, n. 13, p. 81-99, 1985.

⁷⁷ CERVINI, Raúl. A cifra negra da criminalidade oculta. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais, v. 1). p. 217.

⁷⁸ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 86-87.

⁷⁹ Ibid., p. 87.

⁸⁰ É possível quantificar a delinquência oculta por meio de diversas técnicas: através das investigações de *autoconfissão*, pesquisas anônimas para conhecer quantas pessoas cometeram certos fatos em determinado período de tempo; através das coletas de *informantes criminais*; ou com pesquisas de *vitimização*. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 72 e CERVINI, op. cit., p. 218-220.

⁸¹ É importante ressaltar a importância dos inquéritos de vitimação para a compreensão de que a falência do sistema de justiça penal atual funda-se, entre outros fatores, no fato de se ignorar o papel da vítima como a mais decisiva instância informal de controle social. Cf. CÂMARA, op. cit., p. 89.

⁸² Estes dados permitem concluir que a subnotificação anual para vitimização no Brasil é de 80,1%.

impedir que aconteça novamente (19,5%); e para se proteger ou por se sentir ameaçado/intimidado (19,5%).

Os motivos que influenciam a vítima a decidir negativamente, ou seja, pela não comunicação do fato às instâncias de controle, são, principalmente: o receio de ser novamente vitimizada pelas instâncias formais (sobrevitimização ou vitimização secundária),⁸³ a descrença no sistema repressivo judiciário-penal⁸⁴ e o temor ao escândalo que esta comunicação poderá gerar e que poderá surtir um mal maior do que a impunidade do autor (“*strepitus iudicii*”). Esta seleção negativa irá alimentar as chamadas “cifras ocultas”.⁸⁵

Assim, no que tange à vítima como instrumento de controle social, pode-se afirmar que as “cifras ocultas” têm ligação direta com a sobrevitimização gerada, principalmente, por um processo paralelo de estigmatização da vítima pela atuação da polícia⁸⁶ e pelo procedimento penal em geral,⁸⁷ pois a vítima faz um cálculo do custo-benefício, ponderando se a delação de um crime possibilitará colher benefícios advindos deste ato que justifiquem e compensem os esforços e eventuais custos ligados à denúncia.⁸⁸

Além da sobrevitimização, a insuficiência do sistema punitivo-retributivo em garantir o cumprimento das suas funções de retribuição e prevenção também é componente que desencoraja a participação da vítima.

⁸³ A Pesquisa Nacional de Vitimização apontou que, dentre as vítimas que prestaram queixa de pelo menos uma das ofensas que sofreram, 45,4% se dizem insatisfeitas com a atuação da polícia. Interessante observar, ainda, que a Pesquisa Nacional de Vitimização indicou que apenas 2,5% das vítimas se declararam bem informadas pela polícia. Dado relevante ao indicar que a vítima, invariavelmente, é excluída do procedimento de resolução do seu próprio conflito.

⁸⁴ “A atual deslegitimação e descrédito do sistema e do discurso jurídico-penal provêm [...] de sua falsidade e desconexão perante a realidade, que são, por sua vez, efeitos de uma relação de classe inerente à sua operacionalidade seletiva e corrupta como marcas estruturais. [...] A crítica deslegitimante dos sistemas penais no Brasil e na América Latina indica justamente a impossibilidade de que tais sistemas produzam e comuniquem censura, no sentido desejado. Há apenas violência, de forma brutal e seletiva. Não é à toa, enfim, que mesmo com altíssimos índices de violência estatal e encarceramento em massa seja empiricamente constatável a percepção subjetiva de impunidade por parte da população.” (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 82).

⁸⁵ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 87.

⁸⁶ “Na práxis constroem-se estereótipos que se adscrevem às vítimas de certos tipos de crimes e, uma vez que a vítima concreta não preencha certas características peculiares ao clichê ou arquétipo-padrão, em lugar de ser apoiada, ouvida e de receber solidariedade e atenção (fundamental para o próprio trabalho policial, que depende profundamente da colaboração da vítima para iniciar as investigações e afinal desvendar a autoria do fato), não apenas não é devidamente acolhida, como, principalmente a vítima feminina em delitos relacionados com liberdade de autodeterminação sexual (coação sexual, violação, abuso sexual), não raro, é tratada como *suspeita* ou *provocadora*.” (Ibid., p. 84, grifo do autor).

⁸⁷ No espaço processual penal, um ambiente considerado angustiante e com “cerimônias degradantes”, os danos (materiais ou imateriais) sofridos pela vítima com o delito são ampliados e intensificados. A vítima se torna importante apenas pela qualidade da prova que poderá produzir. (Ibid., p. 84-85).

⁸⁸ Ibid., p. 91.

No modelo dissuasório clássico⁸⁹, o Estado concentra em seu poder a atividade punitiva, exercendo, com exclusividade, o poder de definição das condutas que serão consideradas crime, bem como quais serão as sanções devidas para aquele que agir conforme a previsão do tipo penal.

O Estado impõe que a pena deve possuir finalidade meramente retributiva, ou seja, o processo teria apenas a função de alcançar a repressão do delito perpetrado através da punição realizada pelo Estado, atingindo também, por esta forma, a prevenção de outros delitos.⁹⁰

Inicialmente, com as teorias absolutas, a pena surgiu como um ideal de retribuição e expiação, com base nos pressupostos de que há uma superioridade ética da coletividade (Estado) sobre o criminoso, de que a existência da culpa deveria ser graduada pela gravidade do delito e de que existe a possibilidade de harmonizar o grau da culpa com a extensão da pena, fazendo com que a condenação seja considerada merecida pelo condenado e pela sociedade.⁹¹ Assim, a pena deveria ser justa e não útil. Neste contexto, os interesses reparatórios da vítima eram ignorados.⁹²

Desenvolveram-se, na sequência, as teorias relativas ou utilitaristas, de caráter preventivo, defendendo que o fim da pena seria impedir a prática futura de crimes. Esta prevenção especial recairia sobre o indivíduo em particular, com a intenção de evitar a reincidência e possuindo como fins intermediários a intimidação – função dissuasória da pena –, a ressocialização e a neutralização ou segregação.⁹³ Se os fins estipulados falham, há uma crise que pode conduzir “[...] a movimentos extremos e injustificados de sinal contrário, que

⁸⁹ Sobre as classificações dos modelos de resolução do conflito penal cf. capítulo 2.

⁹⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção ciências criminais; v. 5). p. 408 et seq.

⁹¹ André Giamberardino tece interessantes críticas à finalidade retributiva da pena: “O que se percebe é que não preciso trilhar por uma racionalidade consequencialista para se fazer a crítica da justificação retributiva e expor as objeções às diversas respostas possíveis à pergunta sobre ‘por que’ o criminoso ‘mereceria’ a punição. Nesse ponto, a crítica incide sobre a pena como ‘imperativo categórico’, ou seja, sobre a atribuição de uma relação de necessidade entre a pena e o cometimento de um delito. Desde logo, o retributivismo não questiona a definição legal estabelecida, fundando-se sobre o pressuposto que aceita, simplesmente, a regra dada e a violação desta como equivalente a uma ação ‘errada’. Afirma, em segundo lugar, que, para se ter direitos é preciso cumprir o dever de respeitar os mesmos direitos de outrem, e quando se os viola o ofensor estaria abrindo mão de seus próprios direitos, restando justificado que sofra sua redução ou privação por meio da pena, ignora que o nexo entre a violação de direitos de outrem e a perda dos próprios não é capaz de, por si só, justificar a infligência da pena, justamente porque fundados em premissas distintas.” (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 78.).

⁹² CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 173-177.

⁹³ Ibid., p. 177-182.

de todo pretendem eliminar a finalidade ressocializadora da pena e substituí-la por um fim de pura retribuição factual e objectiva (*just deserts*).”⁹⁴

Já a prevenção geral pretende uma influência sobre o público, garantindo a intimidação normativo-penal no momento de previsão abstrata dos tipos penais, com a finalidade de desencorajar criminosos potenciais, trazendo como efeito direto o risco de cominação de penas cada vez mais graves com a justificativa de se alcançar o efeito intimidatório e, como efeito colateral, o condenado concretamente suportaria penas desproporcionais para passar a mensagem de que o crime não compensa para aqueles que ainda não delinquiram. A prevenção geral é concretizada no momento de execução da pena, quando há uma finalidade retributiva, com a noção de uma pena justa a partir da compensação de culpa. Há, também, uma reafirmação de validade da norma e da confiança na capacidade da ordem jurídico-penal de evitar ataques a bens jurídicos relevantes ou de proteger vítimas potenciais.⁹⁵ Importante ressaltar que “[...] a intimidação pelo exemplo se vincula ao grau de certeza da punição e sua celeridade”⁹⁶, o que nem sempre – ou quase nunca – é observado na realidade brasileira.

Os danos são definidos em abstrato, não considerando o indivíduo de forma concreta, o que muitas vezes ocasiona políticas públicas injustas que tratam os desiguais de forma idêntica.⁹⁷ É neste sentido a crítica de Howard Zehr:

A justiça é retratada como uma deusa vendada que segura uma balança. Portanto, seu foco está na isonomia do processo, não nas circunstâncias de fato. O processo penal visa ignorar diferenças sociais, econômicas e políticas, procurando tratar todos os ofensores como se fossem iguais perante a lei. Como o processo busca tratar os desiguais igualmente, as desigualdades sociais e políticas existentes são ignoradas e mantidas. De forma paradoxal, a justiça acaba mantendo desigualdades em nome da igualdade.⁹⁸

Neste modelo, valoriza-se a classificação abstrata do que pode ser considerado como infração delituosa (comportamento danoso ou imoral) e qual será a sanção imposta para

⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 19.

⁹⁵ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 182-196.

⁹⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 87.

⁹⁷ “A fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a Política Criminal, mas, mais geralmente, no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, no fato de que, em muitos casos, a segurança jurídica seja salva à custa da justiça.” (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 85).

⁹⁸ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 76.

aquele que praticar tal comportamento. A partir do momento em que se define previamente a transgressão e os danos possíveis, limita-se a individualização do acontecimento, não havendo uma ponderação sobre a complexidade da situação concreta, sendo o delito analisado como um evento estanque isolado de qualquer característica social, psicológica, política ou econômica. Presume-se que o indivíduo é livre para fazer suas escolhas e pode prever as consequências dessa escolha. Assim sendo, entende-se que a punição é merecida, ainda que o contexto de justiça social diga o contrário.⁹⁹

A determinação da culpa é vista como objetivo a ser buscado, a fim de se alcançar a finalidade principal da persecução penal que é a aplicação da pena e que representa (ou deveria representar) não só a retribuição pelo mal causado, mas também prevenção para novos delitos. O passado (determinação de qual delito foi cometido e por quem) assume importância ímpar em detrimento do futuro (efetiva resolução do problema criado pela prática do delito). Neste contexto, as partes terão o mínimo de contato possível, o que garante que assumam uma postura adversarial e alienada, pois se pressupõe que os interesses discutidos sejam irreconciliáveis.

O Estado aparece como realizador da justiça e, portanto, como perseguidor da punição do infrator. Para tanto, poderá iniciar ou prosseguir com o processo penal, muitas vezes até contra a vontade da vítima.

Nesta linha de raciocínio, o Estado passa a ser visto como a vítima do acontecimento delituoso e a verdadeira vítima é sistematicamente excluída. Suas necessidades e vontades são claramente ignoradas e, por isso, sua participação será reduzida ao papel de mera testemunha, nos casos em que seu testemunho é indispensável.¹⁰⁰

Diante da exacerbada preocupação punitiva em se colher informações para a constatação da prática delitiva, inexistente a atenção devida para os verdadeiros desejos das vítimas na solução do conflito. Isso gera um processo perverso, pois, ao mesmo tempo em que o reexame do papel da vítima pode produzir um interessante reavivar de seu protagonismo no processo penal moderno, sua participação no processo pode ser instrumentalizada pelo sistema de justiça.

⁹⁹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 68-69.

¹⁰⁰ As vítimas “[...] podem esperar ser os clientes do promotor, mas logo aprendem que a vítima do registro é o Estado, e elas tem pouco controle sobre o desenrolar do julgamento. O papel exclusivo delas é de servir como testemunha da acusação.” (KOSS, Mary P. et al. Resposta da comunidade: ampliação da resposta da justiça de uma comunidade a crimes sexuais pela colaboração da advocacia, da promotoria, e da saúde pública: apresentação do programa restore. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 355).

A participação do ofendido no processo penal brasileiro, quando permitida, na verdade, acaba se tornando instrumento para a consecução das funções reais da pena de produção e reprodução da segregação social, não havendo qualquer viés de aproximação ou de ressignificação do laço de hostilidade instalado pelo delito, havendo apenas a instalação de mais muros.¹⁰¹

O sistema penal confisca o conflito das partes diretamente envolvidas e cria estigmas de “delinquente” (indivíduo mau) e de “vítima” (indivíduo bom), classificação sobre a qual estão assentados discursos e práticas penais. Segundo David Garland, essa política criminal moderna direcionada à proteção da sociedade e à administração de riscos, com o uso das práticas punitivas para a tutela dos interesses dos “cidadãos de bem”, é um engodo praticado por meio de técnicas populistas e politizadas em que a punição seria apenas uma via para que os sentimentos vitimizantes sejam expressados numa patente “retribuição do ódio”. Assim, a atenção ofertada à vítima serviria apenas para retroalimentar as práticas punitivas e não para dar voz aos seus interesses e opiniões:

Ao introduzir novas medidas de segregação punitiva, autoridade políticas rotineiramente invocam os sentimentos das “vítimas” como fonte de apoio e legitimidade. A necessidade de reduzir o sofrimento presente ou futuro da vítima funciona, hoje em dia, como uma justificação geral para as medidas de repressão penal; o imperativo político de reagir ante os sentimentos das vítimas agora serve para reforçar os sentimentos retributivos que paulatinamente vêm informando a legislação penal.¹⁰²

Neste mesmo sentido, André Giamberardino¹⁰³ ressalva que “A linguagem reducionista das oposições entre bem e mal generaliza subjetividades e serve à conservação de uma determinada racionalidade sobre as formas modernas de punir.”

O Estado, excluindo as partes da solução do seu conflito, rouba para si o conflito através do processo.¹⁰⁴ Essa alienação dos sujeitos, notadamente da vítima, gera a impossibilidade de solução global do conflito, pois não se permite que o processo se oriente levando em conta as necessidades dos indivíduos no caso concreto.

Parece ser necessário redefinir o conceito de crime como a violação de direitos individuais e relações interpessoais, maximizando as possibilidades de participação dos

¹⁰¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 54.

¹⁰² GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Pensamento criminológico, v. 16). p. 316.

¹⁰³ GIAMBERARDINO, op. cit., p. 55.

¹⁰⁴ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 82.

envolvidos, sem excluir toda e qualquer intervenção do Estado, mas retirando seu lugar de “vítima primária”.¹⁰⁵

A despersonalização do conflito afasta as partes, o que contribui para que a vítima não recorra ao sistema de justiça para a solução do seu conflito, incrementando a denominada “cifra oculta”, o que impedirá que o Estado visualize de forma completa o panorama criminal, pois não tem acesso aos reais índices de criminalidade, o que, consequentemente, originará políticas criminais ineficientes e incoerentes, que deslegitimam o sistema.

No sistema retributivo-punitivo pretende-se que exista a prevenção e a repressão de delitos e o caminho tradicionalmente apontado para que se cumpram estes objetivos é a sanção penal, obtida através de um processo acusatório que vislumbra a distribuição de culpa e a condenação daquele considerado culpado. Poucos são os espaços destinados às partes para que elas assumam o controle no momento de decidir qual estratégia seria suficiente para reparar o dano gerado no caso concreto.

No entanto, apesar de concentrar em suas mãos o poder punitivo, o Estado tem se mostrado incapaz de dominar ou controlar o fenômeno da criminalidade e seria importante a valorização da perspectiva do papel da vítima como instrumento de controle social, sendo válida a formulação de uma política criminal orientada para a vítima real e virtual. A perspectiva da reparação, ao levar em conta a vontade da vítima e o propósito de reparar o dano causado pelo delito, pode mostrar-se uma resposta jurídica mais interessante do que a opção pela pena privativa de liberdade, a qual foi naturalizada como a principal resposta para as sociedades ocidentais a partir do século XIX, quando se buscavam as mínimas garantias ao acusado e o combate às penas cruéis.

Portanto, é possível compreender que vítima exerce um papel importante no incremento daquilo que se chama “cifra oculta”. A sua insatisfação com as respostas propostas pelo sistema vigente é responsável pelo alto índice de subnotificação, o que prejudica a elaboração de políticas públicas efetivas, já que o Estado não tem acesso a dados compatíveis com a realidade. É possível dizer, inclusive, que a vítima, partindo de suas percepções, é uma instância de controle e interfere diretamente na legitimação da atuação estatal na esfera criminal, logo deveria ter papel fundamental para o estudo de qualquer sistema de justiça.¹⁰⁶

¹⁰⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 60.

¹⁰⁶ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 89-90 e RODRÍGUEZ MANZANERA, Luís. **Victimología**: estudio de la víctima. 12. ed. México: Porrúa, 2010. p. 378 -383.

1.3 Política criminal orientada para a vítima de crime

Desde a formação dos Estados modernos, existe uma contenção do poder político através da submissão do Estado à lei. Na esfera penal, o princípio da legalidade assume a função de garantia de direitos para o cidadão frente à atuação estatal. Por este princípio, garante-se, por exemplo, a proibição da retroatividade de uma norma incriminadora e da analogia incriminatória. Para que exista punição, exige-se lei penal escrita, anterior, certa e estrita. Da mesma forma, o processo garante limites ao arbítrio judicial, evitando-se a discricionariedade desmedida no exercício da ação penal.

A legitimidade do sistema penal está ligada aos aspectos material e formal. Aquele abrange a coerência das soluções apontadas com a realidade social e este se refere à necessidade de um procedimento democrático para a formação das políticas criminais, visto que a construção dessas opções políticas deve estar respaldada por um processo de submissão às diversas instâncias representativas da sociedade, o que fará com que a sociedade legitime as decisões tomadas.

As políticas públicas refletem as estratégias que o Estado adota para tentar alcançar o bem-estar dos seus cidadãos. A partir do surgimento de problemas públicos que são relevantes socialmente, o Estado precisa estruturar sua atuação, escolhendo a solução que melhor se adequa ao problema apresentado.

No âmbito criminal, isto não é diferente. São elaboradas ações, sustentadas por objetivos declarados. A política criminal tem como objetivo propor os “[...] métodos adequados, no sentido social, para a luta contra o delito, ou seja, a missão social do direito penal.”¹⁰⁷ Há, contudo, um enfrentamento entre dois posicionamentos com relação à funcionalidade dos aparelhos estatais: o movimento “eficientista” e o movimento “garantista”.¹⁰⁸

O movimento “eficientista”, como o próprio nome indica, prega a necessidade de se alcançar uma maior eficiência no trato da questão penal, havendo uma proposta de racionalização e de menor congestionamento das vias utilizadas pelas instâncias formais de controle. A atuação do Estado deveria ser mais ponderada, a fim de proporcionar uma ação pontual e eficiente.

¹⁰⁷ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 29.

¹⁰⁸ Ibid., p. 10-11.

O movimento “garantista”, por sua vez, entende que o Direito Penal, amplamente considerado, deve ter a função de instrumento de defesa social dos interesses do acusado e da vítima e também deve servir de instrumento de defesa e limite contra as interferências do poder estatal no âmbito penal. A atuação do Estado deveria estar submetida às previsões constitucionais que asseguram direitos, garantias e liberdades individuais.

O melhor entendimento parece ser aquele que prega que o desenvolvimento das políticas criminais deve respeitar as ideias de ambos os movimentos, ou seja, as políticas públicas no âmbito criminal devem refletir um efficientismo que garante uma maior funcionalidade para aquilo que se deseja alcançar com a política estatal, bem como deve respeitar e instituir as garantias que tradicionalmente estão previstas para o tratamento das questões penais. Deve haver um equilíbrio entre a eficiência da política pública e o respeito às garantias dos indivíduos.

Neste sentido, a utilização do processo penal como instrumento de política criminal parece ser propício, já que possibilitará uma maior funcionabilidade e não o mero efficientismo da política criminal eventualmente implantada. O processo penal não deve ser encarado com uma função exclusivamente instrumental, mas também com certo conteúdo político e funcional daquilo que se espera alcançar com as normas de direito material.

Assim, parte-se do contexto de um sistema jurídico penal funcional e socialmente orientado, aberto aos novos problemas, permitindo que o direito penal e processual penal seja influenciado pelas deliberações valorativas político-criminais.^{109 110}

A política criminal encontra-se limitada pelas normas jurídicas, em razão do modelo jurídico constitucional. Assim, para que a política criminal alcance a almejada funcionabilidade, devem ser elaboradas normas jurídicas que representem uma solução para aquilo que a realidade social está refletindo. A sintonia entre o direito penal material e o processo penal também será essencial para o sucesso de uma política criminal.

O impacto do movimento vitimológico, que trouxe à baila a necessidade de valorização da vítima, no direito penal se dá sob dois enfoques principais, um relacionado à

¹⁰⁹ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 162 et seq.

¹¹⁰ “O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais é de plano impossível e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde o seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto.” (ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82).

vitimodogmática, vinculado às consequências do comportamento da vítima na análise da culpabilidade do réu, e outro relacionado aos reflexos da opção de uma política criminal centrada na reparação à vítima.¹¹¹ A segunda vertente é a que mais interessa para o presente estudo.

É preciso que se valorize a vítima, integrando-a ao processo de resolução dos conflitos penais, a fim de que se possa estimular a sua maior participação. Parece que uma alternativa viável para isso é a implementação de programas político-criminais orientados para a vítima de crime, composto de duas esferas de atuação: uma de cunho restitutivo-reparatório-restaurador orientada para as vítimas reais¹¹² e outra com estratégias preventivas focando as vítimas potenciais.¹¹³

Nas últimas décadas¹¹⁴, no contexto jurídico-penal, a discussão sobre o tema da reparação¹¹⁵ do dano causado pelo crime tem se concentrado na sua natureza político-criminal. Há essencialmente três noções: reparação como composição privada do conflito; reparação como terceira via, junto com as penas privativa de liberdade e de multa (primeira via) e com a medida de segurança (segunda via); e a reparação como um novo fim da pena, a ser alcançada através de prestações compensatórias do direito civil.¹¹⁶

A composição do conflito pela via privada representa um modelo de solução de despenalização parcial, desvinculando a reparação do direito penal. Assim, a amplitude de tal possibilidade está restrita aos delitos que estariam sujeitos a tal despenalização, o que reduz, em tese, a aplicabilidade desta forma de reparação.¹¹⁷

¹¹¹ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 130-131.

¹¹² “Reporta-se a situações pretéritas, em que não cabe mais falar em risco ou perigo, mas, simplesmente, em dano ou prejuízo, e que suscita, de conseguinte, orientações político-criminais de índole compensatória e de ampliação dos poderes de intervenção processual.” (CÂMARA, CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 111).

¹¹³ Ibid., p. 105.

¹¹⁴ Historicamente, a reparação do dano remonta aos mais remotos tempos, sendo encontradas referências no Código de Hammurabi (1728-1686 a.C.), nas Leis de Manú (século VI a. C.) e na Lei das doze tábuas romanas (século V a. C.) (RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología**: estudio de la víctima. 12. ed. México: Porrúa, 2010. p. 399).

¹¹⁵ Luis Rodríguez Manzanera diferencia a reparação do dano a cargo do delinquente, denominada por ele de ressarcimento, e a indenização, que seria a reparação do dano proporcionada pelo Estado ou por algum fundo criado para esse fim. (Ibid., p. 402). Esta diferenciação proposta pelo autor mexicano não é adotada neste trabalho.

¹¹⁶ ROXIN, Claus. La reparación no sistema de los fines de la pena. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 141 e HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 59.

¹¹⁷ ROXIN, op. cit., p. 142.

A segunda possibilidade – incorporar a reparação como uma sanção penal autônoma (terceira via) – pode ser alcançada por meio de prestações pecuniárias e também através de trabalhos de utilidade para a comunidade. No entanto, do ponto de vista político-criminal, seria interessante incluir a reparação em um conceito mais amplo, que persiga como um de seus fins a composição entre o autor e a vítima, pois a insistência em um caráter penal da reparação pode ser um obstáculo que excluiria tal possibilidade de conciliação entre as partes.¹¹⁸

A reparação como prestação autônoma, que mescla elementos jurídicos civis e penais, pode servir para alcançar os fins tradicionais da pena e, na medida em que o consiga em concreto, deveria substituir a pena ou ser computada para atenuá-la.^{119 120}

Já a ideia de reparação como um novo fim da pena, que poderia alcançar um significado independente junto com a retribuição e com a prevenção geral e especial, é mais difícil de ser aceita, pois, se assim fosse, a reparação não teria nenhum efeito preventivo e estimularia a perpetração do delito, o que seria uma contradição com a própria função da pena.¹²¹ Além disso, essa proposta poderia desencadear uma situação de notória desigualdade, pois se trataria de uma pena que as pessoas de menores recursos não poderiam satisfazer.¹²²

Considera-se que a reparação, alcançada como sanção alternativa à pena privativa de liberdade e multa, possibilita a restauração e a reconciliação das partes envolvidas no conflito, contribuindo, por consequência, com a pacificação social. A eficácia social da reparação está ligada ao fato de que se relaciona diretamente com o ato desvalioso, diferentemente da multa e da prisão que são apenas símbolos abstratos de reprovação.¹²³

¹¹⁸ ROXIN, Claus. La reparación no sistema de lós fines de la pena. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 143-145.

¹¹⁹ MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal In: _____. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 210-211; ROXIN, op. cit., p. 154.

¹²⁰ Neste ponto, importante a reflexão crítica proposta por Hirsch no sentido de que a proteção da vítima ocuparia apenas um primeiro plano desta proposta, mas, na verdade, o que se persegue é uma maior restrição à reação penal frente ao autor. Assim, a vítima seria um ponto de referência para possibilitar uma construção que ontologicamente representa somente um abolicionismo parcial encoberto. (HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 67). Maier também faz um alerta neste sentido, ressaltando que instituir a reparação como nova possibilidade coativa do Estado, somada à pena pode ser uma nova forma de expropriação dos direitos da vítima, transformando um interesse privado em público. (MAIER, op. cit., p. 207).

¹²¹ ROXIN, op. cit., p. 145-146.

¹²² “Efectivamente, si se utiliza el resarcimiento indiscriminadamente como substitutivo de las sanciones penales, se puede caer em chocante diferencias, y podría parecer que los delincuentes ricos pueden coprar su impunidad a base de reparación del dano.” (RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología: estudio de la víctima**. 12. ed. México: Porrúa, 2010. p. 402).

¹²³ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 222.

Por intermédio da obrigação de reparar, o autor deve enfrentar a consequência dos danos causados à vítima, o que é muito mais eficaz do que as situações em que a vítima permanece abstrata e anônima.¹²⁴

Neste sentido, Guilherme Câmara reflete que a reparação da vítima:

[...] harmoniza-se, portanto, com os fins da pena, tanto sob a perspectiva de prevenção especial – o acordo entre a vítima e o desviante mostrar-se-ia construtivo na medida em que instiga-o a enfrentar as consequências sociais do seu ato e, desse modo, colabora para a sua ressocialização –; como de prevenção geral positiva, na dimensão em que favorece a confirmação da validade da norma e a restauração da paz jurídica.¹²⁵

Importante ressaltar que não se deve restringir a reparação à dimensão pecuniária, pois pensar que a reparação da vítima deve se concentrar apenas nos prejuízos econômicos sofridos poderá gerar um desvio de sentido que amesquinha e “privatiza” qualquer prática de mediação. É preciso que se considere como primordial a ideia de reparação simbólica, o que significa a inclusão dos sujeitos envolvidos na resolução do conflito e a responsabilização do acusado.¹²⁶

A reivindicação de um posto de maior relevância para a vítima no sistema penal pode reascender o latente antagonismo entre os direitos das vítimas e os direitos dos acusados ou, de modo inverso, inspirar um redirecionamento das finalidades da pena e a criação de novas medidas tendentes a proporcionar uma maior satisfação à vítima.

Neste sentido, Ana Sofia Schmidt de Oliveira¹²⁷ procura demonstrar que as referências à vítima no campo da política criminal estão relacionadas com a intenção de conceder maior importância para ela no sistema penal, mas destaca que as concepções de política criminal possuem duas vertentes principais sobre o tema.

A primeira, denominada política de exclusão, é oriunda de um momento histórico pautado pelo movimento de Lei e Ordem, proposta de tratamento mais duro para os criminosos. Os discursos políticos disseminaram a ideia de que a melhor forma de garantir os direitos às vítimas seria através da restrição dos direitos dos criminosos. Há um entendimento de que o reconhecimento de direitos e proteção das vítimas é movimento antagônico aos

¹²⁴ ROXIN, Claus. La reparación no sistema de los fines de la pena. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 402.

¹²⁵ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 222.

¹²⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 53-54.

¹²⁷ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 122-131.

direitos do acusado e que, por isso, estes deveriam ser restringidos ou, até mesmo, suprimidos por meio da edição de leis de maior rigor.¹²⁸

A autora prossegue, destacando que os resultados dessa política criminal de Lei e Ordem, contudo, demonstram que o agravamento da situação do condenado e o desrespeito a garantias constitucionais do acusado são medidas que não correspondem à expectativa de proteção da vítima, pois refletem atenção apenas à vitimização primária, desconsiderando as demais formas de vitimização. Além disso, tais medidas colocam em risco importantes conquistas do Estado Democrático de Direito e desviam o foco central do problema que está relacionado com as questões sociais.¹²⁹

A segunda vertente, que é adotada neste trabalho, denominada política de inclusão, vislumbra a tendência pela questão da maior participação e reparação da vítima, questionando as finalidades da pena e indicando novas medidas para a melhor satisfação da vítima, sem que isso represente a extirpação dos direitos e garantias do criminoso.

No mesmo sentido, Alline Pedra Jorge afirma que:

A intenção da participação da vítima na justiça criminal, e da sua interpretação como ser humano dotado de vida e de voz não surge na perspectiva de se prejudicar outros direitos, os do acusado, por exemplo. [...] Não se trata de substituir o respeito ao delinquente exclusivamente pelo respeito à vítima.¹³⁰

Ana Sofia Schmidt de Oliveira destaca, como argumentos que sustentam a necessidade de uma política de inclusão adequada aos direitos e interesses das vítimas, que:

a) a finalidade preventiva da pena não é cumprida de forma eficaz; cada delito cometido é a comprovação dessa ineficácia e as pesquisas de vitimização demonstraram que ela é maior do que supõem as instâncias formais de controle;

¹²⁸ Neste mesmo sentido: “É que não se pode omitir o fato de que movimentos em prol das vítimas sediados, principalmente nos Estados Unidos, têm por nota característica o exaltar os direitos das vítimas concretas à tensão máxima, isto é, em detrimento dos direitos e garantias dos acusados, vindo mesmo a reativação de sentimentos retributivos e de pura vendeta, pondo-se quíça inadvertidamente à mercê dos propósitos manipuladores de políticos oportunistas cujo discurso radical parece ajustar-se à luva aos inconfessáveis interesses dos ‘mass media’, decididos a sobredimensionar o problema da violência e a instilar o medo generalizado do crime, medo que alimenta não apenas intenções irrefletidas de recrudescimento de penas (inclusive a eliminação da vida como solução final), como a indústria da segurança (alarmes, armas, munições, câmeras, blindagem de automóveis, lutas marciais, polícia privada etc.).” (CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 150-151).

¹²⁹ “A utilização simbólica do direito penal pode oferecer uma efêmera sensação de segurança, logo superada pelo fato (ou noticiário) seguinte.” (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 127).

¹³⁰ JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 12.

- b) os objetivos de prevenção especial tampouco são atendidos; surge a crise de legitimidade da pena privativa de liberdade, patentes seus efeitos criminógenos após o ocaso da ideologia de tratamento;
- c) a despersonalização do conflito é negativa tanto para o acusado como para a vítima; aquele é colocado diante de um representante do Estado com quem não tem qualquer espécie de relação ou compromisso, e esta fica impotente, pois não é nada mais que um mero repositório de informações;
- d) a vítima não recebe nenhuma espécie de compensação e, quando o autor é condenado ao pagamento de multa, o beneficiário é o Estado;
- e) ao ser colocada em uma posição periférica pelo sistema penal, a vítima, além de não receber qualquer benefício, padece os males da vitimização secundária.¹³¹

Não são mais suficientes na realidade atual, os programas punitivos que propagam ideais ora retributivos, vislumbrando na pena um fim em si mesma, sem qualquer sentido social, ora ressocializadores, buscando a readaptação do criminoso e pregando a reparação como dispensável, pela falta de exigência social.¹³² A paz jurídica perturbada pelo delito somente será restabelecida quando se faz justiça para o autor e para a vítima.¹³³

Assim, o movimento de valorização político-criminal das vítimas relaciona-se diretamente com a crise de legitimação deste modelo penal fundado em sanções repressivas e políticas de ressocialização.¹³⁴

No mesmo sentido, Manuel da Costa Andrade afirma que:

Seguro parece, desde logo, que não pode continuar a pensar-se o espaço tradicional da política criminal pondo entre parêntesis o papel da vítima no processo da deviance, cada vez mais entendida em termos de interação. Parece, outrossim, líquido que a política criminal não pode circunscrever os seus esforços à maximização da conformidade, pelo lado do delinquente ou, em formulação mais convencional, à potenciação da prevenção da delinquência e da ressocialização do delinquente. Urge, pelo contrário, desenvolver uma política complementar, dirigida à ressocialização da vítima, à prevenção da vitimização e à socialização dos seus custos [...] Haverá, em conclusão, que atender à vítima como mediadora da política criminal e, convergentemente, fazer dela destinatária duma nova política criminal.¹³⁵

A política criminal orientada para a vítima de crime deve partir de um modelo penal para o qual se atribua à reparação a função de sanção penal e se promova o combate à

¹³¹ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 128-129.

¹³² CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 58.

¹³³ ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima em el procedimiento penal: tendencias nacionales e internacionales. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 30.

¹³⁴ CÂMARA, op. cit., p. 198.

¹³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Ed. Universidade de Coimbra, 1980. p. 338.

despersonalização do conflito e à sobrevivitização¹³⁶ da vítima, sem, contudo, aderir a um radical vitimocentrismo que implique diminuição dos direitos e garantias do acusado.

A orientação da política criminal para a vítima de crime pressupõe, ainda, uma participação deste sujeito no decorrer da persecução penal, pois a alienação da vítima com relação ao processo penal traz como resultado a não resolução efetiva do conflito gerado pelo delito. Afinal, o comportamento delituoso gera consequências importantes para a vítima que, com os instrumentos que lhe são disponibilizados, deseja esclarecer o ocorrido e receber a reparação condizente (que nem sempre será econômica).

Parece que um sistema penal essencialmente retributivo-punitivo não alcançará essa resolução global do conflito, pelo menos não enquanto ignorar sistematicamente a vítima, ou até mesmo gerando nova vitimização, e enquanto existir a proposta de um modelo adversarial que encoraja o conflito de interesses entre as partes.

Outras medidas penais voltadas à satisfação da vítima mostram-se mais eficientes, como os programas de conciliação e mediação e os projetos de reparação do dano. A inserção da justiça restaurativa, baseada num procedimento voluntário, dialogal e consensual, é também um instrumento plenamente viável para solução de conflitos penais.¹³⁷

Winfried Hassemer pondera que:

O direito processual penal gira em torno da vítima real de um fato punível. Deve ser oferecido a ela mais proteção, deve ser concedido a ela mais direito de ação e participação. Ela deve ser libertada da sua posição impotente no processo formalizado, onde ela deve observar, sem chances consideráveis de intervenção, a discussão ‘sobre sua’ causa por outros e podendo ainda ser interrompida à força por estes outros em razão de uma colaboração, em que ela – em qualquer caso desta forma – não tem interesse regular. Em vez disso, a vítima deve poder tomar nas mãos ‘sua’ causa e entrar, mesmo sob uma certa fiscalização estatal, em mediação com o suspeito do ato, em que ambos os participantes diretos no conflito, em um processo de aprendizagem mútuo, podem por em dia, tanto pessoalmente como também juridicamente, o problema deste fato punível.¹³⁸

¹³⁶ Sobrevitização que, conforme ficou evidenciado pela Pesquisa Nacional de Vitimização, é recorrente e “[...] com certa frequência, resulta mais negativa que a primária, causa um incremento no dano causado pelo delito, ampliando a sua dimensão psicológica ou patrimonial. No contato com a administração da Justiça ou da Polícia, as vítimas experimentam, muitas vezes, o sentimento de estar perdendo o seu tempo ou mal gastando o seu dinheiro; outras sofrem incompreensões derivadas da excessiva burocratização do sistema ou, simplesmente, são ignoradas. Em alguns casos e com relação a determinados delitos, as vítimas são tratadas como acusados e sofrem a falta de tato ou a incredulidade de determinados profissionais.” (FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2001. p. 170).

¹³⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 333.

¹³⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005. p. 121.

Nesta linha de raciocínio, propõe-se a análise de uma nova forma de resolução dos conflitos penais, através do modelo consensual, que tem como uma das suas bases a valorização da vítima.

CAPÍTULO 2 O MODELO CONSENSUAL DE JUSTIÇA CRIMINAL E O PROTAGONISMO DA VÍTIMA

2.1 Princípios e fundamentos do modelo consensual de justiça criminal

Existem, fundamentalmente, três modelos para a resolução do conflito penal: o dissuasório clássico, o ressocializador e o integrador.¹

O modelo dissuasório pressupõe a pena com finalidade estritamente retributiva, isto é, a punição estatal deve ser suficiente para a reprovação do comportamento criminoso perpetrado e para a prevenção de delitos futuros. Neste contexto, não há preocupação com a ressocialização do criminoso, com a proteção da vítima, nem com a reparação dos danos causados pelo delito, sendo um modelo com rituais e punições pouco flexíveis.

O modelo ressocializador traz alternativas para a pena essencialmente retributiva do modelo dissuasório, considerando que a punição estatal teria o papel complementar de reintegrar o criminoso à sociedade. Há uma maior preocupação com os indivíduos envolvidos no conflito penal, embora, a princípio, a vítima não tenha a mesma proteção que o criminoso.

O modelo integrador “[...] pretende conciliar os interesses e expectativas de todas as partes envolvidas no problema criminal, por meio da pacificação da relação social conflituosa que o originou”², restaurando todas as relações abaladas pelo delito.

O modelo de justiça consensual surge com a intenção de dar continuidade a esse fenômeno de integração das partes à resolução do conflito penal, indicando que deve ocorrer a flexibilização dos procedimentos e das sanções e preconizando que um acordo alcançado entre as partes pode representar uma melhor solução para o conflito, em contraposição à imposição de uma pena abstratamente prevista. As principais ferramentas para a implementação do modelo consensual são: a conciliação, “[...] forma de solução, resolução ou decisão do litígio por obra dos próprios litigantes sem intervenção vinculativa de terceiro”³; a mediação penal, que indica que as partes devem ser encorajadas, com o auxílio de um

¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção ciências criminais; v. 5). p. 408 et seq.

² DE VITO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 43.

³ AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e Processos Construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: _____. (Ed.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.

mediador, a chegarem a um acordo; e a negociação⁴, que representa um consenso alcançado entre o criminoso e o órgão acusador, abrangendo a negociação sobre a tipificação do delito, a pena a ser aplicada, as formas de execução da pena, entre outros aspectos penais relevantes.

Ainda que se reconheça a importância de institutos de negociação, como a barganha, que “Resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado”⁵, diante da perspectiva vitimológica que se procura desenvolver neste trabalho, serão destacadas apenas aquelas formas de resolução consensual que permitem a participação da vítima.

A adoção de um modelo consensual de resolução dos conflitos penais pode se dar como um “contra-sistema”, de forma a se opor ao sistema penal estabelecido, ou dentro do próprio sistema, orientando a produção legislativa e a atuação dos profissionais envolvidos.⁶ Neste trabalho, parte-se da ideia da aplicação do modelo consensual a partir do próprio ordenamento existente, de forma complementar ao modelo fundado no conflito.

Como limite ao modelo consensual, Fernando Fernandes assinala que:

[...] a substituição do ritual da condenação por soluções de natureza consensual presta-se ao fim de atenuar o efeito de estigmatização dos criminosos, representando, dentro de certos limites, uma forma adequada de alcançar os objectivos de ressocialização e de estabilização contrafáctica das normas que o Direito Penal se propõe tutelar. Desde logo, a observação de que esse programa só se mostra legítimo na medida em que seja definido na lei, seja controlado por uma entidade judiciária independente e, por fim, se submeta ao consentimento do arguido. Portanto, ainda com mais razão o modelo fundado num encontro entre as partes deve ser inserido no programa mais amplo de orientação político-criminal do processo penal, sendo legítimo e admissível apenas na medida em que, para além da eficiência que pode proporcionar, se mostrar também funcional e não elimine aquelas garantias essenciais inerentes a esse sector da Ciência Jurídica.⁷

⁴ A negociação “É o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes. Desse modo, incluem em tal categoria, por exemplo, os institutos da barganha, da transação penal, da suspensão condicional do processo brasileiro e português, os ‘procedimentos abreviados’ latino-americanos, a ‘plea bargaining’ estadunidense, o ‘absprachen’ alemão, o ‘patteggiamento’ italiano [...] entre diversos outros.” (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análises das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 55-56).

⁵ Ibid., p. 23.

⁶ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 139.

⁷ Ibid., p. 141.

Desta forma, a adoção do modelo consensual em um sistema penal representa uma modificação filosófica e não apenas uma alteração técnica de ritos e procedimentos.

Nesta perspectiva filosófica, busca-se uma aproximação entre o modelo consensual de justiça e a teoria do agir comunicativo desenvolvida por Jürgen Habermas⁸, que tem como tese central a criação de uma “[...] situação ideal de comunicação, na qual os papéis sejam simetricamente distribuídos e a decisão seja o produto de uma discussão isenta de coacção, podendo a todo momento ser problematizada e corroborada (fundamentada) pela via do discurso, da discussão.”⁹

O autor analisa que o desenvolvimento industrial está estreitamente ligado ao progresso da ciência e da técnica e que o trabalho industrial na sociedade capitalista foi o responsável por expandir os procedimentos e a racionalidade tecnicistas para outros segmentos da sociedade. O problema é que o processo de modernização trouxe a racionalização técnico-instrumental para o âmbito da ação social.¹⁰

Em contraposição a esta utilização universal da racionalidade técnico-instrumental nas decisões sociais – o que traz novos problemas sociais fundados no individualismo, na competição e no rendimento – Habermas propõe o resgate da racionalidade comunicativa,

⁸ Importante ressaltar que não se pretende uma análise exaustiva desta teoria, diante da incompatibilidade entre a complexidade e densidade da teoria e as finalidades deste trabalho. O que se propõe é fazer um levantamento dos seus postulados fundamentais, a fim de buscar subsídios para fundamentar e orientar uma dinâmica fundada em interações comunicativas, possibilitando a efetivação do modelo de justiça penal consensual como forma de resolução do conflito penal.

⁹ “[...] a expressão ‘agir comunicativo’, cunhada por Habermas, refere-se, em termos mais do que simples, a um mecanismo para coordenar as ações, implicando que os participantes do processo comunicativo procurem obter um entendimento sobre uma determinada situação, sobre os seus planos de ação, coordenando-os através de um acordo nas situações que admitem o consenso.” (FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 146-147).

¹⁰ A crítica feita pelos representantes da Escola de Frankfurt é exatamente no que diz respeito à racionalidade científica aplicada às questões sociais, pois a razão que permanece neutra com relação a valores trata as questões que não podem ser resolvidas pela equação meios-fins como irracionais e subjetivas, o que afasta do exame da razão diversas questões sociais que fogem dos aspectos de economia e eficácia dos meios. Esses autores entendem que a ciência e a técnica representam uma forma de dominação política quando aplicadas nas ações sociais, em um paralelo com a dominação exercida pelo homem com relação à natureza. (GONÇALVES, Maria Augusta Salin. Teoria da ação comunicativa de Habermas: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. **Educação & Sociedade**, Campinas, ano 20, n. 66, p. 125-140, abr. 1999). De forma um pouco diferente, Habermas vislumbra no trabalho uma forma do homem utilizar a ciência e a técnica para ampliar as suas possibilidades, pois o desenvolvimento humano seria pautado pelos processos históricos de desenvolvimento tecnológico, industrial e cultural. No entanto, ele se mostra contrário à penetração universal da ciência e da técnica, através de uma racionalidade científica e instrumental, em esferas de decisão em que deveria prevalecer a racionalidade comunicativa. (HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 20-23).

tendo em vista que o ser humano é capaz de comunicar desejos, intenções, percepções e expectativas através do diálogo.¹¹

Com a sua teoria, Habermas pretende demonstrar que os valores (verdade, justiça, liberdade) integram as argumentações desenvolvidas através da comunicação diária entre as pessoas e, portanto, a sua valoração não deveria ser afastada no momento de resolução dos conflitos.¹²

Para ele, a comunicação entre os sujeitos ocorre a partir de três mundos: o mundo objetivo da ciência das coisas, o mundo intersubjetivo da moral e do direito e o mundo subjetivo dos sentimentos e das emoções de cada indivíduo. A relação entre os mundos está presente nas interações sociais.¹³

No momento em que as pessoas se comunicam, elas retratam três tipos de pretensões de validade (juntamente com os enunciados que proferem): a pretensão de verdade, a pretensão de correção normativa e a pretensão de veracidade.¹⁴

Estas pretensões estão vinculadas aos mundos já mencionados. A pretensão de verdade correlaciona-se com o mundo objetivo e refere-se a enunciados descritivos que remontam à adequação do enunciado linguístico utilizado para a descrição da realidade fática. A pretensão de correção normativa correlaciona-se com o mundo intersubjetivo e refere-se a enunciados normativos (também chamados de prescritivos) que devem fazer com que a condução da ação social (e individual) corresponda com a solução apresentada normativamente para os conflitos existentes na realidade social. A pretensão de veracidade correlaciona-se com o mundo subjetivo e refere-se a enunciados expressivos que devem representar a adequação entre o que se expressa e o que se sente (sinceridade do indivíduo).

Parte-se do pressuposto de que a linguagem é o mecanismo que produz a integração social dos diversos planos de ação individual encontrados em uma sociedade. A comunicação seria essencial para que os valores (verdade, correção normativa e veracidade) sejam legítimos. Para tanto, os indivíduos deveriam utilizar uma racionalidade argumentativa através do discurso para alcançar um consenso baseado em princípios reconhecidos e validados pelo grupo, ao invés de uma racionalidade tecnicista que considera apenas a relação meio-fim.

¹¹ GONÇALVES, Maria Augusta Salin. Teoria da ação comunicativa de Habermas: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. **Educação & Sociedade**, Campinas, ano 20, n. 66, p. 125-140, abr. 1999.

¹² HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 39 et seq.

¹³ Ibid., p. 80 et seq.

¹⁴ Ibid., p. 144 et seq.

Assim, a ação social funciona somente quando os agentes sociais aceitam as pretensões levantadas pelos demais envolvidos. A sociedade somente funciona porque se consegue, através de mecanismos sociais, coordenar diversos planos de ação individual. Certamente, com a modernidade, e principalmente com o capitalismo, o que se tem observado é a atuação cada vez mais egoísta e individualista dos sujeitos. No entanto, de acordo com Habermas, a linguagem assume importante papel na integração social, pois permite que exista uma coordenação dos planos individuais de ação.¹⁵

Todavia, uma pretensão (prescrita em um enunciado normativo), inicialmente aceita, pode ser criticada por um dos envolvidos, o que gera uma potencial ameaça à integridade social, já que cada indivíduo poderia exercer o seu plano individual de ação, ignorando aquilo que se tinha estabelecido.¹⁶

Como forma de evitar a desintegração social, pode-se recorrer à ação instrumental (agir estratégico) ou ao discurso (agir comunicativo). Ambos são considerados racionais por Habermas, na medida em que podem ser fundamentados,¹⁷ podendo-se entender que a racionalidade advém da comunicação entre sujeitos (possível através da discussão).

O agir estratégico e o agir comunicativo possuem diferenças importantes que devem ser destacadas para que se possa compreender como o desenvolvimento da teoria do agir comunicativo revolucionou a forma como a resolução de conflitos é tratada.¹⁸

O agir estratégico pressupõe um atuar sobre o outro, ou seja, as ações do indivíduo são orientadas para o seu sucesso. Ele apenas utilizará o outro para atingir um fim (seu sucesso pessoal) e, para tanto, indicará um fim, mas desejará secretamente outro. Desta forma, a interação social é representada pela influência de um sujeito sobre o outro, havendo uma distorção do processo de comunicação, pois o indivíduo pressupõe que os outros envolvidos estejam agindo comunicativamente na crença de que todos assim o façam.

Nesta forma de agir, a violação das regras (que são essencialmente técnicas) representa uma intervenção fracassada, pois o fim intencionado não se realizará. Portanto, entre a regra de ação e a consequência da ação há uma relação empírica, ou seja, não há uma

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 41, 110 et seq.

¹⁶ Interessante o exemplo de Marcelo Galuppo: “[...] quando alguém (A) enuncia que 'não devemos furtar', o outro envolvido (B) pode colocar em dúvida a própria pretensão de correção assumida pelo falante (A) no caso, dizendo, por exemplo, que em algumas situações o furto pode ser justificado para preservar outro bem maior, como a vida.” (GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 122).

¹⁷ HABERMAS, op. cit., p. 24 et seq.

¹⁸ GALUPPO, op. cit., p. 124 et seq.

imputação racionalmente voluntária de uma sanção ou consequência para o descumprimento de uma regra.

O agir comunicativo, por sua vez, pressupõe um falar ou atuar com o outro, ou seja, as ações são orientadas para um entendimento, o discurso é usado como forma de expor as suas pretensões, possibilitando convencer o outro ou também ser convencido por ele, com a finalidade de se obter um consenso.¹⁹ Assim, a interação social é representada pela própria linguagem, havendo uma transparência entre aquilo que o falante diz e o que ele faz. Não há uma intenção diferente da própria comunicação e, por isso, os meios e os fins se identificam e serão adequados.

A violação de uma regra (jurídica ou moral), no contexto do agir comunicativo, dará origem a uma sanção racional, na medida em que o comportamento conforme a norma é recompensado e o comportamento desviante é castigado.

Vislumbra-se a importância da participação dos sujeitos no desenvolver do agir comunicativo, pois devem se comportar cooperativamente, buscando a compreensão global da situação em que estão envolvidos, bem como devem buscar o entendimento mútuo, que possibilitará a formação de um consenso.

O convencimento será condicionado pela “coação do melhor argumento”, que é aquele que melhor resiste às críticas levantadas pelos indivíduos envolvidos no discurso. Não há um estabelecimento prévio (não é algo posto), a construção do melhor argumento será realizada através da discussão entre os sujeitos.²⁰

Este modelo de discurso, apontado como o almejado para a solução de conflitos, pressupõe que as condições de realização dos processos de comunicação sejam ideais, com uma ordem social que possibilite a comunicação dos indivíduos através do discurso para que possam alcançar um consenso racional²¹. A liberdade e a situação de simetria entre os indivíduos são pressupostos básicos para o sucesso desta teoria.

Alguns autores criticam a adoção da teoria do agir comunicativo no âmbito do processo penal.

¹⁹ “[...] a razão comunicativa é reflexiva, pois há um deslocamento da razão do sujeito para o processo comunicativo, ou seja, há uma auto-reflexão crítica a partir do olhar do outro. Isto quer dizer que o interlocutor reflete sobre o conhecimento que produziu a partir da visão do seu ouvinte.” (PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. **Justiça restaurativa, cidadania e políticas públicas segundo a teoria da ação comunicativa**. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://justica21.org.br/j21.php?id=239&pg=0#.VyXvmvkrLIU>>. Acesso em: 1 abr. 2016).

²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus Humanidades, 1998. p. 40.

²¹ Consenso que tem relação tanto com a elaboração da norma a ser seguida, quanto com a solução a ser proposta diante de um conflito.

Marcelo Galuppo destaca que a teoria habermasiana refere-se a uma comunidade ideal de comunicação, onde não haveria violência ou ideologias e todos envolvidos participariam livremente e diretamente na formação do consenso. O autor questiona se, em uma comunidade com um sistema real de comunicação, seria possível essa liberdade de participação dos envolvidos. Ele acredita que as ideologias estejam presentes no nosso cotidiano e que não permitiriam uma produção livre do convencimento, mas representariam uma forma de colonização da esfera prática atribuída à ação comunicativa pelo agir estratégico.²²

Da mesma forma, Fernando Fernandes apresenta um rol de críticas à aplicação da teoria do agir comunicativo ao procedimento jurídico-penal. Primeiramente, aponta que a situação ideal em que se daria o agir comunicativo proposto por Habermas pressupõe que os papéis dos participantes sejam simetricamente distribuídos e que o consenso deveria ser o resultado de um diálogo isento de coação. Além disso, ressalta que a substituição da verdade material pela verdade consensual no processo penal é um tanto perigosa, pois há o direito do acusado a ser respeitado, inclusive o seu direito ao silêncio. Não se poderia esquecer, ainda, a necessária intervenção do Estado na resolução do conflito penal, a fim de garantir aquilo que se costuma definir como interesse público, o que impediria a formação de uma verdade consensual entre as partes, obtida tão somente através de um discurso efetivado entre elas. Por fim, o autor relembra que a pena prevista para aquele que for condenado por um determinado delito não depende da aceitação deste para a sua efetivação, o que impede que o debate judicial possa ser visto como um verdadeiro discurso.²³

Essa tensão entre a situação ideal e a situação real de comunicação apontada pelos referidos autores é realmente um fator que deve ser analisado.

A potencialidade de participação livre em uma sociedade em que ainda existe uma disparidade (social e econômica) imensa entre os setores da sociedade é fato que, a princípio, parece ser de difícil aceitação. No entanto, considerando que a teoria de Habermas possui, além da função descritiva, uma função prescritiva para a evolução da sociedade no sentido de um ideal de comunicação, isso não seria totalmente inaplicável se for implementado o modelo de justiça criminal consensual.

A participação do cidadão se daria de duas formas: primeiro na elaboração das normas, através de representantes eleitos de forma democrática, os quais deveriam defender

²² GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 140.

²³ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 146-150.

os interesses dos seus eleitores, e através da participação na efetiva solução dos conflitos no âmbito do Judiciário, participando naqueles momentos em que o consenso poderá ser formado pelas partes e trará a solução para o caso concreto.

Também para a efetivação do modelo consensual de justiça criminal, todos os participantes do discurso devem ter as mesmas oportunidades de participação através de intervenções, perguntas e respostas, bem como devem ter o direito de expor os seus argumentos, de expressar sentimentos e desejos, de se comprometer com uma forma de responsabilização e problematização daquilo que for apresentado como proposta de solução.

Certamente, é inevitável pensar que a sociedade deve evoluir nos âmbitos cultural e educacional, a fim de se possibilitar uma perfeita compreensão daquele que está diante de uma oportunidade de participação na construção de um consenso. Qualquer outra hipótese representaria uma forma de dominação e transformaria o agir comunicativo em uma máscara que acoberta um verdadeiro agir estratégico por parte daquele que está em uma situação de entendimento superior ao outro e se vale disso.

As condições ideais de comunicação propostas por Habermas podem pertencer a um plano que remete à utopia, mas, se a teoria do agir comunicativo for aplicada em situações reais e concretas, seguindo os seus parâmetros básicos de inclusão dos sujeitos, transparência de objetivos e valorização do diálogo, certamente apontará caminhos para a efetivação da interação entre os indivíduos através da argumentação realizada por meio do discurso e, conseqüentemente, uma solução do conflito mais próxima do que se pode considerar ideal.

Além da análise do fundamento filosófico do modelo consensual de justiça, é necessário, ainda, considerar ainda o seu fundamento criminológico que está sediado, principalmente, na teoria do “*labeling approach*”, ou da perspectiva interacionista.²⁴

Esta perspectiva criminológica parte do princípio de que o delinquente somente se diferencia dos demais cidadãos pela estigmatização que sofre, ou seja, o crime não é uma qualidade ontológica da ação, mas o resultado de uma reação social.²⁵ Estudam-se as instâncias de reação e controle, formais e informais, bem como o processo de interação, ao final do qual um indivíduo determinado será estigmatizado como delinquente.²⁶

²⁴ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 156-158.

²⁵ São os grupos sociais que criam a “*deviance*” ao elaborar as normas cuja violação constitui a “*deviance*” e ao aplicar estas normas a pessoas particulares e estigmatizando-as como desviantes. (BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: Free Press, 1963. p. 9. “[...] *social groups create deviance by making the rules whose infraction constitutes deviance, and by applying those rules to particular people and labeling them as outsiders.*”).

²⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 49-50, 343-344.

A perspectiva interacionista teve impacto no âmbito da política criminal no desenvolvimento de quatro tópicos principais: descriminalização, não-intervenção radical, “*due process*” e diversão.²⁷

A justiça criminal consensual se encaixa neste último tópico, trazendo formas de diversificação processual que procuram evitar o efeito estigmatizante do tradicional sistema de justiça criminal.

Assim, com a finalidade de oferecer alternativas viáveis ao modelo de base essencialmente punitiva, que tem se mostrado tão ineficaz quanto às finalidades que ele mesmo se propõe a cumprir – notadamente quanto à prevenção, desenvolve-se o modelo consensual de resolução dos conflitos. A valorização do diálogo como forma de resolução dos conflitos, o tratamento individualizado, a possibilidade da efetiva participação das partes e a flexibilização procedimental são alguns dos pressupostos do modelo consensual que permitem a legitimação do sistema penal.²⁸

A efetivação do modelo de justiça consensual entrelaça-se, ainda, com a questão dos princípios da obrigatoriedade e da oportunidade.

A obrigatoriedade revela que, havendo lastro probatório suficiente para demonstrar a materialidade e a autoria no caso concreto, a acusação contra o autor dos fatos deve ser realizada, não havendo qualquer critério político ou de utilidade social para amenizar esta obrigação.²⁹

A oportunidade se concretiza naquelas situações em que se autoriza o não oferecimento da denúncia ou da queixa conforme a opção do órgão acusador ou da vítima com fundamento em critérios utilitários, político-criminais, econômicos etc., em caso em que exista lastro probatório suficiente para atestar a autoria e a materialidade de um crime.³⁰

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 359-361.

²⁸ “Em geral, os métodos de resolução dos conflitos buscam uma ou mais das seguintes opções: a) atuar a lei no caso concreto, b) resolver o conflito com paz social, c) eliminar o processo e a lide ou d) satisfazer as partes. Mecanismos tradicionais como a jurisdição e o processo judicial geralmente se preocupam em primeira linha com o escopo 'a', sob a premissa de que a lei contém a justiça e o papel do julgador é atuar a vontade concreta da lei. Secundariamente, também atingem outros escopos, como o 'c' e o 'b', eliminar o processo e produzir a paz social. Métodos menos formais como a mediação [...] buscam principalmente atender ao escopo 'd' (satisfação das partes) e o 'b' (resolver o conflito com paz social) e, apenas indiretamente, eliminar o processo e atuar a lei.” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 45, ago. 2014).

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 226.

³⁰ VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análises das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 48.

Os casos nos quais é autorizado o exercício da oportunidade podem estar previstos taxativamente em lei, respeitando o princípio da legalidade³¹, ou podem ser resultado de uma ampla e flexível discricionariedade.³²

No ordenamento brasileiro, em regra, a ação penal será de iniciativa pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público exercê-la obedecendo às regras da obrigatoriedade³³. No entanto, existem algumas exceções legalmente³⁴ reguladas.^{35 36}

No Brasil, quando expressamente previsto em lei, a ação penal pode ser de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, caso em que o Ministério Público dependerá da autorização da vítima para oferecer a denúncia; ou poderá ser de iniciativa privada, quando a vítima decide livremente sobre o exercício de sua pretensão acusatória. Nestes dois casos, a regra passa a ser a oportunidade baseada na conveniência da vítima e não mais na obrigatoriedade.

O surgimento da justiça consensual tem ligação com a mitigação do princípio da obrigatoriedade, estando, portanto, intimamente ligada com os critérios de oportunidade, na medida em que depende da possibilidade de um desfecho diferente do que ocorre na persecução penal habitual.³⁷

A justiça consensual, nos moldes do que se pretende abordar neste trabalho³⁸, pressupõe a construção de uma solução dialogada entre as partes do conflito, portanto com

³¹ Dando origem ao que se chama de discricionariedade regradada ou obrigatoriedade mitigada.

³² VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análises das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p.49.

³³ Muito embora não seja um princípio expressamente previsto, é possível extrair do conteúdo do art. 24 do Código de Processo Penal que “[...] o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação.” (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 198).

³⁴ Assim, não há mais uma oposição entre os princípios da legalidade e da oportunidade, sendo este segundo um critério inspirador de alguns instrumentos processuais que afetam somente a obrigatoriedade da ação penal. (Cf. ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Por um Ministério Público dentro da legalidade. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 18, n. 70, p. 9-41, abr./jun. 1997).

³⁵ Como é o caso dos delitos de menor potencial ofensivo – aqueles cuja pena máxima não supere os dois anos – em que o Ministério Público, ainda que haja lastro probatório suficiente para o oferecimento da denúncia, pode deixar de propor a ação penal, ofertando a transação penal, conforme o art. 76 da Lei 9.099/95, desde que o autor dos fatos preencha certos objetivos e subjetivos estabelecidos pela lei. (LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 199 e LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 227).

³⁶ “É desta mesma forma que merece reconhecimento o princípio da oportunidade, e sua atuação limitada por lei, em um sistema que adota a obrigatoriedade como regra” (PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 30).

³⁷ VASCONCELOS, op. cit., p. 53.

³⁸ Conforme já se estabeleceu anteriormente, este trabalho pretende destacar o estudo da participação da vítima na resolução dos conflitos, que seria potencializada pelos instrumentos consensuais, portanto, distancia-se da equiparação da justiça consensual à justiça negocial, o qual se pauta, em regra, por um acordo entre o órgão acusador ministerial e a defesa – réu e seu advogado, excluindo o ofendido de qualquer atuação determinante na elaboração do acordo.

participação efetiva do acusado e da vítima, oportunidade em que interferem diretamente no conteúdo das decisões tomadas e das responsabilidades assumidas.

Nesta linha de raciocínio, a justiça restaurativa surge como forma de concretização do modelo consensual pautado pela participação efetiva da vítima na resolução dos conflitos penais, com a intenção de que ela possa expressar suas sensações, seus sentimentos e as verdadeiras consequências suportadas em razão do delito, a fim de que busque, através do diálogo³⁹ com o acusado, a reparação e a responsabilização deste, sem que isso represente necessariamente a imposição de uma pena, sobretudo privativa de liberdade. Solução que parece mais promissora do que o processo de encarceramento em massa que se observa na atualidade, que não consegue cumprir qualquer das suas finalidades propostas.

2.2 A justiça restaurativa: uma nova perspectiva⁴⁰

Somente há alguns séculos o paradigma retributivo⁴¹ atual, que associa justiça criminal com punição, passou a vigorar. Durante muito tempo, predominaram as práticas de justiça comunitária, que valorizavam a implementação de técnicas não judiciais de resolução de conflitos.⁴²

Para a justiça comunitária, que vigeu até a Idade Moderna, o crime criava obrigações e o papel da justiça era promover o acordo de restituição ou de indenização entre as partes. O ofensor e a vítima resolviam seus conflitos, inclusive os que hoje são considerados de natureza penal, na esfera privada – familiar ou comunitária. A ideia de justiça estava mais ligada às noções de conciliação e mediação do que a um processo de aplicação de regras e imposição de decisões.

No caso de insucesso das negociações entre os particulares, surgiam a vingança e a retribuição como novas formas de resolução do conflito, representando a compensação pelo

³⁹ Construído a partir do agir comunicativo e não do agir estratégico.

⁴⁰ O título deste item referencia diretamente à ideia de “troca de lentes” defendida na obra do autor Howard Zehr, pioneiro da justiça restaurativa, que será um dos principais referenciais teóricos sobre esta temática. (ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008).

⁴¹ “Os paradigmas moldam nossa abordagem não apenas do mundo físico, mas também do mundo social, psicológico e filosófico. Eles são a lente através das quais compreendemos os fenômenos. Eles determinam a forma como resolvemos problemas. Moldam o nosso ‘conhecimento’ sobre o que é possível e o que é impossível. Nossos paradigmas constituem o bom senso, e tudo o que foge ao paradigma nos parece absurdo. Paradigmas são modos específicos de construir a realidade, e a concepção retributiva de justiça é uma dessas construções. O paradigma retributivo é uma forma específica de organizar a realidade. Os paradigmas moldam a forma como definimos problemas e o nosso reconhecimento do que sejam soluções apropriadas. Nos parece que o que nos conduz é o bom senso, no entanto, trata-se na verdade de um paradigma.” (Ibid., p. 83).

⁴² Ibid., p. 93-99.

mal causado. A retribuição trouxe a necessidade de interferência do Estado na resolução do conflito.

A partir dos séculos XVIII e XIX, passa a predominar a intervenção e iniciativa estatal em determinados processos, criando um monopólio que lançou fundamentos para uma nova abordagem do que se entende por crime e por justiça,⁴³ valorizando-se a aplicação de regras, o estabelecimento de culpa e a fixação de penalidades pelo Estado. Esta mudança representou a priorização da punição em detrimento dos acordos que ocorriam entre as partes e, por consequência, deu origem ao processo de desinteresse em relação à vítima direta do crime em favor da valorização do Estado-vítima.⁴⁴ O direito e a justiça fundam-se “[...] na sucessão de imposições de sofrimento”⁴⁵, valorizando-se uma situação passada, que não pode ser modificada.

São quatro dimensões para o desenvolvimento do paradigma retributivo-punitivo. A primeira é representada pela mudança da justiça privada ou comunitária para uma justiça estatal; a segunda tem fundamento na predominância da lei formal em detrimento dos costumes; a terceira pauta-se pela formalização da punição, sobrepondo o poder estatal às resoluções amigáveis e aos acordos entre as partes, que inclusive passaram a ser ilegais em alguns casos; e a quarta dimensão está ligada à mudança da forma pela qual se entende o crime e o criminoso, na medida em que a violação ou conflito individual deu lugar à ideia de violações coletivas ou sociais.⁴⁶

A evolução do paradigma retributivo-punitivo tem relação com algumas fragilidades da justiça comunitária, notadamente no que se refere à arbitrariedade dos métodos para se determinar a culpa, bem como à desproporcionalidade que poderia advir desta imprecisão processual.⁴⁷

Sem negar os aspectos apontados, é preciso destacar que a justiça comunitária, base para o desenvolvimento da justiça restaurativa, prega valores importantes socialmente como a manutenção ou restauração dos relacionamentos, a reconciliação e a

⁴³ AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 136.

⁴⁴ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 103-108.

⁴⁵ MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 59.

⁴⁶ ZEHR, op. cit., p. 116-118.

⁴⁷ Ibid., p. 102.

reparação, que são almejados diante da disfunção que se observa no atual modelo pautado pelo paradigma retributivo-punitivo, que cultua a punição como forma de coibir, isolar ou reabilitar.

Há, na perspectiva restaurativa, uma percepção diferente, assumindo-se uma horizontalização e pluralidade das relações⁴⁸ ao se oportunizar que os indivíduos decidam o que pode ser considerado justo na solução de uma situação conflitiva. Não há mais uma previsão em abstrato de uma única maneira de se reagir à infração. Isso significa que “A identificação de determinado contexto para a ocorrência de situações problemáticas complexifica a análise e permite o abandono de um modelo que se quer puro e autossuficiente (teoria do delito), para buscar outra maneira de pensar e responder a tais condutas.”⁴⁹ O respeito à singularidade das pessoas e das situações de conflito abre o caminho para a efetiva resolução do problema.

O paradigma restaurativo baseia-se justamente naquilo que inspira a sua nomenclatura: a restauração. Se o delito é um ato lesivo, a justiça deve proclamar em resposta a restauração das partes,⁵⁰ pautadas pela reparação da vítima e responsabilização do ofensor,⁵¹ e a restauração das relações,⁵² alcançada por meio da (re)conciliação, que pode potencializar o arrependimento e o perdão.⁵³

Em sua perspectiva teórica, a justiça restaurativa possui como principal influência o abolicionismo penal, que “[...] propõe não só uma alternativa à pena de prisão, mas uma total substituição do atual processo penal e, em sua concepção mais extrema, uma alternativa ao sistema penal.”⁵⁴ Há diferentes correntes abolicionistas que abordam distintas

⁴⁸ MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 66.

⁴⁹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 85.

⁵⁰ MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 448-449.

⁵¹ “A responsabilização que decorre destes compromissos não tem por efeito apenas a reparação de um dano causado, mas ainda a chamada à responsabilidade de interpretar seu presente e de se colocar como arquiteto do futuro, enfatizando a potência da vontade.” (MELO, op. cit., p. 65-66).

⁵² FERREIRA, Carolina Costa. As ilusões do paradigma punitivo e as novas perspectivas de solução de conflitos: a justiça restaurativa como caminho possível à crise do sistema penal brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, ano 14, n. 19, p. 243, 2010.

⁵³ “Quando um mal é cometido, a questão central não deveria ser ‘o que devemos fazer ao ofensor?’ ou ‘o que o ofensor merece’, mas sim ‘o que podemos fazer para corrigir a situação?’” (ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 175).

⁵⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 35.

fundamentações para a abolição do sistema penal,⁵⁵ mas os abolicionistas, de forma geral, mencionam que o sistema penal seleciona seus clientes, atribuindo-lhes rótulos estigmatizantes; afasta a vítima e todos os envolvidos no conflito, substituindo-os por técnicos jurídicos; causa mais malefícios do que benefícios à sociedade; e dissemina uma cultura punitivista que defende que o castigo, especialmente a pena de prisão, pode “fazer justiça” perante aqueles acontecimentos tipificados como crimes.⁵⁶

Diante destes problemas estruturais do sistema criminal, a justiça restaurativa, na perspectiva abolicionista, para servir como alternativa, deve estimular a participação efetiva das partes na resolução dos seus conflitos,⁵⁷ permitindo que o acordo reflita a satisfação das suas reais necessidades e evitando a revitimização das vítimas e a estigmatização dos ofensores;⁵⁸ deve adotar uma nova linguagem para que não seja colonizada pelas práticas e motivações tradicionais da justiça criminal;⁵⁹ e deve garantir que os profissionais não dominem o procedimento restaurativo,⁶⁰ impedindo a sua burocratização.⁶¹

No entanto, quando se parte da análise da aplicação da justiça restaurativa em conjunto com o sistema criminal, sem a necessidade de aboli-lo, o garantismo penal passa a ser referência para o sistema restaurativo.⁶²

O garantismo penal, diferentemente do abolicionismo, defende a manutenção do sistema criminal, mas prega a concepção do direito penal mínimo. Existem construções teóricas diversas sob a designação comum de garantismo.⁶³ Elas se identificam na proposta de limitar ao máximo a intervenção penal, mas se diferenciam quanto à justificativa desta limitação.

Luigi Ferrajoli⁶⁴ defende que a necessidade de limitação ao sistema penal deriva da incompetência de suas teorias (retribuição, prevenção geral e especial, positiva e negativa) em

⁵⁵ Afirma-se que as perspectivas abolicionistas estão divididas a partir das abordagens de quatro principais autores: Thomas Mathiesen, Michel Foucault, Nils Christie e Louk Hulsman. (ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 96; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012 (Pensamento criminológico; 19). p. 256-257; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 97-98).

⁵⁶ ACHUTTI, op. cit., p.94.

⁵⁷ CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. **The British Journal of Criminology**, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.

⁵⁸ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 83-84.

⁵⁹ Ibid., p. 95-96.

⁶⁰ CHRISTIE, op. cit.

⁶¹ ACHUTTI, op. cit., p.123.

⁶² Não se desconhece a crítica garantista ao modelo consensual de resolução dos conflitos (LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 169-178), mas entende-se que alguns dos postulados básicos do garantismo podem servir de sustentação para o modelo restaurativo quando este é aplicado no âmbito do sistema criminal.

⁶³ BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005. p. 73.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

justificar a intervenção penal. A existência do direito penal estaria justificada apenas para garantir que o mal imposto pela pena seja o menor possível, o que se alcançaria se respeitados os princípios (axiomas) da retributividade, da legalidade, da necessidade, da lesividade, da materialidade, da culpabilidade, da jurisdicionariedade, da acusação, do ônus da prova e do contraditório. O respeito a tais princípios, de forma rígida, pode ser um complicador na implementação da justiça restaurativa, já que esta propõe um procedimento flexível de interação e diálogo entre as partes.⁶⁵ No entanto, se a análise for feita considerando-se que a justiça restaurativa pode representar uma resposta mais benéfica, as possíveis violações a tais princípios podem ser justificadas.

Alessandro Baratta⁶⁶, por sua vez, propõe a restrição ao sistema penal em razão do comprometimento deste ao reproduzir as desigualdades sociais existentes. Como princípios básicos pode-se destacar o da valorização da vítima, o da privatização dos conflitos e o da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais. Há uma maior compatibilidade com os valores e princípios restaurativos, contudo, a intervenção da justiça restaurativa somente se justifica se ela representar um caminho para a diminuição das desigualdades sociais e não se funcionar como uma nova forma de sua reprodução. No contexto brasileiro, essa preocupação com a não reprodução das desigualdades pela justiça restaurativa é ainda maior, por se tratar de uma realidade marcada por desigualdades sociais, econômicas e políticas e por ser potencial e latente o risco de apropriação de meios de inclusão para reafirmar tais condições.

A partir da percepção garantista, entende-se que a justiça restaurativa deve ser implementada sem abolir o sistema criminal vigente, mas restringindo a atuação deste; deve procurar propor soluções mais benéficas para os envolvidos na situação conflituosa, representando uma forma de diminuição das desigualdades; pode admitir a pena privativa de liberdade para alguns delitos específicos; e deve se preocupar em conservar as garantias processuais e penais dos envolvidos.

⁶⁵ “Não se pode pretender mais que seja uma decisão terminativa, acabada, que pretenda ditar o justo e injusto e dê por fechada a questão. A justiça, se pretende ser restaurativa, há de encarar-se coerentemente em seu esforço construtivo e negocial, e, por isso, compreender sempre que está por se fazer e se refazer e que, por isso, eventual descumprimento pode fazer parte de seu próprio processo de construção.” (MELO, Eduardo Rezende. *Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva*. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 68).

⁶⁶ BARATTA, Alessandro. *Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)*. **Revista Doctrina Penal: Teoría e Práctica en las Ciencias Penales**, Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 623-650, 1987.

A justiça restaurativa pressupõe o empoderamento das partes, que terão oportunidades de participar efetivamente da resolução do seu próprio conflito por meio do diálogo. Este modelo inova ao tratar a resolução do conflito de uma forma individualizada, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, como a gravidade do delito, as condições em que ele ocorreu, o contexto social, econômico e político que envolve as partes e o delito, e as consequências suportadas pela vítima – o que terá impacto direto na busca pela reparação da vítima, os estigmas suportados pelas partes – fator que tem relação com a responsabilização do autor dos fatos, entre outros aspectos relevantes.⁶⁷

É preciso admitir que a justiça restaurativa representa, sim, uma forma de punição,⁶⁸ pois, ainda que o infrator opte pelo sistema restaurativo, ele não pode optar por não responder (de nenhuma forma) ao delito e ao dano cometido. Há, inclusive, conteúdo retributivo na imposição da sanção reparadora, já que, ao reconhecer o seu erro, o infrator será julgado pelos outros por seu comportamento de forma negativa e, além disso, o ofensor poderá ser privado de alguns interesses (patrimoniais, se paga compensação, por exemplo) ao assumir o compromisso de cumprir a sanção reparadora acordada.⁶⁹

Contudo, há uma grande diferença entre a imposição da punição nos moldes da justiça criminal tradicional e a negociação da sanção reparadora alcançada pelo diálogo entre as partes na justiça restaurativa. A pena, principalmente a privativa de liberdade, não faz parte dos objetivos principais deste modelo de justiça, já que o foco está na resolução global do conflito,⁷⁰ havendo uma maior preocupação com os danos (econômicos, físicos, emocionais e simbólicos) e consequentes necessidades de todos os envolvidos no conflito (vítima, ofensor e comunidade) em detrimento do simples processo de distribuição de culpa e punição do infrator, característico do modelo retributivo-punitivo.

Se, por um lado, os erros geram dívidas e obrigações, de outro, a culpa pode ser redimida pelo arrependimento e pela reparação, que será estipulada conforme o grau de responsabilidade.

⁶⁷ ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal. In: BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. (Coord.). **Criminologias e política criminal I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 163-164.

⁶⁸ “A justiça restaurativa não é uma alternativa à punição, mas uma forma alternativa de punição.” (ROCHE, Declan. Retribution and restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton: Willan Publishing, 2007. p. 75-90).

⁶⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 74-75.

⁷⁰ “[...] o que importa é a identificação dos interesses comuns entre as partes, para a viabilização do diálogo e o caminho da solução do conflito.” (FERREIRA, Carolina Costa. As ilusões do paradigma punitivo e as novas perspectivas de solução de conflitos: a justiça restaurativa como caminho possível à crise do sistema penal brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, ano 14, n. 19, p. 241-252, 2010.).

Nesta linha de raciocínio, as partes são consideradas protagonistas, pois integram o processo de resolução do conflito penal, o que é essencial para determinar a via adequada a ser adotada para o caso concreto. Já o Estado terá papel importante ao assegurar o momento de encontro entre a vítima e o acusado e a estrutura física e de pessoal para a resolução dialogada do conflito. Todavia, diferentemente do modelo retributivo-punitivo, o Estado não “roubará o conflito”⁷¹ das mãos dos seus verdadeiros interessados.

Vislumbra-se, assim, que o modelo de justiça restaurativa, de base essencialmente consensual e vitimológica⁷², surge como alternativa para o modelo retributivo-punitivo,⁷³ especialmente naquilo que se refere à inclusão da vítima no processo de resolução do seu conflito penal; à aproximação das partes, por meio de um modelo dialogal, deixando os operadores jurídicos de ser os protagonistas do processo;⁷⁴ e à busca pela restauração e não somente pela punição.

A implementação desta nova perspectiva requer a observação de seus princípios e valores, mas dependerá essencialmente de abertura intelectual para uma nova forma de pensar o fenômeno criminal.

A abstração dos conceitos e diversidade de práticas pode ser prejudicial tanto para a implementação da justiça restaurativa, pois dificulta a construção de sistemas coerentes, quanto para a avaliação daquelas práticas já implementadas, o que pode facilitar que programas que não ostentam valores básicos da justiça restaurativa sejam classificados como tal.⁷⁵ Diante disso, é essencial a elaboração de parâmetros e de noções teóricas que possam fundamentar a construção e a avaliação de programas restaurativos.

⁷¹ CHRISTIE, Nils. Los conflictos como penitencia. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 165.

⁷² “[...] três correntes de pensamento favoreceram o ressurgimento da justiça restaurativa e dos processos que a ela estão associados (em particular a mediação) nas sociedades contemporâneas ocidentais: trata-se dos movimentos 1) de contestação das instituições repressivas, 2) da descoberta da vítima e 3) de exaltação da comunidade.” (JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 164).

⁷³ Para quadros comparativos entre as justiças retributiva e restaurativa cf. PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 24-27.

⁷⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.83.

⁷⁵ “[...] existem muitos projetos que se proclamam exemplos de justiça restaurativa mas que, na verdade, não refletem seus valores fundamentais. O rótulo de ‘justiça restaurativa’ deve ser utilizado com muito cuidado; do contrário, práticas afastadas do que ela realmente significa continuarão a prover munição a seus críticos’.” (MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 456).

2.2.1 Concepções e valores

A justiça restaurativa não possui um conceito fechado,⁷⁶ sendo composta de uma grande diversidade de orientações, práticas e fins. Seus objetivos são amplos e “[...] direcionados à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à prevenção da reincidência e à responsabilização, dentre outros.”⁷⁷ Ressalva-se, contudo, que estes objetivos não serão, necessariamente, buscados e alcançados simultaneamente em um único procedimento restaurativo.

Essa flexibilidade possibilita maior eficácia dos mecanismos propostos, pois variará conforme a necessidade de cada caso concreto.⁷⁸ Possui “[...] um conceito aberto, continuamente renovado e desenvolvido com base na experiência.”⁷⁹ ⁸⁰ Isto pode também fragiliza-la, já que cria o risco de que práticas que não respeitam os princípios e valores próprios da justiça restaurativa sirvam para avaliar negativamente o modelo, além de dificultar a avaliação dos programas implementados, pois não há parâmetros para definir exatamente o que se pretende alcançar com eles e se houve êxito neste intento.⁸¹

⁷⁶ Não obstante esta constatação, existem definições de justiça restaurativa que são consideradas como referência, como é o caso do conceito proposto por Jaccoud: trata-se de “[...] uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito.” (JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 169). Além disso, destaca-se também a conceituação de Justiça Restaurativa proposta por André Azevedo: “[...] proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio da comunicação efetiva entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral das vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.” (AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 140).

⁷⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 53.

⁷⁸ Afinal, não há sistema fechado que possa propor mecanismos de eficácia absoluta (HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 102-109).

⁷⁹ PALLAMOLLA, op. cit., p. 55.

⁸⁰ “Não há uma ‘forma correta’ de implantar ou desenvolver a justiça restaurativa [...] A essência da justiça restaurativa não é a escolha de uma determinada forma sobre a outra; é, antes disso, a adoção de qualquer forma que reflita seus valores restaurativos e que almeje atingir os processos, os resultados e os objetivos restaurativos.” (MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restauradora. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 442-443).

⁸¹ PALLAMOLLA, op. cit., p. 54.

Na tentativa de estabelecer algumas bases teóricas para o modelo restaurativo, é importante analisar as três concepções da justiça restaurativa apresentadas por Gerry Johnstone e Daniel Van Ness⁸²: encontro, reparação e transformação.

O encontro representa uma das principais bases para a efetivação da justiça restaurativa, pois o seu sucesso está vinculado à ideia de que as partes possam se encontrar em um ambiente mais informal do que o das audiências, possibilitando que elas tenham uma postura mais ativa, interferindo diretamente no processo de resolução do conflito, sem a liderança dos especialistas – advogados, promotores e juízes.

A reparação tem por fundamento a ideia de que o dano causado à vítima deve ser reparado pelo ofensor por meio de diversas formas, a depender da natureza do dano, podendo ser de ordem material, psicológica ou simbólica. Assim, o principal objetivo é reparar a vítima, mas a construção da responsabilização do ofensor pode significar para ele uma mudança, possibilitando o reconhecimento do erro cometido e o compromisso com a sua reparação, oportunizando a reintegração do ofensor à comunidade e a restauração dessa comunidade abalada pelo delito.⁸³

A transformação, por sua vez, parte da concepção de que a justiça restaurativa pode representar a mudança da forma como as pessoas se enxergam, como se relacionam, como se comunicam, como vivem, havendo necessidade de repensar as estruturas da sociedade e “os papéis e responsabilidades da comunidade e do governo na promoção da justiça”⁸⁴.

As três concepções da justiça restaurativa são complementares e não são excludentes, apesar de possuírem diferenças significativas entre si.⁸⁵ No encontro, as partes devem dialogar, havendo a oportunidade para todos se expressarem. A vítima poderá relatar o sofrimento e as consequências advindas do delito, bem como expor qual a sua expectativa quanto à reparação (material, psicológica ou simbólica) dos danos sofridos.⁸⁶ O acusado, por sua vez, poderá se conscientizar de sua responsabilidade perante tais consequências e

⁸² JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. The meaning of restorative justice. In: _____.; _____. (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton: Willan Publishing, 2007. p. 9-16.

⁸³ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 175-182 e LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 51, p. 67-104, 2004.

⁸⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 58-60.

⁸⁵ “[...] na prática, nem sempre é possível delimitar em qual das concepções se encaixa determinada prática restaurativa, pois esta pode estar permeada por características das três concepções.” (Ibid., p. 59).

⁸⁶ Anthony Pemberton divide as necessidades das vítimas de crime em seis categorias: econômicas, emocionais, práticas, de proteção, de informação e de participação. (PEMBERTON, Anthony. A vítima “activa” na mediação: justiça restaurativa como forma de empowerment da vítima. In: APAV. **Projecto DIKÊ Seminário**: proteção e promoção dos direitos das vítimas de crime no âmbito da decisão: quadro relativo ao estatuto da vítima em processo penal. Lisboa, 2003. p. 98-99).

participar ativamente na estipulação dos termos da reparação que assumirá, o que representa verdadeira transformação na forma como se enxerga o delito e o processo de resolução dos conflitos.⁸⁷

Além das concepções analisadas, é importante destacar também os valores restaurativos propostos por John Braithwaite⁸⁸.

O autor elabora três grupos de valores restaurativos: “*constraining values*”, que podem ser compreendidos como valores impositivos do processo restaurativo; “*maximising values*”, que, embora não sejam impostos aos participantes, potencializam o sucesso da prática restaurativa; e “*emergent values*”, que abrangem as necessidades emergentes de cada indivíduo ou da situação submetida ao processo restaurativo e, portanto, poderão estar ou não presentes no caso concreto.⁸⁹

O primeiro grupo, denominado “*constraining values*”, abrange aqueles valores que são considerados obrigatórios, na medida em que devem ser respeitados para que o processo restaurativo não seja uma ferramenta de opressão, desvirtuando os objetivos da justiça restaurativa. Compõem este grupo os valores da não-dominação⁹⁰; do empoderamento⁹¹; da necessidade de obedecer aos limites máximos estabelecidos legalmente como sanções; da escuta respeitosa; da preocupação igualitária com todos os participantes; da responsabilização e recorribilidade⁹²; do respeito aos direitos humanos.

⁸⁷ “O importante não é apenas o que acontece, mas também o modo como se chega à decisão. A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá para casa e o ofensor para a cadeia, isso não dá a sensação de justiça. Nem sempre é agradável vivenciar, passar pela experiência da justiça. Mas ao menos saberemos que ela existiu porque participamos dela ao invés de ter alguém a fazer isso por nós. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça.” (ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 191-192).

⁸⁸ BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, Andrew et al. (Ed.). **Restorative justice & criminal justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 8-14.

⁸⁹ Para formular os grupos de valores, o autor utilizou como fonte os valores empregados por tratados que justificam os direitos humanos internacionais e selecionou os valores que aparecem repetidamente em avaliações empíricas de experiências de vítimas e ofensores, nas quais estes dizem o que querem de um processo restaurativo na justiça criminal.

⁹⁰ O valor não-dominação está formulado de forma negativa, mas isso não deve dar a falsa ideia de que há um dever de omissão, ou seja, de não dominar; na verdade, no processo restaurativo, assim como em qualquer outra esfera de interação social, podem existir situações de dominação que, durante as práticas restaurativas, devem ser evitadas ou minimizadas através de ações que promovam o diálogo equilibrado e a escuta respeitosa entre os participantes, pois é fundamental que as pessoas se sintam livres e empoderadas para se expressar e para contribuir com a resolução consensual.

⁹¹ Especialmente quanto ao empoderamento da vítima, Howard Zehr adverte que elas “precisam se sentir necessárias e ouvidas ao longo do processo. Uma das dimensões do mal é que elas foram despidas de poder, portanto, uma das dimensões da justiça deve ser a restituição desse poder. No mínimo isso significa que elas devem ser a peça principal na determinação de quais são suas necessidades, e como e quando devem ser atendidas.” (ZEHR, op. cit., p. 183).

⁹² No original, “*accountability*” e “*appeability*”. Refletem a necessidade de previsão para que qualquer pessoa envolvida em um conflito, penal ou não, tenha o direito de optar por um processo restaurativo.

O segundo grupo, chamado de “*maximising values*”, traz a ideia da restauração, que pode compreender a reparação do bem danificado, da condição emocional ou pode ser, até mesmo, mais abstrata, como é o caso da restauração da dignidade, da compaixão e do suporte social. Estes valores podem ser ignorados pelos participantes, mas devem ser encorajados por servirem de prevenção para futuras injustiças, na medida em que potencializam a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

O terceiro grupo de valores, os “*emergent values*”, inclui o remorso, o perdão e a clemência. Estes valores podem ou não aparecer no caso concreto, a depender de um genuíno desejo desenvolvido pela parte, a seu tempo e a seu modo. Não é algo que pode ser esperado ou encorajado através de um processo restaurativo, mas são propósitos emergentes que identificam uma prática restaurativa de sucesso.

Braithwaite já antecipa que muitos entenderão que estes grupos de valores elaborados são vagos, imprecisos e não permitem a construção de um parâmetro para guiar o desenvolvimento de práticas restaurativas. Ele defende que, a partir dos valores obrigatórios, os demais valores se concretizarão a depender da situação específica para a qual será desenvolvido o processo restaurativo, tornando contínua a evolução dos valores restaurativos.

2.2.2 Os princípios restaurativos segundo a Resolução da ONU

A Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução n. 2002/12 do Conselho Social e Econômico⁹³, estabeleceu princípios básicos para o uso de programas de justiça restaurativa no âmbito criminal na tentativa de encorajar os Estados-membros a adotar a justiça restaurativa em seus países. São princípios estabelecidos com a finalidade de orientar os Estados que queiram implementar a justiça restaurativa, não sendo, portanto, de observância obrigatória.

A Resolução é composta de vinte e três princípios divididos em quatro principais seções, que tratam dos seguintes temas: definições; uso dos programas de justiça restaurativa; operação destes programas; e desenvolvimento contínuo dos programas.

Na tentativa de fornecer parâmetros aos Estados-membros que decidam adotar programas restaurativos e não com a pretensão de indicar conceitos taxativos, a primeira seção define alguns termos básicos: a) *programa de justiça restaurativa* é qualquer programa

⁹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Social e Econômico. **Resolution 2002/12**. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. New York, 2002. Disponível em: <<https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2002/resolution-2002-12.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2016.

que usa processos restaurativos e busca alcançar resultados restaurativos; b) *processo restaurativo* é qualquer processo no qual vítima e ofensor, e, quando apropriado, qualquer outro indivíduo ou membro de comunidade afetado por um crime, participa ativamente da resolução dos problemas criados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador, podendo-se incluir na categoria de processo restaurativo a mediação, a conciliação, a conferência restaurativa e os círculos de sentença; c) *resultado restaurativo* é o acordo alcançado como resultado do processo restaurativo, podendo incluir restituição, serviço comunitário, ou qualquer outro meio de reparar a vítima e a comunidade pelo dano sofrido, permitindo a responsabilização e reintegração das partes; d) *partes* são a vítima, o ofensor e qualquer outro indivíduo ou membro da comunidade afetado por um crime e que esteja envolvido com o processo restaurativo; e) *facilitador* é pessoa que tenha o papel de facilitar, de uma forma justa e imparcial, a participação das partes no processo restaurativo.

A segunda seção traz orientações para o uso dos programas de justiça restaurativa. Destaca que os programas podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal. Considera que o processo restaurativo deve ser usado apenas quando houver evidência suficiente para acusar o ofensor e quando existir o consentimento voluntário das partes, podendo este consentimento ser revogado em qualquer etapa do processo. Além disso, destaca que os acordos devem ser voluntários e somente podem conter obrigações razoáveis e proporcionais. Para o sucesso do programa, a vítima e o ofensor devem concordar sobre os fatos básicos do caso e a participação do ofensor não pode ser utilizada como evidência de admissão de culpa em um futuro processo legal. Situações de disparidades que possam levar a uma situação de desequilíbrio de poder e situações em que existam diferenças culturais entre as partes devem ser levadas em conta. A segurança das partes deve também ser sempre considerada. Por fim, sugere que, quando o processo restaurativo não for possível, as autoridades e funcionários da justiça criminal, sem demora, devem encorajar o ofensor a se responsabilizar perante a vítima e a comunidade, bem como devem buscar a reintegração do ofensor e da vítima na comunidade.

No que se refere às bases para operação dos programas restaurativos, a Resolução, em sua terceira seção, aponta que, se necessário, devem ser criadas pelos Estados-membros diretrizes e regras que disciplinem o uso dos programas. Além disso, estabelece que as partes devem ter o direito a aconselhamento legal antes e depois do processo restaurativo, sendo informadas dos seus direitos, da natureza do processo e das possíveis consequências da sua decisão, assegurando-se que elas não sejam coagidas ou induzidas a participar de processos restaurativos ou a aceitar resultados obtidos por meios restaurativos. Defende a preservação

da confidencialidade do processo restaurativo,⁹⁴ bem como, em alguns casos, a necessidade de supervisão judicial. Quando não for alcançado acordo entre as partes ou quando o acordo não for cumprido, o caso deve ser encaminhado de volta ao sistema de justiça, que deverá proceder sem demora. Reitera-se, ainda, que ausência ou o descumprimento de acordo não pode servir justificativa para uma pena mais severa em caso de condenação no processo criminal.

A terceira seção trata, ainda, da figura do facilitador (mediador). Prevê que ele deverá cumprir com as suas obrigações de forma imparcial, respeitando a dignidade das partes e assegurando que as partes se respeitem e que, empoderadas pelo facilitador, possam alcançar uma solução. Para exercer bem a sua atividade, o facilitador deve possuir boa compreensão da cultura e da comunidade do local em que estiver trabalhando e, quando apropriado, deve receber treinamento antes de assumir a função.

Na quarta seção, são feitas recomendações para que os Estados-membros considerem: 1) a elaboração de estratégias e políticas para desenvolver a justiça restaurativa em seu país, bem como para que busquem a promoção de uma cultura favorável ao seu uso; 2) incentivar encontros regulares entre as autoridades da justiça criminal e os administradores dos programas de justiça restaurativa, para um melhor entendimento uma maior eficácia dos processos e resultados restaurativos, a fim de aumentar a extensão de aplicação desses processos e para explorar quais são as melhores formas de incorporar propostas restaurativas no sistema criminal; 3) promover, em cooperação com a sociedade civil quando apropriado, pesquisas e avaliações periódicas dos programas em execução, para verificar os seus resultados e para analisar se a justiça restaurativa deve servir como complemento ou como alternativa para o processo criminal tradicional.

2.2.3 Os modelos e sistemas restaurativos: a relação da justiça restaurativa com o sistema de justiça criminal

Existem essencialmente duas visões opostas sobre qual é a melhor maneira de se propor a implementação da justiça restaurativa: aquela que sustenta a necessidade de independência desta com relação ao sistema criminal e outra que analisa as vantagens de uma

⁹⁴ “Esta característica, própria da justiça restaurativa, visa a encorajar a troca de informações entre as partes e, ao mesmo tempo, oferecer um ambiente de privacidade e seguro, para que os encontros possam se desenvolver sem qualquer tipo de receios ou temores de que as suas declarações possam, posteriormente, ser utilizadas contra si em eventuais processos judiciais, cíveis ou criminais.” (ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.75-76).

aplicação cooperativa com o modelo criminal vigente. Neste sentido, a classificação dos modelos e dos sistemas restaurativos acontece a partir da discussão sobre a relação entre a justiça restaurativa e o sistema tradicional de justiça criminal.

São dois modelos de justiça restaurativa: o minimalista e o maximalista.⁹⁵

O modelo minimalista sustenta que a justiça restaurativa deve permanecer afastada do sistema de justiça criminal, atuando como uma alternativa a este, sem a participação do Estado. É um modelo essencialmente cooperativo, dependente da voluntariedade das partes e do encaminhamento por parte do sistema criminal. Não se permite a aplicação de sanções, ainda que ela contenha finalidades restaurativas.⁹⁶

As principais críticas a este modelo envolvem justamente o fato da justiça restaurativa depender de encaminhamento feito pelo sistema de justiça criminal para ter aplicabilidade, pois isso restringe o âmbito de atuação da justiça restaurativa aos delitos mais leves e aos infratores mais “merecedores”, o que impede um verdadeiro impacto no sistema jurídico tradicional.⁹⁷ Estas reflexões são importantes para impedir que a justiça restaurativa se torne precisamente aquilo a que se opõe: “[...] uma prática que fecha, limita e exclui alguns indivíduos e grupos para a vantagem de outros.”⁹⁸

O modelo maximalista defende que a justiça restaurativa deve ser integrada à justiça criminal, adquirindo o potencial transformador do modelo retributivo a partir dos princípios e valores restaurativos.⁹⁹ Há uma ampliação do âmbito de aplicação da justiça restaurativa, podendo alcançar os delitos mais graves. A adoção dos processos restaurativos independe da voluntariedade das partes, permitindo-se a aplicação de sanções restaurativas, razão pela qual há a necessidade de supervisão do processo pelo Estado.¹⁰⁰

As críticas ao modelo maximalista referem-se à dificuldade de se inserir práticas restaurativas integradas ao sistema penal, pois há o risco de que elas sejam absorvidas pelo sistema criminal tradicional, na medida em que os limites e os objetivos da justiça restaurativa podem ficar obscurecidos; à adoção de sanções restaurativas de forma adicional (e não alternativa) às penas impostas pelo sistema tradicional, o que traz evidente endurecimento do

⁹⁵ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 170-171.

⁹⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 78-79.

⁹⁷ Ibid., p. 80.

⁹⁸ FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da justiça: o Modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 89.

⁹⁹ JACCOUD, op. cit., p. 172.

¹⁰⁰ PALLAMOLLA, op. cit., p. 80-82.

sistema para os ofensores; e à aplicação de processos restaurativos sem a voluntariedade das partes, reduzindo o impacto e a efetividade destes processos.¹⁰¹

Com relação aos sistemas de justiça restaurativa, a classificação mais importante é a de Daniel Van Ness, que propôs quatro categorias: *unified model*, *dual track model*, *backup model* e *hybrid model*.¹⁰²

O primeiro modelo (*unified model*) é completamente restaurativo, havendo a conversão da justiça criminal através dos objetivos e valores restaurativos ou pela substituição do sistema tradicional pelo sistema restaurativo. O sistema restaurativo é a única opção, sendo considerado capaz de resolver todas eventualidades, inclusive situações em que as partes se recusam a participar voluntariamente do processo restaurativo.

No segundo modelo (*dual track model*), os sistemas de justiça criminal e de justiça restaurativa coexistem, operando lado-a-lado, por meio de cooperação ocasional ou de cooperação permanente – através de projetos conjuntos que envolvam certas áreas específicas de interesse ou preocupação. Este modelo parte da percepção de que as duas abordagens são necessárias por razões práticas, a depender do objetivo pretendido. A independência da justiça restaurativa com relação ao sistema de justiça criminal é, contudo, normativa e não apenas estratégica. Neste modelo há pontes de ligação entre os sistemas, possibilitando que as partes movimentem-se entre os sistemas conforme a sua escolha.

O terceiro modelo (*backup model*) se apresenta como uma variação dos dois primeiros modelos, caminhando mais na direção do primeiro modelo, assumindo que a resposta restaurativa irá predominar. Considera, porém, que os recursos do sistema de justiça criminal são necessários em algumas situações específicas¹⁰³, para servir de retaguarda quando a proposta restaurativa não puder ser aplicada.

No quarto modelo (*hybrid model*), em partes do sistema há predominância dos valores restaurativos – usualmente a fase da sentença, enquanto que em outras partes são mais evidentes os valores da justiça criminal tradicional. Este modelo limita a aplicação da justiça restaurativa, pois o processo é formado e desenvolvido conforme a justiça criminal tradicional, utilizando-se os valores restaurativos apenas no momento de fixação ou substituição da sanção.

¹⁰¹ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 172-173.

¹⁰² VAN NESS, Daniel. The shape of things to come: a framework for thinking about a restorative justice system. In: ELMAR; WEITEKAMP; JURGEN KERNER (Org.). **Restorative justice**. Deon: Willan Publishing, 2002; PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 85-87.

¹⁰³ O autor exemplifica a situação em que a determinação da culpa ainda não é pacífica. (VAN NESS, op. cit.).

Cada um destes modelos tem implicações teóricas e filosóficas significativas e dependerá da análise do contexto cultural e jurídico para que se possa defender a aplicação de um ou de outro modelo.

2.2.4 Momentos de aplicação

Conforme destaca Raffaella Pallamolla¹⁰⁴, não existe ainda um sistema completamente restaurativo, como o primeiro modelo proposto por Van Ness (*unified model*), pois as experiências atuais refletem a aplicação de práticas restaurativas em modelos de justiça criminal tradicional. Os programas de justiça restaurativa complementam e não substituem o sistema de justiça criminal existente.¹⁰⁵

Os casos podem ser encaminhados para programas restaurativos em quatro momentos diferentes da persecução penal tradicional: no nível policial – fase de pré-acusação ou investigatória, podendo ser encaminhado pela polícia ou pelo Ministério Público; na etapa pós-acusação, normalmente antes do processo, sendo encaminhado pelo Ministério Público; iniciado o processo penal em juízo – tanto durante o julgamento quanto na sentença, com encaminhamento feito pelo juiz; no momento de fixação ou cumprimento da punição – fase pós-judicial, como uma alternativa ao encarceramento, como parte ou em adição à pena.¹⁰⁶

Embora seja possível que a prática restaurativa ocorra em todos os momentos listados, é preciso que se reflita sobre a necessidade de se antecipar o máximo possível a aplicação da intervenção restaurativa, isso porque quanto mais tempo as partes forem submetidas aos procedimentos e práticas tradicionais, maior será o risco de estigmatização ou revitimização, além de assumirem cada vez mais a postura adversarial que se espera das partes no modelo tradicional, dificultando posterior sucesso da prática restaurativa.

A depender do momento em que a prática restaurativa é aplicada, do resultado da técnica escolhida e do cumprimento do acordo ou da sanção reparatória estabelecida, serão diversas as consequências possíveis: extinção do processo criminal; suspensão provisória do processo ou da pena; arquivamento do feito; bem como outros tantos efeitos possíveis.¹⁰⁷

¹⁰⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 99.

¹⁰⁵ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Handbook on restorative programmes**. New York, 2006. (Criminal Justice Handbook Series). p. 13.

¹⁰⁶ Ibid., p. 13-14. Cf. ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.82-83; PALLAMOLLA, op. cit., p. 100-101.

¹⁰⁷ ACHUTTI, op. cit., p. 83; PALLAMOLLA, op. cit., p. 103-104.

2.2.5 Práticas restaurativas

São várias as práticas restaurativas que podem ser adotadas em um processo restaurativo¹⁰⁸, contudo, a fim de evitar que práticas alternativas que não refletem os valores da justiça restaurativa sejam erroneamente classificadas como tal, é importante destacar os fatores que caracterizam as intervenções verdadeiramente restaurativas, segundo o entendimento de Gerry Johnstone e Daniel Van Ness¹⁰⁹.

Os autores enfatizam os seguintes fatores: percepção do dano sofrido pela vítima e as necessidades dele decorrentes; responsabilização do ofensor para que repare o dano; empoderamento das pessoas envolvidas no conflito; relativa informalidade no procedimento, buscando incentivar a inserção das partes na resolução do conflito para que possam dialogar sobre o ocorrido e, conseqüentemente, possam construir as formas de reparar o dano causado e de prevenir danos futuros; e reforço e reparação das relações entre os envolvidos.

Johnstone e Van Ness também apontam como fator decisivo para a caracterização de intervenções restaurativas a atuação daqueles que tomam decisões ou facilitam a sua tomada, na medida em que eles devem se esforçar para que o processo promova a responsabilização e reintegração do infrator, no lugar da sua estigmatização, para que exista respeito pelos participantes, com o afastamento ou a amenização da violência e coerção durante as intervenções, e para que as necessidades da vítima sejam observadas e satisfeitas.

As práticas restaurativas mais conhecidas são: mediação vítima-ofensor e a conferência restaurativa.

A mediação entre a vítima e o ofensor (VOM – *Victim-Offender Mediation*) é uma das mais antigas iniciativas no âmbito da justiça restaurativa.¹¹⁰ Consiste em um encontro proporcionado às partes envolvidas no conflito penal, a fim de que elas possam ter a oportunidade de dialogar, com o auxílio de um terceiro, a respeito do ocorrido, especialmente sobre os danos suportados pela vítima do crime e sobre a necessidade de reparar estes danos.

¹⁰⁸ Considera-se programa restaurativo como aquele que usa processos restaurativos e busca alcançar resultados restaurativos e processo restaurativo como qualquer processo em que a vítima, o ofensor e, quando apropriado, qualquer outro indivíduo ou membro de comunidade afetado por um crime participam juntos e ativamente da resolução dos problemas surgidos a partir do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Social e Econômico. **Resolution 2002/12**. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. New York, 2002. Disponível em: <<https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2002/resolution-2002-12.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2016.

¹⁰⁹ JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. The meaning of restorative justice. In: _____.; _____. (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton: Willan Publishing, 2007. p. 7-8.

¹¹⁰ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Handbook on restorative programmes**. New York, 2006. (Criminal Justice Handbook Series). p. 17.

O mediador¹¹¹ atua como um facilitador do diálogo entre as partes, não devendo propor qualquer acordo ou forçar um entendimento entre elas. Todavia, a sua atuação não é secundária ou passiva, pois, apesar de não lhe caber propor soluções às partes, é de sua responsabilidade o estabelecimento de um ambiente adequado, permitindo o andamento produtivo da resolução do conflito.¹¹²

Leonardo Sica define a mediação penal como:

Uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa autônoma à justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional, cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social, cujo objetivo é superar o déficit comunicativo que resultou o que foi revelado pelo conflito e, contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e na restauração da paz jurídica.¹¹³

A legitimação da mediação penal encontra-se pautada pelo respeito a dois fatores: a legalidade do seu procedimento e a garantia de proporcionalidade e razoabilidade do acordo reparador.

O procedimento da mediação penal é naturalmente mais flexível do que aquele proposto pelo processo penal tradicional. Todavia, é necessário que as diretrizes básicas da mediação penal estejam legalmente previstas para que as partes possam optar por utilizar esta prática restaurativa como meio de resolução do seu conflito. Garante-se desta forma, que os princípios e valores restaurativos sejam cumpridos de forma associada às garantias processuais já conquistadas.

A garantia de proporcionalidade e razoabilidade do acordo reparador é também essencial para que a mediação penal não possa ser usada de forma desvirtuada, permitindo, por exemplo, que o ofensor assuma no processo restaurativo obrigações que excedam a punição que seria imposta através do processo tradicional.¹¹⁴

¹¹¹ “Os mediadores ou facilitadores devem ser preferencialmente ser psicólogos ou assistentes sociais, mas nada impede – e quiçá possa ser melhor – que sejam pessoas ligadas à da 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.” (PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa é possível no Brasil?* In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 33).

¹¹² AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 148.

¹¹³ SICA, Leonardo. Mediação penal. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 98, ago. 2014.

¹¹⁴ Neste mesmo sentido, diversos autores: PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 80-81; SICA, op. cit., p. 102; ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 190.

A mediação penal poderá ocorrer em diversos momentos do processo criminal: em fase pré-processual, durante o processo ou, até mesmo, após a sentença. Há três requisitos básicos que podem indicar se a mediação penal é cabível no caso concreto: o ofensor deve aceitar ou não negar a responsabilidade pelo crime; tanto a vítima como o ofensor devem querer participar voluntariamente da mediação; e ambos também devem considerar seguro participar da prática restaurativa.¹¹⁵

A voluntariedade da mediação penal é extremamente importante, pois o sucesso da prática restaurativa depende do comprometimento das partes para que o diálogo seja produtivo e o acordo reparador possa revelar as reais necessidades das partes, representando uma solução satisfatória para o conflito.

Neste sentido, Paulo da Silva diz que:

[...] uma vez que o objetivo é o acordo, é praticamente essencial que os comportamentos dos envolvidos se adéquem a princípios de cooperação e lealdade processuais. A mera hipótese da indisposição à cooperação mútua ou a quebra da confiança entre as partes por si tornam sem sentido o mecanismo, pois elas deixam de trabalhar sobre a base da livre manifestação de vontade para a celebração de um acordo. Formalmente pode-se até chegar ao êxito momentâneo da assinatura de um acordo, mas sua eficácia e potencial para cumprimento voluntário poderão estar já seriamente comprometidos.¹¹⁶

O procedimento da mediação penal, assim como as demais práticas restaurativas, deve ser flexível para que possa ser adequado para a situação concreta observada pelo mediador, notadamente em relação à gravidade do delito e às consequências suportadas pelas partes.¹¹⁷ Entretanto, a estrutura básica do seu procedimento pode ser analisada. Inicialmente, o mediador se encontra com as partes separadamente, com a finalidade de preparar e avaliar as condições das mesmas para participar do encontro face-a-face. Esta etapa inicial é importante para assegurar se a vítima está preparada para encontrar com o ofensor, garantindo que não ocorra a sua revitimização, bem como se o ofensor reconhece a sua responsabilidade no evento danoso e se sinceramente deseja encontrar a vítima. Quando o contato direto entre a

¹¹⁵ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Handbook on restorative programmes**. New York, 2006. (Criminal Justice Handbook Series). p. 17-18.

¹¹⁶ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 43-44, ago. 2014.

¹¹⁷ “De forma contrária ao processo punitivo tradicional, a mediação penal pressupõe uma flexibilização do procedimento, pois o mediador deverá avaliar as circunstâncias (gravidade do delito, consequências suportadas pelas partes) antes de propor um plano de condução do diálogo entre as partes. As peculiaridades assumem um caráter diferenciador em cada caso concreto, o que permite a construção de uma proposta que individualize o que está previsto em abstrato na legislação penal.” (ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Posella. A mediação como política pública apta a solucionar o conflito penal. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Nivaldo dos. (Coord.). **Formas consensuais de solução de conflitos**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 384).

vítima e o ofensor se mostra possível, não é incomum que as partes compareçam ao encontro acompanhadas de alguém de sua confiança.¹¹⁸

Durante o encontro, as partes são estimuladas pelo mediador a manter um diálogo¹¹⁹, permitindo que a vítima exponha as consequências suportadas em razão do delito e qual seria a reparação necessária diante dos danos sofridos. Por outro lado, também possibilita que o ofensor assuma a responsabilidade pelo ocorrido, participando ativamente da definição da sanção reparadora.¹²⁰

A mediação penal confere às partes “[...] algum poder sobre o desenvolvimento do método de resolução do conflito que as atingiu”¹²¹, algo que é uma reivindicação recorrente apontada em pesquisas que analisam os motivos de insatisfação das vítimas com a justiça penal.¹²² Esse empoderamento das partes depende de um ambiente estruturado e seguro, com a atuação de um mediador qualificado para identificar as peculiaridades do caso concreto, a fim de possibilitar que as partes estejam em pé de igualdade no momento de dialogar sobre o ocorrido e decidir sobre o acordo reparador.

O contato direto entre a vítima e o ofensor nem sempre será possível. Nestes casos, a mediação indireta torna-se uma alternativa viável. Nesta forma de mediação, “o mediador encontra-se com a vítima e o ofensor separadamente, sem que estes venham posteriormente a encontrar-se”¹²³.

De acordo com as pesquisas americanas, canadenses, neozelandesas e europeias, os resultados observados a partir da aplicação da mediação penal indicam satisfação das vítimas quanto ao processo, especialmente em razão da efetiva reparação dos danos e também revelam que o contato com o ofensor gera um menor receio de revitimização. Quanto aos ofensores, as pesquisas revelam que aqueles que completaram o processo cumpriram as

¹¹⁸ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Handbook on restorative programmes**. New York, 2006. (Criminal Justice Handbook Series). p. 18.

¹¹⁹ Atuando conforme um agir comunicativo e não um agir estratégico.

¹²⁰ Neste sentido: “[...] a mediação penal é uma estratégia para que as peculiaridades de cada caso concreto sejam consideradas. Isso é uma estratégia muito eficaz para que se alcance a funcionalidade do processo penal, já que cada forma de agressão irá repercutir de forma diferente para cada vítima, bem como será motivada a partir de cada contexto em que se encontra o indivíduo infrator. Essa análise global dos acontecimentos que deram origem ao conflito penal e a ponderação das consequências deste episódio são imprescindíveis para estipular a reparação (material, psicológica ou simbólica) e a responsabilização necessárias para um caso concreto.” (ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Posella. A mediação como política pública apta a solucionar o conflito penal. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Nivaldo dos. (Coord.). **Formas consensuais de solução de conflitos**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 385).

¹²¹ SICA, Leonardo. Mediação penal. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 100, ago. 2014.

¹²² BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Pesquisa Nacional de Vitimização**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

¹²³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 108.

obrigações assumidas pelo acordo reparador e apresentaram menores índices de reincidência em relação aos que passaram por um processo tradicional.¹²⁴

A mediação penal tem sido aplicada nos casos de delitos de menor complexidade, normalmente de cunho patrimonial. No entanto, alguns relatos de sucesso da mediação penal quando aplicada para delitos mais graves e violentos já têm servido de inspiração para ampliar a aplicação desta prática restaurativa.¹²⁵

A segunda prática restaurativa mais importante é denominada conferência restaurativa ou conferência de família (FGC – *family group conferencing*) Esta prática foi adotada na Nova Zelândia a partir de 1989.¹²⁶

Participam dos encontros realizados para conferências de família a vítima, o infrator, os familiares de ambos e pessoas que lhes dão apoio. Também é comum a participação de profissionais, como: policiais, assistentes sociais e psicólogos.¹²⁷

O procedimento é semelhante ao da mediação penal. A diferença essencial é que todos os participantes podem contribuir para a elaboração do acordo reparador. Os objetivos principais continuam sendo os mesmos: que a vítima seja reparada e que o infrator reconheça o dano causado à vítima e aos demais, assumindo a responsabilidade por seu comportamento. A maior diferença para a mediação penal é o reconhecimento de que o delito pode gerar mais vítimas do que aquela pessoa atingida diretamente, e, a partir dessa constatação, todas as vítimas são convidadas a participar dos encontros e a sugerir soluções construtivas para os problemas e danos gerados, alcançando uma resolução satisfatória para o conflito.

¹²⁴ KOSS, Mary P. et al. Resposta da comunidade: ampliação da resposta da justiça de uma comunidade a crimes sexuais pela colaboração da advocacia, da promotoria, e da saúde pública: apresentação do programa restore. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 359-362; KURKI, Leena. Evaluating restorative justice practices. In: VON HIRSCH, Andrew et al. (Ed.). **Restorative justice & criminal justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 293-314; MAXWELL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 279-293; MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 449-451.; PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 111-112; SCHIFF, Mara. Models, challenges and the promise of restorative conferencing strategies. In: VON HIRSCH, Andrew et al. (Ed.). **Restorative justice & criminal justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 315-338.

¹²⁵ TIAGO, Tatiana Sandy. Implementação da justiça restaurativa por meio da mediação penal. In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Org.). **Estudos de arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2007. v. 4.

¹²⁶ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Handbook on restorative programmes**. New York, 2006. (Criminal Justice Handbook Series). p. 20.

¹²⁷ PALLAMOLLA, op. cit., p. 117-118.

Por envolver mais pessoas que estão preocupadas com a solução do problema e que muitas vezes são indivíduos próximos do ofensor, as conferências podem se mostrar particularmente efetivas quanto ao cumprimento do acordo, pois há um acompanhamento e uma cobrança posterior para que as obrigações e a reparação sejam respeitadas.¹²⁸

2.3 Ponderações críticas

A proposta da justiça consensual, notadamente a partir do modelo restaurativo é inovadora e promissora. Entretanto, não há unanimidade quanto à viabilidade da aplicação de procedimentos dialogais no âmbito do processo penal. Diante deste cenário, faz-se necessário destacar algumas críticas pertinentes para refletir sobre os pontos negativos e as fragilidades do modelo restaurativo, a fim de se obter uma análise crítica sobre as consequências da adoção de suas práticas.

As duas principais críticas ao sistema restaurativo estão ligadas à expansão da rede de controle social punitivo e à violação das garantias jurídicas do ofensor.¹²⁹

2.3.1 *Justiça restaurativa como expansão da rede de controle penal*

A crítica que se tem feito à justiça restaurativa sob o ponto de vista da expansão da rede de controle penal é que ela é muito usada em casos de pouca gravidade¹³⁰ e, por isso, as suas práticas levam para a rede de controle situações que de outra forma não teriam ingressado no sistema penal. Assim, ao serem direcionados para o processo restaurativo, se não se alcançar um acordo ou se o acordo não for cumprido pelo ofensor, corre-se o risco de que estes casos sejam encaminhados para o sistema criminal tradicional.¹³¹

Elena Larrauri pondera que o risco de extensão da rede pode ser provocado pelo fato do sistema penal ter prioridade para decidir sobre quais casos podem ingressar num processo

¹²⁸ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Handbook on restorative programmes**. New York, 2006. (Criminal Justice Handbook Series). p. 21.

¹²⁹ Sobre outras críticas, cf. MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 439-472; PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil?. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 27-29.

¹³⁰ MORRIS, op. cit., p. 446-447.

¹³¹ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 178-179.

restaurador; qual a consequência do acordo reparador para a fixação da pena do ofensor; e se os processos restaurativos devem constituir alternativa à pena de prisão ou não.¹³²

A Resolução da ONU, contudo, exige um suporte probatório mínimo para o direcionamento do caso para a justiça restaurativa, garantindo, assim, que situações que não tenham relevância jurídica sejam inseridas no sistema de controle. De outro lado, a adoção de critérios básicos para designar os casos aptos a ingressar em um programa restaurativo, permite que situações com maior relevância penal sejam alcançadas pela justiça restaurativa. Além disso, a formulação de regras para que os acordos restaurativos sejam efetivamente considerados no momento da sentença assegura que a sanção reparadora não seja simplesmente somada à pena, nos casos em que o acordo restaurativo não for suficiente para extinguir a punibilidade.¹³³

Frisa-se, ainda, que o fato de alguns conflitos não adentrarem no sistema penal não significa que eles não existem, conforme já tratado na análise das cifras ocultas. Não se pode negar que o sistema formal já coexiste com outros modos de juridicidade, que muitas vezes representam soluções insatisfatórias ou, até mesmo, violentas. É possível, assim, que, com a implementação da justiça restaurativa, os cidadãos afastados ou renegados pelo sistema tradicional possam ter um efetivo acesso à justiça, vislumbrando no processo restaurativo um meio mais compreensível e próximo da sua realidade cotidiana.¹³⁴

A justiça restaurativa não pretende expandir o exercício do poder punitivo, mas pretende incrementar o acesso à justiça, possibilitando diminuir, ao mesmo tempo, o número de castigos impostos pelo sistema formal e a cifra oculta, ao oferecer “[...] resposta institucional mais acessível e viável para uma série de conflitos que ficaram marginalizados ou não encontraram respostas satisfatórias dentro de um sistema de mão única, fechado e inflexível.”¹³⁵

Raffaella Pallamolla salienta que a crítica de expansão do controle penal também foi feita com argumentos semelhantes às penas alternativas, indicando que, não obstante a

¹³² LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 51, p. 67-104, 2004.

¹³³ Ibid.; JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 178-179; PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 139-145.

¹³⁴ PALLAMOLLA, op. cit., p. 146, 149.

¹³⁵ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 153.

intenção delas fosse dar uma melhor resposta ao delito, o que se observou na prática foi a incapacidade desta proposta em diminuir o uso da prisão.¹³⁶

A análise destas críticas feitas às penas alternativas é importante para que se evite incorrer no mesmo erro com as práticas restaurativas, ou seja, que elas, de forma desvirtuada, acabem por inflar o sistema criminal com novos processos, impondo sanções penais no lugar de efetivar acordos reparadores.

2.3.2 *Justiça restaurativa como violação a garantias penais e processuais*

Outra crítica que se faz à justiça restaurativa refere-se ao respeito às garantias penais e processuais penais durante o processo restaurativo.¹³⁷ Sustenta que a sanção reparadora é uma forma de punição ao ofensor e que a sua imposição fere diretamente os princípios da igualdade, ao permitir que casos semelhantes obtenham soluções distintas, a depender do acordo firmado pelas partes; da proporcionalidade, relegando às partes a deliberação quanto à reparação cabível para o caso concreto; e da imparcialidade, pois não há uma decisão tomada por um terceiro imparcial, o que violaria o devido processo legal.¹³⁸

O grande problema diz respeito ao empoderamento das partes, sobretudo da vítima. Parte-se do pressuposto de que no processo penal tradicional as garantias penais e processuais penais estariam resguardadas, pois há um processo rígido, pensado para defender os direitos do ofensor, que desencadeia em uma punição que tem sua severidade definida pelo grau de reprovabilidade e culpabilidade da conduta do agente, estabelecendo-se, portanto, limites “claros” quanto à proporcionalidade da reprimenda e, por consequência, garantindo a igualdade das soluções para casos “iguais”.

Aury Lopes Júnior defende que a pena não pode prescindir do processo penal:

Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto culpável, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não é só efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo. A pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total do processo penal, posto que, se o processo termina antes de desenvolver-se

¹³⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 140.

¹³⁷ MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 444-445.

¹³⁸ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 51, p. 67-104, 2004.

completamente (arquivamento, suspensão condicional etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade), não pode ser imposta uma pena.¹³⁹

O autor fundamenta o caráter instrumental do processo penal para a imposição de pena e o monopólio do Estado para definir os tipos penais e suas conseqüentes penas, sustentando que devem ser vedados quaisquer processos que permitam às partes dispor sobre o tema. Segundo ele, os acordos no processo penal transformam a acusação em um instrumento de pressão, que pode gerar autoacusações falsas e testemunhos caluniosos arranjados.¹⁴⁰

Evidentemente, o processo restaurativo se distingue do processo penal tradicional, ao priorizar o diálogo entre as partes, a reparação da vítima e a responsabilização do ofensor, mas, ainda assim, se legalmente previsto, pode ser também considerado como devido processo legal para imposição de reprimendas. A sua flexibilização procedimental¹⁴¹, pensada para melhor adequar o processo às necessidades do caso concreto, é uma força e não uma fragilidade do processo restaurativo. É justamente o afastamento do profissionalismo e aproximação das partes que trazem a chance do modelo restaurativo propor diferentes resultados daquilo que se tem observado com o processo tradicional.

Anthony Pemberton defende que, para que a prática restaurativa salvaguarde garantias processuais, é preciso observar se a forma como é feita a seleção e preparação dos ofensores e das vítimas para o processo restaurativo é satisfatória, se o consentimento para participação é livre e informado, se há aconselhamento jurídico às partes antes e depois do processo restaurativo, e se a formação dos mediadores é adequada.¹⁴²

Não se desconhece os riscos de que os valores e princípios restaurativos não sejam respeitados na prática, tornando o processo restaurativo tão injusto ou ineficaz quanto o processo penal tradicional. Contudo, isso não pode servir de barreira para a implementação de novas formas de pensar como resolver o conflito penal. Deve-se batalhar para que o processo

¹³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61.

¹⁴⁰ Ibid., p. 62, 169-178.

¹⁴¹ “[...] busca-se um ordenamento jurídico processual no qual as características intrínsecas de cada contexto fático são consideradas na escolha do processo de resolução de conflitos. Com isso, busca-se reduzir as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputas, na medida em que se escolhe um processo que permita endereçar da melhor maneira possível a melhor solução da disputa no caso concreto. A doutrina registra que essa característica de afeiçoamento do procedimento às peculiaridades de cada litígio decorre do princípio da adaptabilidade.” (AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 138).

¹⁴² PEMBERTON, Anthony. A vítima “activa” na mediação: justiça restaurativa como forma de empowerment da vítima. In: APAV. **Projecto DIKÊ Seminário**: protecção e promoção dos direitos das vítimas de crime no âmbito da decisão: quadro relativo ao estatuto da vítima em processo penal. Lisboa, 2003p. 102-105.

restaurativo obedeça às diretrizes básicas previstas na legislação, bem como esteja fundado a partir dos valores e princípios que tornam esta alternativa tão promissora.

Os limites para a sanção reparadora são importantes para que não ocorram injustiças, bem como para se evitar a atuação exacerbada do Judiciário por considerar o acordo desproporcional ao caso. O limite máximo certamente é mais fácil de vislumbrar, pois está ligado à pena prevista em abstrato na legislação para o delito cometido. E, se a desigualdade existente nos resultados da justiça restaurativa está fundamentada em diferenças e não em discriminações, ela é legítima.¹⁴³ Todavia, o limite mínimo para a sanção reparadora é impossível de ser traçado previamente, justamente para não atrelar a justiça restaurativa aos anseios de retribuição que contaminam o processo penal tradicional.

É nesta indefinição do limite mínimo para o acordo reparador que reside a maior dificuldade para o processo restaurativo e representa um grande risco de rejeição dos acordos restaurativos pelo Judiciário por os considerarem demasiado lenientes, o que acaba por desconsiderar a vontade das partes que alcançaram um consenso acerca da reparação. Trata-se de uma “[...] (pretensa) necessidade de proporcionalidade da reprovação pública da conduta, ideia esta assentada na capacidade (já desmistificada) do direito penal e da sanção penal de prevenirem delitos.”¹⁴⁴

Renato De Vito pondera que, para não se tornar violador de garantias fundamentais, o eventual acordo obtido na prática restaurativa deve se sujeitar à análise judicial antes de ser homologado e deve “ser redigido em termos precisos e claros, sendo que as eventuais obrigações nele estampadas devem ser razoáveis, proporcionais e líquidas, devendo prever as formas de se garantir o cumprimento e a fiscalização das condições nele estatuídas”¹⁴⁵.

Refutando a crítica que acusa a parcialidade nos processos e resultados restaurativos, Raffaella Pallamolla argumenta que:

(1) a justiça criminal, apesar de reconhecer o princípio da imparcialidade, parece não ser capaz de aplicá-lo, frente à seletividade do sistema penal, que não representa seu mau funcionamento, mas sua característica intrínseca; (2) o processo de justiça restaurativa depende do consentimento das partes e possibilita, também, que estas se retirem a qualquer momento, o que garante ao ofensor o direito de escolher entre o devido processo legal ou o processo restaurativo; (3) os acordos restaurativos devem ser fiscalizados pelo sistema de justiça criminal; (4) conforme inúmeros estudos têm

¹⁴³ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 51, p. 67-104, 2004.

¹⁴⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 159.

¹⁴⁵ DE VITO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 45.

demonstrado, as partes tendem a se sentir tratadas com maior equidade e justiça nos processos restaurativos; e, finalmente, [...] não há argumento definitivo que consiga estabelecer que a determinação da culpa e da condenação por um terceiro imparcial seja melhor do que o acordo alcançado pelas partes envolvidas no conflito.¹⁴⁶

No que se refere à participação da comunidade na construção da proposta de solução para o conflito é, realmente, um fator de risco,¹⁴⁷ a ser avaliado com muita atenção pelo mediador no caso concreto, pois as comunidades podem estar marcadas pela exclusão social e distribuição irregular das relações de poder. Contudo, se as bases do sistema restaurativo forem respeitadas, é possível que se aproveite o que for positivo da participação da comunidade para o caso específico,¹⁴⁸ sem que isso represente a violação de direitos e garantias.¹⁴⁹

¹⁴⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 166.

¹⁴⁷ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 175-177.

¹⁴⁸ “Em última instância, os processos de sinergia entre o Estado e a sociedade civil podem expandir para além da questão da criminalidade, melhorar a qualidade do governo democrático e dos direitos à cidadania de modo mais geral.” (OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 189).

¹⁴⁹ Neste sentido, concorda-se com Renato De Vito quando ele avalia que “a correta aplicação do modelo [restaurativo] deve provocar, em longo prazo, uma mudança de concepção em relação ao papel do Estado no fenômeno criminal com a definitiva inclusão da vítima e com o fortalecimento do papel da comunidade nesse processo. No entanto, em um contexto de proliferação da chamada “cultura do medo” e a amplificação, pelos meios de comunicação de massa, da doutrina da lei e ordem, há que se cercar de todas as cautelas possíveis para que o empoderamento da comunidade na busca das soluções de seus próprios conflitos não se dê em detrimento de todo o processo histórico de proteção e afirmação dos direitos humanos.” (DE VITO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 48).

CAPÍTULO 3 A JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL NO BRASIL E A SITUAÇÃO DA VÍTIMA DE CRIME

3.1 A Lei n. 9.099/95: mudança de paradigma?

Acompanhando a tendência internacional de valorização da vítima e de adoção de instrumentos consensuais na solução de conflitos criminais, o Brasil tem inserido na sua ordem normativa penal e processual penal previsões que integram a vítima à resolução do conflito e que possibilitam a reparação dos danos que foram suportados pela vítima em razão do delito.¹

Destaca-se nesse âmbito a Lei n. 9.099 editada em 1995 que, atendendo ao preceito constitucional – art. 98, I, instituiu os Juizados Especiais e, na esfera criminal, representou verdadeira revolução processual e político-criminal² ao inserir instrumentos e soluções consensuais à persecução penal.³

Com a Lei dos Juizados Especiais Criminais, a tradicional jurisdição de conflito cede espaço para uma jurisdição de consenso⁴, na qual “Se busca um acordo entre as partes, a reparação voluntária dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, procurando-se evitar, o quanto possível, a instauração de um processo penal.”⁵

Princípios tradicionais da jurisdição conflitiva, como os da obrigatoriedade⁶ e da indisponibilidade⁷ da ação penal pública, passaram a conviver com os princípios da oportunidade⁸ regrada⁹, da disponibilidade e da autonomia da vontade¹⁰.

¹ BARROS, Antônio Milton de. **Curso básico de processo penal**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2007. p. 352-353.

² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 47.

³ ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal. In: BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. (Coord.). **Criminologias e política criminal I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 166.

⁴ GRINOVER et al., op. cit., p. 42.

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 187.

⁶ O Ministério Público (titular da ação penal, em regra) não tem a faculdade em agir; havendo notícia do crime, o órgão acusador tem o dever iniciar a persecução penal.

⁷ Este princípio indica que, uma vez iniciado o processo, o órgão acusador não pode desistir, injustificadamente, da ação penal proposta.

⁸ “O titular da ação penal poderá abrir mão de um direito seu, o que pode significar abdicar de intentar a ação penal, requerer sua suspensão, mediante certas condições, negociar a punição do autor ou, até mesmo, pedir a extinção de punibilidade do autuado ou acusado.” (ROSA; FREITAS, op. cit., p. 165).

⁹ Delimita-se pelos critérios legais e até mesmo pelo controle judicial o exercício do princípio da oportunidade, pois o titular da ação penal deverá seguir alguns requisitos já estabelecidos, não tendo plena liberdade para negociar com o autor dos fatos.

¹⁰ Pelo princípio da autonomia da vontade, o autor do fato “[...] terá a chance de escolher afastar alguns de seus direitos garantidos pelo devido processo legal ordinário, com a finalidade de obter outros benefícios que lhe serão proporcionados pela forma consensual de resolução do conflito.” (ROSA; FREITAS, op. cit., p. 165).

Assim, para estabelecer o modelo consensual de justiça criminal no Brasil, o legislador elegeu o princípio da oportunidade regrada em detrimento do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Também se espera que o acusado opte, em troca de benefícios consideráveis – como a extinção da punibilidade ou suspensão do processo –, por um procedimento que não siga o devido processo penal tradicional. Procura-se, por fim, que a prisão, forma de reação clássica do Estado à criminalidade, seja substituída por alternativas mais eficazes à solução do conflito e à pacificação social e proporcionais ao delito perpetrado.¹¹

Os procedimentos estabelecidos para os Juizados Especiais respeitam novos critérios que incentivam a desburocratização do sistema criminal,¹² com a adoção da oralidade; da simplicidade, afastando da competência dos Juizados as causas mais complexas; da informalidade, com a flexibilização procedimental; da celeridade, agilizando o procedimento e o processo penal; e da economia processual, com a concentração dos atos processuais e a exclusão de provas consideradas excessivas, impertinentes ou protelatórias.

Os Juizados Especiais Criminais são competentes para processar e julgar os delitos de menor potencial ofensivo, sendo assim considerados as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não ultrapasse dois anos¹³, cumulada ou não com multa, submetidos ou não a processo especial.

A competência dos Juizados é definida, ainda, quando inexistir circunstância que desloque a competência para o juízo comum, como, por exemplo, nas hipóteses em que haja conexão ou continência com infração penal comum, impossibilidade de citação pessoal do autuado ou se evidenciada a complexidade da causa.¹⁴

Na fase preliminar, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência do fato deverá lavrar termo circunstanciado e o encaminhar imediatamente ao juizado, com o

¹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. (Ciências criminais; v. 5). p. 489.

¹² “A desburocratização do sistema judicial penal é a principal meta que devemos perseguir para efetivar de pronto a responsabilidade criminal e a eficiente atenção aos Direitos Humanos das vítimas de crimes, através da reparação, indenização e composição dos danos, buscando a aplicação imediata de medidas alternativas à prisão, seja quanto a detenção provisória ou definitiva, sempre em nome dos princípios da oportunidade, racionalidade e da insignificância de determinadas infrações penais.” (MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos das vítimas de crimes: filosofia penal e teoria crítica à luz das reformas processuais penais**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 300).

¹³ Destaca Daniel Achutti que: “A Lei n. 9.099/95 previa que os crimes de menor potencial ofensivo eram aqueles cuja pena máxima não ultrapassasse um ano de prisão. Esta definição foi modificada pela Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais na Justiça Federal e ampliou este conceito, passando a considerar como de menor potencial ofensivo os crimes cujas penas não ultrapassassem dois anos. Posteriormente, em 2006, a Lei n. 11.313 alterou o dispositivo da Lei n. 9.099 e consolidou em dois anos a pena máxima para que um crime seja considerado de menor potencial ofensivo.” (ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.147).

¹⁴ Vale dizer que, ainda que a competência seja deslocada para a justiça comum, se a infração, em razão da sua pena, puder sujeitar-se à aplicação dos institutos despenalizadores, isso deverá ser feito.

ofensor e a vítima, requerendo, se necessário, os exames periciais. Se não for possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima.

Na audiência preliminar devem estar presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato, a vítima, advogados das partes¹⁵ e o juiz. Este esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos que objetiva a reparação dos danos materiais, morais ou estéticos sofridos pela vítima e, se alcançada através do acordo entre as partes¹⁶, será reduzida a escrito e homologada¹⁷ pelo juiz mediante sentença irrecorrível, que terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente no caso de descumprimento pelo autor.¹⁸ 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 e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade.¹⁹ No caso de se tratar de ação penal pública incondicionada o acordo serve apenas para antecipar a certeza acerca da reparação devida à vítima, não se prestando a solucionar o conflito penal que requer, pela sua natureza, a atuação do Ministério Público.²⁰

Não havendo acordo, o ofendido, nos casos de ação privada, poderá oferecer queixa-crime²¹ quando já dispuser dos elementos de informação necessários à instauração do processo; e, nos casos de ação penal pública condicionada à representação, poderá exercer o direito de representação contra o autor do fato.

Existindo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo hipótese de arquivamento,²² o Ministério Público poderá propor a transação penal²³ ao autor do fato, consistente na aplicação imediata de pena restritiva de direitos e/ou multa, o

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 133.

¹⁶ O diálogo é intermediado pelo juiz ou por um conciliador, mas não deixa de ser uma forma autocompositiva processual de solução do conflito. (LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 156; GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 101).

¹⁷ “O juiz, por tratar-se de direitos disponíveis, não poderá modificar a composição civil, tanto no plano dos fatos, como da extensão indenizatória. A decisão é de homologação da manifestação volitiva das partes.” (GIACOMOLLI, op. cit., p. 104).

¹⁸ GRINOVER et al., op. cit., p. 142-143.

¹⁹ “Importante notar que a composição, apesar de ter por objeto interesse de natureza cível, apresenta, inegavelmente, elementos consensuais que repercutem de modo significativo na persecução criminal, inserindo-se, por conseguinte, na esfera da justiça penal consensual.” (LEITE, op. cit., p.157).

²⁰ LEITE, op. cit., p.157; GIACOMOLLI, op. cit., p. 100.

²¹ A peça acusatória designada queixa-crime, cabível nos casos de ação penal de iniciativa privada, somente pode ser oferecida por quem é habilitado para o exercício da advocacia. Se o ofendido não possuir esta capacidade postulatória, deverá contratar advogado para oferecer a queixa-crime.

²² “Trata-se de imposição fundamental, que deve ser primordialmente atendida pelo acusador público, já que a transação penal somente pode ser aceita se houver lastro probatório suficiente que indique a ocorrência de uma infração de menor potencial ofensivo, ou seja, ao acusado somente se imporá pena restritiva de direitos ou multa em tal momento se for possível uma eventual condenação ao final do processo.” (VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 104). De modo semelhante: GIACOMOLLI, op. cit., p. 130; KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do direito de punir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 90-91.

²³ Para diferenciações entre a transação e os mecanismos estadunidenses Cf. LEITE, op. cit., p.162-165.

que não importará em reincidência ou reconhecimento de culpa²⁴ e evitará a instauração do processo.²⁵ A transação não pode ser proposta se o autor for reincidente; se os motivos e circunstâncias do crime ou os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor dos fatos indicarem que a transação é insuficiente ou desnecessária; e se ele já tiver sido beneficiado pela transação nos cinco anos anteriores. Se descumpridas as cláusulas do acordo, retoma-se a situação jurídica anterior à proposta de transação penal, possibilitando que o autor da proposta dê continuidade à persecução penal.²⁶

Se a transação não for aceita ou se o autor dos fatos não estiver presente na audiência, no caso de ação penal pública, o Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, instaurando o processo penal. Nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela Lei n. 9.099/95, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Ministério Público, oferecendo a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, pelo período de dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime e se presentes os requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Sobre a natureza da suspensão condicional do processo, a doutrina, em geral, tem afirmado ser *nolo contendere*, consistindo em uma forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, não admite culpa e nem proclama sua inocência.^{27 28}

²⁴ “Na técnica da lei, a natureza jurídica da aceitação da proposta é de submissão voluntária à sanção penal, mas não significa reconhecimento de culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil.” (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 164).

²⁵ Para Guilherme Nucci: “a transação abrange a decisão de não litigar, aceitando o agressor, desde logo, a penalidade – restrição de direito ou multa – sugerida pelo órgão acusatório.” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. v. 2. p. 430).

²⁶ Após muito debate doutrinário e jurisprudencial, a súmula vinculante nº 35 do Supremo Tribunal Federal definiu o entendimento de que a decisão de homologação da transação penal não tem natureza condenatória e, submetida à condição resolutiva – descumprimento do acordo –, não faz coisa julgada material. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 230-232; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 758; VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 107-108).

²⁷ GRINOVER et al., op. cit., p. 256.

²⁸ Valem os comentários de Luiz Flávio Gomes, diferenciando o instituto da suspensão condicional do processo dos tradicionais mecanismos norte-americanos do *guilty plea* e do *plea bargaining*, na medida em que o primeiro é considerado como uma forma de defesa, pois o acusado confessa o fato criminoso que lhe foi imputado para poder ter acesso a benefícios, como a redução de pena. O segundo, por sua vez, é um pacto realizado entre o Ministério Público e o acusado, havendo um acordo sobre qual delito será imputado ao acusado e sobre qual a pena a ser aplicada (geralmente reduzida), oportunidade em que o acusado irá renunciar ao devido processo legal em nome da imediata aplicação da pena. (GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 130).

Se a proposta de suspensão do processo for aceita pelo acusado e seu defensor, aquele é submetido a período de prova, sob as seguintes condições: reparar o dano, salvo se não for possível; proibição de frequentar determinados lugares ou de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização; comparecer pessoalmente a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; não vir a ser processado por outro crime ou contravenção penal; além de outras condições que forem adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Cumpridos o prazo de prova e as obrigações pactuadas, o juiz extinguirá a punibilidade.²⁹

Observa-se que a Lei n. 9.099/95 introduziu três medidas – a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo – que permitem que pelo consenso entre as partes se evite a instauração do processo ou suspenda o seu prosseguimento.

Quando foi publicada, a Lei n. 9.099/95 foi vista por setores expressivos da comunidade jurídica como o mecanismo “[...] capaz de revolucionar o sistema de justiça criminal vigente”³⁰, por trazer propostas consensuais, reconciliadoras, vitimológicas³¹ e despenalizadoras, que representariam, em tese, uma grande transformação para o moroso e desacreditado sistema de justiça criminal.

É inegável que a Lei n. 9.099/95 representou uma grande inovação para o sistema legislativo brasileiro, inclusive inspirando a adoção de mecanismos consensuais e de caráter vitimológico por leis posteriores.³² Contudo, passados mais de vinte anos da sua promulgação, o que se percebeu³³ foi uma verdadeira apropriação dos novos mecanismos consensuais pelas velhas práticas da justiça criminal tradicional,³⁴ tendo-se como resultado

²⁹ Interessante fluxograma dos procedimentos no âmbito de JECRIM em: FULLIN, Carmen Silvia. **Quando o negócio é punir**: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções. 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 30.

³⁰ PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1.

³¹ “Sem dúvida alguma, a Lei 9.099/95 representou a introdução da questão vitimológica no direito penal brasileiro. Não que o nosso ordenamento a desconhecesse. [...] a vítima sempre foi objeto de alguma referência legal, apesar de receber pouca atenção das produções doutrinárias. Mas a Lei 9.099/95 é efetivamente o diploma legal que refletiu, no ordenamento penal brasileiro, o movimento vitimológicos internacional de uma maneira mais evidente.” (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 158).

³² FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro. In: _____.; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão (Org.). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica: Ed. UNESP, 2011. p. 11-18; GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 309-311; LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 217-243.

³³ BRASIL. Ministério da Justiça. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**: mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_acesso_justica.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2016.

³⁴ SCURO NETO, Pedro. Chances e entraves para a justiça restaurativa na América Latina. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 237.

uma lei que “[...] apenas ‘finge’ privilegiar o consenso e a conciliação das partes”³⁵, mas que “[...] manteve intacta a estrutura burocratizada do sistema penal.”³⁶

Pesquisas³⁷ revelam que a aplicação da Lei n. 9.099/95 tem sido feita com o objetivo de “desafogar” ou aliviar o Judiciário do excesso de demandas, não havendo uma preocupação em desenvolver o procedimento com o objetivo idealizado de promover a integração das partes na resolução do conflito penal. A preocupação tem sido no sentido de garantir uma forma barata de gerir disputas, o que representa a aplicação da forma consensual não para a resolução de conflitos, mas para encerrar procedimentos. Essa constatação é preocupante, pois, quando efetivada desta forma, a resolução consensual pode representar apenas a violação de direitos e garantias penais e processuais. Em relação ao investimento que tem sido feito na preparação e na capacitação de recursos humanos qualificados para atuar no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, constata-se que esse investimento ocorre, mas a preparação é extremamente rápida e não é feita de forma contínua.

Neste sentido, Alexandre Wunderlich avalia que:

O cenário é de horror. Vislumbro um euforismo apagado, uma revolução que não deu certo, um notável avanço que se notabilizou retrocesso, um modernismo que é antigo e uma desburocratização que cada vez mais se burocratiza. A Lei n. 9.099/95, ressalvadas as exceções absolutamente isoladas, não foi e não está sendo aplicada. Só para exemplificar: conciliações impostas às partes, propostas de transação penal quando não há justa causa para o oferecimento de denúncia ou queixa-crime, propostas de transação penal sem qualquer individualização ou obediência à realidade socioeconômica do autor do fato, audiências preliminares realizadas sem a presença de advogados, sem a vítima, sem o representante do Ministério Público e até sem juiz.³⁸

O autor citado aponta as razões para o fracasso da Lei n. 9.099/95, dentre as quais se destacam: o excessivo número de conflitos e a burocratização judicial que sobrecarregam as estruturas dos Juizados, inviabilizando uma análise individualizada de cada caso concreto; o

³⁵ SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 176.

³⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.154.

³⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**: mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_acesso_justica.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2016; FULLIN, Carmen Silvia. **Quando o negócio é punir**: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções. 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011; PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal**: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2007; PRUDENTE, Moema Dutra Freire. **Pensar e fazer justiça**: a administração alternativa de conflitos no Brasil. 2012. 289 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012.

³⁸ WUNDERLICH, Alexandre. O papel da vítima no processo penal. Impressões sobre o fracasso da Lei n. 9.099/1995. In: _____.; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-34.

despreparo dos juízes para atuarem como conciliadores; o descumprimento da forma legal prevista para a audiência preliminar, havendo um formalismo excessivo e uma despreocupação com a efetivação de soluções consensuais para o conflito; e a realização de audiências sem a presença do Ministério Público e as partes sem assistência jurídica, trazendo um risco para as garantias fundamentais do autor do fato e da vítima.³⁹

A aplicação da conciliação, da transação penal e da suspensão condicional do processo acontece por meio de um procedimento que não incorpora os critério e valores consensuais, como se idealizou que seria com a Lei n. 9.099. Quando chega o momento procedimental de aplicação da sistemática de resolução consensual dos conflitos, não há uma dissociação com relação às expectativas e aos objetivos do sistema clássico. O que se observa é a prevalência da lógica burocrática, como se fosse uma espécie de garantia de não violação de direitos, indicando que ainda não houve o amadurecimento necessário para considerar a solução consensual como legítima para resguardar os direitos das partes. Há também a manutenção da lógica punitiva, desconsiderando-se a reparação como fórmula capaz de restaurar a pacificação social, o que impede a concretização da jurisdição de consenso.⁴⁰

A visão de eficiência relaciona-se com a quantidade de casos que são encerrados, quando deveria se aproximar da resolução do conflito, o que permitiria a satisfação das partes, aumentando-se a credibilidade do serviço prestado.⁴¹

No que diz respeito à proposta de valorização da vítima, os resultados observados são insatisfatórios. Apesar de ser permitida a presença da vítima em todos os atos do procedimento dos Juizados, ela pouco interfere no desenrolar dos acontecimentos.⁴² A composição dos danos usualmente acontece de forma atabalhoada,⁴³ suprimindo-se o

³⁹ WUNDERLICH, Alexandre. O papel da vítima no processo penal. Impressões sobre o fracasso da Lei n 9.099/1995. In: _____.; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 35-48.

⁴⁰ Cf. ANZILIERO, Dineia Largo. **Descaminhos da informalização da justiça penal no Brasil: entusiasmo e crise nos Juizados Especiais Criminais**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008; FULLIN, Carmen Silvia. **Quando o negócio é punir: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções**. 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011; PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2007.

⁴¹ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.185-192.

⁴² “As vítimas precisam encontrar oportunidades e espaços para expressar seus sentimentos, mas também para contar suas histórias. Elas precisam que sua verdade seja ouvida e validada pelos outros. As vítimas precisam também de empoderamento. Seu sentido de autonomia pessoal lhes foi roubado e precisa ser restituído. Isto inclui uma sensação de controle sobre seu ambiente.” (ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 33).

⁴³ Há uma verdadeira “fúria conciliadora”. (SCURO NETO, Pedro. Chances e entraves para a justiça restaurativa na América Latina. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 238).

verdadeiro significado de conciliação e diálogo entre a vítima e o ofensor.⁴⁴ O que se tem buscado por meio da conciliação é a rápida solução do processo, em detrimento da verdadeira resolução consensual do conflito.⁴⁵ Da mesma forma, a transação penal e a suspensão do processo representam um momento de exclusão da vítima, pois, embora a doutrina e a jurisprudência tenham sinalizado no sentido de que a vítima possui legitimidade para propor o acordo no caso de ação penal de iniciativa privada,⁴⁶ o que se observa na prática é o monopólio de atuação por parte do representante do Ministério Público.⁴⁷

Além disso, o espaço para diálogo entre a vítima e o autor do fato é limitado,⁴⁸ ocorrendo uma apropriação dos espaços de fala pelos advogados, representantes do Ministério Público e juízes, renovando-se as rotinas judiciais burocráticas. Há, portanto, verdadeira inoperabilidade do procedimento sumaríssimo para a realização das pretensões declaradas pela Lei n. 9.099/95.⁴⁹

Há, ainda, uma obsessão pela celeridade,⁵⁰ o que prejudica sobremaneira o objetivo de resolução global do conflito,⁵¹ na medida em que os momentos de diálogo são vistos como perda de tempo e prejudiciais ao andamento do processo quando, na verdade, deveriam ser

⁴⁴ “[...] a audiência preliminar aparece como uma oportunidade de negociação punitiva com o infrator, muito mais do que uma oportunidade para a promoção do diálogo entre as partes ou a mediação do conflito.” (FULLIN, Carmen Silvia. **Quando o negócio é punir: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções**. 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 49).

⁴⁵ VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 201-202.

⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 228, 260; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 758, 763; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 150-151; LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 172-176. Em sentido contrário: PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167-171.

⁴⁷ Cf. FULLIN, op. cit., p. 43 et seq.

⁴⁸ A pesquisa realizada por Dineia Anziliero revela que mais da metade dos envolvidos (vítimas e acusados) em procedimentos pretensamente consensuais dos Juizados Especiais Criminais afirmaram que não houve esclarecimentos e diálogo suficientes sobre o fato ocorrido. (ANZILIERO, Dineia Largo. **Descaminhos da informalização da justiça penal no Brasil: entusiasmo e crise nos Juizados Especiais Criminais**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 150-155).

⁴⁹ “Nesse aspecto, contraria-se o discurso jurídico-penal, em que o Juizado Especial Criminal corresponde ao modelo consensual de justiça penal, para afirmar que esse juizado não se apresenta como um espaço de conciliação. Confirma-se [...] a função simbólica do sistema penal que, ao trabalhar com a lógica do arquivamento, não se apresenta como um espaço de resolução dos conflitos.” (PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2007. p. 101).

⁵⁰ Froestad e Shearing analisam que o insucesso da mediação nos Estados Unidos também está ligado ao desenvolvimento de programas restaurativos em versões “fast food”, retirando do processo seus elementos mais importantes, como a meta de reconciliação entre a vítima e o ofensor, tornando como prioridade a mera restituição monetária. (FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. *Prática da justiça: o Modelo Zwelethemba de resolução de conflitos*. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 87).

⁵¹ Como resultado há apenas uma “injustiça rápida”. (SCURO NETO, Pedro. *Chances e entraves para a justiça restaurativa na América Latina*. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 233).

fundamentais para que a proposta de acordo fosse “[...] eficaz aos olhos da vítima (possibilitando uma reparação adequada) e, ao mesmo tempo, [...] proporcional com relação à situação do acusado (possibilitando o encerramento da acusação, mas também uma verdadeira oportunidade de restauração).”⁵²

Neste sentido, pondera Daniel Achutti que a busca pela máxima produtividade, aliada ao critério da celeridade “[...] aparecem como obstáculos à reparação da vítima e à opção por processos que realmente proporcionem o diálogo entre as partes, frustrando a possibilidade de estabelecer uma nova maneira de administração de conflitos.”⁵³

A vítima, portanto, sente-se frustrada por não participar do processo e também por não ter as suas necessidades consideradas, já que, na ampla maioria dos casos, a reparação dos danos não é buscada.⁵⁴

O insucesso da Lei n. 9.099/95 se deve especialmente à aplicação isolada da legislação em um sistema que não abarca, de forma geral, a inclusão da vítima na resolução dos conflitos penais e não prioriza procedimentos consensuais. Assim, em função do despreparo dos profissionais envolvidos,⁵⁵ da falta de estrutura para implementação correta das práticas e do comprometimento com os valores sustentados pela legislação⁵⁶ parece ser impossível superar os obstáculos que levaram ao fracasso da referida lei em servir como novo paradigma para a resolução dos conflitos penais.⁵⁷

Por isso, é relevante essa análise da Lei n. 9.099/95 não só pela extrema importância que essa legislação teve ao abrir o caminho para a adoção de procedimentos consensuais no

⁵² ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal. In: BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. (Coord.). **Criminologias e política criminal I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 169.

⁵³ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.153.

⁵⁴ Ibid., p. 152; PINHEIRO, op. cit., p. 110.

⁵⁵ AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 137; FULLIN, Carmen Silvia. **Quando o negócio é punir**: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções. 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 60 et seq.

⁵⁶ “O hiato observado entre os discursos doutrinários e legais e as práticas dos operadores provavelmente seja reflexo de uma cultura jurídica fundada na predominante função punitiva do direito penal.” (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas**: uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 225).

⁵⁷ No mesmo sentido, Daniel Achutti sintetiza alguns aspectos negativos da Lei n. 9.099/95: “[...] (i) a importância dos mecanismos conciliatórios foi negligenciada, com a consequente ausência de qualquer diálogo entre vítima e ofensor; (ii) houve um descuido acentuado em relação aos interesses da vítima, com foco voltado ao acusado, especialmente através do amplo uso da transação penal; (iii) a sobre posição dos atores jurídicos em relação às partes é notória, com predominância do uso de linguagem técnica; e (iv) quase não se verificam conciliações nos casos concretos, o que não colabora para a solução efetiva do conflito que envolve as partes.” (ACHUTTI, op. cit., p. 179).

Brasil, mas também pela possibilidade de avaliar, passados mais de vinte anos da sua publicação, algumas de suas conquistas e de seus fracassos, na tentativa de se evitar a repetição de alguns erros ao se propor novos mecanismos consensuais – como a justiça restaurativa – para o contexto brasileiro.

3.2 A justiça restaurativa no cenário brasileiro

A adoção de um sistema alternativo de administração de conflitos no Brasil não seria uma novidade. No ano de 2005, foi realizado um levantamento pelo Ministério da Justiça, por meio de uma parceria entre a Secretaria de Reforma do Judiciário e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), no qual foram mapeados 67 programas⁵⁸ alternativos de administração de conflitos⁵⁹ em funcionamento no território nacional.

A pesquisa revelou que a forma de solução alternativa de conflitos penais que se tem implementado no Brasil caracteriza-se como alternativa à intervenção judicial clássica, realizada por meio do processo judicial comum, porém não pode ser considerada como alternativa à judicialização dos conflitos, pois a grande maioria dos programas – governamentais e não governamentais – é diretamente patrocinada pelo Poder Judiciário ou estabelece com eles convênios e parcerias na prestação de serviços jurisdicionais.

Foi demonstrado que, apesar de já existirem experiências relevantes na construção de formas alternativas de solução de conflitos, a realidade brasileira nesse campo é marcada pela falta de tradição e de um perfil claro sobre o que fazer ou como fazer para difundir e intensificar de maneira sistemática a implantação de mais programas de administração alternativa de conflitos.

⁵⁸ Neste levantamento, foram considerados os programas que são: “iniciativas minimamente formalizadas no interior de alguma instituição ou entidade com a finalidade de atender casos e contribuir com a ampliação do acesso à Justiça. Esses programas podem estar sediados em instituições governamentais – como Tribunais de Justiça, Defensorias Públicas, secretarias estaduais, órgãos municipais, entre outros – ou em entidades não-governamentais – que tenham sido constituídas com a missão institucional de ampliar a oferta de solução pacífica de conflitos ou que tenham missão institucional diversa, mas que mantenham programas dessa natureza. E há também os programas que são frutos de parcerias entre duas ou mais organizações, estatais ou da sociedade civil.” (BRASIL. Ministério da Justiça. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**: mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_acesso_justica.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2016).

⁵⁹ Por administração alternativa de conflitos entendeu-se que eram: “As iniciativas pautadas por um modelo de mediação de conflitos por via negociada, ou restaurativa, ou de compensação; em contraposição aos modelos adjudicatório e retributivo da Justiça comum. Buscaram-se, num primeiro momento, apenas os programas que procuram encaminhar a gestão dos conflitos extrajudicialmente, excluindo-se as iniciativas de mediação por via negociada que já estão previstas na legislação processual [...] Os serviços privados de mediação extrajudicial, oferecidos por escritórios, empresas e organizações mediante remuneração, também foram excluídos, em razão da pesquisa estar orientada para os programas públicos ou não-governamentais com fins públicos.” (Ibid.).

Neste sentido, uma das conclusões do estudo foi a necessidade de promover amplos debates sobre a temática, de estimular o intercâmbio de experiências e a contínua avaliação dos resultados, possibilitando-se a disseminação de conhecimentos específicos nesse campo na tentativa de integrar as iniciativas que são concretizadas de forma autônoma e isolada no contexto nacional.

Em 2012, a partir de sua tese de doutorado, Moema Dutra Freire Prudente atualizou alguns dos dados sobre práticas voltadas para a administração de conflitos interpessoais em operação no Brasil, identificando 193 iniciativas deste tipo. A pesquisadora apontou que, dentre as técnicas utilizadas, ocupam lugar de destaque: a mediação (26,9%), a conciliação (15,6%) e a orientação jurídica (9,3%).⁶⁰

Os dados dessas pesquisas reforçam a constatação de que a complexidade dos conflitos na sociedade contemporânea exige o desenvolvimento de práticas alternativas, funcionando o sistema consensual, efetivado por meio da justiça restaurativa, como proposta viável para a tradicional persecução penal. Contudo, os estudos apontam para a necessidade de adoção de um sistema mais integrado, que possibilite a construção de parâmetros para às soluções alternativas, evitando que elas sejam usadas apenas para “desafogar” ou aliviar o Judiciário do excesso de demandas, representando apenas uma forma barata de gerir disputas.

Conforme foi abordado no segundo capítulo, a Resolução 2002/12, emitida pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC) da Organização das Nações Unidas (ONU), definiu como programa de justiça restaurativa todo programa que se vale de processos restaurativos para atingir resultados restaurativos. Processos restaurativos são aqueles nos quais as partes – assim consideradas vítimas, ofensores e, quando apropriado, outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime – participam juntas e ativamente na resolução das questões originadas pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador, que é uma terceira pessoa cuja tarefa é facilitar, de forma justa e imparcial, a abertura de uma via de comunicação entre as partes e a sua participação no processo restaurativo. Resultados restaurativos seriam os acordos resultantes dos processos restaurativos, podendo incluir a reparação do dano, a restituição de bens e a prestação de serviços à comunidade, com a finalidade de satisfazer as necessidades individuais e coletivas, responsabilizar as partes e alcançar a reintegração da vítima e do ofensor.⁶¹

⁶⁰ PRUDENTE, Moema Dutra Freire. **Pensar e fazer justiça**: a administração alternativa de conflitos no Brasil. 2012. 289 f. Tese (Doutorado) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012. p. 87-119.

⁶¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Social e Econômico. **Resolution 2002/12**. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. New York, 2002. Disponível em: <<https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org/ecosoc/files/documents/2002/resolution-2002-12.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2016.

São duas, portanto, as finalidades atribuídas à justiça restaurativa: uma institucional, que afirma a justiça restaurativa como um instrumento de aperfeiçoamento do funcionamento da justiça criminal, contribuindo para melhorar a percepção negativa que a sociedade tem sobre ela; e outra político-criminal, representando a justiça restaurativa uma ferramenta de intervenção social voltada para uma transformação da maneira como se enxerga o delito e as soluções para ele, o que a torna um instrumento de implementação de uma política criminal que diminui a atuação do sistema criminal tradicional, sem, contudo, desfazer-se de suas conquistas, especialmente no que tange às garantias penais e processuais.⁶²

Ao se propor uma convivência entre o sistema de justiça criminal tradicional e a justiça restaurativa, diminuindo-se a atuação daquele, aproxima-se de uma concepção do chamado direito penal mínimo, afastando-se da proposta abolicionista.⁶³

A implementação da justiça restaurativa no Brasil é ainda incipiente, mas podem ser destacados, no âmbito prático, os projetos-piloto de São Caetano do Sul-SP, Porto Alegre-RS e Brasília-DF e, no âmbito legislativo, os Projetos de Lei n. 7.006/2006 e n. 8.045/2010.

*3.2.1 Projetos-piloto de justiça restaurativa*⁶⁴

Os projetos-piloto brasileiros surgiram a partir de 2005 em um contexto de reforma do Judiciário, que incluiu o debate sobre a sua função social, a partir de demandas que envolvem, em uma visão pluralista do direito, uma justiça mais participativa, com maior acesso efetivo à justiça e de fortalecimento da dimensão de respeito aos direitos humanos e aos direitos sociais.

As iniciativas dos projetos-piloto de justiça restaurativa de São Caetano do Sul-SP, Porto Alegre-RS e Brasília-DF foram frutos de parceria firmada entre a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Foram viabilizadas pelo projeto denominado “Promovendo

⁶² ILADUD/BRASIL. **Sistematização e avaliação de experiências de justiça restaurativa**: relatório final. São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://erc.undp.org/evaluation/documents>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

⁶³ Cf. análise realizada no Capítulo 2.

⁶⁴ Cf. RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. **Revista Ultima Ratio**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 3-38, 2007; BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY, Beatriz. **Histórico de implementação do Projeto Justiça para o século 21**. Porto Alegre, [2001]. Disponível em: <http://justica21.org.br/j21.php?id=244&pg=0#.Vx4I_vkrLIU>. Acesso em: 24 abr. 2016; MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça restaurativa e comunidade em São Caetano do Sul**: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. São Paulo: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2016.

Práticas Restaurativas no Sistema Judicial Brasileiro” e representaram a primeira forma institucional de verificação da efetividade das práticas restaurativas quando aplicadas de maneira associada com o sistema de justiça tradicional brasileiro.⁶⁵

Em São Caetano e Porto Alegre, os projetos foram implantados no âmbito dos Juizados da Infância e da Juventude e em Brasília, nos Juizados Especiais Criminais.

O projeto-piloto desenvolvido em São Caetano do Sul – denominado “Projeto Justiça, Educação, Comunidade: parcerias para a cidadania” –, em princípio, teve atuação em dois âmbitos distintos: jurisdicional, com foco nos atos infracionais levados ao conhecimento da Vara da Infância e da Juventude, e educacional, abrangendo as infrações disciplinares ou atos infracionais praticados nas escolas parceiras do projeto. A prática restaurativa adotada nos dois âmbitos é a dos círculos restaurativos (que se assemelha às conferências restaurativas).

A indicação dos casos que podem se submeter à prática restaurativa é feita pelo juiz, pelo promotor, pelos assistentes sociais ou pelos conselheiros tutelares. A seleção dos casos é realizada pela Vara da Infância e da Juventude e pelo Ministério Público, que levam em consideração se o adolescente admitiu sua responsabilidade pelo ocorrido e se tem disposição para encontrar a vítima.

O projeto-piloto implementado junto ao 3º Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre, competente para a execução de medidas socioeducativas aplicadas pelos 1º e 2º Juizados, faz parte do projeto “Justiça para o século XXI” e hoje é denominado de “Central de Práticas Restaurativas (CPR)”. Utiliza, assim como em São Caetano do Sul, a prática do círculo restaurativo. A indicação do processo restaurativo pode ocorrer antes do início do processo tradicional ou durante a execução da medida socioeducativa.

A seleção dos casos parte, inicialmente, de critério de exclusão, conforme a natureza da infração, não podendo ser realizados círculos nos casos de conflitos familiares, estupro, homicídio e latrocínio. Além disso, o adolescente deve admitir a sua responsabilidade pelo fato ocorrido e a vítima deve ser identificada.⁶⁶

O projeto de Brasília é desenvolvido junto aos 1º e 2º Juizados Especiais do Núcleo Bandeirantes, admitindo apenas delitos de menor potencial ofensivo. Diferentemente dos outros projetos-piloto, a prática restaurativa implementada é a mediação vítima-ofensor.

⁶⁵ PNUD. **Brasil vai “testar” Justiça alternativa**. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3521>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

⁶⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.231.

O critério para escolha dos casos está atrelado à existência de conflitos paralelos ao conflito penal que precisam ser resolvidos, quando há vínculo entre as partes. No caso em que não há este vínculo, a seleção é feita conforme a necessidade de reparação emocional ou patrimonial. Não podem ser submetidos ao processo restaurativo casos de violência doméstica ou de uso de drogas.⁶⁷

O Instituto Latino-Americano das Nações Unidas (ILANUD) publicou relatório final no qual sistematiza e avalia essas experiências de justiça restaurativa no Brasil promovidas pelos projetos-piloto de Porto Alegre, São Caetano do Sul e Brasília.⁶⁸

A avaliação foi de que, nas três experiências analisadas, a adoção da justiça restaurativa é realizada de forma complementar à justiça tradicional, fato que em si não é problemático, mas foi detectado que, na prática, está ocorrendo um reforço do modelo tradicional de justiça e não uma verdadeira busca pelo contraponto que se pretendia.⁶⁹

O ILANUD reconheceu que os projetos-piloto representaram um “primeiro passo” importante na tentativa de revitalizar o sistema tradicional, todavia, ressaltou que usar a justiça restaurativa apenas para “apapar as arestas” do sistema tradicional sem considerar as potencialidades politico-criminais é um equívoco, pois instrumentaliza os mecanismos que poderiam significar verdadeira transformação na forma de solucionar conflitos.

Interessante também a reflexão sobre a tensão existente ao se adotar mecanismos restaurativos no contexto do JECRIM, já que a lógica deste está pautada na celeridade e a justiça restaurativa está norteada pela finalidade de resolução dos conflitos, o que pode demandar a dilação de prazos. Essa incompatibilidade pode gerar a submissão da justiça restaurativa ao JECRIM, limitando-se a funcionar como válvula de escape para desafogar o sistema tradicional, sem, contudo, representar verdadeira colaboração para a resolução dos conflitos – o que tornaria os procedimentos restaurativos apenas um incremento da intervenção penal.⁷⁰

⁶⁷ Cf. interessante estudo de caso realizado por: FERREIRA, Carolina Costa. As ilusões do paradigma punitivo e as novas perspectivas de solução de conflitos: a justiça restaurativa como caminho possível à crise do sistema penal brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, ano 14, n. 19, p. 244-252, 2010.

⁶⁸ ILANUD/BRASIL. **Sistematização e avaliação de experiências de justiça restaurativa**: relatório final. São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://erc.undp.org/evaluation/documents>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

⁶⁹ “A advertência é não transformar a justiça restaurativa em apenas uma técnica, ela é antes um ideal de justiça.” (Ibid.).

⁷⁰ Ibid.

3.2.2 O Projeto de Lei n. 7.006/2006

Além dos projetos-piloto tratados, há proposta legislativa – o Projeto de Lei n. 7.006/2006⁷¹ – da Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados que propõe alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei n. 9.099/95 para facultar o uso de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal brasileiro.

Quanto às alterações no Código Penal, o Projeto insere o cumprimento do acordo restaurativo como nova hipótese de extinção de punibilidade, bem como prevê que a homologação do acordo restaurativo servirá como nova causa interruptiva da prescrição que perduraria até o seu efetivo cumprimento.

No Código de Processo Penal, as alterações seriam para: regulamentar o procedimento restaurativo e os requisitos para a sua utilização; possibilitar que a autoridade policial sugira no relatório do inquérito policial o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo; autorizar que o juiz, com a anuência do Ministério Público, determine o encaminhamento dos autos de inquérito policial para as práticas restaurativas; permitir que o promotor deixe de apresentar denúncia durante o período em que estiver em curso o procedimento restaurativo; e tornar possível a suspensão da ação penal quando recomendável o uso de práticas restaurativas.

As alterações na Lei n. 9.099/95 inserem a simplicidade entre os critérios a serem observados, juntamente com a oralidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade; além de indicarem o uso de práticas restaurativas como um de seus objetivos, junto com a conciliação e a transação.

É proposta a criação de núcleos de justiça restaurativa que realizarão os procedimentos restaurativos de forma facultativa e complementar ao sistema de justiça criminal nos casos de crimes e contravenções penais. O Projeto não indica quais são as práticas restaurativas que poderiam ser adotadas, mas defende o desenvolvimento de uma estrutura (material e pessoal) adequada.

O referido Projeto de Lei já foi arquivado em três oportunidades (31 de janeiro de 2007, 31 de janeiro de 2011 e 31 de janeiro de 2015) e desarquivado por três vezes (30 de abril de 2007, 01 de abril de 2011 e 19 de março de 2015). Em 09 de março de 2016, foi

⁷¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa. Projeto de Lei n. 7.006/2006, de 10 de maio de 2006. Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 25 maio 2006. p. 26.601. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

ordenado, em razão da correlação de matérias, o seu apensamento ao Projeto de Lei n. 8.045/2010 – que propõe um novo Código de Processo Penal.

O Projeto de Lei n. 7.006/2006 possui pontos positivos e negativos. Inicialmente, há que se reconhecer que só a perspectiva de inserir dispositivos que tratem da implementação da justiça restaurativa no sistema jurídico brasileiro já pode ser considerada positiva, pois traz visibilidade e legitimidade para o modelo restaurativo e tem o potencial de difundir a sua prática. As várias oportunidades para que as autoridades competentes possam encaminhar o caso para as práticas restaurativas também deve ser vista como um aspecto relevante, assim como as hipóteses de arquivamento do inquérito policial ou da ação penal quando o procedimento restaurativo for finalizado. O reconhecimento de que o insucesso do processo restaurativo – por desistência ou descumprimento do acordo – não pode ser levado em consideração para agravar a pena do réu ou considerar que houve confissão do fato são essenciais para a preservação da presunção de inocência, o que também serve para estimular que o acusado a participar do procedimento restaurativo sem receio de que isso possa prejudicá-lo em processo penal futuro.

Todavia, alguns pontos negativos são relevantes para a análise do Projeto de Lei. A maior preocupação fica por conta da falta de estruturação de um sistema restaurativo, pois o que se observa são oportunidades esparsas que, conforme as previsões do Projeto, são dependentes da vontade das autoridades competentes e ligadas à linguagem e procedimentos tradicionais, o que potencializa o risco de colonização da proposta restaurativa pelas práticas do sistema de justiça criminal. Não há também uma integração das práticas e procedimentos propostos com legislações, programas e projetos-piloto já existentes, perdendo-se a oportunidade de construção de uma referência normativa nacional, com objetivos e valores comuns.⁷²

O papel das partes, especialmente da vítima, não foi tratado com prioridade, o que fere diretamente um dos valores fundamentais da justiça restaurativa. Não há, por exemplo, previsão de que as partes possam fazer o pedido de encaminhamento do caso para às

⁷² Neste mesmo sentido, Achutti: “Podem ser destacados dois entraves principais para um desenvolvimento mais amplo da temática no Brasil: primeiro, a *ausência de objetivos comuns* a serem alcançados com a aplicação da justiça restaurativa, que aponta para um descompasso entre os diferentes programas existentes, que, apesar de estarem estruturados a partir de um referencial teórico comum (a filosofia da justiça restaurativa), muitas vezes acabam sendo desenvolvidos de forma desvinculada da proposta central deste modelo, que envolve, basicamente, a redução do uso do sistema penal e a consequente minimização dos danos por ele produzidos. E, segundo, a ausência de uma *referência normativa nacional*, que poderia estabelecer limites e possibilidades de atuação para eventuais programas de justiça restaurativa, bem como a maneira como poderiam ser oficialmente considerados pelo sistema judicial.” (ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 244, grifo do autor).

práticas restaurativas. Essa falha pode desencadear o monopólio das decisões por parte do juiz, do promotor, do delegado, dos advogados, mantendo as partes no lugar de espectadores do próprio processo. O excesso de controle quanto ao encaminhamento dos casos e ao conteúdo dos acordos pode reduzir a atuação das partes, bem como o acesso ao procedimento restaurativo, pois a tendência é o envio de casos de menor potencial ofensivo.⁷³ Para evitar essa resistência institucional que dificulta a ampliação da aplicabilidade da justiça restaurativa, seria prudente prever na legislação que o não envio de um caso para o procedimento restaurativo deve ser fundamentado,⁷⁴ forçando o juiz a, pelo menos, considerar essa hipótese.⁷⁵

Foram trazidas muitas concepções vagas, não havendo, por exemplo, referência a quais contravenções ou quais crimes se podem aplicar a justiça restaurativa. Estas previsões estão, ainda, desacompanhadas de instruções específicas quanto aos procedimentos e mecanismos a serem adotados, o que representa um risco de que as práticas restaurativas sejam aplicadas conforme aquilo que os operadores já conhecem, ou seja, a justiça criminal tradicional,⁷⁶ o que seria um golpe sério para a proposta que se pretende com os novos mecanismos, pois haveria uma apropriação deles pelas práticas e valores já enraizados no nosso ordenamento jurídico – algo que já se deveria ter aprendido com a experiência da Lei n. 9.099/95.

⁷³ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.238.

⁷⁴ MIERS, David. Um estudo comparado de sistemas. In: APAV. **Projecto DIKÊ Seminário**: protecção e promoção dos direitos das vítimas de crime no âmbito da decisão: quadro relativo ao estatuto da vítima em processo penal. Lisboa, 2003. p. 49.

⁷⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 181-182.

⁷⁶ Em sua tese, Prudente afirma que este foi um dos problemas que ela pode detectar na análise das práticas alternativas, pois não houve alteração prática na forma como os conflitos são gerenciados, havendo, na verdade, uma submissão das novas práticas “[...] aos padrões já vigentes e reconhecidos pelos atores presentes no Campo. Como esses atores são predominantemente operadores do direito – independentemente de sua vinculação ao Poder Judiciário, ao Executivo, à Academia ou à Sociedade Civil – as características das práticas denominadas ‘alternativas’ tiveram de se adaptar aos padrões reconhecidos pelo habitus jurídico para terem seu ingresso autorizado nesse Campo.” (PRUDENTE, Moema Dutra Freire. **Pensar e fazer justiça**: a administração alternativa de conflitos no Brasil. 2012. 289 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012. p. 182).

3.2.3 O Projeto de Lei n. 8.045/2010

O Projeto de Lei n. 8.045/2010 traz a proposta de um novo Código de Processo Penal⁷⁷ e algumas considerações podem ser feitas a partir da perspectiva consensual e vitimológica.

Conforme o regramento ainda vigente, o processo penal é, em regra, de iniciativa pública. O representante do Ministério Público será o responsável por iniciar a ação penal, por meio da peça processual denominada denúncia. Esta poderá depender de requisição do Ministro da Justiça ou de representação da vítima ou de quem a represente, nos casos previstos em lei (art. 24 do Código de Processo Penal (CPP) e art. 100, §1º, do Código Penal (CP)). No processo de iniciativa pública, a atuação da vítima estará limitada às suas declarações, que são prestadas na qualidade de “testemunha”⁷⁸, e à possibilidade de intervenção como assistente de acusação, que pode ser exercida pela vítima ou por quem a represente de forma pontual e secundária em relação ao Ministério Público. O assistente da acusação pode propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, participar do debate oral e apresentar razões para os recursos interpostos⁷⁹. A vítima, na qualidade de assistente da acusação, não terá a oportunidade de participar em fase pré-processual.

Se a ação penal for de iniciativa privada, vislumbra-se uma maior atividade da vítima, já que será ela ou quem tenha qualidade para representá-la que dará início ao processo penal através da apresentação da queixa-crime (art. 30 do CPP e art. 100, §2º, CP). Os casos que são submetidos à iniciativa da vítima estão previstos na lei penal e referem-se a um grupo muito restrito de delitos.

⁷⁷ “O Código de Processo Penal vigente (Decreto-Lei 3.689) data do ano de 1941 e, desde então, tem sofrido muitas modificações pontuais, como aquelas realizadas no ano de 2008, pelas Leis n. 11.689, n. 11.690 e n. 11.719. No entanto, essas reformas legislativas não tem sido suficientes para adequar o Código à sistemática democrática vigente no país desde a Constituição de 1988. Para tentar solucionar esta defasagem da legislação processual penal, foi aprovado pelo Senado Federal, em 2009, o PLS 156, Projeto de novo Código de Processo Penal, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados, como PL 8.045/2010.” (ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal. In: BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. (Coord.). **Criminologias e política criminal I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 174). No mesmo sentido: BARROS, Antônio Milton de. A (necessária) constitucionalização do processo penal: avanços e retrocessos. **Tribuna Virtual IBCCRIM**. São Paulo, ano 1. ed. 4, p. 14-26, maio 2013. Disponível em: <[http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/19-A-\(necessaria\)-constitucionalizacao-do-processo-penal:-avancos-e-retrocessos](http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/19-A-(necessaria)-constitucionalizacao-do-processo-penal:-avancos-e-retrocessos)>. Acesso em: 12 fev. 2016.

⁷⁸ BARROS, Antônio Milton de. **Curso básico de processo penal**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2007. p. 352.

⁷⁹ O Código de Processo Penal outorga, expressamente, em seus arts. 598 e 584, §1º, legitimidade recursal subsidiária ao assistente da acusação, nas hipóteses de apelação contra a impronúncia e absolvição, e RESE contra a extinção da punibilidade. A súmula 210 do STF reconhece a legitimidade do assistente da acusação para ingressar com recurso especial e extraordinário, nos casos dos arts. 598 e 584, § 1º, do CPP. Cresce na doutrina a orientação de que a atuação recursal do assistente da acusação deve ser ampliada, pois ele tem interesse em uma condenação justa e proporcional. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 1654-1658). Em sentido contrário: LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 573 et seq.

Há também a possibilidade da ação penal ser privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX, da Constituição Federal, art. 29 do CPP e art. 100, §3º, do CP), cabível quando o Ministério Público – titular da ação penal pública – não oferecer denúncia ou pedir arquivamento dentro do prazo legal. A vítima, nestes casos, poderá oferecer a queixa subsidiária no prazo de seis meses, contados a partir do esgotamento do prazo do órgão de acusação para se manifestar.

As Leis n. 11.690/08 e 11.719/08 trouxeram alterações significativas para o Código de Processo Penal. No contexto de valorização da vítima, as duas principais novidades foram a previsão de criação de estruturas de apoio multidisciplinar à vítima de crime e a possibilidade de fixação na sentença condenatória de valor mínimo para a reparação dos danos causados a ela pela infração. O art. 201, do Código de Processo Penal, com redação modificada pela Lei n. 11.690, assegurou à vítima alguns direitos, como a comunicação dos atos processuais (§2º), a reserva de espaço separado antes da audiência (§4º), preservação de sua intimidade, vida privada, honra e imagem (§6º) e prevê (§5º) que: “Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.” Esta medida é importante, pois, como é cediço, as consequências de um crime não respingam apenas na esfera jurídica; a vítima, para se sentir amparada, necessita de suporte em diversas áreas, daí a importância deste atendimento multidisciplinar.

No Estado de São Paulo, foram criados, em 1998 pelo Governo do Estado, os Centros de Referência e Apoio à Vítima (CRAVI), que é um programa da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania que serve como referência para ações e políticas públicas que promovam o reconhecimento e o acesso aos direitos das vítimas de violência, garantindo suporte psicológico, social e jurídico àqueles que sofrem com os danos gerados pela violência (vítima, seus familiares e/ou pessoas ligadas a ela afetivamente). O atendimento é público e gratuito e é realizado por equipe multidisciplinar formada por psicólogos, assistentes sociais e defensores públicos.

O art. 387, do Código de Processo Penal, em seu inciso IV, por sua vez, passou a prever que o juiz fixará na sentença condenatória “[...] valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”⁸⁰ A própria

⁸⁰ José Paulo Baltazar Júnior destaca que a fixação do valor mínimo busca tornar mais célere a reparação do dano para a vítima, já que, quanto ao patamar mínimo, não há necessidade de processo civil de liquidação, ressalvando que não há prejuízo de eventual liquidação para a apuração do valor do dano efetivamente sofrido. (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A sentença penal de acordo com as leis de reforma. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 286).

sentença condenatória transitada em julgado consubstanciará título executivo líquido que poderá ser imediatamente executado no juízo cível, sem prejuízo de ulterior liquidação para apuração do valor real com relação ao dano sofrido (art. 64 do CPP).

De forma complementar, o art. 63 do Código de Processo Penal, regula a ação civil que pode ser interposta com o objetivo de formar um título executivo cível consubstanciado em sentença condenatória cível transitada em julgado, independentemente do oferecimento da peça acusatória no âmbito penal.

Apesar de novas tentativas de valorização da vítima, a partir dessas reformas pontuais e especialmente após a criação dos Juizados Especiais, o Código de Processo Penal não traz muitas oportunidades de participação efetiva da vítima para a resolução do seu próprio conflito. Contudo, um novo horizonte de estudos se apresenta com o Projeto do novo Código de Processo Penal.

O Projeto já traz uma novidade interessante ao conceituar vítima no art. 90, como:

[...] a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e as circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais ou patrimoniais, ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais.

De forma inovadora, o Projeto também elenca alguns direitos que devem ser assegurados às vítimas (art. 91):

- I – ser tratada com dignidade e respeito condizentes com a sua situação;
- II – receber imediato atendimento médico e atenção psicossocial;
- III – ser encaminhada para exame de corpo de delito quando tiver sofrido lesões corporais;
- IV – reaver, no caso de crimes contra o patrimônio, os objetos e pertences pessoais que lhe foram subtraídos, ressalvados os casos em que a restituição não possa ser efetuada imediatamente em razão da necessidade de exame pericial;
- V – ser comunicada:
 - a) da prisão ou soltura do suposto autor do crime;
 - b) da conclusão do inquérito policial e do oferecimento da denúncia;
 - c) do eventual arquivamento da investigação;
 - d) da condenação ou absolvição do acusado;
- VI – obter cópias de peças do inquérito policial e do processo penal, salvo quando, justificadamente, devam permanecer em estrito sigilo;
- VII – ser orientada quanto ao exercício oportuno do direito de representação, de ação penal subsidiária da pública, de ação civil por danos materiais e morais, da adesão civil à ação penal e da composição dos danos civis para efeito de extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei;
- VIII – prestar declarações em dia diverso do estipulado para a oitiva do suposto autor do crime ou aguardar em local separado até que o procedimento se inicie;
- IX – ser ouvida antes de outras testemunhas, respeitada ordem prevista no *caput* do art. 276;
- X – peticionar às autoridades públicas para se informar a respeito do andamento e deslinde da investigação ou do processo, bem como manifestar as suas opiniões;

- XI – obter do autor do crime a reparação dos danos causados, assegurada a assistência de defensor público para essa finalidade;
- XI – intervir no processo penal como assistente do Ministério Público ou como parte civil para o pleito indenizatório;
- XIII – receber especial proteção do Estado quando, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo penal, sofrer coação ou ameaça à sua integridade física, psicológica ou patrimonial, estendendo-se as medidas de proteção ao cônjuge ou companheiro, filhos, familiares e afins, se necessário for;
- XIV – receber assistência financeira do poder público, nas hipóteses e condições específicas fixadas em lei;
- XV – ser encaminhada a casas de abrigo ou programas de proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, quando for o caso;
- XVI – obter, por meio de procedimentos simplificados, o valor do prêmio do seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores.

As previsões conseguem abarcar algumas das reivindicações da vitimologia, ao exigir tratamento respeitoso e imediato atendimento médico, psicossocial e jurídico à vítima de crime, ao prever medidas que respeitem o seu direito de informação nos mais variados momentos procedimentais e garantam a restituição de bens e reparação dos danos suportados pelo delito. No entanto, quanto à participação no procedimento de resolução do conflito, as previsões não inovam, pois as garantias ficam restritas à intervenção com finalidade indenizatória.

O Projeto extingue a ação privada, subsistindo apenas a ação penal privada subsidiária da pública (art. 48). Desta forma, regra geral, o processo penal será sempre de iniciativa pública (art. 45), podendo ser apenas condicionado à representação da vítima em alguns casos previstos em lei (art. 46).

Quanto à efetivação de procedimentos consensuais, o Projeto incorpora no âmbito Código de Processo o instituto da suspensão condicional do processo, hoje previsto na Lei n. 9.099/95:

Art. 266. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, 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 frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, periodicamente, 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, vedada a imposição de pena criminal.

§ 3º A suspensão poderá ser revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

I - vier a ser processado por contravenção ou crime doloso ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano;

II - descumprir qualquer outra condição imposta, observado o disposto no § 4º deste artigo.

§ 4º No caso de descumprimento de condição imposta na forma do § 1º deste artigo, o Ministério Público, em face da justificativa apresentada pelo acusado, poderá requerer a prorrogação da suspensão ou reformular a proposta, a fim de possibilitar o seu cumprimento.

§ 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.

§ 8º O disposto neste artigo não se aplica no âmbito da Justiça Militar nem em relação aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, segundo dispõe a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Apesar de efetuar algumas alterações sutis com relação às disposições do art. 89 da Lei n. 9.099/95, o Projeto perdeu a chance de incluir expressamente a necessidade de participação da vítima na elaboração dos termos das condições às quais o acusado estará submetido durante o período de prova, especialmente no que tange à reparação do dano.

O Projeto de Lei prevê, ainda, nos seus arts. 283 e 284, um mecanismo negocial regulado sob a denominação de “procedimento sumário”, que seria adotado até o início da instrução, permitindo que o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, possam requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

A pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, mediante requerimento das partes, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem, exceto se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo. Além disso, quando couber, aplicar-se-á, a substituição da pena privativa de liberdade e a suspensão condicional da pena, nos termos do disposto nos arts. 44 e 77 do Código Penal.

São requisitos para o acordo: a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena; e a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos. Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória – o que

diferencia este acordo da transação penal e da suspensão condicional do processo previstas na Lei n. 9.099/95.

Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório. Não havendo acordo entre acusação e defesa, o processo prosseguirá na forma do rito ordinário.

Trata-se, portanto, de uma tentativa de trazer para o ordenamento brasileiro o instituto da barganha,⁸¹ negociação da qual participam apenas o representante do Ministério Público e o acusado, excluindo-se a vítima de qualquer participação na concretização deste acordo.

Assim sendo, parece que as ferramentas de resolução consensual dos conflitos penais que procuram uma maior inclusão da vítima neste procedimento acabam por se tornar acessórias ou, até mesmo, dispensáveis. Nesta linha de raciocínio, a participação da vítima é bem-vinda até o ponto em que auxilia na punição do infrator, ou seja, a participação da vítima não é vista como um fim (possibilidade de solucionar satisfatoriamente o conflito), mas apenas como uma etapa de um processo que tem como objetivo final a imposição de sanção penal ao infrator.⁸²

O que existe nos Projetos de Lei analisados é a adoção de institutos estanques, isolados, que procuram simular a resolução consensual e, eventualmente, permitem a participação pontual da vítima, contudo, como não são adotados de forma sistemática os valores e princípios de valorização do diálogo, os valores punitivos característicos da justiça retributiva absorvem qualquer tentativa de se firmarem as práticas consensuais e vitimológicas, pois a lógica punitiva representa o objetivo final do procedimento.

Os Projetos de Lei deveriam se inspirar na Resolução n. 2.002/12 da ONU, no que se refere ao conteúdo básico para a instituição da justiça restaurativa, representando uma sistematização básica para unificar as práticas alternativas existentes, criando um microsistema forte o suficiente para resistir às práticas e padrões da justiça criminal tradicional. Aliada a esta

⁸¹ LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 202-204; VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 132-141.

⁸² Sobre a predominância de práticas punitivas, Ana Gabriela Mendes Braga ressalta que: “A necessidade de que o direito penal responda ao fato criminoso por meio da punição é tão forte que a “pena” constitui a própria denominação desse ramo do direito. A preferência pelo uso do termo *penal* em detrimento de *criminal* evidencia a relação quase intrínseca entre crime e pena.” (BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Cultura da paz, mediação e justiça restaurativa: ferramentas para repensar a relação sociedade-cárcere*. In: BENTES, Hilda Helena; SALLES, Sérgio de Souza. (Org.). **Mediação e educação em direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 31).

estruturação, a aplicação de mecanismos consensuais deveria permitir flexibilizações, estimulando a participação da vítima e do autor do fato na construção do procedimento e da solução mais viável para o caso concreto. Isso poderia colaborar para que o enfrentamento da situação conflituosa advinda do delito se torne individual, na medida em que consideraria a perspectiva concreta, mas sem desconsiderar todo referencial restaurativo.

Eventual sistematização legal de justiça restaurativa deveria respeitar suas características básicas ao ser estruturada para o contexto brasileiro. A regulamentação geral deve estar concentrada em um mesmo diploma legal, a ser complementado conforme as flexibilizações e peculiaridades de cada situação específica, evitando-se a tipificação em abstrato antecipada e a massificação dos conflitos. A utilização de uma nova linguagem, a refutação de estereótipos e o incentivo à participação efetiva da vítima e do autor dos fatos seriam imprescindíveis para satisfazer as necessidades das partes. A previsão de preparação contínua dos profissionais que atuam na resolução consensual de conflitos, bem como de formação de equipes multidisciplinares agregam benefícios para a administração dos conflitos.⁸³ A autonomia dos serviços de justiça restaurativa, ainda que conectados com a justiça criminal tradicional, é necessária para que se possa reduzir o uso desse sistema e, ao mesmo tempo, minimizar as chances de colonização de suas práticas pelas noções da justiça criminal clássica.⁸⁴

Para que se possa falar em verdadeira mudança, também não basta que os institutos estejam previstos na legislação; é preciso que os valores consensuais sejam respeitados na prática, fazendo com que, por consequência, a vítima também seja respeitada.⁸⁵ É preciso que o discurso de valorização do consenso e da vítima seja coerente com as práticas processuais adotadas no cotidiano da justiça penal.⁸⁶ Todavia, enquanto a distribuição da culpa e a sanção do infrator forem os objetivos do sistema criminal brasileiro e as ferramentas de solução consensual forem

⁸³ CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da justiça brasileira. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005. p. 215-216.

⁸⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.251.

⁸⁵ Estas reflexões coadunam com o que ensinam Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes: “Que se permita o diálogo, sempre que possível, entre o autor do fato e a vítima; que a vítima seja comunicada de todo o andamento do feito, dos seus direitos etc.; de outro lado, que a decisão do juiz criminal, na medida do possível, resolva o conflito, isto é, que permita a reparação do dano, mesmo porque a prisão, que constitui o eixo do modelo clássico, não soluciona nada, não resolve o problema da vítima e tem um custo social muito alto. Por tudo isso, deve ser reservada para casos extremos (*ultima ratio*)” (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. (Ciências criminais; v. 5). p. 503).

⁸⁶ Ressalta Eugênio Raúl Zaffaroni que um sistema penal somente será considerado legítimo quando houver coerência entre o discurso jurídico penal e o seu valor real na aplicabilidade diária, ou seja, a atuação deve estar de acordo com o discurso realizado. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 16).

apenas complementares a estes objetivos (meras etapas), dificilmente será reconhecida a importância da vítima como personagem principal para a solução do conflito penal.

3.2.4 Realidade de desigualdades e o perigo da inversão ideológica

A efetivação dos valores restaurativos é complexa em qualquer realidade, pois pressupõe a superação dos paradigmas punitivos ao menos durante o procedimento restaurativo. Em uma sociedade que, como a brasileira, tem a realidade marcada por desigualdades sociais, econômicas, estruturais etc. a reflexão crítica sobre o risco de uma inversão ideológica é essencial.

A teoria crítica dos direitos humanos servirá de referencial para compreender como os princípios e valores restaurativos podem representar um instrumento de dominação travestido de intenções participativas, na medida em que o diálogo entre os participantes do processo restaurativo pode estar minado por uma hierarquia tão enraizada que não permite uma livre comunicação entre eles.⁸⁷

A justiça restaurativa surge como uma forma de permitir o acesso à justiça, a aproximação entre as partes e a melhor solução do conflito penal, buscando uma participação equânime da vítima e do autor dos fatos, sem tanta interferência dos operadores do direito. Contudo, a sua teoria, assim como a os direitos humanos, possui um conteúdo abstrato e subjetivo que pode ser manipulado a ponto de tornar-se instrumento de manutenção de situações de exclusão e de inferiorização.⁸⁸

Historicamente, é muito comum que propostas que pretendam trazer melhorias, na verdade, acabem por representar retrocessos diante da manipulação de princípios e valores.⁸⁹ Na visão de David Sánchez Rubio, essa manipulação é possível, pois se adota frequentemente o paradigma da simplicidade, que é composto pelos princípios da disjunção ou separação, da redução e da abstração/idealização.⁹⁰

A partir do princípio da disjunção, a realidade é observada por meio de fragmentos, nunca como parte de uma totalidade, e através de uma perspectiva dicotômica que pretende

⁸⁷ Cf. ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Posella. A justiça restaurativa e a inversão ideológica dos direitos humanos. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 17, n. 3, p. 115-137, set./dez. 2015.

⁸⁸ “Os direitos são produções humanas e, por isso, são também políticos e ideológicos, o que permite que as práticas, discursos e teorias sobre direitos humanos sejam utilizados, também, para a manutenção das estruturas políticas e, até mesmo, para oprimir e violentar.” (Ibid., p. 120-121).

⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997.

⁹⁰ SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 76, 111 et seq.

separar pares como bom/ruim, verdadeiro/falso, vítima/acusado. O princípio da redução parte de uma percepção de que a parte representa o todo da realidade, o que implica que as demais partes do todo podem vir a ser consideradas como violação da parte-todo considerada. Com o princípio da abstração, há uma noção de idealização, afastando da realidade aquela teoria ou modelo, pois nada conseguirá se encaixar perfeitamente no molde idealizado.

Em contraposição ao paradigma da simplicidade, a realidade de aplicação de uma teoria deveria ser interpretada a partir do paradigma complexo, que considera uma situação concreta, que demanda uma implementação diária da teoria idealizada e um processo constante de construção daquilo que é necessário para a efetivação das propostas lançadas.⁹¹

David Sánchez Rubio alerta, ainda, para a existência de duas lógicas de comportamento ao se buscar efetivar um novo sistema: a lógica de dominação ou império, que presume relações de hierarquia associadas a contexto de discriminação, marginalização e exploração; e a lógica de emancipação ou libertação, que parte de relações horizontais e solidárias que permitem uma verdadeira interação entre os sujeitos.⁹²

Há uma relação entre a lógica de dominação e o agir estratégico identificado por Habermas⁹³. Em ambos, os participantes com maior compreensão dos ritos e procedimentos ou com o melhor assessoramento podem fingir concessões e intenção dialogal quando, na verdade, pretendem fazer valer apenas aquilo que entendem como correto e justo. Essa é uma das maiores sabotagens que o modelo restaurativo pode sofrer, afinal, para o seu real sucesso, ou seja, para que todos os envolvidos sintam-se parte da resolução do conflito e satisfeitos com o acordo firmado, o diálogo, promovido pelo agir comunicativo dos participantes, por meio de uma lógica de emancipação é primordial.

Na tentativa de fazer vencer a lógica de emancipação ou libertação, Herrera Flores propõe a observação do multiculturalismo⁹⁴ ao se elaborar estratégias para a solução dos conflitos penais, considerando, assim, as diferentes necessidades dos indivíduos, através de uma forma de atuação descentrada e exilada do convencional e do dominante, respeitando

⁹¹ SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 33, 126.

⁹² Ibid., p. 17.

⁹³ Temática abordada no segundo capítulo.

⁹⁴ Boaventura de Souza Santos considera que o multiculturalismo é uma condição para "[...] uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local." (SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p. 112, 1997).

“[...] as diferenças, absolutizando as identidades e esfacelando as relações hierárquicas – dominados/dominantes – que entre elas ocorrem.”⁹⁵

De forma semelhante, David Sánchez Rubio indica o “pluralismo de confluência” como forma ideal de construção do direito, o que significa dizer que as particularidades de cada caso devem ser consideradas, mas devem convergir para uma proposta que se adapte ao contexto universal de aplicação, evitando-se, ao mesmo tempo, o particularismo e o universalismo.⁹⁶

A justiça restaurativa aparentemente representa esse paradigma complexo, pois surge justamente como uma proposta de flexibilização do procedimento de resolução dos conflitos penais, sendo o consenso, alcançado por meio do diálogo, a forma almejada para adequar as necessidades de todos envolvidos (vítima, acusado e comunidade). O delito não é analisado de forma isolada, havendo uma ponderação do contexto social, econômico e político da situação que envolve o delito.

No entanto, o diálogo é a base das práticas restaurativas, o que pressupõe que as partes tenham a sua disposição uma estrutura física e de pessoal neutra e bem preparada para identificar condições de inferiorização ou de hierarquia que possam prejudicar que uma das partes exponha sua versão e seja ouvida pelos demais. Não basta a previsão legal de um momento processual para as práticas restaurativas. É necessário que os cidadãos tenham cada vez mais contato com essa nova proposta, assim como os profissionais e estudantes da área jurídica⁹⁷ precisam compreender os valores e princípios do modelo restaurativo, a fim de que não carreguem para o momento de resolução consensual as tradições e preconceitos advindos do modelo tradicional.⁹⁸ O comprometimento de todos os envolvidos é imprescindível para o sucesso da justiça restaurativa.

⁹⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 373-378.

⁹⁶ SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 55.

⁹⁷ “Para se atingir uma transformação social, uma providência imprescindível é a mudança do ensino jurídico, com a adoção obrigatória de disciplinas que propiciem a formação, nos futuros profissionais do Direito, de nova mentalidade. É necessário também que, já no Ensino Fundamental, as crianças e adolescentes sejam iniciados na nova cultura, pois a postura do adulto, como é cediço, depende da formação recebida na infância e na adolescência.” (WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 35-39, ago. 2014. p. 37).

⁹⁸ Neste sentido, são interessantes as considerações de Paulo da Silva: “Em geral, os métodos de resolução dos conflitos buscam uma ou mais das seguintes opções: a) atuar a lei no caso concreto, b) resolver o conflito com paz social, c) eliminar o processo e a lide ou d) satisfazer as partes. Mecanismos tradicionais como a jurisdição e o processo judicial geralmente se preocupam em primeira linha com o escopo 'a', sob a premissa de que a lei contém a justiça e o papel do julgador é atuar a vontade concreta da lei. Secundariamente, também atingem outros escopos, como o 'c' e o 'b', eliminar o processo e produzir a paz social. Métodos menos formais como a mediação [...] buscam principalmente atender ao escopo 'd' (satisfação das partes) e o 'b' (resolver o conflito com paz social) e, apenas indiretamente, eliminar o processo e atuar a lei.” (SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 45, ago. 2014).

Para que a justiça restaurativa seja implementada com sucesso na realidade brasileira, o cuidado deve ser redobrado, pois há um contexto de relações assimétricas e hierárquicas entre os sujeitos, o que pode influenciar para que os inovadores mecanismos sejam usados para a manutenção da lógica de dominação e exclusão existente. Além disso, deve-se considerar que há um contexto de atravancamento do Judiciário pela existência de inúmeros processos, o que pode gerar a utilização dos mecanismos restaurativos como uma válvula de escape para o rápido encerramento de procedimentos criminais, podendo tornar a ferramenta restaurativa violadora de direitos e garantias fundamentais.⁹⁹

Assim sendo, é importante aproveitar os alertas da teoria crítica dos direitos humanos para garantir que as propostas teóricas da justiça restaurativa não sejam idealizadas a tal ponto de se tornarem distantes da nossa realidade, mas, ao mesmo tempo, é preciso batalhar para que se crie um sistema restaurativo coeso, com valores, princípios e procedimentos bem delineados, objetivando que os mecanismos de solução consensual possam ter guarida em um sistema geral, reduzindo a realidade de adoção de momentos processuais isolados, que funcionam como mera formalidade ou etapa de um processo que pretende somente a punição do acusado.¹⁰⁰

A justiça restaurativa não pode ser vista como a solução para todos os problemas criminais brasileiros, mas seus ideais têm o potencial de transformar a forma como enxergamos o crime e as necessidades das partes envolvidas, especialmente da vítima. Contudo, frise-se que a adaptação das ferramentas restaurativas à realidade brasileira é

⁹⁹ “[...] a adoção de um modelo consensual (como o restaurativo) deve encontrar subsídios no ordenamento jurídico que valorizem a participação das partes, a ressocialização, a menor estigmatização dos criminosos e das vítimas, a reparação de danos e a menor formalidade processual. Um erro muito comum é visualizar as soluções consensuais como simples promessas de desafogar o serviço judicial. A agilidade procedimental deve ser um meio para se chegar a uma solução mais eficiente e não o objetivo de um procedimento, o que traria uma ideia de pressa desordenada, o que, por sua vez, seria sinônimo de violação de garantias (como a ampla defesa e o devido processo legal). Para o reconhecimento de uma política pública funcional, é preciso encontrar um equilíbrio entre a diminuição das formalidades e a manutenção das garantias previstas legalmente, que geram uma legitimação do sistema proposto.” (ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Posella. A mediação como política pública apta a solucionar o conflito penal. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Nivaldo dos. (Coord.). **Formas consensuais de solução de conflitos**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 387-388).

¹⁰⁰ “[...] não se trata somente de construir pontes e lugares de encontro para dialogar e reconhecer o pluricultural, mas também, há que possibilitar e potencializar para que as pessoas modifiquem umas as outras. Tanto elas como seus produtores culturais devem cruzar as pontes até o outro lado, e desta forma, incorporar elementos de identidade, simbólicos e horizontes de sentido de outras culturas no interior da própria cultura a que pertence, crescendo em humanidade e sem lógicas canibais ou assimilacionistas. [...] Há que se buscar espaços de intersubjetividade, de autênticas mudanças equitativas de enriquecimentos recíprocos.” (SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 58).

essencial para que a sua aplicação seja mais plausível e se torne menos suscetível de ser apropriada pela lógica punitiva existente.¹⁰¹

A avaliação dos programas restaurativos já implementados é uma importante forma de se fiscalizar periodicamente se estão sendo buscados: como meta institucional, o aperfeiçoamento da justiça, gerando a satisfação das partes e a mudança efetiva na percepção dos operadores com relação ao comprometimento com a resolução consensual do conflito; e, como meta politico-criminal, a redução do controle penal formal, evitando que o controle mais informal seja mais perverso do que o próprio controle formal.¹⁰²

¹⁰¹ Roberto Galvão Faleiros Júnior expõe esta mesma preocupação em seu trabalho ao discorrer sobre como, a todo momento, se corre o risco, ou de uma absorção silenciosa de aportes teóricos importados e, portanto, desconectados com a realidade da sociedade brasileira, ou de fornecer substratos para discursos e práticas autoritárias e criminalizantes, mesmo que com conteúdo crítico e progressista. (FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. **Tutela penal e teoria crítica dos direitos humanos**: uma intersecção crítico-dialética marginal. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012. p. 91).

¹⁰² ILADUD/BRASIL. **Sistematização e avaliação de experiências de justiça restaurativa**: relatório final. São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://erc.undp.org/evaluation/documents>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

CONCLUSÃO

Algumas conclusões podem ser apontadas, no sentido de analisar se os objetivos propostos inicialmente foram alcançados e se as hipóteses traçadas foram confirmadas para resolver o problema apontado.

O objetivo geral deste trabalho foi analisar o modelo consensual de justiça criminal como alternativa para o sistema penal retributivo-punitivo, sem defender a extinção deste, enfatizando o importante papel que a vítima exerce na construção desse novo sistema de resolução de conflitos no âmbito criminal.

A análise dos estudos e pesquisas de caráter vitimológicos, a partir da contribuição dos pioneiros da vitimologia, foi essencial para compreender as situações potencialmente vitimizantes que demandam o desenvolvimento de programas e políticas públicas atentos à prevenção e reparação dos danos suportados pela vítima, considerando que o processo de vitimização é um fenômeno complexo, ocupando a vítima posição de destaque.

A partir do desenvolvimento da perspectiva da reação social da teoria do interacionismo simbólico (*“labelling approach”*), transferiu-se a atenção, antes limitada ao estudo do crime e do delinquente, para as instâncias de controle social. Por este enfoque, entende-se que a vítima participa do processo de seleção e estigmatização do ofensor, sendo possível identificar a questão da subnotificação – que incrementa a denominada “cifra oculta” – como um dos motivos para a falência do sistema penal atual. Esta função da vítima como *“gate-keeper”* do sistema judiciário-penal é clara, na medida em que, em regra, é ela quem leva às instâncias formais informações sobre significativa parcela da delinquência conhecida. Aponta a Pesquisa Nacional de Vitimização¹ que apenas 19,9% das vítimas relataram ter notificado à polícia as ofensas sofridas, o que evidencia que a vítima realiza verdadeira seleção ao decidir se irá relatar a ocorrência de um delito.

A política criminal deve, em razão disso, refletir a valorização da vítima, a fim de encorajá-la a notificar os delitos e atuar na resolução do conflito penal. Contudo, o que se observa é a sistemática exclusão das partes dos procedimentos criminais, o que impede a adequação da solução proposta pelo Estado às necessidades dos indivíduos no caso concreto.

No sistema retributivo-punitivo vigente pretende-se que exista a prevenção e a repressão de delitos e o caminho tradicionalmente apontado para que se cumpram estes

¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Pesquisa Nacional de Vitimização**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

objetivos é a sanção penal, imposta por meio de um processo acusatório que vislumbra a distribuição de culpa e a condenação daquele considerado culpado. Poucos são os espaços destinados às partes para que elas assumam o controle no momento de decidir qual estratégia seria suficiente para reparar o dano gerado no caso concreto.

Apesar de concentrar em suas mãos o poder punitivo, o Estado tem-se mostrado incapaz de dominar ou controlar o fenômeno da criminalidade. Como alternativa, surge a perspectiva da reparação que, ao levar em conta a vontade da vítima e o propósito de reparar o dano causado pelo delito, pode mostrar-se uma resposta jurídica mais interessante do que a opção pela pena privativa de liberdade, naturalizada como a principal resposta pelas sociedades ocidentais a partir do século XIX, quando se buscavam as mínimas garantias ao acusado e o combate às penas cruéis.

O movimento vitimológico ressaltou a necessidade do reconhecimento dos direitos fundamentais da vítima e de sua valorização, o que traz a necessidade de implementação de programas político-criminais orientados para a vítima de crime, composto de duas esferas de atuação: uma de cunho restitutivo-reparatório-restaurador, orientada para as vítimas reais, e outra com estratégias preventivas, focando as vítimas potenciais. Considera-se que a reparação, alcançada como sanção alternativa à pena privativa de liberdade e multa, possibilita a restauração e a reconciliação das partes envolvidas no conflito, contribuindo, por consequência, com a pacificação social. A eficácia social da reparação está ligada ao fato de que se relaciona diretamente com o ato desvalioso, diferentemente da multa e da prisão que são apenas símbolos abstratos de reprovação.

A política criminal orientada para a vítima de crime deve partir de um modelo penal no qual se atribua à reparação a função de sanção penal e se promova o combate à despersonalização do conflito e à sobrevivitização da vítima, sem, contudo, aderir a um radical vitimocentrismo que implique diminuição dos direitos e garantias do acusado. Nesta linha de raciocínio, a justiça consensual, baseada num procedimento voluntário, dialogal e de valorização da vítima, surge como uma alternativa ao sistema retributivo-punitivo para solução de conflitos penais.

O modelo de justiça consensual surge com a intenção de integrar as partes à resolução do conflito penal, indicando que deve ocorrer a flexibilização dos procedimentos e das sanções e preconizando que um acordo alcançado entre as partes pode representar uma melhor solução para o conflito, em contraposição à imposição de uma pena abstratamente prevista. A adoção de um modelo consensual de resolução dos conflitos penais pode se dar como um “contra-sistema”, de forma a se opor ao sistema penal estabelecido, ou dentro do

próprio sistema, orientando a produção legislativa e a atuação dos profissionais envolvidos. Neste trabalho, partiu-se da ideia de aplicação do modelo consensual com base no próprio ordenamento existente, de forma complementar ao modelo fundado no conflito.

Na perspectiva filosófica, buscou-se uma aproximação entre o modelo consensual de justiça e a teoria do agir comunicativo desenvolvida por Jürgen Habermas. O agir comunicativo pressupõe um falar ou atuar com o outro, sendo as ações orientadas para um entendimento e o discurso usado como forma de expor as suas pretensões, possibilitando convencer o outro ou também ser convencido por ele, com a finalidade de se obter um consenso. Assim, a interação social é representada pela própria linguagem, havendo uma transparência entre aquilo que o falante diz e o que ele faz. Não há uma intenção diferente da própria comunicação e, por isso, os meios e os fins se identificam e serão adequados.

Foram destacadas algumas críticas à aplicação da teoria do agir comunicativo no âmbito penal. Como o modelo de solução de conflitos proposto por Habermas pressupõe que as condições de realização dos processos de comunicação sejam ideais, com uma ordem social que possibilite a comunicação dos indivíduos através do discurso para que possam alcançar um consenso racional, sendo a liberdade e a situação de simetria entre os indivíduos pressupostos básicos para o sucesso desta teoria, argumenta-se que há uma tensão entre a situação ideal e a situação real de comunicação, o que impediria a aplicação da referida teoria em uma sociedade em que ainda existe uma disparidade (social, econômica e política) imensa entre os setores da sociedade.

Sem desconsiderar totalmente as relevantes reflexões críticas propostas, concluiu-se que a teoria de Habermas possui, além da função descritiva, uma função prescritiva para a evolução da sociedade no sentido de um ideal de comunicação, e não seria totalmente inaplicável se for implementado o modelo de justiça criminal consensual. Assim, as condições ideais de comunicação propostas por Habermas podem pertencer a um plano que remete à utopia, mas, se a teoria do agir comunicativo for aplicada em situações reais e concretas, seguindo os seus parâmetros básicos de inclusão dos sujeitos, transparência de objetivos e valorização do diálogo, certamente apontará caminhos para a efetivação da interação entre os indivíduos através da argumentação realizada por meio do discurso e, conseqüentemente, uma solução do conflito mais próxima do que se pode considerar ideal.

Na perspectiva criminológica, o modelo consensual de justiça está sediado, principalmente, na teoria do “*labeling approach*”, ou da perspectiva interacionista, na medida em que ela teve impacto no âmbito da política criminal no desenvolvimento de formas de diversificação processual que procuram evitar o efeito estigmatizante do tradicional sistema

de justiça criminal. Com a finalidade de oferecer alternativas viáveis, desenvolve-se o modelo consensual de resolução dos conflitos. A valorização do diálogo como forma de resolução dos conflitos, o tratamento individualizado, a possibilidade da efetiva participação das partes e a flexibilização procedimental são alguns dos pressupostos do modelo consensual que permitem a legitimação do sistema penal.

A justiça restaurativa surge como forma de concretização do modelo consensual pautado pela participação efetiva da vítima na resolução dos conflitos penais, com a intenção de que ela possa expressar suas sensações, seus sentimentos e as verdadeiras consequências suportadas em razão do delito, a fim de que busque, por meio do diálogo com o acusado, a reparação e a responsabilização deste, sem que isso represente necessariamente a imposição de uma pena, sobretudo privativa de liberdade.

O paradigma restaurativo baseia-se justamente naquilo que inspira a sua nomenclatura: a restauração. Se o delito é um ato lesivo, a justiça deve proclamar em resposta a restauração das partes, pautada pela reparação da vítima e responsabilização do ofensor, e a restauração das relações, alcançada por meio da (re)conciliação, que pode potencializar o arrependimento e o perdão.

Em sua perspectiva teórica, a justiça restaurativa possui como principal influência o abolicionismo penal que, de forma geral, avalia que o sistema penal seleciona seus clientes, atribuindo-lhes rótulos estigmatizantes; afasta a vítima e todos os envolvidos no conflito, substituindo-os por técnicos jurídicos; causa mais malefícios do que benefícios à sociedade; e dissemina uma cultura punitivista que defende que o castigo, especialmente a pena de prisão, pode “fazer justiça” perante aqueles acontecimentos tipificados como crimes.

Diante destes problemas estruturais do sistema criminal, a justiça restaurativa, para servir como alternativa, na perspectiva abolicionista, deve estimular a participação efetiva das partes na resolução dos seus conflitos, permitindo que o acordo reflita a satisfação das suas reais necessidades e evitando a revitimização das vítimas e a estigmatização dos ofensores; deve adotar uma nova linguagem para que não seja colonizada pelas práticas e motivações tradicionais da justiça criminal; e deve garantir que os profissionais não dominem o procedimento restaurativo, impedindo a sua burocratização.

No entanto, quando se parte da análise da aplicação da justiça restaurativa em conjunto com o sistema criminal, sem a sua abolição, o garantismo penal passa a ser referência para o sistema restaurativo, na medida em que defende a manutenção do sistema criminal, mas prega a concepção do direito penal mínimo. Nesta perspectiva teórica, a

intervenção da justiça restaurativa somente se justifica se ela representar uma resposta mais benéfica ao delito e servir para a diminuição das desigualdades sociais.

Ressaltou-se que a abstração dos conceitos e diversidade de práticas pode ser prejudicial tanto para a implementação da justiça restaurativa, pois dificulta a construção de sistemas coerentes, quanto para a avaliação daquelas práticas já implementadas, o que pode facilitar que programas que não ostentam valores básicos da justiça restaurativa sejam classificados como tal. Diante disso, foi essencial a elaboração de parâmetros e de noções teóricas que pudessem fundamentar a construção e a avaliação de programas restaurativos.

Foram analisadas as concepções do encontro, da reparação e da transformação, propostas por Gerry Johnstone e Daniel Van Ness; os valores restaurativos defendidos por John Braithwaite; os princípios restaurativos segundo a Resolução n. 2002/12 do Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas; e os modelos e sistemas restaurativos, classificados conforme a relação da justiça restaurativa com o sistema de justiça criminal. Essa análise evidenciou a necessidade de estruturação de bases teóricas para o modelo restaurativo, mas com respeito à necessidade de flexibilidade na definição da justiça restaurativa, a fim de se permitir uma adequação às necessidades do caso concreto e uma contínua renovação dos seus conceitos a partir das experiências diárias.

As práticas restaurativas da mediação ente a vítima e o ofensor (VOM – *Victim-Offender Mediation*) e a da conferência restaurativa foram estudadas. A primeira consiste em um encontro proporcionado às partes envolvidas no conflito penal, a fim de que elas possam ter a oportunidade de dialogar, com o auxílio de um terceiro, a respeito do ocorrido, especialmente sobre os danos suportados pela vítima do crime e sobre a necessidade de reparar estes danos. A segunda é semelhante à mediação penal, com a diferença essencial de que todos os participantes podem contribuir para a elaboração do acordo reparador, incluindo-se a comunidade no processo resolutivo do conflito penal.

A proposta da justiça consensual, notadamente a partir do modelo restaurativo, é inovadora e promissora. Entretanto, não há unanimidade quanto à viabilidade da aplicação de procedimentos dialogais no âmbito do processo penal. Há importantes críticas apontando pontos negativos e fragilidades do modelo restaurativo.

A primeira delas diz respeito à possível expansão do controle penal que seria efetivada com a concretização da justiça restaurativa, já que ela é muito usada em casos de pouca gravidade que, de outra forma, não teriam ingressado no sistema penal. Pode-se, contudo, argumentar que o fato de alguns conflitos não adentrarem no sistema penal não significa que eles não existam, e as cifras ocultas indicam exatamente este fenômeno. Não se

pode negar que o sistema formal já coexiste com outros modos de juridicidade que, muitas vezes, representam soluções insatisfatórias ou, até mesmo, violentas. Com a implementação da justiça restaurativa, os cidadãos afastados ou renegados pelo sistema tradicional podem ter um efetivo acesso à justiça, vislumbrando no processo restaurativo um meio mais compreensível e próximo da sua realidade cotidiana. De outro lado, é possível a adoção de critérios que permitam o ingresso em programas restaurativos apenas de casos de maior relevância penal, além de evitar que situações que não tenham relevância jurídica sejam inseridas no sistema de controle.

A segunda crítica é construída pela afirmação de que a justiça restaurativa representa verdadeira violação às garantias penais e processuais das partes, na medida em que o procedimento restaurativo é demasiadamente flexível e a imposição da sanção reparadora é uma forma de punição ao ofensor e que a sua imposição fere diretamente o princípio da igualdade, ao permitir que casos semelhantes obtenham soluções distintas, a depender do acordo firmado pelas partes. Afronta, ainda, o princípio da proporcionalidade, relegando às partes a deliberação quanto à reparação cabível para o caso concreto. E, por fim, ataca a imparcialidade, pois não há uma decisão tomada por um terceiro imparcial, o que violaria o devido processo legal.

Não se desconhece os riscos de que os valores e princípios restaurativos sejam desrespeitados na prática, tornando o processo restaurativo tão injusto ou ineficaz quanto o processo penal tradicional. Contudo, concluiu-se que isso não pode servir de barreira para a implementação de novas formas de pensar sobre como resolver o conflito penal. Defende-se a imposição de limites para a sanção reparadora, garantindo que as obrigações firmadas sejam razoáveis, proporcionais e líquidas. No que se refere à flexibilização procedimental, sustenta-se que a sistematização legal do regimento básico do processo restaurativo possibilita a fiscalização do respeito às garantias das partes.

O trabalho analisou, por fim, o contexto da justiça criminal consensual e a situação da vítima de crime no Brasil. A legislação mais importante nesses âmbitos é a Lei n. 9.099/95 que, atendendo ao preceito constitucional – art. 98, I –, instituiu os Juizados Especiais Criminais, abrindo espaço para uma jurisdição de consenso. Os procedimentos estabelecidos para os Juizados Especiais respeitam novos critérios que incentivam a desburocratização do sistema criminal, com a adoção: da oralidade; da simplicidade, afastando da competência dos Juizados as causas mais complexas; da informalidade, com a flexibilização procedimental; da celeridade, agilizando o procedimento e o processo penal; e da economia processual, com a concentração dos atos processuais.

Os Juizados Especiais Criminais são competentes para processar e julgar os delitos de menor potencial ofensivo, assim considerados as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não ultrapasse dois anos, cumulada ou não com multa, submetidos ou não a processo especial. No procedimento previsto na Lei n. 9.099/95, houve a introdução de três medidas – a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo –, permitindo que, pelo consenso entre as partes, se evite a instauração do processo ou, se instaurado, suspenda o seu prosseguimento.

Esta Lei representou uma grande inovação para o sistema brasileiro, contudo, há críticas quanto à utilização dos seus procedimentos com o objetivo de “desafogar” ou aliviar o Judiciário do excesso de demandas, não havendo uma preocupação em desenvolver o procedimento com o objetivo idealizado de promover a integração das partes na resolução do conflito penal. Além disso, é excessivo o número de conflitos e a burocratização judicial sobrecarrega as estruturas dos Juizados, inviabilizando uma análise individualizada de cada caso concreto, gerando uma verdadeira obsessão pela celeridade.

Embora os propósitos da Lei, a aplicação da conciliação, da transação penal e da suspensão condicional do processo acontece por meio de um procedimento que não incorpora os critérios e valores consensuais, como se idealizou que seria com a Lei n. 9.099. No momento da aplicação da sistemática de resolução consensual dos conflitos, não há uma dissociação com relação às expectativas e aos objetivos do sistema clássico, prevalecendo a lógica burocrática, como se fosse uma espécie de garantia de não violação de direitos, indicando que ainda não houve o amadurecimento necessário para considerar a solução consensual como legítima para resguardar os direitos das partes. Há também a manutenção da lógica punitiva, desconsiderando-se a reparação como fórmula capaz de restaurar a pacificação social, o que impede a concretização da jurisdição de consenso.

No que se refere à proposta de valorização da vítima, os resultados observados são insatisfatórios. Apesar de ser permitida a presença da vítima em todos os atos do procedimento dos juizados, ela pouco interfere no desenrolar dos acontecimentos, pois a composição dos danos, principal ferramenta para a comunicação entre as partes, usualmente acontece de forma atabalhoada, priorizando-se o encerramento do procedimento e suprimindo-se o verdadeiro significado de conciliação e diálogo entre a vítima e o ofensor. O que se tem buscado por meio da conciliação é a rápida solução do procedimento, em detrimento da verdadeira resolução consensual do conflito. Quanto à transação e à suspensão, na prática, o que se observa é o monopólio de atuação por parte do representante do Ministério Público.

Sobre a perspectiva de adoção da justiça restaurativa no Brasil, a proposta é de convivência entre o sistema de justiça criminal tradicional e a justiça restaurativa, diminuindo-se a atuação daquele. Aproxima-se, portanto, de uma concepção do chamado direito penal mínimo, afastando-se da proposta abolicionista. A implementação da justiça restaurativa no Brasil é ainda incipiente, mas, na conjuntura atual, podem ser destacados, no âmbito prático, os projetos-piloto de São Caetano do Sul-SP, Porto Alegre-RS e Brasília-DF e, no âmbito legislativo, o Projeto de Lei n. 7.006/2006, que propõe alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei n. 9.099/95 para facultar o uso de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal brasileiro, e o Projeto de Lei n. 8.045/2010, que propõe um novo Código de Processo Penal e indica alguns mecanismos consensuais.

O Instituto Latino-Americano das Nações Unidas (ILANUD), por meio de seu relatório final, sistematizou e avaliou esses projetos-piloto de justiça restaurativa implementados no Brasil, reconhecendo que essas experiências representaram uma primeira etapa importante que foi cumprida na tentativa de propor alternativas ao sistema criminal tradicional. Contudo, a avaliação foi de que há necessidade da criação de uma sistematização e padronização maior das práticas, pois, da forma como tem sido aplicada, a justiça restaurativa está servindo apenas para “apapar as arestas” do sistema tradicional, desconsiderando o potencial transformador que os mecanismos restaurativos poderiam ter na forma como os conflitos são solucionados.

A análise dos Projetos de Lei também sinalizou no sentido de faltar estruturação para a criação de um sistema restaurativo no Brasil, pois o que se observa é a previsão de oportunidades esparsas de consenso que seriam dependentes da vontade das autoridades competentes e que estariam muito ligadas aos procedimentos tradicionais, o que potencializa o risco de que as ferramentas consensuais sejam, na verdade, utilizadas apenas para agilizar a resolução de um procedimento, sem atuar efetivamente na solução do conflito. As previsões legislativas conseguem abarcar algumas das reivindicações da vitimologia, ao conceituar o que se entende por vítima, ao exigir tratamento respeitoso e imediato atendimento médico, psicossocial e jurídico à vítima de crime, ao prever medidas que respeitem o seu direito de informação nos mais variados momentos procedimentais e garantam a restituição de bens e reparação dos danos suportados pelo delito. No entanto, quanto à participação no procedimento de resolução do conflito, as previsões não inovam, pois as garantias de participação da vítima ficam restritas à intervenção com finalidade indenizatória.

Eventual implementação legal da justiça restaurativa no Brasil deveria estar inspirada na Resolução n. 2.002/12 da ONU, o que representaria uma sistematização apta a unificar as

práticas alternativas existentes, criando um microssistema forte o suficiente para resistir às práticas e padrões da justiça criminal tradicional. Aliada a esta estruturação, a aplicação de mecanismos consensuais deveria permitir flexibilizações, estimulando a participação da vítima e do autor do fato na construção do procedimento e da solução mais viável para o caso concreto. A previsão de preparação contínua dos profissionais que atuam na resolução consensual de conflitos, bem como de formação de equipes multidisciplinares agregariam benefícios para o desenvolvimento desta forma de administração dos conflitos. Para que se possa falar em verdadeira mudança, também não basta que os institutos estejam previstos na legislação, é preciso que o discurso de valorização do consenso e da vítima seja coerente com as práticas processuais adotadas no cotidiano da justiça penal.

Por fim, a partir da teoria crítica dos direitos humanos, é possível fazer importante reflexão sobre a realidade brasileira, destacando-se que se trata de uma realidade marcada por desigualdades sociais, econômicas e estruturais que podem elevar o risco de uma inversão ideológica dos valores restaurativos, tornando-os instrumentos de dominação travestidos de intenções participativas, na medida em que o diálogo entre os participantes do processo restaurativo pode estar minado por uma hierarquia tão enraizada que não permite uma livre comunicação entre eles. Neste contexto, ganha importância novamente a necessidade de estruturação legal, material e de pessoal para que se compreenda cada vez mais os valores e princípios do modelo restaurativo, a fim de que se possibilite a sua utilização como fator transformador da lógica de dominação e exclusão existente.

No caso específico da realidade da justiça criminal brasileira, é preciso abandonar a visão puramente punitivista, a burocratização das práticas de resolução de conflitos e o afastamento das partes dos procedimentos penais. É preciso buscar novas opções para a justiça criminal, procurando alternativas que permitem a análise singular sobre cada caso concreto e incentivem o diálogo entre as partes, contribuindo para a implantação de uma política criminal orientada para a vítima de crime, num contexto de administração participativa dos conflitos penais, consagrando a reparação dos danos e a restauração das partes como prioridades do sistema criminal, em detrimento da exclusiva punição do ofensor. É neste sentido que a proposta restaurativa ganha força.

Todavia, para que a justiça restaurativa possa representar uma inovação significativa na administração dos conflitos no Brasil, a sua implementação deve partir de algumas condições elementares: a) deve haver amparo legislativo que regule de forma clara e sistemática os valores, expectativas e procedimentos do novo sistema e como ele irá se relacionar com a justiça criminal, a fim de se evitar a apropriação dos novos mecanismos pelo

antigo sistema; b) desenvolvimento da estrutura (física e de pessoal) necessária para a implementação apropriada das propostas previstas na legislação; c) as disciplinas condizentes com o sistema consensual devem fazer parte do currículo nas faculdades de direito para a formação de uma nova mentalidade para os futuros operadores jurídicos, bem como estas disciplinas devem ser ministradas em cursos de capacitação contínua para os profissionais que já atuam no sistema de justiça (advogados, promotores, juízes, funcionários), incentivando o desenvolvimento da percepção de que a adoção de um novo sistema de resolução de conflitos deve ocorrer a partir de novos referenciais, novas técnicas e nova linguagem; d) a visão de eficiência deve-se afastar da gestão puramente burocrática que busca apenas dar fim a processos de forma quantitativa e deve-se aproximar da satisfação das partes, resolvendo com qualidade os conflitos e, com isso, aumentando a credibilidade do serviço prestado; e e) o empoderamento efetivo da vítima e do autor dos fatos deve ser buscado por meio de práticas inclusivas que permitam o diálogo e a manifestação das partes.

Sem a observação mínima destas condições o que se verificará é apenas o desenvolvimento de um procedimento diferente que, por ser efetivado segundo a lógica do sistema retributivo-punitivo, logo se reduzirá às antigas práticas e aos mesmos frustrantes resultados, ou até mesmo poderá representar retrocessos diante da manipulação de seus princípios e valores.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas**: uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Ed. Universidade de Coimbra, 1980.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Por um Ministério Público dentro da legalidade. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 18, n. 70, p. 9-41, abr./jun. 1997.

ANZILIERO, Dineia Largo. **Descaminhos da informalização da justiça penal no Brasil**: entusiasmo e crise nos Juizados Especiais Criminais. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: _____. (Ed.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.

_____. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. A sentença penal de acordo com as leis de reforma. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BARATTA, Alessandro. Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. **Capítulo Criminológico**, Maracaibo, v. 13, n. 13, p. 81-99, 1985.

_____. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). **Revista Doctrina Penal**: Teoría e Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 623-650, 1987.

BARROS, Antônio Milton de. **Curso básico de processo penal**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2007.

BARROS, Antônio Milton de. A (necessária) constitucionalização do processo penal: avanços e retrocessos. **Tribuna Virtual IBCCRIM**, São Paulo, ano 1. ed. 4, p. 14-26, maio 2013. Disponível em: <[http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/19-A-\(necessaria\)-constitucionalizacao-do-processo-penal:-avancos-e-retrocessos](http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/19-A-(necessaria)-constitucionalizacao-do-processo-penal:-avancos-e-retrocessos)>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECKER, Howard S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York: Free Press, 1963.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. 3. ed. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1987.

BORGES, Paulo César Corrêa. **Direito penal democrático**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Cultura da paz, mediação e justiça restaurativa: ferramentas para repensar a relação sociedade-cárcere. In: BENTES, Hilda Helena; SALLES, Sérgio de Souza. (Org.). **Mediação e educação em direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, Andrew et al. (Ed.). **Restorative justice & criminal justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford: Hart Publishing, 2003.

BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY, Beatriz. **Histórico de implementação do Projeto Justiça para o século 21**. Porto Alegre, [2001]. Disponível em: <http://justica21.org.br/j21.php?id=244&pg=0#.Vx4I_vkrLIU>. Acesso em: 24 abr.2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. p. 2391. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. p. 19699. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. atual. jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 set. 1995. p. 15033. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

BRASIL. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jun. 2008. p. 5. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jun. 2008. p. 4. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. Ministério da Justiça. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos**: mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_acesso_justica.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2016.

_____. _____. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2015.

_____. _____. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Pesquisa Nacional de Vitimização**, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em: 30 set. 2014.

BREGA FILHO, Vladimir. A reparação do dano no direito penal brasileiro: perspectivas. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 9, n. 318, maio 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5242/a-reparacao-do-dano-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa. Projeto de Lei n. 7.006/2006, de 10 de maio de 2006. Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 25 maio 2006. p. 26.601. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da justiça brasileira. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005.

CERVINI, Raúl. A cifra negra da criminalidade oculta. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas essenciais, v. 1).

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. **The British Journal of Criminology**, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.

_____. Los conflictos como penitencia. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

_____. **A suitable amount of crime**. London: Routledge, 2004.

DE VITO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e direitos humanos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1992.

ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima em el procedimiento penal: tendencias nacionales e internacionales. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. **Tutela penal e teoria crítica dos direitos humanos: uma intersecção crítico-dialética marginal**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2012.

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

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Carolina Costa. As ilusões do paradigma punitivo e as novas perspectivas de solução de conflitos: a justiça restaurativa como caminho possível à crise do sistema penal brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, Franca, ano 14, n. 19, p. 241-252, 2010.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado pelos danos às vítimas de crimes**. 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2001.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro. In: _____.; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão (Org.). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. São Paulo: Cultura Acadêmica: Ed. UNESP, 2011.

_____.; FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão. Elementos de análise da "cifra negra" na delinquência convencional: uma visão vitimológica. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, v. 123, p. 84-92, 2011.

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da justiça: o Modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005.

FULLIN, Carmen Silvia. **Quando o negócio é punir**: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções. 2011. Tese (Doutorado em Antropologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. (Ciências criminais; v. 5).

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Pensamento criminológico, v. 16).

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Maria Augusta Salin. Teoria da ação comunicativa de Habermas: possibilidades de uma ação educativa de cunho interdisciplinar na escola. **Educação & Sociedade**, Campinas, ano 20, n. 66, p. 125-140, abr. 1999.

GREEN, Simon. 'The victims' movement and restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton: Willan Publishing, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus Humanidades, 1998.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.

HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

ILADUD/BRASIL. **Sistematização e avaliação de experiências de justiça restaurativa: relatório final**. São Paulo, 2006. Disponível em: <<https://erc.undp.org/evaluation/documents>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel. The meaning of restorative justice. In: _____.; _____. (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton: Willan Publishing, 2007.

JORGE, Alline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do direito de punir**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

KOSS, Mary P. et al. Resposta da comunidade: ampliação da resposta da justiça de uma comunidade a crimes sexuais pela colaboração da advocacia, da promotoria, e da saúde pública: apresentação do programa restore. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005.

KURKI, Leena. Evaluating restorative justice practices. In: VON HIRSCH, Andrew et al. (Ed.). **Restorative justice & criminal justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford: Hart Publishing, 2003.

LARRAURI, Elena. Victimología. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

_____. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 51, p. 67-104, 2004.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos humanos das vítimas de crimes: filosofia penal e teoria crítica à luz das reformas processuais penais**. Curitiba: Juruá, 2014.

MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. In: _____. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

MAXWELL, Gabrielle. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005.

MAZZUTTI, Vanessa De Biassio. **Vitimologia e direitos humanos: o processo penal sob a perspectiva da vítima**. Curitiba: Juruá, 2012.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005.

_____.; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça restaurativa e comunidade em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania**. São Paulo: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

Disponível em:

<http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2016.

MIERS, David. Um estudo comparado de sistemas. In: APAV. **Projecto DIKÊ Seminário: protecção e promoção dos direitos das vítimas de crime no âmbito da decisão: quadro relativo ao estatuto da vítima em processo penal**. Lisboa, 2003.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. v. 2.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Social e Econômico. **Resolution 2002/12**. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. New York, 2002. Disponível em: <<https://www.un.org/ecosoc/sites/www.un.org.ecosoc/files/documents/2002/resolution-2002-12.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2016.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PEMBERTON, Anthony. A vítima “activa” na mediação: justiça restaurativa como forma de empowerment da vítima. In: APAV. **Projecto DIKÊ Seminário**: protecção e promoção dos direitos das vítimas de crime no âmbito da decisão: quadro relativo ao estatuto da vítima em processo penal. Lisboa, 2003.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

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

PINHEIRO, Fabiana de Assis. **Juizado Especial Criminal**: do modelo consensual à radicalização da função simbólica do sistema penal. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2007.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005.

PNUD. **Brasil vai “testar” Justiça alternativa**. Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3521>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. **Justiça restaurativa, cidadania e políticas públicas segundo a teoria da ação comunicativa**. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://justica21.org.br/j21.php?id=239&pg=0#.VyXvmvkrLIU>>. Acesso em: 1 abr. 2016.

PRADO, Geraldo. **Transação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRUDENTE, Moema Dutra Freire. **Pensar e fazer justiça**: a administração alternativa de conflitos no Brasil. 2012. 289 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2012.

RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. **Revista Última Ratio**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 3-38, 2007.

ROCHE, Declan. Retribution and restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton: Willan Publishing, 2007.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. **Victimología: estudio de la víctima**. 12. ed. México: Porrúa, 2010.

ROSA, Larissa; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal. In: BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot; ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro. (Coord.). **Criminologias e política criminal I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

_____.; MANDARINO, Renan Posella. A mediação como política pública apta a solucionar o conflito penal. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Nivaldo Dos. (Coord.). **Formas consensuais de solução de conflitos**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

_____.; _____. A justiça restaurativa e a inversão ideológica dos direitos humanos. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 17, n. 3, p. 115-137, set./dez. 2015.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. La reparación no sistema de los fines de la pena. In: MAIER, Júlio B. J. (Comp.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997.

SCHIFF, Mara. Models, challenges and the promise of restorative conferencing strategies. In: VON HIRSCH, Andrew et al. (Ed). **Restorative justice & criminal justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford: Hart Publishing, 2003.

SCURO NETO, Pedro. Chances e entraves para a justiça restaurativa na América Latina. In: SLAKMON, Catherine; DE VITO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça : PNUD, 2005.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei n. 8.045/2010, de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Penal. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 4 fev. 2010. p. 2740.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>.

Acesso em: 30 jun. 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

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

_____. Mediação penal. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 96-104, ago. 2014.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 40-47, ago. 2014.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. La consideración del comportamiento de la víctima em la teoria do delito: observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la “victimo-dogmática”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 34, p. 163-194, 2001.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TIAGO, Tatiana Sandy. Implementação da justiça restaurativa por meio da mediação penal. In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Org.). **Estudos de arbitragem, mediação e negociação**. Brasília, DF: Grupos de Pesquisa, 2007. v. 4.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Handbook on restorative programmes**. New York, 2006. (Criminal Justice Handbook Series).

VAN NESS, Daniel. The shape of things to come: a framework for thinking about a restorative justice system. In: ELMAR; WEITEKAMP; JURGEN KERNER (Org.). **Restorative justice**. Deon: Willan Publishing, 2002.

VASCONCELOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análises das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 35-39, ago. 2014.

WUNDERLICH, Alexandre. O papel da vítima no processo penal. Impressões sobre o fracasso da Lei n 9.099/1995. In: _____.; CARVALHO, Salo de (Org.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

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