

UNIVERSIDADE CESUMAR
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

CAIO DE MORAES LAGO

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: DA UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS
PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

MARINGÁ

2020

CAIO DE MORAES LAGO

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: DA UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS
PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Cesumar, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Direitos da Personalidade e o seu alcance na contemporaneidade.

Orientador: Prof. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin.

MARINGÁ

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

L177v Lago, Caio de Moraes.

Violência doméstica: da utilização dos meios alternativos para a resolução de conflitos / Caio de Moraes Lago. – Maringá-PR: UniCesumar, 2020.

107 f. : il. color ; 30 cm.

Orientadora: Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin.

Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, 2020.

1. Direitos da personalidade. 2. Lei Maria da penha 3. Mediação. 4. Violência doméstica. I. Título.

CDD – 364.374

CAIO DE MORAES LAGO

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: DA UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS
PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Cesumar, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Direitos da Personalidade e o seu alcance na contemporaneidade.

Orientador: Prof. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin

Aprovado em: 27/02/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Valéria Silva Galdino Cardin
Orientadora – Universidade Cesumar

Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira
Membro – Universidade Cesumar

Prof. Dr. Fausto Santos de Morais
Membro Convidado

Maringá, 27 de fevereiro de 2020

RESUMO:

A pesquisa analisa a evolução da legislação em relação ao seu tratamento dado a mulher, analisando especialmente a Lei 11.340/2006, dita Lei Maria da Penha. O estudo aborda os direitos da personalidade de maneira geral, e dos direitos da personalidade da mulher vítima de violência doméstica e de sua proteção. Além disso, aborda a violência doméstica e familiar contra a mulher, seu histórico, as formas que se manifestam e em especial a Lei Maria da Penha, tratando de seu surgimento, seus objetivos e suas medidas protetivas de urgência. Analisa, então, a efetividade das novas legislações na resolução adequada dos conflitos na violência familiar e doméstica, com foco especial no novo modelo de justiça a ser adotado por nosso ordenamento jurídico; após, pelo estudo das resoluções adequadas de disputa, como a mediação, delimitando-a conceitualmente, estabelecendo seus princípios gerais e suas características, tratando da mediação transformativa e de seu uso nos conflitos familiares, analisando a função do mediador. Analisa, também, a Justiça Restaurativa e o seu papel, bem como o papel da mediação vítima-ofensor, como forma de resolução à violência familiar e doméstica. O estudo proposto se justifica pela contribuição não apenas acadêmica, mas também social que o tema pode trazer, sendo de importante estudo e análise, podendo servir como base para que efetivas medidas políticas possam vir a ser criadas e desenvolvidas, que venham a resolver e acabar com a violência doméstica, que ocorre de maneira desenfreada em nossa sociedade.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade; Justiça Restaurativa; Lei Maria da Penha; Mediação Vítima Ofensor; Violência Doméstica.

ABSTRACT:

The research analyzes the evolution of the legislation in relation to its treatment given to women, analyzing especially the Law 11.340/2006, the Maria da Penha Law. The study addresses the personality rights in general as well as the personality rights of women victims of domestic violence and their protection. It addresses domestic and family violence against women, their history, the forms that manifest themselves and the Law 11.340/2006, the Maria da Penha Law, addressing its emergence, its objectives and its urgent protective measures. It analyzes the effectiveness of new legislation in the adequate resolution of conflicts in family and domestic violence, with special focus on the new model of justice to be adopted by our legal system; then, by studying the appropriate dispute resolutions, such as mediation, conceptually delimiting it, establishing its general principles and characteristics, addressing transformative mediation and its use in family conflicts, analyzing the role of the mediator. It also analyzes Restorative Justice, and its role, as well as the role of victim-offender mediation, as a means of resolving family and domestic violence. The proposed study is justified by the contribution not only academic, but also social that the theme can bring, being an important study and analysis and can serve as a basis for effective measures and policies that can be created and developed, that will solve and end domestic violence, which is rampant in our society.

Keywords: Domestic Violence; Maria da Penha Law; Personality Rights; Restorative Justice; Victim Offender Mediation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	DAS RESPOSTAS ALTERNATIVAS À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	8
2.1.	OS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	10
2.1.1	A arbitragem.....	15
2.1.2	A transação e conciliação	16
2.1.3	A mediação.....	17
2.2	A JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	20
3	DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	28
3.1	ESCORÇO HISTÓRICO.....	28
3.2	DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SUAS FORMAS	33
3.3	A LEI MARIA DA PENHA E A PROTEÇÃO JURÍDICA DA MULHER.....	40
3.3.1	Do surgimento da Lei Maria da Penha.....	41
3.3.2	Dos objetivos da Lei Maria da Penha.....	43
3.3.3	Das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha.....	44
4	A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....	47
4.1	A LENTE RESTAURATIVA COMO UMA NOVA EXPERIÊNCIA DO CRIME.....	47
4.2	AS ORIGENS DO PENSAMENTO RESTAURATIVO	57
4.2.1	O conceito de justiça restaurativa.....	60
5	A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A JUSTIÇA PENAL	65
5.1	OS PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS DA PROPOSTA RESTAURATIVA COMO FORMA DE REAÇÃO AO CRIME	77
5.2	A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A MEDIAÇÃO PENAL COMO FORMA DE REAÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	92
6	CONCLUSÃO	99
	REFERÊNCIAS.....	102

1 INTRODUÇÃO

O tema da violência doméstica já tem sido abordado e estudado há alguns anos, em especial o combate a esse tipo de violência. Entretanto, os esforços têm se mostrado ineficientes na consecução de seu objetivo, sendo ainda a violência doméstica e familiar corriqueira na vida social de nosso país.

Falta uma tratativa do problema de maneira mais eficaz, não apenas ao delimitar punições ao agressor, ou criar leis que tratem de maneira vaga sobre o tema, mas criar medidas que busquem a prevenção do problema, e acima de tudo, criar métodos que venham a resolver o conflito, já que o Poder Judiciário tem se mostrado ineficiente na resolução dos mesmos.

Os métodos adequados de resolução de conflitos têm esse intuito, resolver o problema de maneira total e completa, não apenas com o propósito de cumprir o exposto na lei, mas também com o intuito de ver o conflito pessoal entre agressor e vítima sanado, possibilitando transformação, mudança e cura na vida dessas pessoas.

O conflito será apenas resolvido de maneira total, quando os problemas pessoais dos agentes envolvidos forem reparados, reparação a partir da resolução desses problemas e dos problemas jurídicos a ele atrelados, que podem também ser resolvidos de maneira justa para ambas as partes. Para tanto, o presente trabalho tem como objetivo fornecer novos meios para que se possa combater, de maneira efetiva, o problema da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, garantindo o respeito aos direitos fundamentais e da personalidade das mulheres, respeito esse garantido por tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil e também pela Constituição Federal de 1988.

O estudo foi realizado com base nos conceitos já formulados e na análise histórica do tratamento dado à problemática, de forma a propor novas alternativas ao problema, para que tenha o tratamento adequado e possibilite uma solução.

No terceiro capítulo, a violência doméstica, alvo de estudo do presente trabalho, é observada de maneira conceitual e histórica, com uma análise da evolução da violência doméstica na história do mundo e em especial seu desenvolvimento no Brasil, com o tratamento legislativo dado ao tema, em especial no Código Civil de 1916, no Estatuto da Mulher Casada, no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal de 1988.

Ainda no terceiro capítulo são abordados tratados internacionais de direitos humanos sobre a proteção da mulher, que vieram a impulsionar a Lei Maria da Penha, principal lei sobre o problema da violência doméstica em nosso país. Dessa forma, realiza-se a análise dessa legislação, o conceito de violência doméstica, suas formas e características e as consequências

da criação da Lei Maria da Penha em relação à proteção da mulher e ao combate à violência familiar e doméstica. Posteriormente, a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, tratando das atribuições dos órgãos judiciários, estabelecendo os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, e expondo as atribuições dos conciliadores e mediadores, é apresentada e estudada, juntamente com a sua aplicação prática, no contexto jurídico brasileiro, e suas consequências no benefício à sociedade.

Os conceitos de justiça restaurativa e de mediação são trazidos no quarto capítulo, com seus princípios gerais e suas características. De modo especial, a mediação transformativa e a mediação vítima-ofensor são analisadas, como formas de resolução à violência doméstica.

Por fim, são propostas políticas públicas em resolução adequada de conflitos de violência doméstica, para se combater, de maneira eficiente, à violência doméstica e familiar no Brasil.

2 DAS RESPOSTAS ALTERNATIVAS À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O relacionamento interpessoal é algo extremamente importante para o convívio social. Contudo, um relacionamento eficaz é algo difícil de ser conquistado, por causa das grandes diferenças entre os indivíduos que convivem em um mesmo meio. A verdade é que as relações humanas se encontram cada vez mais conturbadas e complexas. Os laços entre membros de uma família, trabalhadores de uma mesma empresa, colegas em um ambiente escolar ou universitário, ou mesmo dentro de um ambiente religioso estão degradados. Para isso, são necessários novos meios de se lidar com os novos conflitos sociais.

No entanto, o próprio Poder Judiciário, que deveria ser o agente que viesse a resolver esse conflito, também se encontra em crise. A burocratização da justiça, a morosidade da prestação jurisdicional, a onerosidade das custas judiciais e a sobrecarga dos Tribunais impedem, de sobremaneira, o sucesso na resolução de muitos conflitos.

A participação popular na justiça deveria ser mais frequente, o predomínio é do Poder Judiciário formal, não havendo um real acesso à justiça por grande parte da população, sendo que grande parte dela sequer tem conhecimento dos seus direitos. Além disso, os altos custos judiciais são mais um empecilho ao acesso à justiça, em especial para os mais necessitados dela.

O Poder Judiciário encontra diversas dificuldades, bem como: a perda de confiança da opinião pública; a obsolescência e lentidão dos procedimentos legais; a escassez de recursos financeiros e a crescente litigiosidade nas relações sociais (MENDONÇA, 2006).

A legislação necessita algumas alterações e o processo judicial de uma reformulação, para que o acesso à justiça se torne mais eficaz e célere, pronto a responder as demandas sociais. Para isso, institutos como o da Mediação e da Arbitragem, com a ótica do jurisdicionado, têm se colocado cada vez com maior frequência e importância no sistema judicial moderno. Os meios alternativos de solução de conflitos, com a efetiva atuação do cidadão na administração da justiça como solucionador de litígios, é uma arma essencial para o êxito na solução da crise do judiciário. A participação do indivíduo, como figura-chave na solução de contendas, é fundamental e demanda novas formas ou métodos de resoluções de conflitos (MEDINA, 2004).

O interesse pelo acesso à justiça de forma efetiva começou na década de 60 do século passado. A primeira onda de acesso à justiça foi da assistência judiciária aos pobres, com o intuito de eliminar os obstáculos econômicos e proporcionar o acesso à justiça aos menos favorecidos. Em 1965, foi criado o *Office of Economic Opportunity* (OEO), nos Estados Unidos, com o intuito de combater a pobreza no país, provendo, entre outras coisas, assistência para pessoas de baixa renda em questões legais. Em 1974, foi estabelecida nos Estados Unidos

a *Legal Services Corporation*, um esforço para preservar e ampliar os progressos do programa do OEO, dissolvido na época. (CAPPELLETTI; GARTH, 2015)

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1934, a assistência judiciária foi recepcionada no artigo 113, n.º 32, no contexto dos Direitos e Garantias Individuais (BRASIL, 1934). Mais adiante, no ano de 1946, a assistência judiciária foi novamente recepcionada no artigo 141 da Constituição Federal (BRASIL, 1946). Atualmente, a justiça gratuita está disciplinada no art. 5º, LXXIV e no art. 134 da Constituição Federal, isso quando há menção à Defensoria Pública (BRASIL, 1988).

No âmbito da legislação infraconstitucional, o tema é tratado pela Lei n.º 1060, de 5 de fevereiro de 1950 (BRASIL, 1950), na qual estabelece normas para uma Assistência Judiciária Gratuita. Mais adiante, na Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994 (BRASIL, 1994), a Defensoria Pública da União é organizada, em 1998, a presente lei complementar é alterada pela Lei Complementar n.º 98, de 3 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999), ambas as leis complementares têm por objetivo organizar e prescrever normas gerais quanto a Defensoria Pública da União.

Quanto as assistências judiciais e o exercício financeiro para tal, a Lei n.º 10.371, de 28 de dezembro de 2001, que abre ao orçamento fiscal da União uma determinada quantia para um reforço de dotação, estabelece, também, normas para a concessão de assistência judiciária aqueles que necessitam de exames de DNA, em ações de investigação de paternidade (BRASIL, 2001).

O segundo momento de acesso à justiça foi por meio da representação dos interesses difusos, com o objetivo de tutelar interesses coletivos ou grupais. O processo, até então, era visto como um assunto individual entre duas partes participantes do conflito. Os direitos que pertencessem a um determinado grupo não se encaixavam na visão de conflito. (CAPPELLETTI; GARTH, 2015)

A criação norte-americana de *class action* permite que, em determinadas circunstâncias, uma ação vincule os membros ausentes de uma determinada classe, a despeito do fato de eles não terem tido qualquer informação prévia sobre o processo (CAPPELLETTI; GARTH, 2015).

A terceira onda de acesso à justiça utiliza pessoas leigas, ou ditas paraprofissionais, e mecanismos informais de solução dos litígios. Os operadores do direito têm buscado maneiras mais eficazes e menos onerosas para se fazer justiça, tais como a participação direta do indivíduo na sua solução e a concentração dos estudos e das expectativas nas soluções alternativas de resolução de contendas, utilizando, cada vez mais, o juízo arbitral, a conciliação e a mediação. (CAPPELLETTI; GARTH, 2015)

No entanto, apesar do crescimento das soluções alternativas de conflitos, em contraste ao Poder Judiciário formal, deve-se ressaltar que grande parte dos conflitos ainda deverão se submeter aos tribunais tradicionais, pois, como afirma o autor Mauro Cappelletti, a engrenagem judiciária formal das cortes de Justiça, naturalmente, continuará a ser necessária e vital, não só para lidar com importantes questões de direito, incluindo temas de significação constitucional, como também para julgar questões vultosas e substanciais, que afetem interesses vultosos e substanciais (CAPPELLETTI; GARTH, 2015).

Assim, os mecanismos alternativos de resolução de conflitos se postam ao lado do tradicional processo judicial, como uma opção que visa descongestionar os tribunais e reduzir o custo e a demora dos procedimentos, além de, estimular a participação da comunidade na resolução dos conflitos e facilitar o acesso à solução do conflito, já que, por vezes, muitos deles ficam sem resolução pois as vias de obtenção são complicadas e custosas, e as partes não têm alternativas disponíveis, a não ser, quem sabe, recorrer à força (MORAIS, 1999).

O quarto movimento de acesso à justiça tem como objetivo expor as dimensões éticas dos operadores do direito, bem como a própria concepção de justiça. Ela indica importantes e novos desafios, tanto para a responsabilidade profissional, como para o ensino jurídico (BACELLAR, 2012).

Assim, com o passar do tempo, o pensamento jurídico foi sendo modificado para se adequar às correntes e aos acontecimentos da sociedade em que vigoravam, tanto em nosso ordenamento pátrio, quanto em outros países. O acesso à justiça pela população é uma das buscas mais constantes do direito, e o seu efetivo alcance é fundamental para que haja uma resolução de conflitos mais adequada a todos os envolvidos.

2.1.OS MECANISMOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O organismo tradicional de justiça se organiza em torno de três mecanismos de resolução de conflitos: a autotutela ou a autodefesa, a heterocomposição e a autocomposição. Essas serão decorridas com mais afinco adiante.

A autotutela é caracterizada pelo uso ou ameaça do uso de força, no qual uma das partes conflitantes impõe o sacrifício do interesse da outra parte. Como cita André Gomma Azevedo:

A autotutela [...] traduz a imposição, pela violência moral (*vis* relativa) ou física (*vis* absoluta), de uma vontade sobre outra, vencendo a resistência do adversário. Como característica fundamental da autotutela aponta-se a ausência de um terceiro com poder de decisão vinculativa e a imposição da vontade de uma parte à outra. No âmbito

penal, citam-se como exemplos clássicos a legítima defesa e o estado de necessidade (autotutela legítima) bem como o crime de exercício arbitrário das próprias razões previsto nos arts. 345 e 346 do Código Penal (autotutela ilegítima) (AZEVEDO, 2003, s/p).

Na heterocomposição, o poder de decisão é delegado a um terceiro, após a provocação dos interessados, e pode se dar por meio da jurisdição estatal ou pela jurisdição privada. Assim, ela decorre da imposição de um terceiro vinculado às partes. Quando elas não conseguem resolver seus conflitos, um terceiro, neutro ao conflito, é indicado para compor a controvérsia.

Na jurisdição estatal, os conflitos são resolvidos por meio de um terceiro pertencente à magistratura oficial, que embasado no Princípio da Imparcialidade e no Princípio do Juiz Natural, quando provocado por uma das partes, declara o direito ao caso concreto por meio de sentença, independentemente dos interesses e da satisfação das partes. Trata-se de um meio heterocompositivo e adversarial, que apresenta um modelo de realização de Justiça calcado na solução imperativa dada pelo juiz, enquanto representante do Estado (ISOLDI, 2008).

A autocomposição se apresenta como uma forma de resolução de conflitos decorrente da vontade dos próprios conflitantes, pela acomodação de suas pretensões, na medida em que estes conseguem encontrar uma forma de adequação de seus interesses originais. Ela pode ser direta, quando as próprias partes conseguem resolver os pontos, em relação aos quais estavam discutindo, ou indireta, quando as partes são estimuladas por um terceiro neutro ao conflito, para assim comporem a disputa.

Na autocomposição direta, a resolução do conflito se dá sem a intervenção de um terceiro. Desta forma, os conflitantes cedem em suas pretensões, caso julguem que o acordo gerado lhes seja vantajoso. A negociação e a transação são as formas de autocomposição direta, em que o consenso é atingido ao custo de concessões mútuas. Em sua forma indireta há a intervenção de um terceiro imparcial. Uma pessoa que não está envolvida diretamente no conflito e que não representa o interesse de nenhuma das partes conflitantes.

Na sociedade contemporânea, o novo enfoque de acesso à justiça traz os significados de acessibilidade a todos e produção de resultados que sejam individual e socialmente justos. O acesso à justiça deixou de ser um direito de acesso aos tribunais e ao direito, para ser um direito de acesso ao direito sem a passagem pelos tribunais. Isso se dá pela crise do Poder Judiciário, pois as estruturas tradicionais não conseguem mais dar uma resposta eficaz e justa aos problemas que surgem na contemporaneidade.

Como aponta o jurista Eduardo Borges de Mattos Medina, existe uma ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e um crescente anseio em tornarem

os direitos do cidadão comum realmente efetivos, pois os mecanismos tradicionais não atendem mais às necessidades e aos anseios exigidos pela sociedade (MEDINA, 2004).

Assim, atendendo as necessidades sociais, novos métodos de resolução de conflitos surgiram, para que os direitos dos cidadãos possam ser garantidos e viabilizados da melhor forma possível e correta.

No ano de 1970, nos Estados Unidos, surgiu o *ADR Movement*, o movimento foi o responsável por introduzir a ideia da *Alternative Dispute Resolution* ou mecanismos não convencionais de resolução de litígios.

Como traz Petrônio Calmon, a *ADR - Alternative Dispute Resolution* surgiu:

Como obra dos próprios litigantes ou pessoas que, de fora do mundo jurídico, dedicaram-se a estudar o fenômeno dos conflitos e seu sistema de soluções, apresentando soluções alternativas como contraposição ao custo e ao formalismo da solução judicial estatal, sobretudo por causa da inflação processual. As ADRs passaram a ser objeto de atenção por parte da sociedade jurídica organizada, que se defrontava com a *litigation explosion*, fenômeno que reclamava por urgente solução (CALMON, 2007).

Em 1988, foi aprovado o *Alternative Dispute Resolution Act*, esse ato que determinou a adoção das ADRs pelos tribunais federais e definiu legalmente o significado de *Alternative Dispute Resolution* como:

Qualquer processo ou procedimento diverso da decisão de um juiz, no qual um terceiro imparcial presta sua própria assistência na resolução de uma controvérsia, mediante métodos como mediação, arbitragem ou avaliação neutra prévia¹. (ESTADOS UNIDOS, 1998, s/p. Tradução nossa).

Nos Estados Unidos, as ADR são praticadas, em sua grande maioria, pelos profissionais altamente capacitadas ou por instituições especializadas, dedicadas exclusivamente à esta atribuição. São utilizadas em procedimentos que busquem a resolução de um conflito e que envolvem a intervenção de um neutro e imparcial para resolver o litígio, alternativamente ao processo judicial.

Os métodos alternativos de solução de contendas, mais utilizados nos Estados Unidos da América, são os institutos da arbitragem (*arbitration*), mediação (*mediation*), negociação (*negotiation*) e de processo misto (*mixed process*), nos quais os mecanismos mais comuns são a mediação-arbitragem (*med-arb*) e o mini julgamento (*mini-trial*), como se apresentar a seguir.

¹ Cf. 28 U.S. Code § 651 - Authorization of alternative dispute resolution. **(a) Definition:** For purposes of this chapter, an alternative dispute resolution process includes any process or procedure, other than an adjudication by a presiding judge, in which a neutral third party participates to assist in the resolution of issues in controversy, through processes such as early neutral evaluation, mediation, minitrial, and arbitration as provided in sections 654 through 658.).

A mediação-arbitragem se inicia como mediação. Na hipótese de as partes não chegarem a um acordo, cabe a arbitragem chegar ao melhor acordo, que será conduzido pela mesma pessoa que dirigiu a mediação ou por outra. Em relação ao mini-julgamento, esse não se configura realmente como um julgamento, mas sim como uma combinação entre negociação, mediação e processos tradicionais. Neste processo, as partes selecionam um conselheiro neutro, geralmente um advogado experiente na questão objeto da controvérsia, que irá dizer sua opinião sobre o que poderia ocorrer na hipótese de o caso ir a julgamento. Depois disso, as partes se retiram para negociar um acordo, com ou sem a presença do “juiz”. Em algumas vezes, a manifestação do “juiz” obrigará as partes, em outros casos o pronunciamento do “juiz” apenas facilitará o acordo entre estas. Assim, o mini-julgamento funcionará como usam simples mediação (MEDINA, 2004).

Como assevera Roberto Barcellar, cada um dos métodos consensuais ou adversariais (autocompositivo ou heterocompositivo) e meios alternativos (extrajudiciais ou judiciais) tem características próprias que podem melhor servir ao caso ou à situação, e que por isso devem ser disponibilizados ao usuário, para que ele tenha acesso à resolução adequada do conflito. Um método não é melhor ou pior do que outro, como afirma o jurista, mas diferente, por isso deverá ter indicação técnica mais adequada para o caso em análise. Para alguns casos é possível ter um próprio sistema judicial como o mais adequado, e talvez o único com melhores indicações, para administrar a situação objeto do conflito, para outros, a arbitragem ou a mediação como melhor e mais adequada opção para a resolução dos conflitos (BACELLAR, 2012).

Logo, como percorrido até o momento, o acesso à justiça está mais ligado à satisfação dos conflitantes com a forma, condução e o resultado do conflito, do que com a própria possibilidade do acesso ao Poder Judiciário. Ainda em relação ao conflito, esse é regulamento, no Brasil, pela Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Segundo a presente resolução, responsável por estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (Política Judiciária Nacional), essa tem por objetivo propiciar:

- a) a redução do congestionamento dos tribunais;
- b) a redução da excessiva judicialização de conflitos;
- c) a oferta de outros instrumentos de pacificação social, solução e prevenção de litígios;
- d) o estímulo, o apoio, a difusão, a sistematização e ao aprimoramento das práticas de resolução de conflitos;
- e) a uniformização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos;
- f) a disseminação da cultura de pacificação (BACELLAR, 2012).

Dentro dessa perspectiva, busca-se complementar ao sistema processual atual, composto até pouco tempo, fundamentalmente, pelo processo judicial, outras formas de

resolução de conflitos autocompositivas e heterocompositivas privadas. Utiliza-se, então, do sistema multiportas, no qual a jurisdição estatal se apresenta como uma das possibilidades de pacificação social. No Brasil, dentre as múltiplas possibilidades de resolução dos conflitos, além da Jurisdição Estatal comum, propriamente dita, encontram-se Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Transação, a Arbitragem, a Conciliação e a Mediação.

Nos Juizados Especiais Cíveis, a utilização da conciliação é essencial para a sua finalidade. Bem como a transação penal é essencial para a finalidade do Juizado Especial Criminal. De acordo com o artigo 2.º da Lei n.º 9.099/95, é determinado que o processo deve ser orientado pelos princípios da efetividade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e oralidade, sendo este último princípio de intensa aplicação nas audiências conciliatórias e de instrução e julgamento, para facilitar e agilizar o processo judicial (BRASIL, 1995).

O Juizado Especial Criminal traz consigo um modelo de processo consensual que elenca outras medidas que retiram a pena, tais como a suspensão condicional do processo e a representação para o delito de lesões corporais leves e culposas, além da conciliação e da transação.

Trata-se de um rito que difere do usual adotado pelo Processo Penal Comum, sem formalidades, célere, oral e objetivamente finalístico. É uma justiça consensual, pois possibilita o acordo entre a vítima e o autor, prestigiando a reparação do dano, ou entre Estado e autor, no caso de se tratar de uma ação penal pública incondicionada ou condicionada, se estiver presente a representação (LIMA, 2013).

O Brasil, seguindo a tendência mundial do *plea bargaining* (sistema americano), do *patteggiamento* (sistema italiano) e da reforma processual portuguesa, reconhecida como referência a nível europeu e internacional, adota um modelo próprio de justiça criminal consensual, que prioriza a transação penal, evita a continuidade do processo e a aplicação da pena privativa de liberdade (LIMA, 2013).

Podem ser vários os mecanismos de solução de conflitos. No entanto, o que todos devem possuir em comum é a busca da melhor solução para o litígio existente entre as partes, satisfazendo todos seus interesses, desde os jurídicos até aos pessoais de cada um dos participantes.

2.1.1 A arbitragem

A arbitragem se encontra disposta na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 114, §§ 1.º e 2.º, a constituição dispõe sobre a possibilidade de eleição de árbitros, quando frustrada a negociação coletiva de trabalho, além de estar regulamentada pela Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, que foi alterada pela Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015 (BRASIL, 1988).

A lei de arbitragem não apresentou o conceito de seu instituto jurídico, limitando-se, em seu artigo 2.º, a estabelecer adjetivos ao dispor que esta pode ser “de direito” ou de “equidade”, a critério das partes (BARBOSA; DARIENZO, 2009).

É um método de resolução de conflitos heterocompositivo, que possui características semelhantes aquelas do Poder Judiciário, mas que é realizada por particulares. Portanto, um terceiro, denominado árbitro, nomeado livremente pelos conflitantes, profere um julgamento que deverá ser acatado pelas partes.

A lei de arbitragem, por seu turno, não apresentou o conceito de seu instituto, restando à doutrina fazê-lo. Para Sérgio Pinto Martins, a arbitragem é “uma forma de solução de conflitos, feita por um terceiro estranho à relação das partes ou por um órgão, que é escolhido por elas, impondo a solução do litígio”. (MARTINS, 2002)

Juan Luis Colaiácovo e Cynthia Alexandra Colaiácovo definem a Arbitragem como um “processo consensual, no qual uma terceira parte neutra, o árbitro, ouve os argumentos das outras duas sobre o litígio, considera as evidências e emite uma decisão final” (COLAIACOVO; COLAIACOVO, 1999). E Rosane da Rosa Cachapuz considera a arbitragem como “meio de resolução de conflitos mais simples e objetivo, onde os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso” (CACHAPUZ, 2000).

Portanto, as partes conflitantes podem decidir por submeter a lide à decisão de um árbitro. Trata-se, pois, de um instrumento de composição de controvérsias fundado na autonomia de vontade das partes.

Como a arbitragem é instituída pela livre vontade dos conflitantes, se faz necessário que as partes firmem tal acordo por meio de convenção de arbitragem, que nada mais é do que um acordo escrito, por meio do qual as partes se obrigam a submeter seus litígios civis, atuais ou futuros, ao juízo arbitral, podendo assumir a forma de cláusula compromissória ou compromisso arbitral (ROCHA, 2008).

Do ponto de vista funcional, a distinção entre cláusula compromissória e o compromisso arbitral é que este trata de conflito atual, e aquela de conflito futuro ou eventual relacionado a um contrato existente entre as partes. Entretanto, uma vez que a opção das partes seja manifestada e a arbitragem escolhida, deverá ser instaurado o acordo, dentro dos princípios da informalidade e da flexibilização procedimental.

Isso pois, conforme art. 21, a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. Desde que observados os princípios constitucionais da imparcialidade do árbitro, sendo esse de livre convencimento, igualdade das partes, contraditório e de ampla defesa, como o regido pela Lei. 9.307/96, em seu artigo 21, § 2.º (BRASIL, 1996).

2.1.2 A transação e conciliação

A transação é o meio autocompositivo mais natural, singelo e informal, pois é praticado diretamente entre as partes, sem intervenção de terceiro, sem procedimento específico ou estruturado, de forma às partes chegarem num denominador comum. Logo, não implica, necessariamente, na existência de um conflito e/ou litígio.

Para Petrônio Calmon a transação é definida como:

O mecanismo de solução de conflitos caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos sem qualquer intervenção de terceiro, auxiliador ou facilitador. É uma atividade inerente à condição humana, pois o homem tem por hábito apresentar-se diante da outra pessoa envolvida sempre que possui interesse a ela ligado. Trata-se então, de prática que pode ser pessoal e informal, fazendo parte da natural convivência em sociedade (CALMON, 2007).

A legislação civilista, em seus artigos 840 a 850, da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, cita sobre o conceito de transação. Ela possui dois requisitos de validade: a reciprocidade de ônus e vantagens e a existência de alguma controvérsia entre as partes. Elas devem versar sobre os direitos patrimoniais de caráter privado, não podendo estender a vontade dos transatores para além dos termos em que foi feita (BRASIL, 2002b).

É necessário ressaltar que a transação não se confunde com a conciliação, sendo eles institutos distintos. Na transação haverá obrigatoriamente concessões mútuas, sob pena de se configurar renúncia, desistência ou doação, enquanto a conciliação pode ser obtida sem

sacrifício de um dos interessados e até com a renúncia pura e simples por parte deles. A conciliação se trata de um instituto de direito processual, enquanto a transação de um instituto de direito material. Inclusive, o Código Civil de 2002 trata a transação como uma espécie de contrato.

O Código de Processo Civil, a partir do artigo 165, dá ênfase à conciliação e à mediação judiciais, realizadas com a participação de conciliador ou mediador enquanto auxiliares da justiça, mas não exclui que as partes lancem mão de formas extrajudiciais de conciliação e mediação. Assim, a conciliação pode ser tanto judicial quanto extrajudicial (BRASIL, 2002b).

Além do mais, com o Código de Processo Civil de 2015, a conciliação deixou de ser, tão somente, um meio compulsório e endoprocessual e também passou a ser voluntária e extraprocessual, dentro de uma concepção de acesso à ordem jurídica justa, oficialmente inaugurada pelo Poder Judiciário por meio da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Dentro dessa nova concepção, a conciliação passa a ser entendida como:

Método autocompositivo, consensual, e voluntário de solução de conflitos, por meio do qual um terceiro neutro e imparcial é chamado para conduzir o procedimento, propiciar o diálogo produtivo entre as partes, a confrontação de seus pontos de vista, a investigação superficial do conflito auxiliar ativamente na criação e negociação de opções, inclusive com sugestões próprias e aconselhamentos e no fechamento do acordo, com o intuito de alcançar um resultado que solucione a controvérsia manifesta (ISOLDI, 2008).

O conciliador não tem autoridade para impor uma decisão às partes, mas pode propor o acordo. Na realidade, as partes conferem ao conciliador algum poder e este, ao conhecer os factos, vai sugerir ou recomendar um acordo em algum determinado sentido, embora caiba às partes aceitá-las (BANDEIRA, 2002).

2.1.3 A mediação

No contexto jurídico, a mediação é compreendida como um método autocompositivo de resolução de conflitos, que tem como escopo auxiliar os conflitantes a encontrar um acordo aceitável entre as partes, colocando fim as suas contendas, de forma pacífica, satisfatória e duradoura.

Para o teórico Roberto Portugal Bacellar:

A mediação, além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro mediador (agente público ou privado) que tem por objetivo solucionar

pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo, sem qualquer desgaste ou com o menor desgaste possível) preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vincula (BACELLAR, 2012).

Nesse sentido, a mediação é uma técnica que explora o sentido positivo do conflito, que deixa de ser compreendido como algo prejudicial ao indivíduo para receber uma conotação positiva, própria das relações humanas e necessária para uma convivência pacífica e solidária. Ainda, a mediação incentiva a maximização dos ganhos individuais por meio da cooperação mútua, auxiliando os indivíduos a identificar nas diferenças os interesses em comum.

Petrônio Calmon assevera que a mediação também apresenta a mesma concepção pois:

É a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. Se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado (CALMON, 2007).

Então, a mediação é uma técnica ou mecanismo autocompositivo de resolução de conflitos caracterizado pela participação de terceiro, neutro e imparcial, que auxilia e incentiva os envolvidos no conflito. O terceiro, denominado mediador, tem a função de facilitar a comunicação entre os conflitantes, aliviar as pressões emocionais e proporcionar harmonia no relacionamento das partes, a fim de que elas próprias construam a solução de seus conflitos.

O mediador não decide e nem interfere de forma direta no mérito da controvérsia. Pelo contrário, limita-se a questionar os conflitantes de maneira hábil e inteligente, conseguindo realizar uma comunicação efetiva entre as partes.

Para desempenhar essa função de forma hábil e efetiva, o mediador:

Há de se apresentar com neutralidade, capacitação, flexibilidade, inteligência, paciência, empatia, sensibilidade, imaginação, energia, persuasão, capacidade para se distanciar de ataques, objetividade, honestidade e perseverança, além de ser digno de confiança e ter senso de humor (CALMON, 2007).

Partindo do entendimento de que a mediação é um método não adversarial de resolução de conflitos, cujo fim é a pacificação social, para isso, os conflitantes recorrem a um terceiro neutro, que facilita a comunicação e a negociação entre as partes. Têm-se como princípios a serem respeitados no procedimento da mediação: autonomia da vontade das partes; confidencialidade; igualdade; imparcialidade; oralidade; informalidade; busca do consenso e boa-fé. Esses princípios decorrem da forma de condução e da atuação do mediador, bem como do próprio procedimento da mediação.

A mediação tem como finalidade a solução pacífica dos conflitos e o reatamento entre as partes. Para que isso ocorra, o mediador deverá incentivar uma solução benéfica para os

conflitantes, deverá demonstrar que por meio da cooperação e da concessão mútua, no final, se terá dois ganhadores e não um perdedor e um ganhador.

Segundo Azevedo, ao falar sobre o princípio da mediação, ele confirma a teoria do ganha/ganha de *John Forbes Nash*, matemático de Princeton da década de 50, que criou o conceito de *Equilibrium*, rompendo com o paradigma de Neumann, de que a regra básica no mundo era a competição e para o competidor ganhar, ele, necessariamente, tinha que levar seu adversário para a derrota. Nash parte do pressuposto da cooperação, no qual é possível maximizar ganhos individuais cooperando com o adversário. Logo, se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham (AZEVEDO, 2003).

Portanto, não havendo cooperações, concessões e benefícios mútuos entre os conflitantes, estar-se-á diante da teoria ganha-perde ou da teoria perde-perde.

As características principais do instituto da mediação são: voluntariedade; cooperação; responsabilização; intervenção de um terceiro; confiabilidade; flexibilidade e confidencialidade. Cezar Fiúza ainda apresenta como elemento caracterizador da mediação o conflito de interesses e a intenção de promover acordo (FIUZA, 1985).

Para Celia Regina Zapparolli, a mediação:

Atua nos conflitos intersubjetivos; é voluntária; confidencial; informal; proporciona espaços de confiabilidade, segurança e respeito; disponibiliza meios ao equilíbrio de poderes, à mudança da visão adversarial, pode proporcionar uma comunicação mais eficiente entre os mediandos; pode promover a transformação no padrão relacional, o que proporciona meios à sua autorresponsabilização; é praticada por um terceiro estranho ao conflito, capacitado e treinado, que não esteja no exercício da autoridade, utilizando das técnicas de comunicação, escuta ativa e negociação (ZAPPAROLLI, 2013).

Nos dias atuais, existem três modelos ou escolas clássicas consideradas primordiais para a orientação das diferentes práticas da mediação. Esses modelos são o Modelo Tradicional-Linear de Harvard, o Modelo Circular-Narrativo e, por fim, o Modelo Transformativo.

Segundo o modelo Tradicional-Linear de Harvard, desenvolvido na Escola de Negociação de Harvard (*Program on Negotiation at Harvard Law School-PON*), a mediação é considerada uma negociação facilitada ou assistida, sendo possível a aplicação de duas abordagens: a abordagem adversarial, em que os interesses das partes entram em conflito, por consequência, tem-se a figura de um vencedor e um ganhador e a abordagem não adversarial (*problem solving*), que contrapõe a adversarial.

O modelo integrativo foi implementado no Programa de Negociação de Harvard, eles foram os responsáveis por desenvolver uma negociação baseada em princípios ou negociação baseada no mérito. O objeto aqui é a resolução do conflito e não o acordo em si. Parte-se do

pressuposto de que as partes podem chegar a um acordo, pois são capazes de pensar racionalmente, deixar de lado as emoções, enxergar o problema com clareza e reconhecer um resultado equitativo e aceitável para ambas as partes.

A mediação circular-narrativa foi desenvolvida no ano de 1995, na Universidade de Santa Bárbara, Califórnia. Este modelo decorre da agregação de várias teorias, como a teoria narrativa, a teoria cibernética, a teoria da comunicação e a teoria geral dos sistemas, a partir da mudança de paradigma produzida pela física quântica. A mediação circular-narrativa tem por fundamento a legitimação das pessoas, a mudança de significados e a criação de contextos. Seus objetos são a relação e o acordo, já o objetivo é o acordo com ênfase na comunicação e interação entre as partes (ISOLDI, 2007).

Uma das peculiaridades deste modelo é a busca da desconstrução das narrativas iniciais. A escuta das narrativas se alterna com as perguntas de esclarecimento e de desestabilização. Desde a primeira reunião conjunta, o mediador solicita a apresentação de alternativas, trabalhando, assim, a interdependência e a circularidade. O principal escopo é estabelecer o problema como um problema compartilhado, uma vez que a mediação é uma oportunidade para trabalhar o conflito. Aqui não se enfoca o problema relacional do problema substantivo, mas o conflito em sua complexidade sistêmica (GÓMEZ, 2015).

Na mediação transformativa, o acordo é uma possibilidade. O que se busca é a retomada da comunicação e da confiança entre os conflitantes e o estreitamento dos laços entre as partes, o acordo é uma mera consequência.

Neste tipo de mediação, denominada de mediação passiva, não existe a intervenção direta do mediador, aqui o mediador exerce o papel de facilitador da comunicação entre as partes, utilizando-se de técnicas de negociação, para que as partes juntas e de forma autônoma encontrem uma solução benéfica por meio do diálogo. Para tanto, o *empowerment* ou empoderamento das partes é fundamental para que os conflitantes solucionem o conflito.

Registre-se ainda, que a escola transformativa trabalha o conflito na sua integralidade em seu aspecto emocional, afetivo, financeiro, psicológico e legal. Portanto, o ideal é que o conflito seja trabalhado dentro de uma perspectiva interdisciplinar.

2.2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Embora o termo justiça restaurativa englobe uma série de iniciativas, programas, declarações políticas e práticas, até mesmo outras nomenclaturas como justiça transformadora

ou transformativa, justiça relacional, justiça restaurativa comunal e justiça recuperativa, na essência o termo apresenta princípios, conceitos e características próprias.

O conceito de justiça restaurativa surgiu no ano de 1975, quando o psicólogo americano Albert Eglash, crítico do modelo retributivo do sistema de justiça criminal vigente, em seu trabalho com detentos do Estado de Michigan, utilizou a expressão *restorative justice* (justiça restaurativa) para distinguir o seu modelo reabilitador de tratamento.

Entretanto, a expressão *restorative justice*, utilizada por Albert Eglash, não correspondia efetivamente aos princípios fundadores da Justiça Restaurativa, pois se concentrava no ofensor e deixava a vítima à margem da justiça, além de limitar a reintegração social às medidas materiais das consequências (JACCOUD, 2005). Com a eclosão da Justiça Restaurativa, aumentaram-se, então, os esforços para delimitar as experiências e práticas da justiça restaurativa.

Em 1990, Howard Zehr publicou *Changing Lenses*, considerado um clássico na literatura da Justiça Restaurativa, pois em busca da reavaliação das medidas penais tradicionais e da inovação no campo penal, a teoria produzida pelo autor contrapôs o modelo clássico de justiça criminal, o dito retributivo, e propôs a adoção de uma nova lente ou paradigma, de um novo modelo de justiça criminal (ZEHR, 2008).

O autor assevera, contudo, que para que isso ocorra, deve ser preciso enxergar o crime sob a perspectiva das 04 (quatro) dimensões básicas do mal cometido, sem a primeira dimensão a da vítima; a segunda a dos relacionamentos interpessoais; a terceira a do ofensor e, por fim, a quarta dimensão a da comunidade (ZEHR, 2008).

Além do mais, ante inúmeros equívocos a respeito da conceituação deste novo paradigma, a teoria propôs esclarecer o que deveria ou não deveria ser considerado Justiça Restaurativa. Neste sentido:

A Justiça Restaurativa não é um programa voltado principalmente para o perdão e a reconciliação; a justiça restaurativa não é uma mediação; a justiça restaurativa não é estratégia desenhada principalmente para reduzir as taxas de reincidência delitiva; a justiça restaurativa não dirige principalmente sua atenção para os delitos menores nem de réus primários; a justiça restaurativa um substituto do sistema legal; a justiça restaurativa não é necessariamente uma alternativa ao encarceramento; a justiça restaurativa não se opõe, necessariamente, à retribuição (ZEHR, 2008).

Complementou ainda, Howard Zehr, dizendo que a justiça restaurativa apresentava uma abordagem fundamental, qual seja, das necessidades e dos papéis das vítimas, dos ofensores e da comunidade. Assim, existem ao menos quatro tipos de necessidades das vítimas que precisam ser atendidas e que muitas vezes, em razão do tipo do crime ocorrido e da natureza do

processo penal, são negligenciadas, essas necessidades são a Informação, a narração dos atos, o controle e a restituição ou reivindicação do delito (ZEHR, 2008).

Outra área de interesse na Justiça Restaurativa diz respeito a responsabilidade ativa do ofensor. O modelo retributivo de justiça, se preocupa que os ofensores recebam a pena, ou seja, o castigo que merecem. Logo, os ofensores não são motivados a compreender as consequências ou em assumir a responsabilidade por suas ações e muito menos em desenvolver empatia pelas vítimas.

Para o modelo restaurativo, segundo Zehr, os ofensores precisam ter:

I. Responsabilidade ativa para reparar os danos ocasionados; fomentar a empatia e a responsabilidade; e transformar a vergonha; II. Motivação para uma transformação pessoal que inclua: a cura das feridas do passado, que contribuíram para sua conduta delitativa atual; oportunidade para o tratamento de seus vícios e outros problemas; o fortalecimento de suas capacidades e habilidades pessoais; III. Motivação e apoio para reintegrar-se na comunidade; IV. Reclusão temporal ou permanente para alguns deles (ZEHR, 2008).

A última área de interesse da Justiça Restaurativa, para Howard Zehr, diz respeito às necessidades da comunidade, enquanto vítimas, em desenvolver um sentido de comunidade e de responsabilidade de uns para com os outros; em desenvolver motivação para assumir suas responsabilidades em prol do bem-estar de todos os seus membros, incluídas as vítimas e ofensores e fomentar as condições para criar e assegurar que as comunidades sejam sãs (ZEHR, 2008).

A partir desses alinhamentos, Howard Zehr passou a conceituar a Justiça Restaurativa como:

Um processo que envolve, na medida do possível, a todos os que tenham interesse em uma determinada infração, a identificar e tratar coletivamente os danos, necessidades e obrigações decorrentes de tal delito, com a finalidade de sanar e emendar os danos da melhor maneira possível (ZEHR, 2008).

Outro autor que discorre sobre o mesmo tema é o jurista Lode Walgrave, ele compreende a Justiça Restaurativa como “uma opção para se fazer justiça após a ocorrência de uma ofensa, que se orienta principalmente, em direção à reparação do dano individual, relacional e social causado aquela ofensa” (WALGRAVE, 2008).

Já Tony Marshall traz que a Justiça Restaurativa é “um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, lidar com as consequências práticas desta ofensa e as suas implicações no futuro” (MARSHALL, 2000).

Pode-se identificar elementos de formação e construção deste novo modelo restaurativo: *a)* o crime atinge a vítima, a sociedade e o próprio ofensor; *b)* para combater de forma eficaz o

crime, devem ser atendidas as necessidades das vítimas e da comunidade; *c*) deve se dar a possibilidade ao ofensor, de responder perante suas vítimas de forma significativa, e ainda de se responsabilizar pela reparação do dano que tenha causado.

Neste contexto, a filosofia central deste novo paradigma se concentra em:

Uma variedade de práticas que buscam responder ao crime de uma maneira mais construtiva que as respostas dadas pelo sistema punitivo tradicional. Pode-se dizer que a filosofia deste modelo se resume nos três ‘R’: Restauração, Responsabilidade e Reintegração. Responsabilidade do autor, desde que cada um deve responder pelas suas condutas; restauração da vítima, que deve ser reparada, para sair de sua posição de vítima; reintegração do infrator, restabelecendo-se os vínculos com a sociedade danificada com o ilícito (RAMIREZ, 2005).

Portanto, a justiça não deve ser compreendida como um mero ato de retribuição, mas como um ato de restauração, pois somente assim conseguirá reparar a lesão, promover a cura das vítimas e contrabalancear o dano advindo do crime. E ainda que seja impossível garantir a recuperação total das partes envolvidas, a justiça pode oferecer, ao menos, um contexto no qual esse processo pode começar.

Então, o primeiro objetivo da justiça deve ser de restauração e reparação das vítimas. Esta restauração:

Não significa esquecer ou minimizar a violação. Implica num senso de recuperação, numa forma de fechar o ciclo. A vítima deveria voltar a sentir que a vida faz sentido e que ela está segura e no controle. O ofensor deveria ser incentivado a mudar. Ele ou ela deveriam receber a liberdade de começar a vida de novo. A cura abarca um senso de recuperação e esperança em relação ao futuro (RAMIREZ, 2005).

Mas a reparação não favorece somente a vítima, favorece também o ofensor, pois diz respeito a restauração de um equilíbrio. Ela reconhece o valor ético da vítima e também percebe o papel do ofensor e as possibilidades de arrependimento deste. Além do mais, com uma reparação rápida e voluntária, o ofensor pode sair livre, em função de uma atenuante da pena ou de uma suspensão condicional.

Por último, a restauração entre vítima-ofensor também traz grande vantagem para a Administração da Justiça, pois com isso, a vítima deixa de acionar a engrenagem do judiciário, e o judiciário, por sua vez, deixa de despender tempo e dinheiro com ação de indenização de natureza cível.

Contudo, não há que se esquecer que a reparação que a Justiça Restaurativa apregoa vai além da perspectiva material e abarca uma dimensão simbólica e psicológica. Isso pois, vai além das necessidades de cunho patrimonial-financeiro, as necessidades mais prementes das vítimas são de apoio e segurança e que logo depois destas surgem outras necessidades como: de que alguém as escute; de partilhar com os outros seu sofrimento; de saber que o que lhes

aconteceu estava errado e não era merecido; de saber que os outros também acham errado aquilo que aconteceu consigo; de saber que algo foi feito para corrigir o mal e reduzir as chances de uma nova ocorrência; de ouvir os outros reconhecendo sua dor e legitimando sua experiência (ZEHR, 2008).

Sanar ou remediar o relacionamento entre vítima e ofensor deve ser o segundo objetivo da justiça. O movimento da justiça restaurativa chama esse objetivo de reconciliação, essa que, por seu turno, descreve o perdão da vítima ante o arrependimento pleno do ofensor. Perdoar significa não permitir mais que a violação e o ofensor dominem a vítima, então o verdadeiro perdão é um ato de cura e de empoderamento. Entretanto, não seria realista esperar que a reconciliação aconteça em todos os casos, em muitos deles não se chegará a nenhum tipo de relacionamento parecido com reconciliação, em outros será possível evoluir para um relacionamento satisfatório que não envolve intimidade ou confiança total (ZEHR, 2008).

Outro aspecto importante da reconciliação diz respeito a responsabilização. A prática de um crime gera obrigação, obviamente a obrigação primária é da pessoa que causou a violação, quando alguém prejudica outrem, ele tem a obrigação de corrigir o mal, ou seja, de ter a justiça pelo seus atos. Essa justiça significa levar os ofensores a compreenderem e reconhecerem o mal que fizeram e, em seguida, tomarem medidas, mesmo que incompletas e simbólicas, para corrigi-lo (ZEHR, 2008).

Quando um delito acontece, é preciso que o ofensor se responsabilize pelo ato praticado, mesmo que tenha havido perdão por parte da vítima. Responsabilizar-se significa reconhecer o erro, compreender o dano causado, assumir as consequências e agir para corrigir a situação. Os ofensores raramente são estimulados a compreender os custos e os atos praticados.

A verdadeira responsabilidade inclui a compreensão das consequências advindas do ato infracional e a assunção de responsabilidade pelos resultados destas ações. Logo, a responsabilização é fundamental para a restauração ou cura da vítima, além da formação do caráter do ofensor.

Por último, a justiça deve ter como objetivo a reintegração do ofensor e a prevenção do delito. A reintegração diz respeito a tentativa de reestabelecer os relacionamentos do ofensor não só com a vítima, mas com a comunidade, ao qual lesou. Por certo que a reintegração pode não ser total, mas de acordo com Zahr, qualquer ponto entre a extrema hostilidade e um forte relacionamento já é um progresso em termos de reintegração social (ZEHR, 2008).

Para Francisco Amado Ferreira, a Justiça Restaurativa se encontra orientada por oito princípios básicos: o de “voluntarismo; de consensualidade; de complementaridade; de

confidencialidade; de celeridade; de economia de custos; de mediação e de disciplina” (FERREIRA, 2006).

Nem sempre os mecanismos de Justiça Restaurativa evitarão um processo criminal. Quando esses chegam ao conhecimento da polícia ou da autoridade judiciária, há suspeita de prática de fatos suscetíveis de integrar a qualificação de crime público, mas ainda assim, tendo em conta os benefícios para a vítima e para o ofensor, o procedimento de mediação pode se revelar de grande utilidade, pois o ofensor pode reparar extrajudicialmente a vítima e retratar-se perante a mesma, sendo-lhe aplicada uma pena de prisão de menor duração, além do mais, conclui, pela existência, em verdade, de uma dupla complementaridade entre o sistema de Justiça “oficial” e os mecanismos de Justiça Restaurativa pois:

Se em sede geral devem coexistir como mecanismos de prevenção e administração de conflitos, no caso concreto, nada impede que eles funcionem em simultâneo e em satisfação dos interesses públicos e privados suscitados por uma mesma ofensa (FERREIRA, 2006).

De acordo com Chris Marshall, Jim Boyack, e Helen Bowen, a visão e a prática da Justiça Restaurativa são formadas por diversos valores fundamentais, dentre os quais se destacam: a) a *participação*: os mais afetados pelo crime devem ser aqueles que tomam as decisões no processo; b) a *honestidade*: na justiça restaurativa se embasa na verdade dita e não necessariamente, na elucidação dos fatos; c) a *interconexão*: a justiça restaurativa reconhece os laços comunais que unem a vítima e o infrator, ambos são membros valorosos da sociedade; d) a *responsabilidade*: Quando uma pessoa causa um dano a outro, o infrator tem a obrigação moral de aceitar a responsabilidade pelo ato e por atenuar as consequências; e) o *empoderamento*: O crime rouba o sentido de poder e autonomia das vítimas, a Justiça restaurativa devolve os poderes a estas vítimas, dando-lhes um papel ativo para determinar quais são as suas necessidades e como estas devem ser satisfeitas, isto também dá poder aos infratores de se responsabilizarem por suas ofensas (MARSHALL; BOYACK; BOWEN, 2005).

As intervenções restaurativas vêm se desenvolvendo sob diferentes modelos. As formas contemporâneas mais discutidas de Justiça Restaurativa são os programas de mediação vítima-ofensor (*victim offender mediation - vom*, *victim offender reconciliation program - vorp*); a conferência (*conferencing*); modelo Zwelethemba; os círculos decisórios (*sentencing circles*); *Wagga Model*, Modelo de Camberra, *Real Justice Model*, dentre outros.

O modelo de mediação vítima-ofensor adota a filosofia dos três “R”, destacados por Sérgio Garcia Ramirez: *restauração*, *responsabilização* e *reintegração*, pois oferece o

envolvimento direto das partes na mediação; o diálogo restaurativo; a assistência à vítima; a responsabilização do ofensor; a reparação do dano; a restauração entre as partes, na medida do possível e a reintegração do ofensor à comunidade (RAMIREZ, 2005).

Nos dias atuais, são inúmeros os programas de mediação vítima-ofensor que se encontram em funcionamento nos Estados Unidos da América e no Canadá, muitos deles são desenvolvidos nas comunidades e nas igrejas, por voluntários treinados e com alguma característica relacionada à vítima, ao ofensor ou à etnia.

Estes programas dão ênfase na reconciliação das partes, na cura das vítimas, na assunção de responsabilidade por parte do ofensor e na restauração das perdas. Nas conferências familiares se ampliam o círculo de participantes, incluindo os familiares e outras pessoas que sejam importantes para as partes. Como:

Houve uma tendência a usar esse modelo para ajudar os infratores a se responsabilizarem por suas ações e mudarem seu comportamento; seus parentes são particularmente importantes, assim como outros membros relevantes da comunidade. No entanto, a família da vítima também é convidada a participar. Em alguns casos, e especialmente quando as conferências têm potencial para influenciar o julgamento final do caso, um representante da justiça criminal também pode estar presente. (ZEHR, 2008).²

No *Wagga Model*, desenvolvido em *New South Wales*, na Austrália, o modelo foi reformulado para produzir encontros restaurativos conduzidos pela polícia para casos de menor gravidade, como uma forma de “advertência restaurativa”. Aqui, a mediação cabe a um agente policial, a um oficial de justiça ou a um voluntário com alguma especialização no domínio da mediação penal, estes procuram reunir o ofensor, a vítima, as respectivas famílias, alguns amigos ou outras pessoas que tenham sido afetadas com a ofensa. A conferência apenas tem lugar nos casos em que já tenha havido uma investigação preliminar com admissão de autoria pelo agressor. O entendimento alcançado envolve, uma reparação apropriada sobre os danos e perdas causadas à vítima, o acordo é então reduzido a escrito, contudo, não assume um caráter vinculativo (FERREIRA, 2006).

O *circle sentencing* se trata de um processo com origem nas práticas dos povos nativos dos Estados Unidos da América e do Canadá. O objetivo primário foi reduzir o número de jovens indígenas nas prisões, mas atualmente, apresenta uma utilização múltipla, que pode ir

² Se há tendido a usar este modelo para ajudar a los ofensores a asumir la responsabilidad por sus acciones y a cambiar su comportamiento, los familiares del ofensor son particularmente importantes, al igual que otros miembros relevantes de la comunidad. Sin embargo, la familia de la víctima también es invitada a participar. Em algunos casos, y especialmente cuando las conferencias tienen la posibilidad de influir en el fallo final del caso, también puede estar presente un representante de la justicia penal.

desde o combate ao alcoolismo até a revelação de abusos sexuais, suas causas e a medidas preventivas. Se baseia em noções amplas de participação comunitária.

Destaca-se ainda, como programa de justiça restaurativa o *Real Justice Model* onde a mediação é exercida por um agente da polícia, um oficial da justiça, um componente da direção escolar - onde vítima-ofensor estudam - ou até mesmo, um voluntário (FERREIRA, 2006).

Por último, desenvolve-se ainda outro processo de *conference*: o *Family group decision-making*. Trata-se de um processo de reunião surgido no âmbito da colaboração desenvolvida entre o Estado, as famílias e determinadas instituições, com o fim de garantir a segurança num dado espaço e numa determinada comunidade local.

Este modelo de conferência assume um caráter essencialmente preventivo e se destina a prevenir os riscos de vitimização criminal sentido em específicas incidências, ou categorias de indivíduos, como as crianças, dado a sua maior exposição ao risco de abusos e tendo ainda em conta a sua natural dificuldade em se defenderem das agressões (FERREIRA, 2006)

A justiça restaurativa, em todos os seus modelos, busca principalmente resolver a lide entre as partes de modo que satisfaça todos os interesses envolvidos, em especial o da pessoa lesada e o da comunidade afetada pelo problema, abarcando sua resolução os conflitos jurídicos, mas também os conflitos pessoais e relacionais entre os seus participantes. Alcançando-se todas as esferas do litígio, pode-se chegar a uma resolução mais completa e satisfatória do que a comumente encontrada em um processo judicial.

3 DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

3.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Antes do estudo da violência doméstica propriamente dita, de maneira conceitual, deve ser realizado um referencial histórico acerca do ciclo da violência doméstica contra a mulher, analisando suas causas, perguntando-se o porquê da violência ter acontecido no passado de maneira tão frequente, quase que comum e porque continua acontecendo em nosso país, apesar de tanta evolução social e jurídica em relação ao tema.

Apesar dos diversos estudos realizados ao longo das últimas décadas quanto a violência doméstica, não só em um campo teórico, mas também aplicados à realidade e à prática, com a implementação de medidas protetivas da mulher que sofre de violência doméstica e da criação de Legislações específicas para combater essa prática. Não há uma resolução efetiva e real contra esse problema na sociedade brasileira.

Grande parte desse problema é social. Ao longo das décadas, criou-se um imaginário de que a culpa da violência é da mulher. Ditados populares foram criados, levando à uma sensação de que a violência é algo normal, comum. Tais brincadeiras escondem o fato de que a própria sociedade é tolerante à violência contra a mulher, que de maneira indireta leva a mais violência, já que não apenas incentiva o dominante a continuar com a prática, mas desanima o dominado a buscar ajuda, já que não consegue denunciar seu agressor (DIAS, 2015).

Analisando o contexto histórico, nota-se que desde as civilizações antigas foi criado um cenário de patriarcado, com autoridade absoluta do patriarca ou do chefe de família. Foram criados papéis para cada um dos participantes dessa sociedade patriarcal, sendo que ao homem cabia a função de proteção da família e do sustento dela.

No entanto, ao longo da história houve grandes distorções quanto ao papel de cada um dos membros da família, levando à formas de dominação do homem em relação a mulher, procurando nesse conceito de sociedade patriarcal justificativas para a aceitação de um ideal de superioridade do homem em relação à mulher, levando a violência.

A força física, a superioridade corporal do homem, se tornaram amuletos para exercerem em muitos casos dominação sobre os membros da família, criando um imaginário social de proteção à agressividade masculina, já que é dever do homem ser viril, devendo demonstrar sua força para adquirir um status de que realmente é homem perante o contexto social. Houve uma grande deturpação quanto ao exercício do papel de protetor da família, de provedor da mesma

pelo homem, sendo que tal papel foi utilizado inúmeras vezes como justificativa para a violência do homem contra a mulher e contra sua família (DIAS, 2015).

Maria Berenice Dias explicita essa situação afirmando que “nesse contexto é que surge a violência, justificada como forma de compensar possíveis falhas no cumprimento ideal dos papéis” (DIAS, 2015).

Muitas vezes a violência esconde um passado sombrio para o agressor. Para Berenice Dias:

Quem vive a violência – muitas vezes até antes de nascer e durante toda a infância – só pode achar natural o uso da força física. Quando o agressor foi vítima de abuso ou de agressão na infância, ele tem medo e precisa ter o controle da situação para se sentir seguro. A forma que encontra de se compensar é desprezar, insultar, agredir. Também a impotência da vítima – que não consegue ver o agressor punido – gera, nos filhos, a consciência de que a violência é um fato natural (DIAS, 2015).

A análise prática dos casos de violência doméstica mostra isso. Desde 1980, quando se começou a analisar o número de homicídios femininos no Brasil, foram constatados mais de 92 mil assassinatos de mulheres no Brasil, 43 mil só na última década (DIAS, 2015).

Dias expõe que:

Em 2014, foram registrados 52.957 relatos de violência doméstica. Perto de 50% desses casos foram relatos de violência física, 30% de violência psicológica, 10% de violência moral, 3% de violência sexual, 2% de violência patrimonial e o restante de cárcere privado e de tráfico de pessoas (DIAS, 2015).

O documento denominado Panorama da Violência Contra as Mulheres no Brasil, do Governo Federal, de 2018, indica que a taxa de homicídios de mulheres no Brasil cresceu do ano de 2006 até 2015. Isso demonstra que apesar dos esforços para o combate à violência doméstica estarem sendo realizados em variadas esferas dos poderes públicos e da iniciativa privada, ainda faltam soluções efetiva para se conter o crescimento, apesar de pequeno, da violência doméstica e familiar contra as mulheres (BRASIL, 2018).

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade entre homens e mulheres em seu artigo 5º, inciso I, inclusive no âmbito das relações familiares (artigo 226, §5º). Impõe também ao Estado o dever de assegurar assistência à família e criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (artigo 226, §8º) (DIAS, 2015).

Para Maria Berenice Dias:

Olvidou-se de excluir a violência doméstica ao reconhecer alguns crimes como de pequeno potencial ofensivo, a serem julgados de maneira sumária por juizados especiais, admitindo a transação penal e a aplicação de medidas despenalizadoras (CF, art. 98) (DIAS, 2015).

O grande problema foi que ao definir os crimes contra a mulher no ambiente doméstico, como delitos de menor lesividade, levando-os até os Juizados Especiais Criminais, condicionou o legislador à representação dos delitos de lesão corporal leve e culposa, transferindo à vítima a iniciativa de buscar o Poder Judiciário para a garantia de seus direitos. Com isso, o Estado se omitiu de sua obrigação de punir, garantindo não só a impunidade, mas também deixando de preservar a vida e garantir a integridade física da mulher (DIAS, 2015).

A tentativa realizada pelo Legislativo, para dar efetividade e celeridade aos processos de delitos contra a mulher, acabou por surtir efeito oposto, já que pela relação de hipossuficiência existente entre agressor e agredido, deixam de ocorrer diversas denúncias de diversos casos de violência doméstica que acontecem dentro das famílias brasileiras. Apenas com o advento da Lei Maria da Penha, foi que começaram a ocorrer avanços legais na proteção da mulher.

A Lei 10.455/2002 alterou a redação do parágrafo único do artigo 69 da Lei dos Juizados Especiais, criando medida cautelar de natureza penal, admitindo a possibilidade do juiz decretar o afastamento do agressor do lar conjugal na hipótese de violência doméstica. Mais adiante, a Lei 10.886/2004 acrescentou subtipo à lesão corporal leve decorrente de violência doméstica, aumentando a pena mínima de 3 para 6 meses de detenção (DIAS, 2015).

Com a introdução da Lei 11.340/2006, a dita Lei Maria da Penha, sua relatora, trouxe dados que demonstravam a impunidade até então dos casos de violência doméstica, já que havia sido demonstrado que 90% dos casos de violência doméstica eram arquivados ou levados à transação penal, sendo apenas 2% dos acusados eram condenados (DIAS, 2015).

Ainda mais, com a criação da Lei Maria da Penha, foram criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Passou a caber à polícia a instauração do inquérito; a vítima passou a ter garantida serviços da Defensoria Pública e da Assistência Judiciária Gratuita; o juiz passou a ter a prerrogativa de determinar o afastamento do agressor do lar, retirando seu contato com a família; passou a ser permitida a prisão preventiva do agressor; ao juiz passou a determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação (DIAS, 2015).

Assim, medidas mais rígidas passaram a ser tomadas, para que as proteções às mulheres vítimas de violência doméstica passassem a ser mais eficaz, evitando a impunidade e a reincidência do agressor, tão comum anteriormente à introdução da Lei Maria da Penha.

Em 2004 e 2007, foram criados dois Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres, que levaram ao Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra a Mulher. Para Maria

Berenice Dias, em relação aos eixos estruturantes do Pacto Nacional, cita que impacto foi responsável pela:

1 – garantia da aplicabilidade da Lei Maria da Penha; 2 – ampliação e fortalecimento da rede de serviços para mulheres em situação de violência; 3 – garantia de segurança à cidadã e acesso à Justiça; 4 – garantia dos direitos sexuais e reprodutivos; enfrentamento da exploração sexual e do tráfico de mulheres; 5 – garantia da autonomia das mulheres em situação de violência e ampliação de seus direitos (DIAS, 2015).

Portanto, os esforços na legislação infraconstitucional pátria têm sido tomados para a garantia dos direitos da personalidade das mulheres vítimas de violência familiar e doméstica, como medidas para atender a recomendação da Organização dos Estados Americanos (OEA), para que o Brasil tivesse nova postura diante dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, cumprindo também o já expressado na Constituição Federal de 1988 (DIAS, 2015).

A garantia aos direitos das mulheres já vem sendo tratada por órgãos internacionais há algumas décadas. Desde a década de 20, o sentimento feminista via a necessidade de aprovação de resoluções acerca do tratamento dado as mulheres ao redor do mundo. Em 1922, foi realizada a primeira Conferência Pan-Americana de Mulheres, sendo posteriormente criada a Associação Pan-Americana para o Avanço das Mulheres, que influenciou futuras conferências a estudarem formas de se combater discriminações contra as mulheres, para que pudessem ter os mesmos direitos civis e políticos dos homens (MELLO, 2009).

Pouco depois, foi criada a Comissão Interamericana de Mulheres, primeiro organismo criado especialmente para tratar de temas relacionados com os direitos das mulheres a nível governamental. Em 1948, a Comissão foi incorporada pela Organização dos Estados Americanos, ela é, portanto, anterior ao próprio surgimento das Nações Unidas.

Em 1975, houve a I Conferência Mundial sobre a Mulher, essa Conferência resultou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, assinado pela Assembleia Geral da ONU em 1979.

Maria Berenice Dias, ao tratar da Convenção supracitada, afirmou que:

A Convenção prevê a possibilidade de ações afirmativas abarcando áreas como trabalho, saúde, educação, direitos civis e políticos, estereótipos sexuais, prostituição e família. Esse foi o primeiro instrumento internacional que dispôs amplamente sobre os direitos humanos da mulher. Tem dois propósitos: promover os direitos da mulher na busca da igualdade e reprimir quaisquer discriminações contra ela (DIAS, 2015).

Em 1980 e em 1985, aconteceram, respectivamente, a II e III Conferência Mundial sobre a Mulher. Em 1993, na Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas, a violência contra a mulher foi definida formalmente como violação aos direitos humanos.

Já a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, de 1994, trouxe em seu documento a conceituação de violência contra a mulher, sendo ratificada pelo Brasil no ano seguinte. No mesmo ano, a conceituação de violência contra a mulher foi ratificada na Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, sendo promulgada posteriormente, em 2002.

Entre os tratados internacionais que merecem destaque, tem-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996, que em seu artigo primeiro define a violência contra a mulher como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada (BRASIL, 1996, s/p).

A Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis da Mulher; Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos à Mulher; Convenção sobre Nacionalidade da Mulher; Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, que define a discriminação contra a mulher como sendo:

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (BRASIL, 2002a).

Além disso, outras convenções foram de muita importância, tais como a Convenção da Organização Internacional do Trabalho, que tratou da igualdade de remuneração pelo mesmo trabalho entre mulheres e homens; a Convenção da OIT de 1958, sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão e pôr fim a Convenção da OIT de 1988 que estabelece a proteção à maternidade (MELLO, 2009).

Para Adriana Ramos de Mello:

A necessidade de se criar uma legislação que verdadeiramente coibisse a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista tanto na Constituição como nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, é reforçada pelos dados que comprovam sua ocorrência no cotidiano da mulher brasileira (MELLO, 2009).

Portanto, apesar de tardio, o Brasil já possui uma legislação que resguarda e regulamenta os direitos assegurados, em nível internacional, às mulheres. No entanto, ainda faltam modificações ligadas à legislação e, em especial, à criação de medidas e métodos alternativos

que levem à maior proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar, assegurando todos os seus direitos da personalidade e direitos fundamentais garantidos por nossa Constituição Federal.

3.2 DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SUAS FORMAS

A Lei 11.340/ 2006, Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, cita que:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

Portanto, o artigo 5º da Lei trouxe a definição da violência doméstica e familiar contra a mulher, dessa forma, qualquer tipo de agressão física ou psicológica que ocorra dentro do espaço da casa, entre pessoas com ou sem vínculo familiar, incluindo os cônjuges, parentes, adotados e agregados, é considerado violência doméstica e familiar.

O legislador não exige coabitação para a caracterização da violência, podendo ter havido convívio, mas podendo também nunca ter havido o convívio com o autor da agressão, tendo, no entanto, mantido relação íntima com o mesmo. A violência decorre das relações descritas no artigo, não importando que tenha ocorrido em âmbito doméstico ou fora dele (MELLO, 2009). A Lei Maria da Penha, portanto, apenas terá incidência se acontecer no contexto doméstico, familiar ou com a existência de relação íntima de afeto.

Dentro do contexto doméstico, a mulher se torna mais vulnerável, devido ao seu contato com o agressor, sendo de certa maneira invisível ao público, utilizando-se o agressor desses pretextos para manter a mulher presa nessa situação, já que não vislumbra maneiras de noticiar tal problema a outras pessoas (BIANCHINI, 2013).

Ao mesmo passo que o agressor reconhece a situação existente, aproveitando-se dela para manter a violência, aumentando gradativamente o potencial ofensivo de suas agressões, a

vítima se vê cada vez mais presa a situação, não possuindo, em sua concepção, meios para que possa interromper o papel de vítima de violência doméstica (BIANCHINI, 2013).

Assim, a violência contra a mulher ocorre de maneira predominante no lar, devido à proximidade entre agressor e vítima, por esse motivo, o artigo 5º da Lei Maria da Penha especifica as três situações de incidência de sua norma. O inciso I, do artigo 5º cita o âmbito da unidade doméstica, “compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas” (BRASIL, 2006, s/p). Assim, delimita o lugar e tempo da violência, em lugar onde coexistam pessoas de maneira permanente, não incluindo pessoas que ocupem o espaço de maneira pontual (BRASIL, 2006).

Tal definição também retira a exigência de vínculo familiar, abrangendo pessoas agregadas de maneira esporádica, como sobrinhas, enteadas, irmãs, babás, empregadas domésticas. A exigência em relação ao convívio não se compreende pela longevidade em dias, mas sim pela permanência de forma ininterrupta (BIANCHINI, 2013).

O inciso II do artigo supracitado cita também o âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa (BRASIL, 2006).

Assim, a ligação com o agressor pelo vínculo da unidade doméstica é de grande importância para que haja as implicações da Lei de maneira completa. A necessidade não é restrita aos laços naturais, mas por afinidade ou vontade expressa. Caso não haja ligação entre agressor e agredida, pertencendo ambos à mesma unidade doméstica, não há que se falar em aplicação da Lei Maria da Penha (BIANCHINI, 2013).

A família pode ter várias composições, com diferentes graus de parentesco, podendo ser natural, civil, por afinidade ou afetividade. Em alguns casos específicos, como cunhado que agride cunhada, ou irmão que agride irmã, temos aplicações especiais da Lei.

No primeiro caso citado, tanto a Doutrina quanto a Jurisprudência do STJ entendem, quanto a aplicação da Lei Maria da Penha, por se incluírem ambos no mesmo conceito de pertencimento do âmbito doméstico. No segundo caso citado, há a discussão em relação a coabitação entre irmãos (em que o entendimento majoritário é de que não é necessária a coabitação) e também em relação a verificação se a violência está ou não baseada em questão de gênero, podendo essa definir a aplicação da Lei Maria da Penha ou não (BIANCHINI, 2013).

O inciso III do artigo 5º da Lei traz que a sua aplicação se dará “em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação” (BRASIL, 2006, s/p).

Apesar do texto da Lei ser claro, ainda existe a discussão sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em casos de relações entre namorados e ex-namorados. No ano de 2008, o STJ entendeu que a Lei Maria da Penha não deveria ser aplicada em casos envolvendo ex-namorados, apenas para posteriormente reformar seu entendimento, compreendendo essa relação como passível de aplicação da Lei.

Mesmo com a inovação trazida pelo texto de Lei, alguns contextos de violência contra a mulher ainda não foram contemplados pela nova Legislação. Casos como o de violência no trabalho, violência na escola ou no âmbito institucional, em locais como hospitais, delegacias ou prisões ainda não foram abarcados (BIANCHINI, 2013).

Ainda em relação a Lei 11.340/2006, a da Lei Maria da Penha, em seu artigo 6, tem-se que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” (BRASIL, 2006, s/d).

A Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher trouxe outra definição sobre a violência contra a mulher, como sendo:

Qualquer ato de violência baseado no gênero que resulte, ou possa resultar, em dano físico, sexual ou psicológico ou em sofrimento para a mulher, inclusive as ameaças de tais atos, coerção ou privação arbitrária da liberdade, podendo ocorrer na esfera pública ou na esfera privada.. (BRASIL, 2002a)

Assim, ficou claro que a ocorrência da violência contra a mulher acontece tanto em espaços públicos, quanto em espaços privados, devendo os Estados eliminar tais violências, não podendo eles usarem de pretextos religiosos ou de costumes para afastarem suas obrigações quanto às violências. Os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais (MELLO, 2009).

O art. 7º da Lei Maria da Penha dispõe que:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
 I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
 II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise desagradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
 III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2006).

Apesar da definição trazida pelo artigo, o rol é meramente ilustrativo, já que o dispositivo faz menção à expressão “entre outras”. Ao elencar com maior precisão os tipos de violência cometidos contra a mulher, amplia o sentido da palavra violência em relação ao compreendido pelo direito penal. A Lei não traz em todas as condutas violentas estabelecidas correspondente penal.

Alice Bianchini ilustra que:

Enquanto que no direito penal a violência pode ser física ou corporal (lesão corporal, p. Ex.), moral (configurando grave ameaça) ou imprópria (compreendendo todo meio capaz de anular a capacidade de resistência – uso de estupefacientes, p. Ex.), a Lei Maria da Penha se vale do seu sentido sociológico; mais do que isso, utiliza-se do conceito de violência de gênero. Um ex-cônjuge, por exemplo, que cause dano emocional e diminuição da autoestima mediante manipulação, nos termos da Lei Maria da Penha, está praticando uma violência psicológica (art. 7º, II). Nesses casos, mesmo não havendo crime, uma gama de ações assistenciais e de prevenção pode ser prestada em favor da mulher, como, por exemplo, o “acesso prioritário à remoção quando servidora pública” (art. 9º, § 2º, I) (BIANCHINI, 2013).

Assim, podem ser incluídas outras formas de violência contra a mulher, que não tenham sido necessariamente mencionadas pela Lei, sempre que ela se basear em uma questão de gênero.

Para Adriana de Mello, tal artigo “trata-se de um painel ilustrativo, que resume o produto consolidado de pesquisas sobre as ofensas às quais a mulher é submetida no âmbito doméstico” (MELLO, 2009).

A violência física é descrita no art. 7º, inciso I da Lei Maria da Penha. O art. 7º, I, da Lei Maria da Penha dispõe: “São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal” (BRASIL, 2006).

A violência física é a violência predominante nos casos de violência familiar e doméstica, representando cerca de 65% dos casos, segundo pesquisa do DataSenado. Nos registros de recepções da Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180), em 2011, cerca de 60% dessas ligações eram relacionadas à violência física.

Segundo os autores Ronaldo Pinto e Rogério Cunha, violência física é:

Toda ofensa à integridade física e corporal praticada com o emprego de força, podendo abranger socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras etc., visando, desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da

vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente, *vis corporalis* (CUNHA; PINTO, 2011).

Apenas o uso da força física que cause ofensa ao corpo ou à saúde já define a violência física. Nesses casos, a palavra da vítima possui presunção de veracidade, ocorrendo a inversão do ônus da prova, bastando a mulher alegar que foi vítima de violência, ainda que não tenha em seu corpo sinais visíveis de agressão, dá-se, portanto, maior credibilidade à palavra da vítima da agressão, sendo mais facilmente identificada a agressão, no entanto, se deixar sinais ou hematomas (DIAS, 2015).

Dados trazidos no Parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa mostram que cerca de 40% dos casos de violência doméstica levam a lesões corporais graves, como deformidade permanente e perda de membro, apontando a prevalência de lesões na região da cabeça e do pescoço, sobretudo no rosto (BIANCHINI, 2013).

A saúde corporal também é alvo de proteção da legislação. O estresse crônico causado pela violência também desencadeia sintomas físicos, chamados de transtorno de estresse pós-traumático. Tal transtorno pode levar a ansiedade e a depressão, reduzindo sua capacidade para ocupações habituais, ocasionando sua tipificação como lesão grave ou gravíssima, pela perpetuação da ofensa à saúde (DIAS, 2015).

Em relação as lesões culposas, tem-se que apenas as condutas praticadas dolosamente podem configurar violência física, já que o artigo 18 do Código Penal, em seu parágrafo único, dispôs que “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente” (BRASIL, 1940, s/p). A Lei Maria da Penha silencia-se quanto a esse tópico (DIAS, 2015).

Em relação à violência psicológica, o artigo 7º, inciso II da Lei Maria da Penha dispõe que:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise desagradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (BRASIL, 2006).

A proteção dada pelo dispositivo é para a autoestima e a saúde psicológica. A violência psicológica é uma agressão emocional, que acontece quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, procurando fazer ela se sentir amedrontada, inferiorizada, diminuída, se chamando de *vis compulsiva* (DIAS, 2015).

A pesquisa DataSenado constatou que a violência psicológica representou cerca de 38% dos casos de violência doméstica, no ano de 2011. Sua caracterização se dá pelo fato de não ser reconhecida pela vítima como algo injusto ou ilícito (BIANCHINI, 2013).

As formas de violência psicológica não são sempre identificáveis pela vítima, por estarem associadas, em muitos casos, a fenômenos emocionais agravados por fatores como álcool, perda do emprego, problema com os filhos, morte de familiares ou outras situações de crise e sofrimento, estando a violência psicológica presente em todas as categorias de violência doméstica, estando condicionada na negativa ou impedimento a vítima de exercer sua liberdade e condição de alteridade em relação ao agressor (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007).

O reconhecimento do dano psicológico não necessita de laudo técnico ou da realização de perícia, bastando o reconhecimento de sua ocorrência pelo juiz, cabendo a concessão de medida protetiva de urgência, sendo que qualquer delito praticado mediante violência psicológica impõe majoração da pena, segundo artigo 61, II, *f*, do Código Penal (DIAS, 2015).

Quanto à violência sexual, o artigo 7º, inciso III da Lei Maria da Penha dispõe que:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2006).

Os direitos sexuais são aqueles livres de exploração da orientação sexual, podendo a pessoa escolher o parceiro, exercitando a prática sexual dissociada do objetivo reprodutivo. Os direitos reprodutivos consideram a escolha do casal na quantidade de filhos que deseja ter, sendo assegurado o matrimônio, não sendo as condutas dispostas no texto legislativo taxativas, havendo possibilidade de analogia com outra conduta (BIANCHINI, 2013).

O Código Penal brasileiro é severo quanto à prática de crimes praticados com abuso de autoridade decorrente de relações domésticas. O artigo 61, II, do Código Penal, dispõe como circunstâncias que sempre agravam a pena o fato de o crime ter sido praticado contra cônjuge e com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, sendo inserido também a violência contra a mulher, pela Lei Maria da Penha (DIAS, 2015).

Assim, o crime de estupro; o de violação sexual mediante fraude; o assédio sexual; o crime sexual contra vulneráveis; a satisfação de lascívia, se cometidos contra mulheres, no âmbito das relações domésticas, familiares ou de afeto, constituem-se violência doméstica,

aumentando em metade sua pena quando o agente for “ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título de autoridade sobre ela”, conforme art. 226, II do Código Penal (BRASIL, 1940)

A violência patrimonial é descrita no inciso IV, do art. 7º, da Lei Maria da Penha, esse cita que:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades (BRASIL, 2006).

Por essa definição trazida pela Lei Maria da Penha, não se aplicam mais as imunidades absolutas ou relativas dos artigos 181 e 182 do Código Penal, nos casos em que a vítima mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar. A subtração, a apropriação e destruição de bens perpetrados contra a mulher em situação familiar, não admitirá o afastamento da pena ao infrator, não desaparecendo o crime ou ficando sujeito à representação, ocorrendo ainda o agravamento da pena (DIAS, 2015).

O não pagamento de alimentos, dentro ou fora da vida em comum, é considerado também violência doméstica, além do delito de abandono material, pela não satisfação da subsistência da mulher, não podendo ela prover sua própria.

Para Alice Bianchini:

A ausência de autonomia econômica e financeira da mulher contribui para sua subordinação e/ou submissão, ao enfraquecê-la, colocando-a em situação de vulnerabilidade, atingindo diretamente a segurança e dignidade, pela redução ou impedimento da capacidade de tomar decisões independentes e livres, podendo ainda alimentar outras formas de dependência como a psicológica (BIANCHINI, 2013).

Portanto, questionamentos acerca da utilidade desse dispositivo se mostram equivocados, devido a importância da segurança patrimonial à mulher, que ao ter seu próprio meio de subsistência facilita sua independência e sua não subordinação à uma relação abusiva, em que ocorre a violência doméstica.

O art. 7º, inciso V, da Lei Maria da Penha dispõe que: “ São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria” (BRASIL, 2006).

A Lei Maria da Penha traz como uma das formas de violência doméstica a violência moral, reproduzindo os conceitos penais dispostos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal,

sendo delitos contra a honra, mas que quando cometidos em decorrência de vínculo de natureza familiar ou afetiva, configuram violência doméstica, com agravamento da pena.

Outra violência moral é a calúnia, essa consiste na imputação da prática de fato criminoso que o sujeito ativo do crime sabe ser falso, logo, o fato atribuído pelo ofensor à vítima é definido como crime. Na difamação, há imputação da prática de fato desonroso, que atinge a reputação da vítima, há atribuição de fato ofensivo à reputação da vítima. Já na injúria, há ofensa a vítima devido a atribuição de qualidades negativas.

A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva, consumando-se quando terceiros tomam conhecimento da afirmação. A injúria atinge a honra subjetiva, com sua consumação quando o ofendido toma conhecimento da imputação. Para Maria Berenice Dias, “a violência moral é sempre uma afronta à autoestima e ao reconhecimento social, apresentando-se na forma de desqualificação, inferiorização ou ridicularização” (DIAS, 2015).

Portanto, a Lei Maria da Penha trata de maneira mais abrangente os tipos penais já trazidos pelo Código Penal, não só em relação à violência moral, mas também em suas outras formas, como a violência física, psicológica, sexual e patrimonial, trazendo ações que acabam configurando como violência contra a mulher para a seara de atos passíveis de medidas protetivas, podendo ser reconhecidas como violência doméstica. A sua falta de tipicidade como delito penal não retira sua caracterização como ato violento, se enquadrando no conceito de violência familiar ou doméstica trazido pela Lei Maria da Penha.

3.3 A LEI MARIA DA PENHA E A PROTEÇÃO JURÍDICA DA MULHER

A violência doméstica e familiar contra a mulher é um fenômeno de ocorrência muito anterior a criação de qualquer legislação que passou a tratar, e ainda hoje cuida, dos direitos da personalidade da mulher. É um problema mundial de impunidade e de saúde pública, com impacto social e econômico de grande importância.

Segundo Lima e Santos ao falar sobre a Organização Mundial de Saúde, a violência doméstica ocorre em todo o mundo, atingindo mulheres de todas as faixas etárias, grupos sociais, econômicos, culturais e religiosos (LIMA; SANTOS, 2010).

O caráter sistêmico da violência doméstica, que se perpetuou por longas décadas sem uma resposta efetiva do ordenamento jurídico não só no Brasil, mas por todo o mundo, mostraram a grande necessidade de ações para conter esse fenômeno.

Para tanto, variadas legislações internacionais de direitos humanos, bem como legislações internas com o objetivo de conter a violência doméstica, têm sido criadas ao longo das últimas décadas. E apesar de em muitas situações, tais legislações terem se mostrado elitistas, não tendo sido cumpridas de maneira total e eficaz pelo Poder Judiciário de nosso país, além da omissão do Estado em relação ao tema, tais legislações mostram ser uma tentativa de resposta para que a violência doméstica tenha uma resolução efetiva, respeitando os direitos da personalidade das mulheres e, mais do que isso, suas vidas.

Para os autores Fausto Rodrigues de Lima e Claudiene Santos:

A violência praticada na intimidade não é mais assunto “privado”, ou pertinente à família, ao contrário, é de interesse público e diz respeito à democracia e à cidadania. Esse entendimento requer o rompimento de padrões culturais enraizados no pensamento jurídico que têm negado às mulheres em situação de violência doméstica, o pleno exercício das garantias e de seus direitos fundamentais (LIMA; SANTOS, 2010).

A Lei 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, foi criada nesse contexto, como uma tentativa de se combater de maneira real e eficaz a violência familiar e doméstica que acontece de maneira tão corrente em nosso país.

3.3.1 Do surgimento da Lei Maria da Penha

Maria da Penha Maia Fernandes é farmacêutica bioquímica pela Universidade Federal do Ceará, com Mestrado em Parasitologia pela Faculdade de Ciências Farmacêuticas da Universidade de São Paulo. Casou-se com o colombiano Marco Antonio Heredia Viveros, que conheceu na USP. Após a conclusão dos estudos, voltaram para Fortaleza.

Em 1983, Maria da Penha foi atingida por um projétil de arma de fogo enquanto dormia, o que a deixou paraplégica. Após quatro meses hospitalizada, retornou a sua casa, onde foi mantida em cárcere privado, quase sendo eletrocutada na hora de tomar banho.

Após a Secretaria de Segurança ter descoberto que o autor do disparo havia sido o marido de Maria da Penha, passaram-se 19 anos, até que a prisão de seu agressor acontecesse, o que se deu em 2002 por conta de uma denúncia feita contra o Brasil, em 1998, pelo Comitê Interamericano de Direitos Humanos (CIDH), da Organização dos Estados Americanos (OEA), sobre “a clara discriminação contra as mulheres agredidas, pela ineficácia dos sistemas judiciais brasileiros e sua inadequada aplicação dos preceitos nacionais e internacionais” (DIAS; SEIXAS, 2013).

O caso de Maria da Penha foi denunciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e também pelo Centro de Justiça e o Direito Internacional, pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos direitos da Mulher. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou, em 2001, o Relatório 54/2001.

O relatório final da CIDH afirma que:

1. A violação sofrida se constitui uma tolerância de todo o sistema que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher. (...) não havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado, como representante da sociedade, para punir esses atos; 2. É dever do Estado tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher. CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2001)

O relatório menciona também o compromisso assumido pelo Brasil por meio da ratificação dos Tratados Internacionais assinados em 1984, na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e em 1994, na Convenção de Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. Recomenda, também, ações com a finalidade de proteger os direitos humanos das mulheres para prevenir, punir e erradicar a discriminação e a violência contra a mulher (DIAS; SEIXAS, 2013).

Para cumprir tais exigências, a Secretaria Especial de Políticas das Mulheres elaborou um consórcio de Organizações Não Governamentais e de juristas renomados para realizar as mudanças legislativas necessárias. O Projeto de Lei 4.559/2004, que teve como relatora a Deputada Federal Jandira Feghali, foi aprovado pelo Congresso em 07 de agosto de 2006, sendo sancionado como Lei Federal 11.340, em 2006, lei chamada de Lei Maria da Penha.

Segundo a Jurista e Promotora Lindinalva Corrêa:

A Lei Maria da Penha, ainda que tardiamente promulgada, já que o Brasil é o 18º país da América Latina a efetivar uma lei com tais características, constitui um marco inigualável na luta por igualdade de gênero e foi elaborada atendendo aos ditames constitucionais vigentes, tratando-se de medida de ação afirmativa, tanto servindo para a punição do agressor, como para o tratamento da vítima e de seus familiares, a fim de se buscar a efetiva diminuição da desigualdade e da violência em si, visando, em última análise, resguardar e proteger as famílias brasileiras (DIAS; SEIXAS, 2013).

Assim, com a Lei Maria da Penha, o Brasil não apenas atendeu as recomendações dos órgãos internacionais, cumprindo o que havia ratificado anteriormente, como deu um passo a frente no respeito aos direitos da personalidade da mulher, o que garantiu um maior acesso à Justiça e deu visibilidade ao problema da violência doméstica, o que fez com que o tema

passasse a ser amplamente debatido nos mais diversos meios da sociedade brasileira, desde as universidades, passando pelo meio jurídico até o campo político, sendo um ponto de partida na luta pelo fim da violência familiar e doméstica contra a mulher.

3.3.2 Dos objetivos da Lei Maria da Penha

Os objetivos principais da Lei Maria da Penha estão dispostos no artigo 1º da Lei. O art. 1º da Lei Maria da Penha cita que:

Art. 1º. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir, Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

Já o art. 5º do mesmo dispositivo dispõe que:

Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no âmbito da unidade doméstica (...); II – no âmbito da família (...); III – em qualquer relação íntima de afeto (BRASIL, 2006).

Assim, o primeiro e o quinto artigo da Lei Maria da Penha definem o principal objetivo da Lei, que é o de coibir e prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou de relação íntima de afeto. A sua criação foi motivada por alguns aspectos, como no respeito aos direitos humanos das mulheres e sua busca por igualdade, em especial no tocante aos direitos fundamentais, como a integridade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial, como explicitado na Lei.

Para Claudiene Santos e Fausto Lima, a Lei Maria da Penha foi concebida com a finalidade de:

Reconhecer e combater a violência de gênero, possibilitando uma formação saudável e equilibrada de família; atuar nos casos de Violência contra a Mulher na ambiência doméstica, familiar ou de vínculos afetivos, impedindo a banalização da violência, com a projeção extramuros das referidas condutas criar mecanismos eficazes à concreção de Direitos Fundamentais, na perspectiva de gênero; instituir Políticas de Atendimento Judicial e de Assistência Psicológica e Social à vítima, agressores e seus dependentes; dar visibilidade à problemática da violência contra a mulher, através de controles estatísticos das ocorrências; e possibilitar sistemas de cooperação entre o Poder Judiciário, Ministério Público, Executivo e Sociedade (LIMA; SANTOS, 2010).

A Lei Maria da Penha foi criada não apenas com o objetivo de sanar o problema da violência doméstica no Brasil, mas também para resolver problemas muito mais profundos do que aqueles que a violência causa, que foram escancarados pelo relatório da Corte Interamericana de Direitos Humanos e que foram expostos na exposição de motivos da própria Lei Maria da Penha.

A Legislação foi criada com o intuito de resolver os problemas de inadequação do tratamento dado pelos Juizados Especiais Criminais nos casos de violência doméstica, o de intensificar as medidas protetivas e de punição nos casos de violência doméstica, de ampliar o acesso à Justiça pelas vítimas de violência doméstica e de superar obstáculos impostos às mulheres de baixa renda no Brasil (MELLO, 2009).

Também melhorou o acesso ao emprego e às instituições pelas vítimas de violência doméstica, ampliar a assistência na área de saúde, melhorar as fases pré-processuais e processuais, de forma a facilitar a ouvida da vítima, a efetuação da notícia do crime e o aumento das penas aos agressores, como medida de combate à impunidade (MELLO, 2009).

Portanto, fica clara a intuição do legislador ao tratar do problema da violência doméstica em variados aspectos, desde suas causas até seus efeitos, procurando a criação de medidas preventivas da violência doméstica, para que não venham a acontecer e tratando de maneira mais rígida a punibilidade do agressor, melhorando a assistência das agredidas, nos casos em que a violência doméstica e familiar venha a acontecer.

3.3.3 Das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha elenca um rol de medidas para garantir que as mulheres sejam protegidas, não só detendo o agressor, mas também garantindo a segurança da vítima. É também esse o dever do juiz e do Ministério Público.

O capítulo II da Lei 11.340/2006, em seus artigos 18 a 24, traz as medidas protetivas de urgência. Dentre elas, podem ser aplicadas as medidas de suspensão da posse ou restrição do porte de armas; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; proibição de determinadas condutas; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores; prestação de alimentos provisionais ou provisórios (BRASIL, 2006).

Além disso, para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as medidas de restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor; proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum;

suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida (BRASIL, 2006).

As medidas protetivas de urgência foram as principais inovações da Lei Maria da Penha, juntamente com a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. As medidas protetivas acabaram por aumentar a prevenção, proteção e combate à violência, possibilitando ao magistrado diversas possibilidades de atuações, isso conforme a necessidade do caso concreto.

As principais características das medidas protetivas de urgência são o seu caráter primordial de urgência; seu requerimento, podendo ser pelo ofendido, pelo delegado ou pelo Ministério Público; a possibilidade da decretação de ofício pelo Juiz; a não necessidade de audiência para concessão da medida; a possibilidade de sua aplicação de maneira isolada ou cumulativa; a possibilidade da substituição de uma medida por outro poder ser a qualquer tempo (BIANCHINI, 2013).

As espécies de medidas protetivas de urgência se classificam em medidas que obrigam o agressor; medidas dirigidas a vítima, de caráter pessoal; medidas dirigidas a vítima, de caráter patrimonial e medidas dirigidas a vítima nas relações de trabalho. As medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor são o afastamento do lar; a proibição de aproximação; a proibição de contato; a proibição de frequentar determinados lugares; a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Já as medidas protetivas dirigidas à proteção física e psicológica da ofendida são o encaminhamento a programa de proteção ou de atendimento; a recondução ao domicílio, após o afastamento do agressor; o afastamento da ofendida do lar e a separação de corpos. Enquanto as medidas protetivas dirigidas à proteção patrimonial dos bens de propriedade da mulher são a restituição de bens; a proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade comum; a suspensão de procuração; a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Conforme ensina Fausto Rodrigues de Lima, as medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha:

Não são instrumentos para assegurar processos; têm por finalidade proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem; não são acessórios de processos principais, nem se vinculam a eles; não visam processos, mas pessoas; assemelham-se aos *writs* constitucionais que, não protegem

processos, mas direitos fundamentais do indivíduo. As medidas protetivas são medidas cautelares inominadas que visam garantir direitos fundamentais e coibir a violência no âmbito das relações familiares (BIANCHINI, 2013)

Portanto, as medidas protetivas de urgência criadas pela Lei Maria da Penha, além de sua originalidade, foram criadas para dar efetividade ao propósito da Lei, que é o de garantir o respeito aos direitos fundamentais e da personalidade da mulher. A principal função da Lei é a de garantir a integridade física, psicológica, patrimonial, moral e sexual da mulher e as medidas protetivas de urgência provocam uma atitude rápida e eficiente de todos os envolvidos, desde o juiz, passando pela autoridade policial, até o Ministério Público, para que esses direitos sejam respeitados e a vítima seja protegida.

4 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

4.1 A LENTE RESTAURATIVA COMO UMA NOVA EXPERIÊNCIA DO CRIME

Após um determinado crime, uma vítima passa por um processo de recuperação para chegar a um ponto em que não são mais dominadas emocionalmente pelo seu agressor. O sentimento natural após um crime é que a vítima sinta que perdeu o controle sobre a própria vida, que alguém assumiu o controle dela, de nosso espaço pessoal, deixando a pessoa vulnerável, indefesa, sem controle e desumanizada.

Isso acontece pois vislumbramos um mundo ordenado e organizado, com significado e uma crença na autonomia pessoal. O crime tende a retirar esse senso de ordenança e ao acontecer isso procuramos explicações para o acontecido e quando não conseguirmos essas respostas temos a tendência de nos culpar, culpar aos outros e a Deus.

Para que possamos recuperar esse sentimento de segurança na vítima, algumas necessidades devem ser atingidas. Elas precisam de ressarcimento pelas suas perdas, sejam elas financeiras ou materiais, bem como psicológicas. Muitas vezes, a prioridade das vítimas não é relacionada às perdas materiais, mas se direcionam a outros aspectos, sendo que um desses aspectos é a resposta de informações quanto ao crime cometido.

Howard Zehr afirma haver seis perguntas básicas que a vítima precisa responder para se recuperar:

O que aconteceu? Por que aconteceu comigo? Por que agi da forma como agi na ocasião? Por que tenho agido da forma como tenho desde aquela ocasião? E se acontecer de novo? O que isso significa para mim e para minhas expectativas (minha fé, minha visão de mundo, meu futuro)? (ZEHR, 2008)

As respostas para essas perguntas são de extrema importância durante o processo de recuperação e de cura das vítimas, sendo que a falta de respostas pode dificultar muito esse processo.

Além disso, as vítimas precisam expressar e validar suas emoções, seus sentimentos e seu sofrimento, para contarem suas histórias, e para que essas sejam validadas e ouvidas pelos outros. Precisam também de empoderamento, ou seja, restituição de sua autonomia pessoal. A sensação de controle sobre a própria vida deve ser dada à vítima, e isso pode acontecer por meio de uma experiência de justiça, sabendo que o acontecido com elas foi errado, injusto e

imerecido. Além disso, necessitam saber que atitudes estão sendo tomadas para corrigir as injustiças cometidas contra elas, para que não venham a acontecer de novo (ZEHR, 2008).

Todas as perguntas que as vítimas respondem são feitas no sentido de retomarem o sentido de significado, algo essencial a todos. A sensação de justiça é a mais básica delas, pois, como cita o autor Michael Ignatieff, “oferece uma estrutura de significado que confere sentido à experiência” (IGNATIEFF, 1988).

A vitimização é geralmente uma experiência traumática, violando o nosso próprio significado como indivíduo autônomo e o significado do relacionamento com outros. Essa vitimização acontece não apenas nos crimes de maior gravidade, mas também nos de menor gravidade. Entre as vítimas há sempre padrão de comportamento comum em relação ao crime cometido, a recuperação da vítima se dá por meio da satisfação de diversas necessidades da mesma (ZEHR, 2008).

Apesar de todo o exposto, nota-se que no processo judicial, a vítima tem pouca participação em todo o processo judicial que ocorre, sendo que suas necessidades não são levadas em consideração pelo juízo. Os desejos e anseios das vítimas não são considerados e até mesmo as informações do caso não são passadas as mesmas, tudo isso agrava ainda mais o sofrimento da vítima, pela retirada de qualquer poder de suas mãos pelas autoridades judiciais, esse sentimento de fraqueza, se não curado, pode durar por vários anos.

Howard Zehr expõe que:

O fato de que não levamos as vítimas a sério deixa um imenso legado de medo, suspeita, raiva e culpa e nos conduz a exigências persistentes e crescentes de vingança. Encoraja a formação de estereótipos que, por sua vez, levam ao agravamento da desconfiança, estimulando preconceitos de raça e classe social (ZEHR, 2008).

As vítimas não têm seus sofrimentos e necessidades escutadas, não tem restituição daquilo que perderam, não podem auxiliar na resolução do problema, não são auxiliadas em sua recuperação e não são informadas do que acontece desde o momento do crime. Ou seja, as pessoas que mais sofreram com a prática do delito são as mais excluídas de sua resolução.

Em relação ao ofensor, tem-se que costumeiramente, após a perpetuação de um crime e a consecução do processo penal, é determinado a ele uma pena privativa de liberdade. O encarceramento, em especial nas sociedades ocidentais, é visto como reação normativa ao crime, não é o último recurso a ser considerado e justificado pelo juiz, mas sim o primeiro, sendo que os juízes têm a necessidade de explicar sentenças que não sentenciem o preso a uma privação de liberdade.

E o encarceramento apenas serve para perpetuar um processo de violência que já está acontecendo na vida do ofensor, apenas perpetuando nele um comportamento já violento. Se a prisão deveria servir para que o preso pudesse, também, ter uma mudança de comportamento, ao passo que se tornasse apto para conviver socialmente, ela apenas torna esse comportamento distorcendo o padrão de normalidade.

Como cita Howard Zehr:

Todo o entorno carcerário é estruturado com o fim de desumanizar. Os prisioneiros recebem um número, um uniforme, pouco ou nenhum espaço pessoal. São privados de praticamente todas as oportunidades de tomar decisões e exercer poder pessoal. De fato, o foco de todo o ambiente é a obediência e o aprendizado de aceitar ordens. Ele ou ela talvez aprendam a obedecer, a ser submissos, e essa é a reação que o sistema prisional incentiva. Assim, não é de se surpreender que aqueles que melhor se conformam às regras da prisão são os que pior se adaptam à vida na comunidade depois de soltos (ZEHR, 2008).

O preso será privado das situações que poderiam ensiná-lo sobre bons valores, sobre a responsabilidade, sobre como conseguir e manter um emprego, ser independente, respeitar os outros, lidar de maneira pacífica com os conflitos que irá enfrentar, dessa forma, ele recorrerá à violência em qualquer situação que não se sinta validado, ou que não consiga resolver um problema.

A grande probabilidade é que o ofensor saia de sua experiência prisional pior do que quando entrou. A falta de habilidade para lidar com a liberdade e os padrões de relacionamento e comportamento aprendidos na prisão apenas reforçam a ideia de que a prisão não coíbe a reincidência criminal. E mesmo a ameaça de aprisionamento não desestimula qualquer comportamento criminoso, em especial para pessoas marginalizadas ou daqueles que já estiveram presos (ZEHR, 2008).

A responsabilização é vista quase que em sua totalidade como sofrimento por meio de consequências punitivas. Essa visão é limitada, não causando vínculo entre o ato e as consequências, não permitindo que o ofensor realmente se sinta pessoalmente responsabilizado pelo ato que cometeu.

Pelo contrário. Pela natureza adversarial do processo judiciário, os estereótipos sobre as vítimas são reforçados, estimulando o foco do processo aos crimes cometidos pelo ofensor e não ao dano causado a vítima. Isso provoca um sentimento no ofensor de que foi maltratado, focando em sua condição ao invés de ver a condição da vítima e, ainda pior, provoca uma racionalização do ofensor que leva ele a se isolar da vítima, colocando a culpa pelo acontecido na própria vítima ou nas situações.

A responsabilidade real é por meio da compreensão das consequências humanas causadas pelos atos criminosos, assumindo a responsabilidade pelos resultados desses atos, incentivando-se a tomada de medidas para a reparação dos danos causados (ZEHR, 2008).

Tanto o ofensor, quanto a vítima precisam de arrependimento e perdão para que haja uma cura verdadeira acerca do acontecido. O perdão é abrir mão do poder da ofensa e do ofensor sobre a pessoa, não permitindo que a ofensa a domine, assumindo o controle de sua vida. O perdão leva ao empoderamento e a cura, passando da condição de vítima a sobrevivente (ZEHR, 2008).

Para o ofensor, deve haver perdão e confissão. Eles devem confessar seus erros, admitir sua responsabilidade e reconhecerem o mal que fizeram, apenas assim podem ser curados, possibilitando uma nova vida com uma mudança de suas atitudes e cura para a vítima. Tanto a vítima quanto o ofensor necessitam de cura e está ocorrerá apenas se forem oferecidas ocasiões para o perdão, confissão, arrependimento e reconciliação.

Em relação à questão do poder, tem-se que a autonomia e o poder pessoal são peças centrais no fenômeno criminal, sendo vivenciadas pelos sujeitos do conflito. Uma das experiências mais traumáticas vivenciadas pela vítima é a negação de sua autonomia pessoal, pelo sentimento de que está sendo “coisificada”, desumanizada.

Em relação ao ofensor, a escolha pela criminalidade pode se dar justamente pela busca por um sentimento de poder sobre a própria vida, algo que é geralmente inexistente entre eles, pelas suas experiências pessoais, em especial em relação às pessoas marginalizadas.

De qualquer jeito, o processo judicial reafirma o sentimento de insuficiência sentido pela vítima e muitas vezes pelo ofensor, já que retira toda a autonomia do autor do crime, quando o coloca em uma prisão e porque nega as vítimas qualquer participação no processo ao qual faz parte e no qual foi prejudicada.

Quando há o acontecimento de um crime é natural que criamos alguns pressupostos para formar nossa reação quanto ao crime. Howard Zehr afirma que nós presumimos cinco fatos diferentes, “A culpa deve ser estabelecida; a justiça deve vencer; a justiça passa necessariamente pela imposição de dor; a justiça é medida pelo processo; a violação da lei define o crime” (ZEHR, 2008).

A culpa é central ao processo, sendo que tudo acontece em um processo com a finalidade de se estabelecer essa culpa. Isso leva o foco do processo ao que aconteceu no passado e não nos eventos futuros, como em relação aos problemas causados pelo crime e a sua reincidência. Também, o resultado recebe menos atenção, em relação à própria negociação e a sentença do

crime, diminuindo a preocupação com salvaguardas processuais e direitos das partes envolvidas.

No entanto, a culpa factual é diversamente distinta da culpa legal. A denúncia de um crime pode ser diferente da real ofensa e a linguagem de culpa e inocência poderá ter pouca relação com o que realmente aconteceu. O conceito criado para culpa é altamente objetivo ou técnico e nada condizente com a realidade vivida, tanto pelo ofensor quanto pela vítima (RANISH; SHICHOR, 1985).

A culpa é vista como escolha individual, independentemente de qualquer fator social ou familiar. Se alguém comete um crime é porque quis cometer esse crime, então, a punição é merecida, pois a escolha no cometimento do crime foi livre, sendo a culpa a sua responsabilização individual. Isso deixa de lado qualquer influência do contexto social, econômico, político e psicológico do comportamento humano, que influencia de maneira enorme a ação de um determinado indivíduo.

O termo legal de culpa é extremamente técnico, abstraído de qualquer experiência, facilitando a negativa do ofensor de seu comportamento. Essa definição conceitual de culpa, que determina todo o procedimento penal, evita que o ofensor realmente assuma responsabilidade pelo crime cometido, que deveria ser uma das finalidades principais da justiça.

Renate Mohr, ao tratar sobre a justiça criminal, questiona:

Como é que punimos? Isto é feito de tal forma que nenhum indivíduo pode ser responsabilizado pela privação de liberdade de outrem. O sistema de justiça criminal foi projetado como uma série de compartimentos isolados e contidos em si mesmos. Há uma palavra especial para selar o compartimento do juiz. Tendo cumprido sua função de impor a punição, eles se declaram *functus*. Isto significa que eles não devem se preocupar com as dores da pena que impuseram a outro ser humano. E assim o processo garante que a violência seja imposta aos outros diariamente sem que nenhum indivíduo tenha que assumir responsabilidade por isso (MOHR, 1987).

Assim que a culpa é estabelecida a punição deve ser determinada. A justiça é tida como um procedimento adversarial regrado, que visa um tratamento igualitário entre os participantes do processo, ignorando a desigualdade das circunstâncias de cada indivíduo participante nesse conflito. Procura-se um resultado igualitário, para situações totalmente distintas.

A justiça é definida como a aplicação da lei e o crime é definido como a infração desta lei. Essa passa a ser o foco da justiça e não o conflito em si, com as experiências vivenciadas tanto pelo ofensor quanto pela vítima. Os fatores sociais e pessoais não tem a mesma importância dos atos jurídicos praticados.

Howard Zehr esboça cinco pressupostos comuns sobre o crime e a justiça, tais quais que o crime é basicamente uma violação da lei; quando uma infração é cometida, a justiça começa

pelo estabelecimento da culpa; para que o justo castigo possa ser administrado; pela imposição de dor; por meio de um conflito cujas regras e intenções estão acima de seus resultados (ZEHR, 2008).

Assim, pode-se chegar a um sexto pressuposto, de que o Estado é a vítima, já que no direito penal a ofensa é contra o Estado e não contra o indivíduo, sendo que apenas o Estado pode reagir contra a ofensa. Isso leva a uma desconsideração do real vítima do crime, sendo deixadas de fora do processo e a uma quase que total culpabilização do ofensor, já que o Estado é um ser impessoal e abstrato, não sendo possível obter dele qualquer perdão ou clemência.

O conceito de justiça contemporânea é baseado em dezenove pontos, quais sejam justiça dividida em partes, cada qual com regras distintas; administração da justiça enquanto investigação de culpa; a justiça é avaliada por regras, procedimentos; foco em infringir dor; punição como fim; retribuição baseada no “merecido castigo”; justiça oposta à misericórdia; justiça neutra, que alega tratar a todos igualmente; justiça enquanto mantenedora do *status quo*; foco na culpa e em princípios abstratos; o crime como violação das regras; culpa como algo imperdoável; diferenciação entre “ofensores” e os demais; o indivíduo é o único responsável; o contexto social político não importa; ação como livre escolha; lei como proibição; foco na letra da lei; o Estado como vítima; Justiça a serviço da divisão (ZEHR, 2008).

A construção de um novo paradigma em relação a resposta ao crime deve ser procurada, tendo em vista que os meios de respostas tradicionais não têm se mostrado suficientes para não apenas solucionar os conflitos, mas para solucioná-los de maneira que as partes envolvidas no conflito se sintam satisfeitas com a solução.

Várias soluções foram implementadas no sistema penal tradicional, sem nenhum sucesso em proporcionar melhoras significativas à resolução dos conflitos penais. Tem ocorrido ao longo das últimas década novos experimentos que demonstram abordagens interessantes quanto a uma melhor maneira de se resolver conflitos, entre esses, podemos citar o método Vorp, iniciado no Canadá, utilizando a mediação vítima-ofensor a partir de alguns princípios da tradição bíblica.

Sabemos que as experiências e necessidades das vítimas e ofensores são questões de grande importância a serem tratadas. A abordagem deve ser feita a ponto de identificar o significado do crime e as consequências de seu acontecimento, reconhecendo suas necessidades. O crime deveria ser tratado de maneira real, concreta, como um dano e uma violação de pessoas e relacionamentos e a justiça deveria se concentrar na reparação, em tornar o errado certo.

A justiça retributiva trata o crime como violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa, determinando por meio da assunção da culpa, uma sanção ao

ofensor regida pelas regras do sistema. Já a justiça restaurativa trata o crime como violação de pessoas e relacionamentos, criando obrigação de correção dos erros, envolvendo as partes nos conflitos, quais sejam a vítima, o ofensor e a comunidade, levando a reparação, a reconciliação e a segurança (ZEHR, 2008).

O crime leva a um sentimento de violação pessoal e de relacionamentos, pelo ataque à sua identidade, afetando nossa confiança nos outros, quebrando o relacionamento entre vítima e ofensor, afetando o bem-estar de ambos. O ofensor do crime normalmente foi vítima de outra violação.

Para Howard Zehr, o crime envolve violações que precisam ser sanadas, violações relacionadas à vítima; aos relacionamentos interpessoais; ao ofensor e a comunidade. A justiça retributiva define o Estado como vítima, define o comportamento danoso como violação de regras e considera irrelevante o relacionamento entre vítima e ofensor. Já a justiça restaurativa identifica as pessoas como vítimas e reconhece a centralidade das dimensões interpessoais, sendo as ofensas definidas como danos pessoais e como relacionamentos interpessoais (ZEHR, 2008).

O autor diferencia duas formas de ver o crime, pelo foco da lente restaurativa e da lente retributiva. Na lente restaurativa, o crime é definido pelo dano à pessoa e ao relacionamento interpessoal, os danos são definidos concretamente, o crime está reconhecidamente ligado a outros danos e conflitos, as pessoas e os relacionamentos são as vítimas, a vítima e o ofensor são as partes no processo, as necessidades e direitos das vítimas são a preocupação central, as dimensões interpessoais são centrais, a natureza conflituosa do crime é reconhecida, o dano causado ao ofensor é importante e a ofensa é compreendida em seu contexto total, seja ele ético, social, econômico e político.

Já na lente retributiva, o crime é definido pela violação da lei. Os danos são definidos em abstrato, o crime está numa categoria distinta dos outros danos, o Estado é a vítima, o Estado e o ofensor são as partes no processo, as necessidades e direitos das vítimas são ignorados, as dimensões interpessoais são irrelevantes, a natureza conflituosa do crime é velada, o dano causado ao ofensor é periférico, a ofensa é definida em termos técnicos e jurídicos (ZEHR, 2008).

O objetivo principal da justiça restaurativa é, como o próprio nome traz, restaurar, ou seja, de que maneira será corrigida a situação, reparada a lesão. O primeiro objetivo da justiça deveria ser a reparação e a cura para as vítimas. A segunda maior preocupação deveria ser sanar o relacionamento entre vítima e ofensor, levando a sua reconciliação, mesmo que apenas

parcial. Os ofensores também necessitam de cura, além da responsabilização. A comunidade igualmente precisa de cura, já que o crime altera seu sentido de inteireza.

A justiça deve satisfazer as necessidades humanas, daqueles que foram violados. As vítimas, em especial, possuem muitas necessidades a serem atendidas, precisam de apoio, de segurança; precisam de alguém que as escute, de oportunidades para contar sua história, que outros partilhem de seu sofrimento. As vítimas necessitam sentir que o que foi feita com elas estava errado e que algo foi feito para corrigir isso (ZEHR, 2008).

A restituição representa a recuperação de perdas, a correção do mal. Ela busca elevar a vítima a seu nível original, reconhecendo seu valor, bem como o papel do ofensor e as possibilidades de arrependimento. As vítimas têm necessidade de segurança, reparação, justificação e empoderamento, mas precisam, também, encontrar um significado, encontrar respostas para suas dúvidas sobre o que aconteceu, as razões de terem acontecido e o que está sendo feito a respeito.

A comunidade também precisa estar segura de que o ocorrido foi grave, de que algo está sendo feito a respeito, reduzindo o medo coletivo e restaurando a integridade social. As violações geram obrigações, sendo primária a da pessoa que causou a violação, pode exigir do ofensor que aceite a obrigação de corrigir o mal causado; pode incentivá-lo a assumir a responsabilidade; ele não pode, no entanto, ser coibido a isso.

O Centro Comunitário de Indiana, que utiliza o sistema VORP, ao tratar sobre reparação juvenil, incentiva aos jovens a perceberem que seu comportamento causa danos à vítima, à comunidade, e a si mesmos. Procura-se a formulação de uma resolução de satisfaça os três envolvidos. Os ofensores ficam sabendo das necessidades das vítimas, tendo a oportunidade de propor restituição. Eles podem tentar pagar sua dívida com a comunidade através de voluntariado. Por meio de terapia e de outras atividades podem atender algumas de suas próprias necessidades. (ZEHR, 2008)

Na responsabilidade pela lente retributiva, os erros geram culpa, a culpa é absoluta e indelével, a dívida é abstrata e é paga sofrendo punição, a dívida com a sociedade é abstrata, responder pelos seus atos aceitando o “remédio”, presume que o comportamento foi livremente escolhido, livre arbítrio ou determinismo social.

Já a responsabilidade pela lente restaurativa cita que os erros geram dívidas e obrigações, que há graus de responsabilidade, que a culpa pode ser redimida pelo arrependimento e reparação, que a dívida é concreta e é paga fazendo o certo, que a dívida é com a vítima em primeiro lugar, que o ofensor deve responder pelos seus atos assumindo a responsabilidade, reconhece as diferenças entre a realização potencial e atual da liberdade

humana e reconhece o papel do contexto social nas escolhas sem negar a responsabilidade pessoal (ZEHR, 2008).

O primeiro passo na justiça restaurativa é atender as necessidades imediatas dos participantes, após esse momento deve identificar necessidades e obrigações mais amplas, colocando o poder e a responsabilidade nas mãos dos envolvidos, o segundo passo é tratar do relacionamento vítima-ofensor e o terceiro é se concentrar na resolução dos problemas (ZEHR, 2008).

A mediação vítima-ofensor trata do que aconteceu no passado e do que vai acontecer no futuro, fortalecendo os envolvidos, oferecendo ações para corrigir a situação ocorrida, abrindo espaço para a participação da sociedade. Para que a mediação seja completa, duas questões devem ser respondidas: primeiro, a injustiça foi reconhecida e assumida? O ofensor reconheceu e aceitou a responsabilidade pelos seus atos?

As perguntas das vítimas foram respondidas? O ofensor teve chance de explicar o que vem acontecendo na sua vida? Segundo, houve concordância quanto ao que precisa ser feito para restaurar a equidade na medida do possível? Terceiro, foram abordadas as intenções para o futuro? O ofensor pretende ter o mesmo comportamento no futuro? A vítima se sente segura? Há um programa para acompanhamento e monitoração do acordo? (ZEHR, 2008).

Walter Berea desenvolveu um método de terapia para ofensas sexuais. A terapia possui três estágios: comunicação, em que se obtém informações sobre o acontecido e sobre as necessidades das vítimas; questionamento das falsas representações que o ofensor faz sobre a vítima, em que recebe ajuda para reconhecer sua responsabilidade e compreender as consequências de seu comportamento, escrevendo uma carta de desculpas à vítima; reconciliação, mesmo que não seja de modo direto, reconhecendo o dano e as necessidades dos envolvidos (BEREA, 1990).

Howard Zehr (2008) traz um quadro comparando características e implicações tanto da justiça restaurativa quanto da justiça retributiva:

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
A apuração da culpa é central	A solução do problema é central
Foco no passado	Foco no futuro
As necessidades são secundárias	As necessidades são primárias
Modelo de batalha, adversarial	O diálogo é a norma
Enfatiza as diferenças	Busca traços comuns

A imposição do dano é a norma	A restauração e a reparação são a norma
Um dano social é cumulado ao outro	Enfatiza a reparação de danos sociais
Foco no ofensor: ignora-se a vítima	As necessidades da vítima são centrais
Os elementos-chave são o Estado e o ofensor	Os elementos-chave são a vítima e o ofensor
Falta informação às vítimas	As vítimas recebem informações
A restituição é rara	A restituição é normal
A “verdade” das vítimas é secundária	As vítimas têm a oportunidade de “dizer a sua verdade”
O sofrimento das vítimas é ignorado	O sofrimento das vítimas é lamentado e reconhecido
O Estado age em relação ao ofensor; o ofensor é passivo	O ofensor tem participação na solução
O Estado monopoliza a reação ao mal feito	A vítima, o ofensor e a comunidade têm papéis a desempenhar
O ofensor não tem responsabilidade pela resolução	O ofensor tem responsabilidade pela resolução
Os resultados incentivam a irresponsabilidade do ofensor	O comportamento responsável é incentivado
Rituais de denúncia e exclusão	Rituais de lamentação e reordenação
Denúncia do ofensor	Denúncia do ato danoso
Enfraquecimento dos laços do ofensor com a comunidade	Reforço da integração do ofensor com a comunidade
O ofensor é visto de modo fragmentado: a ofensa o define	O ofensor é visto de modo holístico
O senso de equilíbrio é conseguido pela retribuição	O senso de equilíbrio é conseguido pela restituição
O equilíbrio é alcançado rebaixando o ofensor	O equilíbrio é alcançado soerguendo vítima e ofensor
A justiça é avaliada por seus propósitos e pelo procedimento em si	A justiça é avaliada por seus frutos ou resultados
A justiça como regras justas	A justiça como relacionamentos saudáveis

Ignora-se o relacionamento vítima-ofensor	O relacionamento vítima-ofensor é central
O processo aliena	O processo visa reconciliação
Reação baseada no comportamento do pregresso do ofensor	Reação baseada nas consequências do comportamento do ofensor
Não se estimula o arrependimento e o perdão	Estimula-se o arrependimento e o perdão
Procuradores profissionais são os principais atores	Vítima e ofensor são os principais, mas contam com ajuda profissional
Valores de competição e individualismo são fomentados	Valores de reciprocidade e cooperação são fomentados
O contexto social, econômico e moral do comportamento é ignorado	Todo o contexto é relevante
Presume resultados em que um ganha e o outro perde	Possibilita um resultado do tipo ganha-ganha

A implementação de um sistema restaurativo passa por diversas variáveis que devem ser estudadas para que não sejam colocadas de maneira prematura, as diferenças sociais, econômicas e culturais das diversas localidades fazem com que o sistema restaurativo precise estar meticulosamente definido e testado para que possa ser aplicado, em especial em relação aos crimes de maior gravidade, não patrimoniais.

No entanto, pode-se elencar algumas questões chaves da visão restaurativa a ser implementada, como: o programa restaurativo ou seus resultados buscam corrigir o mal feito à vítima? Tratam das necessidades do ofensor? Levam em conta as necessidades e responsabilidades da comunidade? Cuida do relacionamento vítima-ofensor? Fomenta a responsabilidade do ofensor? Vítima e ofensor são incentivados a participar do processo e da decisão? (ZEHR, 2008).

4.2 AS ORIGENS DO PENSAMENTO RESTAURATIVO

Na justiça restaurativa, postula-se uma nova incumbência estadual de oferta ao agente e à vítima do crime de uma possibilidade de pacificação do conflito interpessoal.

Ao longo do último século, a criminologia passou a ser pensada de maneira diferente, sendo seu conceito constantemente transformado, havendo o deslocamento do núcleo criminológico do delinquente para as instâncias formais de controle e finalmente para a vítima. O esquecimento a que foi dado a vítima não foi sem causa, mas para afastar a solução privada dos conflitos, fortalecendo o papel desempenhado pelo Estado.

Com o surgimento da vítima como objeto de atenção criminológico, com a ideia de que o Estado se apropriara de forma indevida do papel que não cabia a ele quanto a solução de um conflito que era da vítima e com o apontamento de novos modelos alternativos a solução dos conflitos, bem como com uma pequena parcela de abolicionismo penal, surgiu a justiça restaurativa.

Pode-se dizer que ela é herdeira da vitimologia, para a preocupação central com o imperativo de reparação dos danos que a prática do crime causou à vítima e também do abolicionismo, pela rejeição do sistema de justiça penal tradicional como forma de solução do conflito, por ser prejudicial para o agente e para a comunidade.

Não significa, no entanto, acolhimento integral desses dois pensamentos. Pelo contrário, houve uma mitigação das duas correntes, elegendo-se apenas alguns dos caminhos trilhados por cada uma delas.

Passou a ser considerada a pessoa como um sistema individual e como um ser dotado de autonomia, abrindo espaço para uma nova corrente do pensamento de reação ao crime que erigia essa autonomia na gestão do conflito criminal, ao contrário do que até então era tratado, pois se olhava para o indivíduo como portador de uma carga endógena ou exógena que era a causa do crime e para a sociedade e para a forma como ela, ao reagir ao crime, podia potencializar o cometimento de crimes futuros.

Claúdia Cruz Santos afirma que:

Não obstante, agora também sob uma outra perspectiva, pode achar-se que a justiça restaurativa precisa de cortar pelo menos alguns laços com a vitimologia: ao pretender curar ainda da reparação da paz comunitária e ao desejar fazê-lo garantindo a participação e o empenho comunitário na solução do conflito, é uma outra entidade a quem se dá voz na busca da solução para o conflito. Afasta-se o Estado mas chama-se a comunidade (SANTOS, 2014).

Aquilo que a justiça restaurativa pretende trazer, com uma ideia central de busca à vitimologia e da não exclusão da vítima da solução do conflito em que foi parte, não pode ser considerada novidade, já que desde o princípio do direito penal se conhecem formas de composição em que as vítimas e seus particulares pudessem intervir, como no sistema acusatório privado. No entanto, com o passar do tempo, pelas desvantagens desse modelo, foi

se superando esse instituto, passando a surgir o sistema inquisitório, com uma visão de que o sistema penal é instrumento de controle do Estado sobre seus súditos (SANTOS, 2014).

Para Maier:

Já não interessava aqui o dano real produzido, enquanto restituição do mundo ao *status quo ante*, ou, pelo menos, a compensação do dano sofrido; aparecia a pena estatal como mecanismo de controle dos súditos pelo poder político central, como instrumento de coação – o mais intenso – nas mãos do Estado, que o utilizava de ofício, sem necessidade de uma queixa que lhe fosse externa; o conflito tinha-se “estadualizado”: por isso se fala, pleonasticamente, em uma “criminalização do Direito Penal”, ou melhor, da origem do direito penal, tal como hoje culturalmente o conhecemos, ou melhor ainda, do “nascimento” da pena (MAIER, 2001).

Apesar de nos sistemas processuais modernos ter se aberto a possibilidade de uma participação maior da vítima, parece ser que a possibilidade formal de participação da vítima não corresponde a uma possibilidade real de satisfação das necessidades reais da vítima. Para isso, compreende-se de grande importância a criação de programas de mediação vítima-ofensor, visando tal propósito da participação real da vítima e das suas necessidades (SANTOS, 2014).

A preocupação dada pela vitimologia em que se sobressai a consideração da vítima como sujeito em um processo de procura da solução para um conflito interpessoal, bem como a promoção de solução que venha a reparar o seus danos, mesmo que não sejam patrimoniais, não condicionam a uma diminuição dos direitos do ofensor ou a uma menor atenção à ótica do agente (SANTOS, 2014).

Cláudia Cruz Santos cita que:

Na gênese do pensamento restaurativo está, como de resto já se foi referindo, a negação da natureza ontológica do crime e a crítica do sistema penal estadual, acompanhadas pela convicção de que os danos resultantes do cometimento daquilo a que se quis chamar crime poderiam encontrar solução mais adequada – sob a perspectiva da vítima, mas também à luz dos interesses do agente e da comunidade – caso se adoptasse um outro procedimento, mais participado e orientado por objetivos diversos, que assim substituiria a justiça penal (SANTOS, 2014).

A compreensão da ideia de justiça restaurativa traz em sua origem algumas ideias de inspiração abolicionista, mesmo que tenha passado a trilhar um próprio caminho em que reconheceu certas limitações do abolicionismo penal. Algumas ideias essenciais da criminologia crítica caem sobre o pensamento abolicionista, recaindo essas sobre a justiça restaurativa, como a crítica desenvolvida por Nils Christie de que “o sistema penal rouba o conflito às pessoas diretamente envolvidas. Quando o problema cai no aparelho judicial, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram” (CHRISTIE, 2007).

No entanto, enquanto o pensamento abolicionista quer realmente o fim do sistema penal, por ver esse sistema como um mal social, a justiça restaurativa aparece como a pretensão de ser

uma alternativa à justiça penal, que diminuam seu âmbito, proporcionando maior e efetiva participação daqueles que realmente protagonizaram o conflito, considerando que uma justiça penal estadual e uma justiça restaurativa podem coexistir enquanto formas distintas de reação ao crime.

Para John Braithwaite:

Diversamente das formas mais radicais do abolicionismo, a justiça restaurativa vê vantagem na manutenção de um papel estadual como guardião dos direitos e admite que, para uma pequena porcentagem das pessoas que estão nas nossas prisões, pode ser realmente necessário proteger a comunidade através do seu encarceramento (BRAITHWAITE, 2002).³

Assim, a manutenção do papel estatal é de interesse da justiça restaurativa, não tendo ela interesse em sua abolição, mas sim em proporcionar novas alternativas à esse sistema, havendo a aplicação conjunta dos dois regimes, proporcionando uma ampla e justiça participação dos participantes do conflito.

4.2.1 O conceito de justiça restaurativa

O que se pretendeu sublinhar foi a impossibilidade de contrapor justiça penal a justiça restaurativa com base na afirmação de que aquela é retributiva e esta não é. De fato, em certo sentido, parece poder até afirmar-se que a proposta restaurativa está a alguns níveis de análise, mais próxima do pensamento retributivo do que muitos dos seus cultores parecem julgar. Existe, como antes se viu, no pensamento retributivo e no pensamento restaurativo uma preocupação com a neutralização do malpassado que parece mais estranha às concepções preventivas, essa sim mais orientada na linha cronológica a que simplifadamente se vem recorrendo, para o futuro (SANTOS, 2014).

Por outro lado, parece subjazer, quer ao pensamento retributivo, quer ao pensamento restaurativo, uma certa recusa da instrumentalização do agente, como forma de dissuadir ilícitos futuros hipoteticamente cometidos por outros. Na compreensão que se perfilha, a justiça restaurativa encontra o seu cerne na existência de um conflito interpessoal carecido de pacificação, centrando-se os principais efeitos pretendidos nas pessoas dos agentes criminais e das suas vítimas. Assim, a “intervenção” restaurativa – e só inapropriadamente assim se lhe pode chamar – tem um universo de “destinatários” diretos muito mais estreito do que o que

³ Unlike the more radical forms of abolitionism, restorative justice sees an advantage in maintaining a state role as a guardian of rights and admits that, for a small percentage of the people who are in our prisons, it may be really necessary to protect the community through their incarceration.

resulta das concepções preventivas dos fins das penas e aproxima-se, quanto a este ponto e por mais paradoxal que possa parecer, das concepções retributivas que os seus cultores tão frequentemente apresentam como o seu oposto (SANTOS, 2014).

Para a compreensão das propostas de definição de justiça restaurativa, costuma-se dividi-las em dois grupos: aqueles que enfatizam o processo, com uma compreensão minimalista e aqueles que priorizam os resultados a serem atingidos, com um entendimento maximalista de justiça restaurativa.

A definição mais utilizada de justiça restaurativa é a de Tony Marshall, que a define como “um processo através do qual todas as partes implicadas em uma específica infração se juntam para resolver em conjunto como lidar com o resultado da ofensa e com as suas implicações no futuro” (MARSHALL, 1996).

Também é conhecida a definição trazida por Howard Zehr, para quem:

Justiça restaurativa é um processo dirigido a envolver, na medida do possível, todos os que tenham um interesse numa particular ofensa, e a identificar e atender coletivamente os danos, necessidades e obrigações decorrentes daquela ofensa, com o propósito de os sanar e remediar da melhor maneira possível (ZEHR, 2008).

Gordon Bazemore e Lode Walgrave designam justiça restaurativa como “toda e qualquer ação que seja primeiramente orientada para a realização da justiça através da reparação do mal causado pelo crime” (BAZEMORE; WALGRAVE, 1999).⁴

Esta última definição possui caráter mais maximalista ou modelo mais centrado nos resultados, que tem como elemento central a reparação, admitindo a coerção como forma de atingir tal objetivo. Chama-se maximalista por isso, ao abarcar vasto âmbito de aplicação, aplicando-se aos crimes mais graves cometidos pelos agentes mais perigosos (SANTOS, 2014).

Para Cláudia Santos: “O modelo minimalista, por sua vez, é um modelo centrado no procedimento, que não prescinde da voluntariedade na participação e na conformação da solução para o conflito, radicando por isso na autonomia da vontade dos intervenientes naquele conflito” (SANTOS, 2014).

Para tal corrente, critica-se sua inaplicabilidade aos crimes mais graves, em que se tornaria mais necessária a reparação, pelo pressuposto da voluntariedade, excluindo-se a justiça restaurativa quando da recusa ao encontro por uma das partes, ou por falta de solução quando a gravidade da ofensa impedir o consenso.

⁴ Any and all actions that are primarily oriented towards the realization of justice through the reparation of the evil caused by crime.

No entanto, independentemente da corrente adotada, a justiça restaurativa deve supor uma finalidade de reparação, com sua prossecução por meio de um procedimento baseado na autonomia das vontades e do consenso. Se em qualquer procedimento consensual entre o agente e a vítima do crime, não for buscada uma reparação dos danos causados pela responsabilização do agente, bem como a obtenção de um resultado de reparação, conseqüente a adoção de um determinado procedimento, supondo a coerção, esse procedimento não poderá ser considerado plenamente restaurativo (SANTOS, 2014).

A proposta restaurativa é distinta da justiça penal tradicional, sendo que as respostas da justiça restaurativa relacionadas a sua finalidade específica, ao seu procedimento e ao seu fundamento são diferentes das respostas dadas a justiça penal, em relação aos mesmos aspectos. O fundamento da justiça restaurativa compreende uma dimensão dos aspectos subjetivos e intersubjetivos do conflito, ao passo que o crime não é ofensa apenas aos bens jurídicos que merecem proteção, mas também uma ofensa aos direitos da vítima, que passa a ter necessidades concretas. Se entre o agente e a vítima do crime existir qualquer proximidade, é necessária a intervenção restaurativa, para a restauração da situação de cada um, bem como da relação de um com o outro (SANTOS, 2014).

Quanto a finalidade da justiça restaurativa, ela está na resolução do conflito, reparando os danos causados à vítima, com a responsabilização do agente, reparando por meio disso a si próprio enquanto cidadão responsável. Em relação ao procedimento, ele deve ser fundado na autonomia da vontade dos participantes do conflito, tanto a participação quanto à solução do problema.

A justiça restaurativa, para Cláudia Cruz Santos, partindo dos pressupostos já dados, é:

Uma forma de resposta à criminalidade orientada por objetivos curativos, (i) quer dos males sofridos pela vítima, (ii) quer do diminuído sentido de responsabilidade do infrator perante os deveres vistos como essenciais no grupo a que pertence, (iii) quer da abalada relação de proximidade existencial entre o agente e a vítima, assim como da sua “comunidade de próximos” (SANTOS, 2014).

A cura das feridas e a reconciliação são objetivos pretendidos, mas não impostos, já que pode não ocorrer, em alguns casos, qualquer relação anterior ao crime. E, mesmo que haja o relacionamento anterior, pode não ser de interesse de uma das partes a reconciliação do relacionamento que já existiu, assim, a reconciliação da justiça restaurativa é de cada indivíduo do conflito consigo mesmo, havendo a possibilidade de pacificação entre os indivíduos do conflito (SANTOS, 2014).

A justiça restaurativa começou tratando das necessidades e dos danos sofridos pela vítima, passando a procurar respostas também para as necessidades do agente da infração,

baseado na ideia de que leva a recuperação do sentido de dever e a sua própria pacificação. Para Cândido da Agra e Josefina Castro, “as necessidades do delinquente não são incompatíveis com a satisfação das necessidades das vítimas” (AGRA; CASTRO, 2005).

Também deve a justiça restaurativa ser considerada como uma resposta à criminalidade baseada em uma ideia de tolerância ao outro, não no sentido de desresponsabilização do agente pelos seus atos praticados, mas sim na compreensão das circunstâncias do agente, que foi vítima e agente de vários atos prejudiciais.

Para Cláudia Cruz Santos, a crítica do funcionamento das instâncias formais de controle é uma das traves-mestras da gênese do pensamento restaurativo; a por alguns desejada e pensada abolição da máquina da justiça penal e a sua integral substituição por outros mecanismos de resposta ao crime não é ainda possível para as manifestações várias da criminalidade e, em muitos casos, não é sequer desejável na medida em que o sistema penal transporta consigo os mecanismos de garantia sem os quais a aplicação das sanções criminais mais graves seria potencialmente violadora de direitos fundamentais; essa “máquina” tradicional de administração da justiça penal pode ser aperfeiçoada e tem sido aperfeiçoada, mas, por ser pensada como instrumento de administração da justiça penal pelo Estado – e eliminável, no estado atual das nossas civilizações – é inadequada para a administração da justiça restaurativa; assim sendo, (IV) as práticas restaurativas, sempre que sejam possíveis, devem ocorrer no seu próprio ambiente, que é outro (SANTOS, 2014).

A discussão da justiça restaurativa deve girar em torno daquilo que pode trazer de novo quando relacionada à justiça penal tradicional, surgindo esta como crítica ao sistema penal, se contrapondo ao mesmo, tornando melhor a resposta ao crime.

No entanto, deve-se considerar que os dois modelos, tanto o da justiça penal quanto o da justiça restaurativa, podem possuir uma determinada unicidade, ao ponto de que a obtenção de uma poderá contribuir para a obtenção da outra. Poderá haver casos em que a pacificação dos agentes e a cura dos males causados pelo crime serão suficientes. E poderá também haver casos em que a resposta tradicional punitiva será mais adequada que a resposta restaurativa (SANTOS, 2014).

A partir disso, é possível se compreender as diferenças essenciais da justiça penal e da justiça restaurativa, enquanto a justiça penal é uma resposta punitiva ao crime, a justiça restaurativa é uma resposta curativa subjetiva dos agentes envolvidos no conflito, bem como da relação entre eles.

Também é possível afirmar que tanto a justiça penal quanto a restaurativa se orientam pelos objetivos de pacificação da comunidade, o sancionamento do agente e a reparação dos danos da vítima, apenas se alterando a ordem de prioridade dos sistemas.

A justiça restaurativa pode ser adequada em qualquer fase do processo formal da justiça penal, adequando-se a crimes de natureza e gravidades diferentes, adaptando-se a diferentes locais em que serão aplicados. As preocupações tanto com os interesses das vítimas quanto com os direitos do agente agradam diferentes movimentos, sejam eles vitimológicos ou abolicionistas. As suas maiores dificuldades são para os crimes em que não há resposta única para a satisfação de seus objetivos, devendo então ser priorizado ou o sancionamento do agente ou a reparação dos danos sofridos pelos agentes, com a devida pacificação do conflito. Haverá casos em que cada uma das respostas poderá se influenciar de maneira positiva e outros casos em que cada uma das respostas só poderá existir sozinha (SANTOS, 2014).

Para Cláudia Cruz Santos:

A justiça restaurativa deve ser vista como um modo de responder ao crime que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter) subjetiva do conflito e que assume como função a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à(s) vítima(s) relacionada com uma auto-responsabilização do(s) agente(s), finalidades estas que só logram ser atingidas através de um procedimento de encontro, radicado na autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à modulação da solução (SANTOS, 2014).

A partir de tal definição, nota-se algumas tentativas de definição mais ampla de justiça restaurativa, alçando-a como modelo de resposta a qualquer tipo de conflito e não apenas o criminal, que a princípio seria o destinatário da justiça restaurativa.

Assim, o conceito de justiça restaurativa passaria a abranger a solução de questões não penais, como assuntos familiares, proteção de crianças e adolescentes ou a conflitos escolares e no ambiente de trabalho.

Deve, no entanto, haver a distinção clara entre a proposta restaurativa e a mediação. A mediação traz um conceito mais amplo que o da justiça restaurativa, destinando-se à solução de variados tipos de conflitos, como o familiar, o escolar, o penal e o das relações de trabalho, apesar disso, ao ser feita uma análise com outro enfoque sobre a justiça restaurativa, seu conceito, apesar de dizer respeito apenas ao direito penal, é mais amplo que o da mediação, pois esta é apenas um dos instrumentos que podem ser utilizados pela justiça restaurativa (SANTOS, 2014).

5 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A JUSTIÇA PENAL

É comum na doutrina sobre a justiça restaurativa, a compreensão de sua proposta como uma substituição, tirando a punição dos agentes como o foco dos processos da justiça criminal, focando à reparação das vítimas e à reintegração dos agressores em suas comunidades, sendo diferente da justiça penal em suas finalidades (HUDSON, 2006).

No entanto, é rasa a comparação entre a justiça restaurativa e a justiça penal, trazendo distinções tais como que a justiça restaurativa visa a reparação dos danos causados à vítima, enquanto que a justiça penal visa a retribuição da culpa do agente; ou que a justiça restaurativa se preocupa com o futuro, enquanto que a justiça penal se ocupa com o passado; ou também, trazendo para a justiça restaurativa finalidades especificamente penais (SANTOS, 2014).

Para Joanna Shapland:

As diferenças essenciais não são as tipicamente apresentadas, como o fato de se ignorarem as vítimas, o olhar para trás para a punição em vez de para a frente para se resolverem problemas, etc. Assim como a justiça restaurativa foi com frequência caricaturada, também a justiça criminal o foi. Mas existem algumas diferenças-chave (SHAPLAND, 2006).

Há uma certa frequência em simplificar a distinção entre a justiça penal e a justiça restaurativa em sua finalidade. Enquanto a justiça penal teria uma finalidade punitiva, baseada na tendência retributiva, a justiça restaurativa teria como fim a reparação dos danos sofridos pela vítima, a reintegração do agente e a pacificação da comunidade.

Para Cláudia Cruz Santos, “a oposição que assim se estabelece entre a justiça penal e a justiça restaurativa baseia-se em uma associação do direito penal às teorias absolutas das finalidades da pena e em uma rejeição do pensamento retributivo no seio da doutrina restaurativa” (SANTOS, 2014).

Essa simplificação trazida ao conceito de justiça restaurativa, diferenciando a mesma da justiça penal por força da natureza retributiva da segunda, traz algumas dúvidas quanto aos fins das penas. Questiona-se, a partir disso, se a intervenção penal tem realmente uma finalidade retributiva; ou se existe real diferença entre a reintegração do agente na justiça restaurativa com a socialização da justiça penal; também da distinção entre a pacificação trazida pela justiça restaurativa da prevenção geral positiva, essencial à justiça criminal (SANTOS, 2014).

Analisando todas essas questões podemos chegar à conclusão de que, caso não haja a determinação da função retributiva à intervenção penal e caso se utilize das ideias de prevenção especial e geral nos modelos penal e restaurativo, a diferença nas finalidades nos dois modelos

se dará apenas na reparação dos danos sofridos pela vítima, assumida como fim apenas pela justiça restaurativa (SANTOS, 2014).

Para tanto, devem ser feitas algumas considerações. Primeiramente, as finalidades da punição não devem ser as únicas finalidades a que todo modelo de reação ao crime deve dar como resposta. Podem ser utilizadas outras finalidades, como a reparação dos danos causados às vítimas ou o diálogo entre as partes no conflito. Em segundo lugar, caso sejam tomadas as finalidades associadas à justiça penal como indispensáveis, não se sabe se podem ser atingidas por meio de uma resposta penal ao crime. Fica a dúvida então se as finalidades de prevenção podem ser usadas no modelo restaurativo de resposta ao crime, e qual seu papel e sua importância nela (MESSEMER; OTTO, 1992).

Se considerarmos que tanto a justiça penal quanto a justiça restaurativa encontram fundamento em uma ideia de paz, as funções e as finalidades que possuem em relação à sua reação ao crime são bem diferentes.

A justiça penal, em relação à sua função, é a tutela dos bens jurídicos, protegendo a liberdade individual dos indivíduos, bem como promovendo a manutenção de uma ordem social. Contudo, isso leva a um declínio do papel das vítimas na justiça penal.

A ideia central do pensamento retributivo, no direito penal, é a de que a imposição da pena corresponde a um ato de justiça. O mal ocasionado pela prática do crime deve ser retribuído com o mal da pena, que é justa por corresponder à gravidade do crime e à culpa do agente, independentemente de qualquer efeito social (SANTOS, 2014).

Essa é a definição que o pensamento restaurativo traz sobre a justiça penal. No entanto, o pensamento penal moderno traz as denominadas teorias relativas, tratando a pena como um instrumento de prevenção. Para Jorge de Figueiredo Dias:

Esta prevenção será geral quando a pena for concebida como instrumento de política criminal destinado a atuar sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da sua aplicação e da efetividade da sua execução; ou especial quando se perspectiva a pena como um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinquente com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes (DIAS, 2007).

Existem, também, variadas teorias mistas combinando o pensamento retributivo com o preventivo, ou unificando ambos em uma única construção teórica.

Para os pensadores restaurativos, o grande problema da justiça penal está no mal que comportam as sanções penais, ao considerarem que esse mal não deixa de existir na pena, mesmo que a esta pena residam finalidades preventivas. Para eles, não deveria haver a

condenação do mal do crime com o mal da pena, criticando assim toda a punição enquanto cominação de um mal (SANTOS, 2014).

A sanção criminal, a princípio, deveria ser sentida como um mal pelo condenado, sendo que nas teorias retributivas, seria um mal dissociado de finalidades e nas teorias preventivas, um mal que venha a dar origem a algum bem.

Para Luigi Ferrajoli, a pena tem sempre como consequência as restrições e constringências sobre as pessoas dos potenciais desviados e de todos aqueles de quem se suspeita ou que são condenados como tal. Para o autor, são três as restrições:

A proibição dos comportamentos classificados pela lei como desviados e, por isso, numa limitação da liberdade de ação de todas as pessoas; na sujeição coativa ao processo penal de todo aquele que seja considerado suspeito de uma violação das proibições penais; na repressão ou punição de todos aqueles considerados culpados de uma das tais violações (FERRAJOLI, 1989).

É em relação ao mal da pena que a justiça restaurativa mais se opõe, já que considera ser uma segunda violência ao crime, executada contra um indivíduo específico, mesmo que possuam uma finalidade sóbria e nobre. Para o pensamento restaurativo, não se pode justificar um mal como um bem, mesmo que seja para combater um outro mal, qual seja esse o do crime.

No entanto, há a discussão, argumentada por autores como José de Faria Costa, de que a pena não pode ser valorada como um mal, mas que a pena criminal é um bem, a problemática dessa afirmação se dá pelo fato de que faz cair por terra o principal argumento dos pensadores restaurativos contra o sistema penal.

Cláudia Cruz Santos defende que “se a pena é, pelo menos em parte, inevitavelmente um mal, ela também tem de ser, por força das finalidades que persegue, inevitavelmente um bem” (SANTOS, 2014).

Então, principalmente, a pena há de ser um bem, já que, em um primeiro momento, serve como repositores de um estado primeiro, anterior ao mal causado pelo crime, ou seja, da eficácia de um bem servindo como compensação para que seja refeito o equilíbrio anterior ao ato danoso (SANTOS, 2014)

Levanta-se, contudo, outro questionamento a partir de tal afirmação, no sentido de que não seria por meio da reparação e nem por meio da pena privativa de liberdade, que se poderia, de maneira concreta, obter uma real reposição daquilo que foi retirado?

Outra corrente de pensamento que trata a pena como um bem traz que o mal da pena, mesmo que seja um mal merecido por aquele que cometeu um crime, pode ser transformado em um bem, por meio da intervenção do Estado. A pena então não seria apenas vista exclusivamente como um mal, mas também não exclusivamente como um bem. Não poderia

ser exclusivamente um bem pela impossibilidade de tratar um indivíduo que efetuou um mal contra outro com algo exclusivamente bom e não pode ser apenas mal, pois em sociedades que são regidas por ideias de respeito aos direitos fundamentais de cada indivíduo, o mal da pena não serve, desligado que qualquer bem, para realizar as finalidades de uma punição. A pena pode começar como algo mal, mas deve oferecer ao condenado a possibilidade de se tornar algo bom (SANTOS, 2014).

Apesar de todo o exposto, deve-se levantar a consideração que apenas a justiça penal carrega em si o fardo de punir, ao contrário da justiça restaurativa.

Para Cláudia Cruz Santos, refletindo sobre o mal que há na pena, expõe que:

Em uma síntese com propósitos simplificadores, pode-se dizer que a pena tem de transportar consigo um *quantum* de mal. Nessa medida, a pena não pode ser sentida apenas como um bem, nem pelo condenado, nem pelos restantes membros da comunidade. Todavia, o fim da pena é essencialmente o bem: a preparação do condenado para uma vida de acordo com o direito e a pacificação da comunidade em torno da vigência dos valores vistos como essenciais. A história da pena, para ser a história de uma evolução humanista, tem de ser a história da diminuição ao mínimo do mal e a história da expansão do bem (SANTOS, 2014).

Portanto, conclui-se que a pena deve ser sentida como mal, mas que favoreça os fins a que procura alcançar, quais sejam um propósito futuro para o condenado, de acordo com as normas de um Estado e a pacificação da localidade em que o crime, a que foi imposta a pena, ocorreu.

A própria justiça restaurativa determina para o autor do crime obrigações que são custosas, mas que não poderão acarretar a privação de liberdade, sendo, portanto, consideradas um mal pequeno e aceitos pelo próprio, impostos pelo mesmo, e não por um terceiro como o Estado, que impõe a pena ao agente do crime.

Nils Christie aponta diferenças entre os sistemas penais e restaurativo, trazendo que o primeiro reage aos danos a um bem jurídico com a utilização de um sofrimento como forma de comunicação e o segundo visa evitar o sofrimento comunicação por meio da comunicação. O mal associado ao sofrimento na reação do crime, para o autor, contribuem para a diminuição do sofrimento causado como instrumento social. Na justiça restaurativa a própria finalidade seria o processo de comunicação, procurando evitar o mal, enquanto que na justiça penal o mal seria o próprio fim, utilizado como forma de comunicação (CHRISTIE, 1981).

Outra discussão levantada seria sobre o cometimento de crimes futuros, após a cominação da pena. O questionamento feito é se a ameaça da perda de algo imposta pela pena seria eficaz aqueles que não tem nada a perder. Qual seria então o efeito preventivo de uma

pena direcionada a pessoas que, por algum desfavorecimento, não se sintam prejudicadas ou ameaçadas por ela?

Portanto, o que se pode concluir é que o mal da pena apenas poderá ser aceitável caso seja indispensável em face do cometimento de crimes futuros e caso seja traduzido na possibilidade futura de socialização, que seria o bem causado pela pena. A pena não deve ser desvantajosa na consecução desses interesses, tanto para o sujeito causador do dano, quanto para a própria pacificação da sociedade (SANTOS, 2014).

O mal da pena deve ser limitado, portanto, apenas à consecução da sua finalidade, qual seja a obtenção de um comportamento futuro pelo agente conforme os valores jurídico-penais, para que o crime que levou o seu agente à receber a sanção penal não venha a ocorrer novamente, reintegrando o autor à sociedade ao qual ele afligiu e ressarcindo a vítima e a própria comunidade atingidas.

A pena, como discutido anteriormente, foi considerada um mal que tem a pretensão de virar um bem, ocorrendo pela proposta do Estado ao agente do crime de meios para que possa retornar a sua vida com condições de uma vida plena e digna, respeitando os direitos fundamentais dessa comunidade. A pena, portanto, tem um papel retributivo, mas também preventivo (SANTOS, 2014).

A pena não é exclusivamente retributiva, nem também exclusivamente preventiva, já que impõem de maneira coativa um mal como consequência do ato criminoso, sendo usada como prevenção contra crimes futuros.

Cláudia Cruz Santos, ao tratar sobre a finalidade da pena, traz as seguintes considerações:

(I) o fato de na pena se poder ver um castigo não significa que o fim da pena seja esse castigo; (II) inversamente, pode antes dizer-se que o castigo que é a pena existe para perseguir um fim; (III) o castigo que é a pena deverá ser adequado, quer na sua conformação teórica quer na sua execução, ao fim que com ele se pretende atingir (SANTOS, 2014).

Também traz:

A discussão sobre as várias teorias dos fins da pena pode ser estéril na medida em que se atribua destaque a diferenças que não são as essenciais. Crê-se que mais útil do que enfatizar tais diferenças será sublinhar o consenso que parece existir quanto: (I) à impossibilidade de condenar numa pena que não corresponda a um mal prévio, considerado típico, ilícito, culposo e punível; (II) à impossibilidade de a pena ultrapassar o limite ainda permitido pela culpa; (III) à finalidade de com a pena não dessocializar o condenado, combatendo a reincidência; (III) à finalidade de reafirmar a vigência dos valores essenciais atingidos pelo crime (SANTOS, 2014).

Portanto, pode-se afirmar que há sim retribuição na pena, mesmo que ela não seja a finalidade principal dela. Considerando que a pena possui esse caráter retributivo, bem como caráter preventivo, questiona-se qual seria a grande diferença entre as finalidades da justiça penal e da justiça restaurativa.

Tanto a justiça penal quanto a restaurativa procuram a reintegração do agente na sociedade com sua pacificação e a reparação dos danos sofridos pela vítima, mesmo que apenas na justiça penal a punição possa ser coercitiva, com consequências graves como a privação da liberdade, sendo que na justiça restaurativa, os males a que o agente deve vir a sofrer sejam auto impostos.

A conclusão que se pode chegar é a de que não haveria tantas diferenças entre as finalidades da justiça penal para a justiça restaurativa, mas sobretudo da adequação e da execução da pena privativa de liberdade às finalidades que lhe foram propostas.

A pena, tanto para a justiça penal quanto para a justiça restaurativa, teria uma proposta com finalidade de cura, reconhecendo a obrigação do Estado de oferecer ao condenado possibilidades de ressocialização ou reintegração na sua vida comunitária sem que venha a cometer novos crimes (SANTOS, 2014).

O grande problema para o pensamento restaurativo seria na coerção imposta pela pena, mesmo que seja essa limitada ao máximo e adequada as finalidades específicas da pena. Para a justiça restaurativa, a limitação de seus interesses para a reparação do mal cometido, por ser voluntária, retira o caráter malicioso da própria pena, sendo diferente do mal imposto por uma pena coercitiva como é a sanção penal.

Já que as finalidades da justiça penal e da justiça restaurativa parecem ser semelhantes, ficaria a dúvida sobre as diferenças entre os dois sistemas, sobre seus procedimentos e sobre seu objeto, já que o objetivo desses dois sistemas seria a cura do condenado buscando a pacificação da sociedade.

Para Cláudia Cruz Santos:

Ainda que se possa afirmar que quer a justiça penal quer a justiça restaurativa pretendem pacificar curando, encontrar-se-ão respostas significativamente diversas para as questões sobre aquilo que se pretende curar e sobre a forma como se pretende curar. Tais respostas terão de radicar na dimensão do conflito que em cada um dos modelos se sobrevaloriza e que em cada um deles se pretende pacificar (SANTOS, 2014).

Portanto, o que se conclui a partir dessa análise exposta pela autora é que a justiça penal tem o intuito de evitar o cometimento futuro de outros crimes, pacificando assim a sociedade e a justiça restaurativa de reparar as necessidades da vítima por meio da admissão das

responsabilidades pelo agente, causando assim a pacificação do conflito. Na resposta penal o que interessa é o não cometimento de crimes futuros. Na resposta restaurativa, em primeiro lugar estão os interesses individuais dos envolvidos no conflito, seja ele o agente, a vítima ou a sociedade, para que o conflito causado possa ser superado pela reparação dos danos às vítimas individuais e coletivas (SANTOS, 2014).

A função do Estado, como garantidor da paz social, é o respeito aos direitos fundamentais de seus cidadãos, sendo que por meio da justiça penal e das ideias de prevenção especial e geral, possibilita-se a proteção dos bens jurídicos defendidos pelo Estado contra lesões futuras, protegendo assim os valores essenciais da comunidade. A justiça restaurativa, em contraponto a isto, procura uma resposta para os males originados por um crime que já ocorreu, pelo aprendizado da conduta e pela pacificação do conflito entre os envolvidos e logo, da comunidade em que estão inseridos. A justiça restaurativa não procura evitar a prática de qualquer crime futuro, mas resolver o conflito de uma vítima específica a ponto de resolver uma relação interpessoal prejudicada, bem como de reconciliar o agente consigo mesmo, pelo sentimento de responsabilização de uma conduta indevida (ROXIN, 2008).

Portanto, o que o Estado pode oferecer é uma garantia de segurança dos cidadãos por meio do não cometimento pelo agente de crimes futuros. No entanto, o que o pensamento restaurativo vem a oferecer é uma atuação sobre pontos internos do agente, de natureza psicológica e espiritual.

A pacificação de um conflito pela responsabilização do agente pode contribuir para o não cometimento de crimes no futuro, pela reconciliação do agente confesso, com a vítima e com a sociedade, até porque evita a pena de prisão, que em tese deveria contribuir para essa socialização do agente, mas que na prática, tem servido de maneira inversa. A pena que não seja privativa de liberdade, muitas vezes acaba ajudando para que se alcance uma finalidade que a princípio não deveria ser sua, mas sim das penas criminais, que estas não tem conseguido atingir (SANTOS, 2014).

Fica evidente a grande preocupação da justiça penal no interesse do bens comuns, em contraponto aos interesses individuais, sendo essa uma das grandes críticas feitas pelos pensadores restauradores, sendo que a justiça restaurativa, ao buscar a resolução primeiramente dos conflitos individuais contribui para o bem coletivo, justamente pela pacificação que causa na sociedade, pela socialização do agente. Então a justiça restaurativa surge como alternativa a resposta tradicional penal, por ter a possibilidade de atingir a finalidade daquela, qual seja a proteção dos bens coletivos, também tratando dos interesses individuais dos envolvidos no conflito, seja ele o agente, a vítima ou a própria sociedade.

Assim, o questionamento se dá na alternatividade da aplicação de um sistema de justiça ao outro. O procedimento restaurativo então poderia ser aplicado apenas de maneira cumulada com a punição penal, ou poderia ela tornar desnecessária a condenação da pena, caso se verificasse a satisfação das finalidades de sua aplicação, seja ela de prevenção geral ou especial, podendo as práticas restaurativas tornarem desnecessárias as penas (SANTOS, 2014).

A princípio, caso se possa provar, por análise de hipóteses concretas, que a justiça restaurativa foi capaz de satisfazer as necessidades e as finalidades propostas pelas penas de justiça penal, especialmente ao se considerar que a pena não tem de maneira absoluta um fim retributivo, ela poderia ser utilizada de maneira alternativa à resposta penal tradicional, tornando desnecessária a condenação do agente a uma pena.

O autor John Braithwaite cunhou um termo denominado de *reintegrative shaming*, como uma manifestação de desaprovação para que o agente sinta remorso pelo mal que causou por cometer determinado delito. Quanto maior a dependência entre os sujeitos, maiores as chances de reintegração do agente, pela consciência de seu comportamento malicioso, bem como pelo sentimento de rejeição de outros para com suas atitudes, estigmatizando o ato como mau, preservando a identidade do agente como boa (BRAITHWAITE, 2002).

Para o autor, a reintegração só ocorre quando é seguida por esforços direcionados à mesma, com gestos ou palavras de perdão para que o agente não fique marcado como um desviado. A reprovação e a reintegração ocorrem de maneira sucessiva, sendo que o segundo tem como intuito não deixar o agente com um rótulo de delinquente (BRAITHWAITE, 2002). A justiça penal tende a causar uma estigmatização do agente e não de seu ato, marcando incontornavelmente o mesmo, o que o leva a não reconhecer seu comportamento desviado, o incentivando ao arrependimento e à reparação, mas o levando a uma negação de seu ato (SANTOS, 2014).

A justiça restaurativa, contrapondo mais uma vez a justiça criminal, garante ao agente a permanência como sujeito de direito, pertencente à uma determinada comunidade, pela readequação de seu comportamento, demonstrando respeito à determinação coletiva, contribuindo para a diminuição da criminalidade futura, se superando os males causados pelo agente.

No entanto, tal teoria trazida por Braithwaite tem recebido diversas críticas, seja pela interferência do Estado na vergonha reintegradora defendida pelo autor, que pode promover uma cumplicidade perigosa entre o Estado e as multidões; seja pela incompatibilidade entre o ato de envergonhar e a dignidade das pessoas que cabe ao Estado; seja a dificuldade em comprovar a eficácia de tal teoria (SANTOS, 2014).

A justiça restaurativa, ao propor uma reparação dos danos da vítima, busca se distanciar das reparações de danos sofridos pela vítima oferecidos pela justiça tradicional, como a indenização por perdas e danos trazida pelo Direito Civil, ou os mecanismos trazidos pelo Direito Penal para proteção da vítima.

O que vale a pena destacar é que o dano a que a justiça restaurativa se propõe a restaurar é um dano de natureza própria, diferente do dano social pressuposto pelo conceito material de crime que leva a possibilidade da aplicação de uma sanção penal. É um dano relacionado aos conflitos interpessoais entre os sujeitos de uma determinada ação, um dano pessoal, que segundo o autor Hans Schneider:

Há que conceber a reparação como um processo de interação (de ação recíproca) entre o agente, a vítima e a sociedade, que cura o conflito criminal e restabelece a paz entre os envolvidos. Não se trata, precisamente, de pagar uma certa quantidade de dinheiro e de articular alguns pedidos de desculpa feitos à pressa. A reparação é um processo criativo, uma contribuição pessoal e social que requer um esforço supremo de confissão e de luto psíquico e social por parte do agente do crime, com o qual este assume perante a vítima e perante a sociedade a sua responsabilidade pelos delitos (SCHNEIDER, 1993).

A questão da reparação da vítima tem assumido papel de grande importância no pensamento restaurativo, para que os danos sofridos pelas vítimas sejam neutralizados. Para Howard Zehr, a experiência de um crime para a vítima é extremamente traumático, pela violação de seu espaço pessoal, colocando em xeque duas premissas naturais do ser humano: a certeza de que o mundo é um lugar ordenado e a crença na autonomia pessoal (ZEHR, 2008).

Para Zehr, a recuperação desse sentido de autonomia pelas vítimas pode se dar de diferentes maneiras, seja pela continuação de suas vidas como sobreviventes, pela adoção de medidas de segurança própria, pela punição do agente ou inclusive a vingança pessoal. Algumas, contudo, sentirão a necessidade de entender o que aconteceu, pela análise de seus próprios sentimentos em relação ao crime, levando a pacificação interior e com o agente do delito (ZEHR, 2008).

Portanto, para parte das vítimas, a reparação é um elemento essencial para a cicatrização de danos invisíveis, tanto individuais quanto relacionais, causados a elas. Por isso que o procedimento restaurativo é pautado pelo princípio da voluntariedade, já que as necessidades variam de pessoa para pessoa, devendo a reparação restaurativa corresponder aos sentimentos e à vontade da própria vítima.

Em relação ao objeto de reparação pela vítima, partindo-se do pressuposto de que a reparação do dano causado ao bem jurídico é finalidade da justiça penal, chegamos a conclusão de que a reparação pela justiça restaurativa é uma outra, levando em consideração os indivíduos

em suas particularidades, ou relacionados à outros indivíduos. São os danos subjetivos ou relacionais do conflito criminal (SANTOS, 2014).

Para Katherine Doolin:

A reparação não é meramente uma opção; a justiça exige que sejam feitos esforços para se lograr a reparação daqueles diretamente afetados pelo crime. Para satisfazer a justiça a noção de reparar os danos tem de ir além dos danos físicos e materiais e abranger os aspectos emocionais, envolvendo tentativas de reintegração do respeito próprio das vítimas, do seu sentimento de segurança e da noção de *empowerment* do conflito, assim como do sentimento de pertença e da reintegração na comunidade do agressor (DOOLIN, 2007).⁵

Considerando que a finalidade da justiça penal difere da justiça restaurativa, sendo que o sentido da intervenção do direito penal não é primeiramente a reparação da vítima, julga-se que ao se integrar tanto os objetivos da justiça penal com os objetivos da justiça restaurativa, chegamos a diversificadas respostas que são vantajosas tanto para a vítima, que possa satisfazer todo seu sentimento de justiça, quanto para o agente do crime, contribuindo para uma menor punição para si e uma mais fácil reintegração na comunidade, favorecendo então a pacificação social (SANTOS, 2014).

A reparação restaurativa, portanto, são benéficas ao agente do dano, não apenas em uma concepção objetiva, tratando-se da modalidade e da extensão da pena a ele dada, mas também em seus aspectos subjetivos, como o sentimento de responsabilidade perante o ato cometido e a sua inclusão na comunidade ao qual lesou.

Para Cláudia Cruz Santos:

A reparação restaurativa desdobrar-se-ia em várias reparações: a reparação, obtida através de uma participação conformadora por parte do agente do crime e da sua vítima, dos danos causados à vítima tais como ela os vê, a reparação do sentido de responsabilidade e inclusão do agente, a reparação das vertentes relacionais em que essa vítima, esse agente e as suas comunidades de próximos estão envolvidos (SANTOS, 2014).

Ao passo que pode se considerar o dano relacional aquele que os participantes em um crime tem mais necessidade de reparar e considerando que a justiça restaurativa é um modelo de resposta a uma dimensão de conflito interpessoal, chega-se ao questionamento se a reparação restaurativa seria útil apenas aos conflitos que possuam uma natureza criminal e que causem danos em uma perspectiva pessoal e interpessoal, já que a existência da reparação restaurativa

⁵ Repair is not merely an option; justice demands that efforts will be made to redress those directly affected by the crime. To satisfy justice, the notion of repairing damage must go beyond physical and material damage and cover emotional aspects, involving attempts to reintegrate victims' self-respect, their sense of security and the notion of empowerment in conflict, as well as feeling of belonging and the reintegration into the aggressor's community.

pode causar a desnecessidade e o retraimento de outras formas de resposta ao crime, quando se puder afirmar que não sobram necessidades preventivas carecidas de resposta, já que a reparação dada pela justiça penal é intimamente vinculada ao cumprimento de finalidades preventivas.

Entre as dificuldades apontadas sobre a reparação com resposta ao crime se dá pelo fato de ela tratar sobre a proteção de interesses individuais, ao contrário da função da justiça penal que defende interesses coletivos. A resolução dos conflitos deixaria de ter natureza pública, passando a ser de natureza privada, já que a sanção penal é geral, para a coletividade, enquanto a reparação é direcionada para o indivíduo, prevalecendo o interesse individual sobre o coletivo. A reparação deveria cumprir uma função maior do que apenas a de satisfazer interesses individuais, devendo proteger bens coletivos pela sua função preventiva (SANTOS, 2014).

Outro questionamento acerca da reparação como resposta penal se dá pela subjetividade do sentimento de culpa dado pela vítima. A justiça penal julga o agente pelo ato ilícito, determinando certo juízo de censura, enquanto a reparação restaurativa puniria baseado no sentimento da vítima em relação ao que o agente fez, variando conforme a própria subjetividade da vítima, sendo que é imensurável a própria quantificação desse sofrimento pela mesma (SANTOS, 2014).

Portanto, tendo em vista as dificuldades encontradas pela justiça penal em utilizar a reparação dos danos sofridos pela vítima como meio de resposta, deve a justiça restaurativa assumir esse papel ao tomar para si um meio de resposta que dê mais atenção à vítima, reclamando uma reparação que vá atender seus desejos subjetivos.

A justiça restaurativa tem como um de seus objetos de estudo a avaliação da extensão dos danos sofridos por vítimas de infrações criminais. Normalmente, as lesões vão muito além do que apenas aqueles protegidos pela norma jurídica penal. O pensamento restaurativo traz que os traumas resultantes dos crimes podem ser relacionados a uma crise da autoimagem; a uma crise dos significados ou das convicções e a uma crise dos relacionamentos (SANTOS, 2014).

A questão psicológica da vítima é associada a um sentimento de impotência perante o mal causado a ela, causando um sentimento de culpa e humilhação pelo ocorrido, estigmatizando a mesma como perdedora, produzindo um isolamento social da vítima e, em muitos casos, a sua marginalização.

A avaliação, então, passará a ser quanto a reparação que a vítima sente que lhe é devida, com a que o agente se sente responsável, sendo que o encontro entre os sujeitos de um crime pode vir a facilitar a determinação dessa quantidade. A recuperação de um senso de justiça

subjetiva da vítima, alcançada pelo encontro com o agente do crime, também deve facilitar o estabelecimento de uma relação entre a quantidade de danos sofridos pela vítima e a quantidade de reparação necessária (SANTOS, 2014).

Assim, a resposta dada pela justiça restaurativa pode ser considerada mais ampla do que aquela trazida pela justiça penal, não apenas por não ter de cumprir com as finalidades de prevenção da justiça penal, mas também pela ampla valoração do sentimento da vítima em relação ao que aconteceu à ela e do sentimento de culpa sentido pelo agente do crime.

Ao serem tratadas as duas formas de indenização, seja uma indenização punitiva, trazida pela justiça penal tradicional, seja uma indenização reparativa, trazida pelo pensamento restaurativo, chegamos a algumas diferenças fundamentais entre as duas formas de resposta ao crime, ao começar pelo fato de que a indenização punitiva é determinada por um ordenamento jurídico, seguido de um procedimento julgador (SANTOS, 2014).

A justiça restaurativa tem o interesse em dar uma solução mais favorável a todos os envolvidos, seja ele a vítima, o agente ou a sociedade, pois possibilita a reparação dos danos da vítima, pois leva a uma punição mais branda, mas mais responsabilizadora ao agente, pois pacifica os conflitos, favorecendo a sociedade ao fortalecer os laços comunitários (SANTOS, 2014).

Jorge Figueiredo Dias ao tratar da temática, dispõe que:

O interesse da vítima é, em muitos casos, mais bem servido através da reparação do que através da aplicação ao agente de uma pena privativa de liberdade. Em muitos casos, a reparação pelo agente é bastante para satisfazer as necessidades de reafirmação das expectativas comunitárias na validade da norma violada, tornando-se desnecessárias outras sanções penais. A reparação deve atribuir-se um acentuado efeito ressocializador, na medida em que obriga o agente a entretecer-se de perto com as consequências do seu fato para a vítima (DIAS, 2001).

Tratando da questão do uso da reparação na justiça penal tradicional, questiona-se se sua aplicação poderia alcançar a finalidade almejada, se colocarmos nela a valoração dada pela justiça restaurativa à mesma, qual seja a restituição subjetiva daquilo que foi retirado da vítima no momento do delito. Considerando que a justiça penal tem finalidade preventiva e de defesa do interesse coletivo, considera-se de difícil tarefa a conjunção tanto do respeito à esse bem jurídico comum com a responsabilização e reparação individual do agente, da vítima e da comunidade em que estão ambos inseridos.

Em relação a própria definição da reparação como consequência jurídica do crime, no procedimento restaurativo, a reparação será o que os participantes do conflito determinarem, podendo tomar variadas formas. Já a reparação como sanção criminal não pode ficar alheia aos interesses e desejos da vítima e do agente, mas devem ser decorrentes do princípio da legalidade

que está imposto a elas, deixando de ser uma reparação pela sua determinação, passando a se tornar uma mera restituição patrimonial, o que sempre levanta um questionamento acerca de um enriquecimento ilícito, já que se criará a favor da vítima um direito à uma reparação financeira, bem como a indenização por perdas e danos, desempenhando essa reparação como uma função punitiva e ressarcitória (SANTOS, 2014).

Em relação ao princípio da igualdade, questiona-se se os mais favorecidos e os mais desfavorecidos poderiam ter um tratamento de paridade em relação ao ônus que uma reparação financeira poderia causar a ambos, já que se a parte punitiva da reparação financeira pode ser condicionada por finalidades preventivas, se adequando à situação econômica do agente, a parte do ressarcimento de danos independe de tais adequações. Ao considerarmos a pena privativa de liberdade, não teríamos tais considerações, já que todos podem ser sujeitos à privação de liberdade de igual forma (SANTOS, 2014).

Além destas, existem diversas opiniões sobre a possibilidade de a reparação se dirigir apenas à crimes menos graves, ou se poderia ser aplicável aos crimes de maior gravidade.

5.1 OS PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS DA PROPOSTA RESTAURATIVA COMO FORMA DE REAÇÃO AO CRIME

Nesse tópico, serão apresentadas algumas críticas ao modelo restaurativo, em face de alguns dos princípios norteadores do modelo tradicional de reação ao crime, tanto em sua parte teórica quanto prática, com suas limitações e incapacidades, se mostrando em certos momentos desconforme com a justiça penal e com suas finalidades.

Para Teresa Beleza:

As ideias de mediação (como processo) e de restauração, que vão ganhando terreno na atual Justiça Penal, são, poderá afirmar-se, curiosamente inapropriadas ao sistema penal. Por um lado, porque reduzem a questão penal a um conflito entre duas pessoas, como um conflito civil. A ideia hegemônica da composição de litígios como fim último do Direito, contestada com base empírica mesmo na própria Justiça Cível é assim contrabandeada para a Justiça penal, aquela a que certamente menos se adequa. Por outro lado, parece esquecer que se estas questões são conceptual e politicamente redutíveis a conflitos, então por que mistério estarão no Direito Penal? (BELEZA, 2011).

A crítica, então, é feita com os valores que a proposta restaurativa propõe, por um certo desrespeito aos valores relacionados com os que a nossa sociedade lida com o crime, que se julgam inatacáveis. Portanto, a consideração é que a desconformidade da justiça restaurativa com a penal é axiologicamente aceitável.

Questiona-se a possibilidade de com o pensamento restaurativo, se preservarem valores que sejam conformes a reação social ao crime, que se julga aceitável, dizendo respeito aos seus valores. No entanto, se a justiça restaurativa apresenta características específicas quanto à justiça penal, considera-se razoável certa margem de desconformidade em suas propostas. Contudo, existem valores que a sociedade considera inegociáveis, baseados em princípios estruturais, não sendo admitida sua desconformidade com a proposta restaurativa (SANTOS, 2014).

Por meio dos estudos já realizados anteriormente, chegou-se a conclusão de que a finalidade da pena, no sistema penal de justiça, não é a retribuição da culpa do agente. No entanto, ela continua sendo pressuposto da pena, para que se afirme a responsabilidade penal do sujeito, pois é ela que permite sustentar o merecimento de uma pena pelo agente e apenas esse merecimento que pode confirmar a dignidade da punição de uma pessoa (SANTOS, 2014).

A principal questão tratando da culpa e da justiça restaurativa é se o princípio da culpa pode desempenhar qualquer função na justiça restaurativa, sendo o conteúdo dessa culpa similar ou distinto da culpa na justiça penal. Na justiça restaurativa existe uma certa responsabilização do agente, imputando-se a ele um sentido de culpa. No entanto, sua diferença para com a justiça penal se dá pela falta de um julgamento formal que venha a atribuir essa culpa a ele, pelo próprio reconhecimento de sua culpa.

Para Cláudia Cruz Santos, é interessante a reflexão daquilo que parece e que não parece ser problema em relação à culpa na justiça restaurativa. O que não parece ser um problema é o fato de não haver pena caso não haja culpa, para a autora, o problema se dá na intervenção, mesmo que não haja culpa, culminando na condenação de uma pena com assunção de deveres pelo agente (SANTOS, 2014).

Deve haver, para atribuição de qualquer juízo de censura, qualquer comportamento que seja considerado típico e ilícito, que funde a responsabilidade do agente para que seja, portanto, considerado culpado e merecedor de uma pena.

Para Jorge Figueiredo Dias:

A culpa jurídico-penal, sendo eminente e primariamente um juízo de censura, engloba uma específica materialidade ou “matéria de culpa” que lhe advém da atitude interna ou íntima do agente manifestada no ilícito-típico e que o fundamenta como obra sua, da sua pessoa ou da sua personalidade (DIAS, 2001).

A justiça penal, agente por meio do Direito Processual Penal, naturalmente acabou por dar um entendimento de que o agente é responsável pelo crime que lhe é imputado. A questão, a partir dessa afirmação, é se o entendimento restaurativo pode existir sem a prova da

responsabilidade pelos fatos buscados pelo Processo Penal, sendo da essência da justiça restaurativa a ausência de um processo formal que venha a confirmar a existência de um crime e da necessidade de sua reparação. (SANTOS, 2014)

Mesmo quando a culpa existe, ela não precisa ser provada conforme os requisitos do processo penal. Em casos em que a prática restaurativa surge como alternativa dentro do mecanismo legal da justiça penal, tal caráter de permanência do sentido de culpa causa dificuldades de entendimento àqueles que estão acostumados com o procedimento legal processual (SANTOS, 2014).

Para a justiça restaurativa, o princípio *nulla poena sine culpa* não possui igual significado e importância do que para a justiça penal tradicional, já que o entendimento restaurativo é de que a solução do conflito prescinde da determinação de uma punição. Portanto, conforme afirma Cláudia Cruz Santos, “não pode ter idêntico sentido em um modelo de reação ao crime que não pretende a punição nem permite um juízo heterônomo de censura que suporta (e limita) uma condenação autoritária” (SANTOS, 2014).

Assim, a existência de uma resposta restaurativa sem culpa, e de uma resposta restaurativa além da culpa, viola o princípio da culpa basilar da intervenção punitiva do Estado, considerando-se que haja sempre fundamento material para que seja feito juízo de valor da conduta do agente, seja por ele mesmo ou feito por outros?

Para tal questionamento a princípio sua resposta seria negativa, pela impossibilidade de ausência de culpa, ao se considerar que a resposta restaurativa é um modelo de resposta ao crime, que tem como elemento essencial a culpa. No sistema penal, a culpa é um pressuposto da pena. Já na prática restaurativa não seria dessa maneira, pela faculdade dada ao agente de reparar o ato ilícito cometido, confirmando-se a sua vontade de participação e conformação de solução para o conflito.

Em relação a definição de conceito de pena encontrada tanto para a justiça penal quanto para a restaurativa, José de Faria Costa traz que na justiça penal, “a culpa representa a censura que se faz ao agente quando ele agiu de uma determinada maneira e podia e devia ter agido de outra forma” (COSTA, 2009). O juízo de culpa é determinado por terceiros e não pelo agente do dano, em um processo criado para justamente comprovar essa culpabilidade. Na justiça restaurativa, o que interessa é a culpa que o agente reconhece e não o que outros lhe atribuem (COSTA, 2009).

Em um sistema como o sistema penal, em que o que se sobressai é a defesa da comunidade pela da punição do agente causador de algum mal, pelo processo penal que acaba por atribuir um juízo de culpabilidade a esse agente, lhe ocasionando uma sanção coativa e

autoritária, deve haver um grande respeito pela dignidade desse sujeito, demonstrando a responsabilidade desse sistema.

Já em um sistema restaurativo, que tem interesse em pacificar de um conflito interpessoal, levando a uma restauração em sentido amplo, o que deve sobressair é a responsabilidade encontrando em cada um desses sujeitos quanto aos atos praticados, com suas necessidades e demandas. Claro que para que isso aconteça, deve haver também uma forma de respeito pela dignidade e autonomia de vontade das partes.

Cláudia Cruz Santos, tratando do juízo de culpa nos procedimentos da justiça penal e da justiça restaurativa, levando em consideração suas diferentes finalidades e racionalidades, explica:

Enquanto o juízo de culpa jurídico-penal deve pressupor uma demonstração da responsabilidade através de uma produção de prova dos fatos que é essencialmente exterior à vontade e à intervenção do próprio agente; já a culpa restaurativa surge alicerçada num reconhecimento da sua responsabilidade por parte do agente, alheio a uma comprovação externa. Enquanto naquela culpa vive uma hetero-censura, nesta predomina uma auto-censura (SANTOS, 2014).

Portanto, fica clara a distinção na questão da culpabilidade dos agentes ao compararmos a justiça penal da justiça restaurativa. Enquanto na justiça penal o acusado tem o direito de não contribuir para que essa sua culpabilidade seja demonstrada, o princípio da presunção de inocência, sendo essa função de outros, a justiça restaurativa tem como pressuposto básico o próprio reconhecimento pelo sujeito de sua culpabilidade.

O agente, no processo penal tradicional, tem um papel de passividade. Já na justiça restaurativa, tem papel essencialmente ativo, sendo sua participação de grande importância para o procedimento restaurativo. Tal diferença, apesar de parecer pequena, qualitativamente se mostra enorme, pela questão da compatibilidade entre as finalidades de realização da justiça, baseada na descoberta da verdade e da proteção dos direitos fundamentais do autor do crime (SANTOS, 2014).

Há de se considerar, contudo, que mesmo nas práticas restaurativas, a colaboração do agente acontecerá apenas se exprimir sua vontade de forma clara e livre. No entanto, caso essa colaboração não aconteça, se dá por prejudicado o procedimento restaurativo. No processo penal, independente da colaboração do agente, o processo prosseguirá por seu natural caminho.

Outra crítica feita ao processo restaurativo se daria justamente por essa valorização do elemento subjetivo do agente do crime, baseados nas atitudes e na personalidade dele, em contraponto aos atuais fatos ocorridos em um evento danoso. A confissão de culpa assume papel

central no processo restaurativo, levando a uma certa desnecessidade de outros meios probatórios, o que poderia ter efeito negativo sobre o processo restaurativo (SANTOS, 2014).

Não há associação entre a proposta restaurativa dos modelos inquisitórios processuais penais. Júlio Maier distingue ambos pelo fato de no sistema compositório o Estado chamar para si a decisão do conflito, retirando a vontade do agente e da vítima na definição da resposta a esse conflito. Portanto, o modelo inquisitório, qualquer que seja, se baseia na coação do Estado em contraste a uma solução dada pelos participantes do conflito (MAIER, 2001).

A culpabilidade, em um modelo restaurativo, não deve ter tanta importância quanto em um modelo punitivo de justiça penal. Isso se dá pela necessidade de assunção de uma determinada responsabilidade ao agente do fato, para que não ocorra a sua punição sem qualquer juízo de censura, se tornando tal sanção autoritária e injusta. Se o agente não for responsável pelo crime, não há punição.

Na justiça restaurativa não há essa responsabilidade atribuída por um terceiro, mas sim um sentimento de responsabilidade do próprio agente pelo dano cometido, decorrente de um ilícito e seu interesse em reparar tal dano. A vontade na justiça restaurativa tem maior papel do que a responsabilidade. No sistema penal, a responsabilidade é um pressuposto da punição do agente, limitando inclusive tal punição. Já na justiça restaurativa, a responsabilidade não tem função principal nas consequências ao agente, mas requisito para que se busque de maneira voluntária solução para os problemas causados, adequados a pacificação do conflito. (SANTOS, 2014)

A conclusão a que se chega neste tópico de estudo é que o princípio da culpa deve ser interpretado de maneira diversa na justiça restaurativa do que na justiça penal, por ser modelo de reação ao crime que se assenta na voluntariedade, não admitindo o sancionamento coativo.

O maior problema entre o sistema penal tradicional e a justiça restaurativa se dá com a intervenção do Estado e a participação das pessoas na resolução do conflito. Isso acontece pelos princípios da oficialidade e da legalidade, questionando-se sua intransponibilidade em relação ao processo restaurativo. O sistema penal de justiça tem o princípio de que o monopólio da função jurisdicional penal cabe apenas ao Estado, tendo ele legitimidade para defender a sociedade, não podendo sua tutela estar a disposição dos indivíduos envolvidos no conflito.

Pablo Galian defende que:

O desenvolvimento do direito penal liberal no sistema continental europeu, em particular da teoria da danosidade social, baseada na lesão a bens jurídicos, e da teoria da pena conduziu ao que os abolicionistas chamam “expropriação do conflito”, porque o Direito Penal não pode destinar-se à resolução de conflitos privados, mas somente dos conflitos sociais (Galian, 2010).

Há uma crítica, contudo, quanto a obrigatoriedade da autoridade punitiva estatal, em relação a sua legitimidade e em relação a sua eficácia na satisfação dos interesses dos indivíduos envolvidos. A principal argumentação contrária seria que os indivíduos participantes do conflito foram furtados pelo Estado de seu direito de participar desses conflitos, pela alegação de que existem certas condutas que têm de ser ratificadas independentemente da vontade dos agentes (SANTOS, 2014).

Deve ser considerada a aproximação entre os dois modelos de resposta quanto aos princípios da oficialidade e da autonomia dos interesses individuais na resolução do conflito. No processo penal, tem relevância a vontade do sujeito em determinados momentos, já na resposta restaurativa, não há uma total independência desta para com o controle estatal, já que grande parte dos programas de justiça restaurativa estão vinculados ao Estado, havendo um determinado reconhecimento por esse.

É incorreta, portanto, a afirmação de que no Estado todo poder de decisão é exclusivo do Estado e da que no processo restaurativo, é exclusivo dos particulares relacionados ao conflito. As práticas restaurativas costumam surgir regulamentadas pelo Estado, definido seus pressupostos e limites básicos. No processo penal, a participação dos sujeitos envolvidos no crime condiciona o processo e seu seguimento (SANTOS, 2014).

A resposta restaurativa pode surgir como uma alternativa dentro da justiça penal, acontecendo durante ou anteriormente ao processo penal, funcionando como limitação à legalidade da promoção pessoal, já que limita a possibilidade de colhimento dos indícios que desencadeiam a acusação, reduzindo a chance de decisão conforme o princípio da legalidade.

Se o ordenamento jurídico já admite limitações aos princípios da legalidade e da oficialidade, o questionamento a ser respondido é se as práticas restaurativas que acontecem anteriormente a acusação são admissíveis. Outro questionamento importante a ser feito é se as soluções propostas pela justiça restaurativa relacionadas a criminalidade grave e pública representa ataque a esses princípios (SANTOS, 2014).

O cometimento de um crime pode originar mais de um conflito, com naturezas e titulares distintos. Essa afirmação é essencial ao analisar as divergências entre as propostas restaurativas e a resposta penal tradicional quanto ao titular do conflito. O conflito pode ser tanto particular, entre os dois sujeitos de um delito ao qual a resposta restaurativa está orientada a resolver, mas pode ser também coletivo, em relação aos valores protegidos por uma sociedade, conformada pela dimensão pública e protegida pelo sistema jurídico penal.

Além das dimensões coletiva e individuais do crime, pode ser acrescentada uma terceira dimensão ao crime, sendo a manifestação de um problema social, não por ser apenas um problema da sociedade, mas enquanto consequência de um problema social anterior, como exclusão social e econômica.

Por um crime ter várias dimensões, questiona-se apenas se um modelo de justiça criminal seria suficiente para reagir a todas essas dimensões. Dessa forma, seria difícil considerar, em relação à justiça penal tradicional, já que não é finalidade reagir a dimensão privada do conflito ou a dimensão de problema social, mas apenas da dimensão coletiva do crime.

Assim, abre-se espaço para a justiça restaurativa, que viria para reparar os danos individuais e interpessoais do conflito. O Estado não roubou o conflito dos particulares, pois o conflito que interessa para ele é o do agente com os valores essenciais da comunidade em que foi cometido o crime (SANTOS, 2014).

Existem dois conflitos de natureza diversa, aqueles que opõem o interesse individual de um agente aos valores da sociedade, e aqueles em que há violação de interesses da vítima pela conduta ilícita do agente, distinguindo-se cronologicamente o conflito manifestado no momento do cometimento do crime com o conflito decorrente do cometimento do crime.

O conflito a que se ocupa o direito penal é o manifestado pelo agente em relação aos valores sociais protegidos pelo Estado. O conflito se revela no momento do cometimento do crime, após isso, se inicia novo conflito, entre o Estado e o agente do crime, para verificação do conflito anterior, o crime, para se acarear da culpa do agente e de sua punição (SANTOS, 2014).

Ao conflito entre o agente e a sua vítima, que possui um papel secundário no sistema penal tradicional, que as práticas restaurativas pretendem tratar, visando não a reparação dos bens jurídicos, como na justiça penal, mas na reparação dos danos sofridos pelos participantes do conflito criminal.

Portanto, a justiça restaurativa se concentra no conflito entre agente e sua vítima, que ofende os interesses concretos da vítima e atribui, ao ofendido, qualidade de sujeito processual, com direito a um pedido de indenização.

A discussão desse ponto se dá entre a contradição da justiça restaurativa como sistema penal sem juízes, questionando-se o sentido da intervenção do juiz, com papel de garantidor de liberdades individuais. Esse problema dos processos restaurativos quanto ao princípio da reserva do juiz se dá em especial nos casos da mediação penal.

O principal ponto desse problema da compatibilidade do pensamento restaurativo com o princípio da reserva do juiz acontece pela solução restaurativa poder ser uma solução para o conflito criminal justamente sem a intervenção do juiz, com a participação decisória direta dos sujeitos do crime.

Em sua questão material, o problema disso seria pela assunção de deveres pelo agente do crime que viessem a limitar seus direitos fundamentais, em um acordo restaurativo, sem a participação de autoridade competente para avaliar tais limitações em tal acordo (SANTOS, 2014).

Anabela Miranda Rodrigues afirma que:

Uma tendência clara e generalizada manifesta-se com o reforço da independência do juiz, que surge, com a consequente revalorização da sua função jurisdicional ao longo de todo o processo penal – e não apenas na fase de julgamento –, como garantia da sua imparcialidade e como condição indispensável da proteção dos direitos fundamentais das pessoas no processo, designadamente do arguido e dos seus direitos de defesa (RODRIGUES, 2009).

Quando se compreende o sentido do princípio da reserva do juiz, como garantidor dos direitos fundamentais de uma pessoa, em especial do agente do crime, compreende-se a grande preocupação na adoção de uma forma de resposta ao conflito com um conteúdo incerto e sem controle judicial, não necessitando da comprovação de responsabilidade desse agente perante um tribunal judicial penal (SANTOS, 2014).

Em especial, na mediação penal há uma grande possibilidade da formulação de acordos sem que haja qualquer intervenção ou controle por parte de um juiz. A intervenção de um juiz, como garantidor de direitos fundamentais, não é de grande necessidade, já que o agente não se limita a aceitar ou não com solução proposta por outro, mas se vincula a acordo que ele próprio assumiu.

Como conclusão de todo o discutido, existem certos princípios fundamentais na resposta de um crime em um Estado Social de Direito, que aparentemente podem ser colocados à prova pela justiça restaurativa. Esses princípios seriam o da culpa, o da oficialidade e da legalidade da promoção processual e o da reserva de juiz.

A justiça restaurativa e a próprio justiça penal, enquanto instituto que vai sofrendo modificações com o passar do tempo, foram impondo certas limitações à tais princípios, adotando novos princípios de igual importância, como o consenso, a celeridade, a reparação, em busca da pacificação do conflito (SANTOS, 2014).

Para tanto, considerando-se que existem determinados princípios que são irrenunciáveis, devendo ser preservados e que existe espaço suficiente para que haja inovação na maneira em

que pode haver resposta aos conflitos sociais, não parece haver tanto distanciamento entre a justiça restaurativa e os princípios da culpa, da oficialidade, da legalidade da promoção processual e da reserva de juiz, de tanta importância para o sistema tradicional judicial penal.

Analisando o núcleo do pensamento restaurativo, compreende que não há profunda rejeição pela intervenção penal, mas sim com uma que leve a uma pena de prisão. Esse pensamento começou a ter crescimento pois passaram a surgir ideias de humanização da punição, juntamente com pensamentos críticos de desumanidade da pena privativa de liberdade.

Uma grande crítica acerca da pena privativa de liberdade é acerca da sua capacidade de socialização. Para vários autores, a prisão não serve como reabilitadora, já que priva da liberdade de educar o preso para uma vida em liberdade. A exclusão da vida em sociedade não contribui para a socialização do agente (SANTOS, 2014).

Há um claro distanciamento entre a resposta que os defensores da justiça restaurativa julgam que deveria ser dada ao crime com aquela dada pela justiça penal tradicional, pela responsabilização relacionada com a neutralização de um mal causado a outros. A reparação do mal é vista como a responsabilização essencial para a reintegração do agente e para satisfação das necessidades da vítima. Na pena privativa de liberdade, não há a criação de oportunidades para que o agente repare os danos que causou. A reparação pode se mostrar essencial para a ressocialização do agente, para que não cometa crimes futuros (SANTOS, 2014).

Ao se tratar das finalidades da justiça penal, fica clara sua distância com os resultados fáticos atingidos, ao passo que se a busca seria da prevenção geral de socialização do agente, o que realmente passa a ocorrer é uma enorme repressão ao agente, o estigmatizando, ao invés de ajudá-lo e recuperá-lo, como deveria ser.

Claus Roxin, ao tratar sobre os fins das penas, dispõe que:

As considerações preventivo-gerais para a fundamentação e a medida da pena seriam ilegítimas se se partisse da ideia de que o direito penal e a pena não têm efeitos preventivo-gerais. A concepção teórica do direito penal que defendo pode conceder à prevenção geral um papel importante para a justificação da pena porque, apesar de algum ceticismo, existem motivos preponderantes para aceitar que o direito penal contribui de forma relevante para impedir fatos delituosos e para reforçar a confiança dos cidadãos na existência e prevalência do ordenamento jurídico (ROXIN, 2000).

A condenação à prisão se restringe a quem se pode direcionar juízo de censura, com uma exigência de culpa e limite da pena, punindo quem merece, na medida em que o merece. Mas mesmo em uma justiça penal mais preocupada com a proteção dos bens jurídicos essenciais, deve também ser considerada a prevenção especial de socialização, sendo essa obrigação do Estado para com o condenado, como exigência social do Estado de direito.

Para o pensamento restaurativo, apenas na prevenção especial de socialização é que se encontra um sentido para a pena, para que sua execução não seja apenas algo com finalidade de vingança ou retribuição, com o agente como mero objeto da intervenção coativa do Estado.

Quando se considera a motivação a intervenção posterior ao cometimento de um crime, encontra-se três finalidades para ela, para evitar a reincidência, para dissuadir outros cidadãos de cometerem algum crime, ou para retribuição do crime já cometido. A finalidade da reincidência está ligada à prevenção especial; a da dissuasão ligada a prevenção geral e a última à retribuição penal (SANTOS, 2014).

A prevenção especial, utilizada pelo sistema penal, ligada a prisão para que o agente não venha a ser reincidente, sofre críticas pelo pensamento restaurativo por sua desconformidade com a proteção dos direitos fundamentais do condenado e também pela ineficácia da pena privativa de liberdade, já que de maneira prática não tem evitado a reincidência criminal.

Em um Estado de Direito Social, a legitimidade encontrada pelo Estado para que prive alguém de sua liberdade radica em sua necessidade como defesa da sociedade e na humanidade da sua execução, decorrendo desta última a obrigatoriedade da oferta de meios para que o agente seja reintegrado à sociedade, projetando seu futuro sem o cometimento de crimes, sob risco de tornar a prisão em local de depósito de indivíduos segregados e indesejáveis à sociedade (SANTOS, 2014).

A oferta de socialização, enquanto fim da pena, deve ser irrenunciável pelo Estado, em especial nas penas privativas de liberdade. Os pensadores restaurativos acreditam que a socialização é favorecida pelo reconhecimento do próprio agente de sua responsabilidade pelo dano causado, com a reparação dos danos por ele causados. Até mesmo aos pensadores que reconhecem a necessidade da pena privativa de liberdade com finalidade socializadora, existem concepções comuns ao pensamento restaurativo, como o amparo à autonomia do agente e do consenso (SANTOS, 2014).

As críticas feitas pelo pensamento restaurativo quanto à justiça penal acontecem de maneira predominante no campo da prática, já que, como Jorge Figueiredo Dias expõe:

Não é pois na configuração teórica do sistema sancionatório e na sua adequação ao paradigma emergente da política criminal que podem suscitar-se dificuldades, se não que, como sugerimos, na forma e na extensão com que aquele sistema tem sido levado à prática. A assintonia entre o dever ser e o ser é um dos principais pontos de crítica feitas pelos pensadores da proposta restaurativa (DIAS, 2001).

A justiça restaurativa e a justiça penal não são modelos excludentes de reação ao conflito, podendo até serem considerados modelos complementares. A justiça restaurativa tem caráter mais residual, enquanto a justiça penal trabalha com hipóteses mais problemáticas, que

beneficia a justiça restaurativa, pelas suas limitações, não podendo excluir em todos os momentos a intervenção penal em relação às ofensas graves e especialmente quando os participantes do conflito não tem interesse em sua resolução.

A crítica do sistema restaurativo ao sistema penal se dá na solução autoritária do conflito por terceiro imparcial ao conflito, com a consecução de uma pena ao agente, desconsiderando as suas necessidades reais, bem como a da vítima e a da sociedade em que o conflito ocorreu. O que a justiça restaurativa propõe é justamente a participação dos sujeitos do conflito, levando a uma reparação dos danos da vítima, quando o agente assume as responsabilidades pelo fato criminoso. Nesse momento, por estarem satisfeitas todas as reais necessidades dos participantes do conflito, seria desnecessária qualquer tipo de punição como a pena privativa de liberdade (SANTOS, 2014).

No entanto, apesar da prática restaurativa ser em grande parcela dos conflitos benéfica para todos os envolvidos, é difícil ainda a comprovação de que em todos os casos ela vai ser adequada, tornando desnecessária qualquer tipo de intervenção penal. Em caso de crimes muito graves, cometido por agentes perigosos; em casos em que os agentes não tem interesse na solução do conflito; em casos em que a vítima exige uma condenação penal; em casos de crimes sem vítimas e em casos de crimes com contexto de grande desigualdade, fica difícil tal comprovação (SANTOS, 2014).

Outro grande questionamento a ser feito é se a condenação a uma pena privativa de liberdade, ou qualquer outra sanção, levará a que não pratiquem mais crimes, ou os tornará piores? E não causando qualquer mal aos agentes de um determinado crime, com uma sanção, poderá evitar-se o futuro cometimento de outro crime? (SANTOS, 2014).

Em relação aos crimes graves cometidos por agentes perigosos, os grandes pontos encontrados como crítica ao pensamento de parte dos teóricos restaurativos de que a intervenção de natureza restaurativa seria adequada para tais crimes seria do risco da permanência em liberdade de tais agentes, com a grande probabilidade de cometimento de novos crimes, além das desvantagens da impunidade, com a não afirmação da validade das normas violadas.

Há parte dos pensadores restaurativos que excluem das práticas restaurativas a criminalidade mais grave imputada a agentes mais perigosos. Assim, pode-se encontrar espaço nos dois modelos de resposta ao crime, tanto na justiça penal quanto na restaurativa, para que convivam de maneira harmoniosa.

Quanto a isso, Manuel da Costa Andrade expõe:

Não se estranha que a pequena criminalidade se tenha convertido num dos temas principais da criminologia e da política criminal contemporâneas. Naturalmente distintos do ponto de vista lógico-teórico, a verdade é que os dois eixos referidos – o vertical: conflito/consenso; o horizontal: pequena criminalidade/criminalidade grave – propendem a separar a fenomenologia criminal segundo linhas sensivelmente sobreponíveis. Concretamente, e embora não esgote o espaço do consenso, é invariavelmente a pequena criminalidade que aparece referenciada como pacificamente vocacionada para soluções processuais de consenso (ANDRADE, 2004).

No entanto, pelo caráter reparador e pacificador da proposta restaurativa, não se deve excluí-la totalmente dos crimes mais graves, que são os que mais necessitam de tais intervenções, até pela grande probabilidade de relação entre vítimas e seus agentes nos crimes mais graves.

Até porque quanto maiores os desvalores originados pelo crime, maior a chance de responsabilização pelos danos causados pelo agente do crime. E, quanto maior o dano causado à vítima, maior a sua reparação.

Considerando que a prática restaurativa possui maior sentido nos conflitos de grave natureza, os riscos atrelados a esses conflitos também são maiores, tanto em aumentar ainda mais um conflito existente, como no risco pela segurança dos participantes. Assim, as práticas restaurativas em crimes mais graves assumem uma característica especial, ocorrendo após a sentença penal, geralmente utilizando das instâncias formais de controle (SANTOS, 2014).

Quanto a ausência de vontade de participação nas práticas restaurativas, elas se tornam inaplicáveis quando não há desejo das partes em lograr solução para o conflito. Caso realmente não haja participação nas práticas restaurativas, a resposta terá de ser dada pela justiça penal.

Em relação à aplicabilidade das práticas restaurativas aos crimes sem vítimas, permanece a dúvida se depois de cometido crime do qual não resultam vítimas identificáveis, se podem e devem existir programas restaurativos. Se sim, quem participará de tais programas? (SANTOS, 2014).

Há pensadores que defendem a aplicação de pena cuja execução possa ser evitada pelo agente, por meio de prestações restitutivas ou sociais que demonstrem arrependimento interno. Tudo isso para demonstrar um tratamento igualitário nos crimes com vítima, que levam a reparação do dano individual, com os crimes sem vítima (SANTOS, 2014).

No entanto, o próprio procedimento restaurativo se veria prejudicado, por não se identificarem os titulares dos interesses ofendidos legitimado para participar do processo restaurativo. Seria, por isso, incompatível com o processo restaurativo, tanto em sua finalidade, quanto em seu procedimento.

Se a finalidade principal da justiça restaurativa é a resolução do conflito interpessoal, se veria o próprio procedimento prejudicado na tentativa de resolução de crimes em que tal conflito interpessoal para não existir, pela ausência da personalidade da vítima.

Ao se fazer a distinção entre crimes sem vítima em sentido estrito, crimes de vítima inconsciente e crimes de vítima abstrata, a prática restaurativa poderá se tornar viável nos dois primeiros casos, quando a vítima tomar consciência de sua qualidade de vítima, reconhecendo a existência do conflito que causou e dos danos que necessitam de reparação (SANTOS, 2014).

Em relação aos crimes de vítima abstrata, haverá casos em que o dano irá atingir os interesses de um grupo indeterminado de pessoas, mas um ou mais indivíduos serão particularmente ofendidos pela ação, se tornando sujeitos de conflito com o agente. O dano se torna apropriável por pessoas concretas (SANTOS, 2014).

E mesmo nos casos em que não haja vítimas específicas identificáveis, a comunidade poderá ser representada por uma entidade que venha a intervir em seu favor, procurando a reparação dos danos cometidos pelo agente. Assim, mesmo nos crimes sem vítimas, primeiramente analisados como sem a possibilidade da intervenção restaurativa, pode-se encontrar vítimas que venham a participar dos procedimentos restaurativos.

Existem casos em que as partes do crime não têm o interesse em participar das práticas restaurativas. Em outros, no entanto, há a vontade na participação, mas ela se torna desvantajosa pela desigualdade dos participantes, em especial em contextos sociais de grande desigualdade.

Boaventura de Sousa Santos dispõe que:

Nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais, é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais (SANTOS, 1999)

Essa menor possibilidade de uma solução restaurativa pode-se dar por certa fragilidade emocional de um dos participantes ou de uma ausência de vocação para uma comunicação nos moldes que a justiça restaurativa propõe, ou para fatores culturais e sociais, em especial em relação aos grupos vulneráveis, em situação de risco, de necessidade ou de marginalidade (SANTOS, 2014).

O cunho patrimonial da reparação, nesses casos, apenas servirá para provocar ainda mais distância entre os sujeitos do crime, já que a reparação não demonstra ter força de dissuasão suficiente para que os agentes não venham a repetir o ato criminoso. Para isso, a reparação restaurativa poderia procurar uma outra maneira de aplicação, além do cunho

exclusivamente patrimonial. O que a prática restaurativa não pode se tornar é instrumento de domínio dos grupos mais privilegiados.

Por meio de toda a reflexão feita sobre a justiça penal e a justiça restaurativa, chega a um ponto de consideração da justiça penal como um modelo de resposta ao crime nem sempre mais adequado, justificando a introdução de novos meios de resposta ao crime.

Entre esses modelos está a justiça restaurativa, que surgiu como uma crítica ao sistema penal de justiça, em especial a sua não satisfação dos interesses dos sujeitos envolvidos no conflito. No entanto, o pensamento restaurativo foi evoluindo, passando a ser mais tolerante às instâncias formais de controle.

Hoje entende-se que o sistema penal e o sistema restaurativo não devem se excluir na resposta ao crime, mas devem conviver e se auxiliarem para que a resposta ao crime seja mais completa e adequada. Existirão casos em que o processo restaurativo não necessitará do processo penal em sua totalidade, em outros casos o processo penal existirá, levando em conta os resultados obtidos em um processo restaurativo, em outros casos específicos, apenas a solução restaurativa será suficiente para a resolução do conflito, não necessitando de qualquer intervenção penal (SANTOS, 2014).

Assim, o entendimento hoje predominante é pela não substituição da justiça penal pela justiça restaurativa. Elena Larrauri entende que:

Devem existir princípios reguladores da justiça restaurativa e que os juízes penais devem supervisionar os acordos que se alcancem, discutiu-se o problema de saber quem e quando derivam os casos para a justiça restaurativa, há a preocupação com os riscos de violação de direitos processuais que as conferências podem envolver e, finalmente, admitiu-se que a justiça restaurativa pode coexistir com a justiça penal e que esta pode tornar mais eficaz o acordo que se alcance nas conferências da justiça restaurativa (LARRAURI, 2004).

O próprio sistema penal pode se beneficiar da justiça restaurativa, por sua finalidade reparatória dos danos sofridos pela vítima, pela sociedade e pelo próprio agente do crime. Sempre que a prática restaurativa tornar desnecessária, por critérios de prevenção, a intervenção penal, ou quando a limitarem, estará sendo concretizada uma ideia central do sistema penal, o princípio da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima (SANTOS, 2014).

Parte do sistema penal o princípio de que outros modelos de resposta ao crime podem ser mais preferíveis do que o sistema tradicional de justiça, se mais adequados e suficientes ao conflito. A possibilidade de solução do conflito sem aplicação de pena é grandemente reconhecida pela doutrina penal. A indenização ressarcitória é grande exemplo disso.

Devem impor alternativas à punição penal mesmo quando ela for possível. O fato de a punição ser possível porque a intervenção penal for necessária conceitualmente, com uma

conduta típica, ilícita, culposa e punível, não significa que ela seja necessária. Se a resposta punitiva é possível na maioria dos casos, o recurso a outros modelos de resposta também é possível (SANTOS, 2014).

Não há, portanto, relação entre o espaço ocupado pelo direito penal e o espaço ocupado pela justiça restaurativa. A utilização de um não afasta totalmente o outro, já que a criminalização da conduta não significa obrigatoriamente a aplicação da pena criminal, e mesmo que haja o processo penal com a cominação da pena, as diferentes respostas ao crime podem ser cumulativas.

Portanto, a justiça penal serve como estímulo para as práticas restaurativas, pela ameaça da sanção penal, tida como indesejável ao sujeito do crime, que os leva a se engajarem em outros meios de solução do crime. Além disso, caso essa ameaça realmente continue sendo necessária para a proteção dos bens jurídicos sociais, é melhor que tais instrumentos de coação estejam sob o controle do Estado, com um sistema penal que já vem utilizando desses métodos por séculos.

As críticas feitas à justiça restaurativa e a outros meios de resolução de conflitos que não sejam pelo sistema penal tradicional se dão em especial não só pelo efeito oposto que talvez passem a provocar, contribuindo para um aumento de controle penal por parte do Estado, sobrecarregando o mesmo, sendo que seu interesse primeiro é justamente a diminuição da participação do Estado no conflito, mas também pela assunção ou imposição aos envolvidos de um desvalor idêntico ao das sanções penais sem as devidas garantias (SANTOS, 2014).

No entanto, os meios diversos de resoluções de conflitos interpessoais, ao qual está inserida a justiça restaurativa, não devem ser rejeitados por isso, ao considerar que há uma real possibilidade de pacificação do conflito e de reparação de seus envolvidos sem que haja uma pena privativa de liberdade, tal possibilidade deve ser aceita.

Também, não são todas as críticas feitas a esses sistemas diversos de resolução de conflito que podem ser feitas para a justiça restaurativa, por suas especificidades. A justiça restaurativa não tem a finalidade de tornar-se um conflito que cabe ao Estado resolver em privado. O que ela pretende é obrigar o Estado a ofertar meios aos envolvidos no conflito para uma pacificação entre eles. Além disso, a justiça restaurativa não propõe uma sanção penal, mas sim à uma assunção de deveres pelos sujeitos, respeitando um juízo de proporcionalidade. Também, não há no procedimento restaurativo autoridade judicial que procure satisfazer necessidades penais coativas, mas sim a formulação de um acordo entre as partes, adequado ao conflito existente (SANTOS, 2014).

As práticas restaurativas servem para reforçar o princípio da subsidiariedade da intervenção penal, diluindo os conflitos que não necessitem de intervenção penal, até porque nem todos os conflitos são pretensões punitivas pelo sistema penal, dessa forma não há conflito entre a justiça penal e a justiça restaurativa por suas resoluções.

Nos conflitos em que o aparelho punitivo estatal deva funcionar, sendo apenas nos crimes de ação penal pública, é que existiria esse conflito entre o sistema penal e a justiça restaurativa. Ao sistema penal caberia a criminalidade grave e à justiça restaurativa a criminalidade de pequena e média gravidade, em especial os crimes particulares. No entanto, em relação à criminalidade grave, o juízo de alternatividade e de complementaridades das respostas penal e restaurativa teria influência sobre a necessidade e a adequação da resposta restaurativa (SANTOS, 2014).

5.2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A MEDIAÇÃO PENAL COMO FORMA DE REAÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A mediação tem sido pensada como instrumento desligado do processo penal. Em certos países, a mediação acontece no momento pré-processual, em outros, após a sentença. Possui finalidades primeiramente restaurativas, poucas vezes sendo considerada como possibilidade de cumprimento de finalidades penais.

Será estudada apenas a mediação conexa de alguma maneira à justiça penal, como alguma decisão do tribunal ou acompanhando a execução de alguma sanção penal, por ser essa que irá contribuir para uma reação menos punitiva ao crime, relacionando-se com a justiça restaurativa.

Na justiça restaurativa, a mediação penal não é seu único instrumento, existindo também, além da mediação, as conferências e os círculos de sentença. A mediação envolve o agente do crime e a vítima, com o auxílio de um mediador; as conferências utilizam também dos próximos do agente e da vítima, com um coordenador treinado, para formulação de um acordo, geralmente em organizações comunitárias; os círculos de sentença envolvem o agente e a vítima, os seus próximos, representantes das instâncias formais de controle, como polícia, advogados, magistrados e algumas pessoas da sociedade com interesse no conflito (SANTOS, 2014).

Possuem as três características comuns, como a atribuição de responsabilidade ao agente perante os afetados pelo crime; processo que tem a participação de todos os envolvidos no conflito; finalidade reparatória dos danos causados pelo crime.

A teoria da solução alternativa de conflitos expõe que os mecanismos alternativos de justiça, em sua generalidade, surgiram ao longo das últimas décadas pela incapacidade de resposta dos tribunais aos conflitos, favorecendo melhor resposta ao conflito, até por motivos de necessidade, tendo em vista o grande crescimento do número de demandas, ocasionando uma ineficácia do poder judiciário em solucionar todos esses conflitos. As propostas alternativas de conflito, segundo Robert Cario, “apresentam vantagens de celeridade, de proximidade, de menor traumatismo, de menor custo” (CARIO, 2010).

Essas práticas alternativas não apenas tornam a solução do conflito mais democrática pela titularidade do poder de decisão, mas também o próprio acesso aos mecanismos de solução de conflitos, pela sua menor onerosidade e complexidade.

A mediação penal possui, no entanto, várias especificidades em relação aos demais mecanismos de solução alternativa de litígios e até a outras formas de mediação. Ela possui uma finalidade conforme os próprios fins da justiça restaurativa, quais sejam a pacificação do conflito interpessoal pela reparação dos danos da vítima pela responsabilização voluntária do agente.

Atualmente, o conflito tem sido visto, na justiça restaurativa, cada vez mais como propriedade da vítima e do agente e não da sociedade. Baldry, Scali e Scardaccione, em sua obra *La mediazione penale*, expõem que “a mediação representa a modalidade de aplicação da justiça restaurativa que melhor promove a reapropriação do processo penal pelas partes”. (SCARDACCIONE; BALDRY; SCALI, 1998).

Cláudia Cruz Santos cita que:

É a compreensão do crime como um assunto da comunidade – representada pelo Estado no exercício do *ius puniendi* – que funda a justiça penal que temos e, no que aqui interessa, a justiça penal cujas limitações foram invocadas pelo pensamento restaurativo para arguir a necessidade de um outro modelo de reação ao crime. Ora, a própria autonomia da resposta restaurativa face à resposta penal parece só ter a ganhar com o vincar da dimensão interpessoal do conflito tida em conta na primeira, face à dimensão coletiva do crime hiperbolizada na segunda (SANTOS, 2014).

A dificuldade em fazer a sociedade participar do conflito restaurativo, em grande parte se dá pela dificuldade em delimitar uma forma concreta de fazer a comunidade participar do processo de comunicação, processo fundamental para a justiça restaurativa, além disso, a própria delimitação do conceito de comunidade é de difícil feito.

O uso de respostas contrárias ao conflito e ao interesse de seus participantes, em respeito ao bem coletivo protegido, deve ser exclusivo do Estado e da justiça penal, sob pena de privatização da justiça penal.

A privatização ocorreria se o Estado não definisse condutas ilícitas para a sociedade, não conduzisse o processo que viesse a determinar a existência e a autoria de tais condutas, e não aplicasse uma sanção para as mesmas; dessa forma, ocorreria, também, se o Estado negasse a existência do coletivo em todo conflito que não afetasse diretamente os interesses estatais, usando de sua intervenção apenas para os crimes diretamente contra o Estado, então, passaria a caber para a justiça restaurativa para os crimes de dimensão privada, o que facilitaria a proposta de dar relevância aos envolvidos no conflito e também limitaria a intervenção da sociedade, que já é limitada materialmente (SANTOS, 2014).

A mediação penal seria utilizada então, por requerimento dos envolvidos no conflito, ou disponibilizada pelo próprio Estado no correr do processo penal? Outro questionamento que surge a partir desse é se o Estado tem o dever de promover mecanismos de justiça restaurativa, não devendo estas serem exclusivamente privadas (SANTOS, 2014).

Entende-se que o Estado tem responsabilidade na proteção dos direitos sociais dos indivíduos, como as garantias de prestações individuais ou sociais, para a segurança de seus cidadãos, sendo a mediação penal um instrumento de um direito penal mínimo em um Estado com uma vertente social.

É de interesse do Estado o incentivo da própria mediação penal, em um conflito de natureza penal, pois seus resultados podem condicionar o próprio processo penal ou a execução da pena. O Estado pode prestar os serviços de mediação, como meio de resposta ao conflito, ou terceirizar esse serviço, garantido seu controle. (SANTOS, 2014)

Ao invés de privatizar a justiça penal, deve-se encontrar uma maneira de levar o Estado à uma dimensão privada do conflito, que venha a repercutir na dimensão pública, dimensão que é de interesse exclusivo do Estado.

Uma das grandes controvérsias quanto a aplicação da justiça restaurativa, em especial a mediação penal, nos crimes de violência doméstica, se dá pela gravidade de tal crime, sendo marcado por forte desequilíbrio de poder.

Parte dos movimentos que defendem os direitos das vítimas de violência doméstica não aceitam a aplicação da justiça restaurativa a ela, afirmando que não é possível a reintegração em casos nos quais as consequências são irreparáveis, uma reunião entre agressor e vítima pode revitimizar as vítimas, o desequilíbrio de poder pode vir a agravar ainda mais o conflito presente

entre eles, por ser um crime grave, requer uma intervenção do Estado, para não banalizar a violência. Assim, consideram a justiça restaurativa não apropriada para os crimes de violência doméstica (SANTOS, 2014).

Fica então o questionamento sobre a aplicabilidade da justiça restaurativa nos casos de violência doméstica, já que a proposta principal da justiça restaurativa é de se ocupar primeiramente da dimensão pessoal do conflito, para sua pacificação, como se poderia excluí-la dos crimes em que o relacionamento entre agressor e vítima torna mais significativa a dimensão interpessoal? (SANTOS, 2014)

Antes, não haveria incompatibilidade de princípios entre a mediação penal e os crimes de violência doméstica que tornasse esse instrumento restaurativo inadequado em relação à esses crimes.

Um dos principais pressupostos da mediação penal é o do empoderamento do conflito pela vítima, para que a violência doméstica não beneficie o seu agente. No entanto, parte da crítica é a de que a mediação causaria uma revitimização da vítima, pela sua falta de igualdade com o agente, já que a vítima estaria fragilizada e intimidada pelo ocorrido, até pela facilidade de o agente do crime manipular a vítima e o próprio procedimento restaurativo, por sua informalidade, sujeitando a vítima a uma pressão de um encontro que não deseja, e aceitando uma reparação que não gostaria (SANTOS, 2014).

Além do já citado, outro argumento contra a impossibilidade da aplicação da mediação penal nos casos de violência doméstica seria uma percepção coletiva de que tais comportamentos não são graves e puníveis, justamente pela falta de uma resposta punitiva.

Os dois argumentos merecem, no entanto, objeções. Em relação ao primeiro argumento, o processo penal, por sua estruturação, também favorece experiências negativas para a vítima, o que causa uma vitimização secundária. Já quanto ao segundo argumento, questiona-se também o efeito preventivo que a resposta penal tem causado quanto à violência doméstica, até porque a justiça restaurativa não será em todos os casos a única forma de resolução do crime (SANTOS, 2014).

Assim, é incorreta a desconsideração das práticas restaurativas no âmbito dos crimes de violência doméstica, por motivos de proteção da vítima. A retirada da possibilidade das vítimas de poderem participar da solução mais adequada aos seus interesses, apenas por uma motivação de que não é bom para elas, parece rasa demais, lhes tirando a opinião daquilo que realmente consideram melhor para si mesmas (SANTOS, 2014).

Existem vários mecanismos de garantia de que a participação pela vítima de uma sessão de mediação não lhe causará algo danoso, para momentos em que a sessão não será mais

adequada. O primeiro é a voluntariedade, caso a vítima não queira contato com o agressor, ela pode manifestar sua falta de vontade em participar da sessão de mediação, um outro mecanismo é quanto ao papel do mediador, em que assegura condições para o encontro entre as partes, levando sempre em consideração a vontade de participar dos agentes em estarem presentes, sendo-lhe atribuída a responsabilidade pelos fatos, ponderando requisitos para a formulação de juízo de probabilidade quanto às vantagens para os envolvidos em relação à participação na sessão de mediação, fomentando o empoderamento do conflito pelos participantes e a possibilidade de mediação indireta.

O principal argumento para a aplicação da mediação penal nos casos de violência doméstica é a de que muitas das vítimas não quererem a resposta dada pela justiça penal. Elas não querem a prisão do agente, mas sim uma mudança em seu comportamento, o que não é a resposta dada pela justiça penal.

Portanto, o grande questionamento é se aquilo que as vítimas querem é mais importante do que o que as instâncias formais de controle consideram como juízo de necessidade, por tratar-se de crime público, devendo ser analisada não só a vontade da vítima, mas a necessidade social. Qual dessas deveria prevalecer? Ela deve ser avaliada pela vítima ou pelo juízo? (SANTOS, 2014)

Maria João Antunes, defendendo a aplicação da mediação na violência doméstica, afirma ser:

Uma significativa mudança de atitudes, por o crime passar a ser visto fundamentalmente como um colapso das relações entre o agressor e a vítima e só secundariamente como uma ofensa contra o Estado e as suas leis. Com duas consequências: por um lado, o reconhecimento de uma relação de conflito mediável nas situações de violência doméstica; por outro, o repúdio de um direito penal que sirva o objetivo singelo de punir exemplarmente o agressor, de preferência com pena de prisão, para que fique claro que a violência doméstica é crime (ANTUNES, 2000).

Se a mediação penal pode dar uma possibilidade de resolução de conflito interpessoal, pode resolver sozinha o conflito existente em um crime particular em sentido amplo. Por ter o crime particular a característica de preponderância da vontade da vítima, ela pode optar por não utilizar da via penal e sim da restaurativa.

Já em relação aos crimes de ação penal pública, pela característica preventiva da justiça penal, a justiça restaurativa pode não ser suficiente, devendo juntar-se a uma resposta punitiva dada pela justiça penal.

Tal afirmação não se enquadra perfeitamente na violência doméstica, por essa se tratar de crime público com uma dimensão essencialmente privada, pela prevalência do interesse individual da vítima sobre o interesse da comunidade na punição, continuar a usar modelos de

reação à violência doméstica com uma pretensão punitiva, é perpetuar o estereótipo de mulher incapaz, limitada à autoridade daquele que acha dever proteger o interesse da vítima fragilizada.

Compreende-se o pensamento contrário em relação a certa privatização desse conflito, pois a resposta penal garantida aos crimes de gravidade, como a violência doméstica, demorou muito para se suceder e existem locais em que ainda não acontecem. Assim, tornar o conflito privado sendo que está há pouco no espaço público parece se contradizer.

Contudo, existem três aspectos que devem ser considerados, o primeiro é que o conflito passaria a ser tratado em uma privacidade que pressupõe exigir uma resposta, em casos até penal, ao conflito existente, demonstrando autonomia e vontade. O segundo seria a não privatização absoluta da resposta, pois a mediação é regulada pelo Estado enquanto seu instrumento público. O terceiro é considerar que a violência doméstica contém espaços de privacidade ou intimidade, por se relacionarem com a vida familiar ou conjugal (SANTOS, 2014).

O fato de a justiça penal não ter estado garantido a todas as vítimas de violência doméstica que o desejassem, aumentou a intervenção do Estado em suas resoluções, enquanto as reivindicações eram de um direito penal menos intervencionista. No entanto, deve-se dar um passo no sentido de reconhecer a possibilidade dessas vítimas de recorrerem à justiça penal se assim entenderem, ou também de recorrerem a outro meio de resposta, a justiça restaurativa (SANTOS, 2014).

A vítima deve ter a liberdade de escolha na condução de sua vida, ressalvando-se que a viabilidade da justiça restaurativa como meio de pacificação do conflito não deve significar a exclusão das medidas de proteção penais da vítima.

Nem sempre as práticas restaurativas são possíveis no âmbito da violência doméstica, em especial quando algum dos participantes estiver em situação de ultra vulnerabilidade ou quando o conflito tiver se tornado estrutural. Caso seja possível, não devem existir por não serem desejadas, e mesmo quando possível e desejadas, as práticas restaurativas não devem excluir a justiça penal (SANTOS, 2014).

A mediação penal nos crimes de violência doméstica pode ser usada em momentos distintos durante o processo e após ele. Em Portugal, por exemplo, ela é aplicada durante o inquérito, em alguns crimes particulares de pequena e média gravidade.

Em outros casos, pode ser utilizada após a suspensão provisória do processo ou a condenação por crime de violência doméstica, também, o preso pode participar de programas de justiça restaurativa, em sessões de mediação com o ofendido.

A aplicação de práticas restaurativas após a sentença demonstra que a justiça restaurativa pode sim ser aplicada aos crimes de maior gravidade, oferecendo uma possibilidade de pacificação dos conflitos mais graves. Além disso, se as práticas restaurativas acontecem após o funcionamento da justiça penal, ela demonstra que a finalidade da prática restaurativa é semelhante à da justiça penal e demonstra que a justiça penal não consegue cumprir com tais finalidades sozinha (SANTOS, 2014).

A forma como prevalece e como se processa a mediação vítima-ofensor após a sentença demonstra um objetivo primordial de pacificação dos participantes do conflito, estranho especificamente as finalidades penais. Até mais do que se falar em pacificação interpessoal do conflito, pode-se falar em pacificação individual, pela não existência de conflito interpessoal entre o agente e as vítimas indiretas do conflito, ou pela não possibilidade de pacificação deste (SANTOS, 2014).

A mediação pós-sentencial é tida, em muitos casos, como um elemento de execução da pena, tendo consequência a esse nível, a flexibilizando ou o encurtamento do caso. Isso demonstra uma autonomia das finalidades das práticas restaurativas após a sentença, sendo a participação nas sessões de mediação voluntária ao agente e a vítima, utilizando mediadores estranhos ao sistema prisional, já que em muitos casos as sessões terão como local a prisão, com possibilidade de utilização dos resultados obtidos na mediação para efeitos de alteração da execução da pena do agente (SANTOS, 2014).

Tudo isso contribui não apenas para a reparação individual dos participantes do conflito e a consideração de suas necessidades e suas finalidades precípua da prática restaurativa, mas também para a existência de uma intervenção penal mínima.

6 CONCLUSÃO

A justiça restaurativa se distingue da justiça penal por seu fundamento, suas finalidades e seu procedimento. A justiça restaurativa está orientada para a formulação de propostas destinadas a sua pacificação, bem como para a reparação dos danos causados à vítima, pela responsabilização voluntária do agente da infração.

A justiça restaurativa surgiu pela junção de várias correntes críticas sobre a justiça penal, em especial a criminologia de sessenta, a vitimologia, o abolicionismo penal, a criminologia feminista e a criminologia de pacificação. A crise da justiça penal influenciou, de grande maneira para o surgimento da justiça restaurativa, procurando criar uma nova resposta ao crime, diferente daquela dada pela justiça penal.

O grande número de formas da justiça restaurativa torna ela de difícil definição, surgindo em variados contextos e baseada em diferentes formas de reação ao conflito, cada uma com suas especificidades e princípios, as formas de justiça restaurativa podem ser classificadas por suas finalidades ou procedimentos, procurando um específico fim e um específico procedimento.

Alguns questionamentos acerca da proposta restaurativa foram levantados. Um deles foi em relação ao ideal de justiça, e se ele ainda é procurado por meios de resposta ao crime, como a própria justiça restaurativa, ou se o que está se procurando são outros valores, como a eficiência e a celeridade dos processos.

Como resposta para esse questionamento, concluiu-se que a justiça restaurativa procura uma realização de justiça com mais liberdade para as partes chegarem a uma solução para o conflito. Além disso, procura-se um ideal de solidariedade, vinculada às concepções de justiça em que se baseia o Estado social. Também, exige-se exigências de fraternidade e de responsabilidade, com o reconhecimento de uma dimensão pessoal do conflito, valorizando-se a subjetividade, a alteridade e a comunicação entre as partes.

Tratando da culpa e da sanção, temáticas centrais na discussão sobre a justiça penal e a justiça restaurativa, demonstra-se que a prática restaurativa não é principalmente e por fim distinta da justiça penal em vários de seus princípios, em especial quanto a verdade pressuposta e a proporcionalidade que leva a uma intervenção de um terceiro, esse que estabelece uma sanção para o agente criminoso baseado em sua culpabilidade.

As finalidades da justiça restaurativa não se coincidem, no entanto, com as finalidades preventivas da pena. Se tanto a justiça penal quanto a restaurativa procuram a pacificação do conflito, aquilo que se pretende pacificar e a forma que se pretende chegar a esse objetivo são

de naturezas distintas. Na justiça penal, o Estado reage para a conduta criminosa em relação à ofensa aos bens jurídicos tutelados, ferindo um bem comum. Na justiça restaurativa, o que prevalece é o conflito interpessoal, com os interesses individuais dos participantes do conflito. Se a pena quer evitar a reincidência criminal, pacificando a sociedade, a justiça restaurativa quer reparar a vítima pela assunção de responsabilidade pelo agente, chegando-se a pacificação social.

Se na resposta penal prevalece o interesse comum do não cometimento de crimes futuros, na resposta restaurativa prevalece o interesse individual dos envolvidos no conflito. No entanto, pode-se chegar à finalidade de um dos meios de resposta por meio da aplicação do outro meio de resposta ao crime, levando a discussão do relacionamento entre os dois meios de resposta.

Para se compreender a finalidade da justiça restaurativa, deve-se refletir sobre o próprio direito penal. O Estado tem o dever de proteger a sociedade contra lesões aos bens jurídicos comuns, garantindo dignidade e segurança aos seus cidadãos. Para isso, necessita-se das finalidades preventivas das reações ao crime, como garantias contra ofensas aos bens jurídicos. A justiça restaurativa não protegerá esses bens jurídicos sociais contra danos, mas procurará resposta para os males causados por crimes na perspectiva individual de cada sujeito envolvido e atingido pelo conflito.

A função da justiça restaurativa é a pacificação dos participantes do crime e das relações entre eles e da reparação dos danos causados, de maneira acertada entre as partes. A reparação dos danos em certa parte se dá para reaver à vítima um sentido de autonomia, já que o dano significa uma invasão ao seu espaço individual, causando um sentimento de perda de controle sobre a própria vida. Por isso a reparação acontece nesse sentido, de ajudar na questão da vitimização dela, para que sinta uma recuperação de controle.

Assim, a voluntariedade é vital, pois sem ela não há pela vítima o sentimento de saída do estado de vítima, nem também pelo agente dos males que causou. Essa reparação pode causar uma desnecessidade de punição do agente, caso se cheguem também às finalidades penais. Nesse caso, a solução restaurativa servirá no favorecimento do caráter de *ultima ratio* da justiça penal, mas existirão casos em que a condenação poderá ser indispensável, especialmente em casos de grave criminalidade imputada aos agentes de alta periculosidade. Nesses casos a solução restaurativa será complementar a justiça penal, pelas finalidades diversas das duas respostas penais.

A justiça restaurativa possui certas incompatibilidades com alguns dos princípios do sistema penal, como o da culpa, o da promoção pessoal da oficialidade e da legalidade e da

reserva de juiz, no entanto, esses princípios têm encontrando limitações, sendo que se tem encontrado espaço dentro da própria justiça restaurativa para que se possa evoluir em um modelo de resposta ao crime, sem que se ofenda alguns princípios basilares do sistema penal.

A mediação penal se apresenta como o melhor modelo de justiça restaurativa para os conflitos criminais, se conformando nas finalidades restaurativas de autonomia da vontade das partes e da solução para os conflitos, distinguindo-se dois modelos, sendo um mais orientado para o favorecimento da pacificação individual e da relação interpessoal dos sujeitos do conflito; e o outro mais vocacionado para uma resolução célere e menos custosa do conflito, baseado na ideia de que a mediação penal se destina aos conflitos de menor gravidade, não se justificando todas as garantias da justiça penal.

Em algumas localidades, a mediação penal tem sido utilizada durante a fase de inquérito policial, ou após essa fase, seja após a suspensão provisória do processo ou após a condenação por algum crime, com sessões de mediação entre o agente do crime e a vítima. No entanto, a utilização da mediação penal ainda é pequena, podendo ela ser ampliada para outros crimes, em especial para os crimes de ação penal pública de pequena e média gravidade, em momentos posteriores a fase de inquérito, não como mecanismo de diversão, mas como solução complementar, podendo influenciar a resposta dada ao conflito pela própria justiça penal, atenuando ou contribuindo para a flexibilização ou até para a isenção da pena. Podendo, também, ser cumulativas ou complementares às respostas penais, tendo em vista a sua finalidade parcialmente distinta.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina. **Mediação e Justiça restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação. Em Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.** Coimbra Editora, ano II, 2005.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista.** Coimbra Editora, 2004.
- ANTUNES, Maria João. **Direito Processual Penal.** Editora Almedina. 2000.
- AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. **Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação**, Vol. 2, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/perspectivas-metodologicas-do-processo-de-mediacao-apontamentos-sobre-a-autocomposicao-no-direito-processual>>. Acesso em: 19 fev. 2020.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem.** São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARBOSA, Jovi; DARIENZO, Malú de Lourdes. **Arbitragem no Brasil: solução amigável de conflitos: conciliação, mediação, arbitragem, justiça e consensualidade.** Maringá: Projus, 2009.
- BAZEMORE, Gordon; ALGRAVE, Lode. **Restorative juvenile justice: Repairing the harm of youth crime.** NY: Criminal Justice Press, 1999.
- BELEZA, Teresa Pizarro. **A mediação penal em Portugal.** Coimbra: Almedina, 2011.
- BEREA, Walter. **The Use of Victim-Offender Communication in the Treatment of Sexual Abuse: Three intervention Models.** Orwell: Safer Society Press, 1990.
- BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei no 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero.** São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive Regulation.** Oxford: Oxford Press, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).** Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Emendas Constitucionais de Revisão. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. A Mesa da Assembléia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus arts. 218 e 36, respectivamente, e manda a todas as autoridades, às quais couber o conhecimento e a execução desses atos, que os executem e façam executar e observar fiel e inteiramente como neles se contém. 1946. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. 2002a. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. 1994. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Lei Complementar nº 98, de 3 de dezembro de 1999**. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. 1999. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp98.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. 1950. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. 1995. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. 1996.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Lei nº 10.371, de 28 de dezembro de 2001**. Abre ao Orçamento Fiscal da União, em favor da Justiça Eleitoral, crédito suplementar no valor de R\$ 81.753,00 para reforço de dotação constante do orçamento vigente. 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10371.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. 2002b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. **Panorama da violência contra as mulheres no Brasil:** indicadores nacionais e estaduais. – N. 1 (2016) -. Brasília: Senado Federal, Observatório da Mulher Contra a Violência, 2018. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem:** alguns aspectos do processo e do procedimento na lei no 9.307/96. Leme: LED, 2000.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARIO, Robert. *Victimologie de l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale.* Paris. L'Harmattan, Coll. **Traité des Sciences Criminelles**, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (colab). **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHRISTIE, Nils. **Limits to Pain.** Oslo, 1981.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, mediação e arbitragem:** teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista Pinto. **Violência doméstica:** Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

COSTA, Gabriela Gomes. **Justiça restaurativa no Brasil:** uma possibilidade. 2009. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Luiza; SEIXAS, Maria Rita D'Angelo. **A violência doméstica e a cultura da paz.** São Paulo: Editora Roca, 2013.

DOOLIN, Katherine. But what does it means? Seeking definitional clarity in restorative justice. **Journal of Criminal Law**, 71 (5), 2007.

ESTADOS UNIDOS. **Legal Information Intitute**. 28 U.S. Code § 651. Authorization of alternative dispute resolution. 1998. Disponível em:
<<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/651>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid : Trotta, 1989.

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

FIÚZA, Cezar. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1985.

GÓMEZ, Pilar Munuera. El Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb y sus Técnicas. **Portulária**, v. VII, n. 1-2, 2007, Disponível em:
http://eprints.ucm.es/5678/1/_Modelo_circular_narra_P_Munuera.pdf. Acesso em 20 Nov. 2015.

IGNATIEFF, Michael. **A Just Measure of Pain**. Penguin: Harmondsworth, 1989.

ISOLDI, Ana Luiza Godoy. **A mediação como mecanismo de pacificação urbana**. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. **Justiça Restaurativa**. Brasília. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, PNUH, 2005.

LARRAURI, Elena. **La Herencia de la Criminologia Crítica**. Madrid: 2004.

LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene. **Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LIMA, Marcellus Polastri Lima. **Juizados Especiais Criminais: o procedimento sumaríssimo no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

MAIER, Berndt-Dieter. **Restorative Justice: a new paradigm in criminal law**. In *European Journal of Crime*, 2001.

MARSHALL, Tony, **The evolution of restorative justice in Britain**. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1996.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jimi; Bowen, Helen. Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática? Uma Abordagem Baseada Em Valores. In.: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; Gomes Pinto, R. org., 2005. **Justiça Restaurativa**, Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. p. 269- 280.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão**

na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

MELLO, Adriana Ramos de. **Comentários à lei de violência doméstica e família contra a mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo Mendonça. **Mediação Comunitária: Uma Ferramenta de Acesso à Justiça?** Dissertação apresentada no programa de pós-graduação em história política e bens culturais da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

PALERMO, Pablo Galain. **Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal sem juízes**. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Orgs.). Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RAMÍREZ, Sérgio Garcia. Em búsqueda de la tercera via: la justicia restaurativa. **Revista de Ciências Penales. Iter Criminis**, Cidade do México: Inacipe, n. 13. Abr/Jun. 2005.

RANISH, Donald; SHICHOR, David. Victim's Role in the Penal Process - Recent Developments in California. **Federal Probation**. Volume:49 Issue:1 Dated:(March 1985) Pages:50-57.

ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: editora Atlas, 2008

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. Coimbra Editora, 2009.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?** Coimbra Editora. 2014.

SCARDACCIONE, Gilda; BALDRY, Anna Costanza; SCALI, Melania. La mediazione penale. Ipotesi di intervento nella giustizia minorile. **Psicologia sociale e clinica**. 1998.

SCHNEIDER, Andrea Kupfer. **Victim Offender Mediation in the Juvenile Justice System**. Washington, DC. 1993.

SHAPLAND, Joanna. **Restorative Justice in Practice: Evaluating What Works for Victims and Offenders**. Routledge. 2006.

SILVA, Luciane Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface (Botucatu)**, Botucatu, v. 11, n. 21, p. 93-103, Apr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832007000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 fev. 2020.

WALGRAVE, Lode. **Restorative Justice, Self-Interest and Responsible Citizenship**.

Cullompton: Willan Publishing, 2008.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. **A experiência pacificadora da mediação**. In: MUSZKAT, Malvina. *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus Editorial, 2013.

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