



Daniel Cabral de Almeida Ferreira

A POSSIBILIDADE DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS NOS CRIMES SEM VÍTIMAS

Dissertação em Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Professora Doutora Cláudia Cruz Santos

Julho/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

DANIEL CABRAL DE ALMEIDA FERREIRA

A POSSIBILIDADE DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS NOS CRIMES SEM
VÍTIMAS

THE POSSIBILITY OF RESTORATIVE PRACTICES ON VICTIMLESS CRIMES

*Dissertação apresentada à Faculdade de
direito da Universidade de Coimbra, no
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área
de Especialização em Ciências Jurídico
Criminais*

*Orientadora: Professora Doutora Cláudia
Cruz Santos*

Coimbra, 2017

“Toda profissão é bela quando exercida com amor e dedicação, todavia, é o Direito que garante todas elas”.

SILVA, Espedito Cavalcante.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus pela oportunidade de viver e concretizar o sonho de fazer o mestrado em ciências jurídico-criminais, na Universidade de Coimbra. Sem a sua benção, não teria conseguido chegar ao final desses dois anos de aprendizado na vida acadêmica e pessoal.

Não poderia deixar de agradecer a toda a minha família e amigos, que acreditaram no meu sonho e me deram as condições necessárias para estar em Portugal; a vocês, todo meu carinho, amor e gratidão.

Por fim, agradecer também a todos os colegas de turma e a todos os Professores Doutores por todos os conhecimentos e experiências compartilhados.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo revelar se a proposta restaurativa poderá ser aplicada à categoria criminológica dos crimes sem vítimas, nomeadamente, aos crimes de vítimas abstratas. Nesse sentido, serão, inicialmente, expostas as concepções dos crimes sem vítimas, em sentido estrito e amplo, sob a perspectiva de Edwin Schur e de Costa Andrade, respectivamente; para, subsequentemente, se exporem quais as correntes criminológicas que influenciaram na constituição da justiça restaurativa; uma aproximação ao seu conceito; e suas experiências práticas espalhadas pelo globo. Por fim, serão demonstradas algumas das dificuldades enfrentadas pela justiça restaurativa para que possa se estabelecer como um meio alternativo de resposta ao crime.

Palavras-chave: crimes sem vítimas; vítimas inconscientes; vítimas abstratas; justiça restaurativa; reparação.

ABSTRACT

This study aims to reveal if the restorative justice can be applied to the criminological category of victimless crimes, meaning, crimes of abstract victims. In this perspective, the conception of crimes without victims, in strict and broad sense, will be explored from the perspective of Edwin Schur and Costa Andrade, respectively; subsequently, it intends to expose which criminological schools have influenced the constitution of restorative justice, the development of its concept and its practical experiences around the globe. Finally, it will be demonstrated some of the difficulties faced by restorative justice in order to establish itself as an alternative response to crime.

Keywords: victimless crimes; unconscious victims; abstract victims; restorative justice; reparation.

ÍNDICE

1. CRIMES SEM VÍTIMAS	10
1.1 Considerações Iniciais.....	10
1.2 Concepções dos Crimes Sem Vítimas.....	14
1.2.1 <i>Em Sentido Estrito</i>	14
1.2.2 <i>Em Sentido Amplo</i>	22
1.2.2.1 <i>Vítimas Inconscientes</i>	22
1.2.2.2 <i>Vítimas Abstratas</i>	26
2. A PROPOSTA RESTAURATIVA E A ESSENCIALIDADE DAS VÍTIMAS	28
2.1 Considerações Iniciais.....	28
2.2 Vitimologia e Justiça Restaurativa.....	32
2.3 Abolicionismo e Justiça Restaurativa	38
2.4 Aproximação ao Conceito de Justiça Restaurativa	46
2.5 Experiências Práticas	52
2.5.1 <i>Nova Zelândia</i>	52
2.5.2 <i>Austrália</i>	56
2.5.3 <i>Canadá</i>	58
2.5.4 <i>Bélgica</i>	61
2.6 Reparação da Vítima: Uma finalidade Primeira da Justiça Restaurativa	65
3. DIFICULDADES ENFRENTADAS PELA PROPOSTA RESTAURATIVA	72
3.1 Violação dos Direitos e Garantias Fundamentais	72
3.2 Recusa à participação nas práticas restaurativas	75
3.3 Desigualdade entre os atores do conflito	76
3.4 A questão dos crimes graves praticados por agente perigosos.....	79
3.5 Função da Pena: Um ponto de (des)encontro?.....	82
3.6 Crimes sem vítimas.....	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Esta dissertação de mestrado tem como objeto os crimes sem vítimas em sentido amplo, sob a perspectiva de Costa Andrade; e o que se procura saber é se a justiça restaurativa, como modelo alternativo de resposta ao crime, pode ser aplicada a essa categoria criminológica. Para tanto, um questionamento precisa ser ultrapassado; qual seja: quem poderá ocupar o lugar da vítima nas práticas restaurativas?

Para alcançar tal objetivo, demonstrar-se-á, *ab initio*, o conceito de crimes sem vítimas em sentido estrito, sob a perspectiva de Edwin Schur. Em síntese: o autor, no livro "*Crimes Without Victims Deviant Behavior and Public Policy*" trata dos crimes de aborto, consumo de drogas e homossexualidade, procurando expor que essas condutas não geram uma vítima, uma vez que os sujeitos envolvidos desejam a concretização da ação.

Posteriormente, Costa Andrade, quando abordou os crimes sem vítimas, destacou que nem todos os crimes correspondem a uma vítima, em caráter criminológico, afirmando que realmente existem autênticos crimes sem vítimas. E, para além disso, ao tratar das seleções da *deviance* ressaltou que as vítimas desempenham papel fundamental no contexto da seleção negativa ao surgirem como inconscientes e abstratas em determinadas condutas, dando origem aos crimes sem vítimas em sentido amplo.

No segundo capítulo deste estudo, sob o título "a proposta restaurativa e a essencialidade da vítima", procura-se demonstrar como tal paradigma foi constituído a partir da influência da vitimologia e do abolicionismo; uma aproximação ao seu conceito; algumas de suas experiências práticas; e a reparação da vítima como uma finalidade essencial.

Após o esquecimento da vítima no processo penal, a partir da concentração da titularidade do direito penal e do *ius puniendi* na figura do príncipe, a vitimologia buscou lançar luz sobre a importância da vítima no contexto penal. Dessarte, a contribuição principal da vitimologia para a proposta restaurativa é, precisamente, a recusa da retirada da vítima no processo de elucidação do conflito de que foi parte. O abolicionismo, por sua vez, cooperara, especificamente, com a crítica ao sistema penal e aos seus elementos centrais, buscando alternativas de resposta ao crime e à extinção de tal modelo de justiça. Todavia, a justiça restaurativa, apesar de comungar de tais críticas e de ser um modelo alternativo, enxerga a importância do sistema tradicional como guardião dos direitos, além

de reconhecer que certos crimes exigem uma pena privativa de liberdade para proteger a comunidade.

Como modelos de experiências práticas, a Nova Zelândia, a Austrália, o Canadá, e a Bélgica foram escolhidos, em face das suas características históricas, dentro da justiça restaurativa e da diversidade de procedimentos restaurativos adotados para a resolução dos conflitos. A Nova Zelândia buscou inspirações no modelo consensual de solução dos conflitos realizada entre os *Maori*, *Thanau* e os *Hapu*, desenvolvendo inúmeros projetos e, a título de exemplo, utilizando o mecanismo do *Family Group Conference*. A Austrália, seguindo o exemplo do país anterior, baseou-se no modelo de justiça *Wagga Wagga*, espalhando, em todo o território, inúmeros programas fundamentados nos princípios restaurativos. O Canadá viveu, em 1974, a sua primeira experiência restaurativa, quando dois jovens acordaram com a vítima a reparação dos danos causados. Esse país também espalhou, por todo o território, diversas práticas restaurativas, utilizando como um dos instrumentos o *Family Group Conference*. Por fim, a Bélgica iniciou a introdução da proposta restaurativa, em 1987, por meio da mediação penal para menores. Atualmente, o modelo de mediação belga ocorre em vários níveis processuais e é reconhecido pela autonomia e pela forma como a mediação penal interage com o sistema tradicional.

A proposta restaurativa possui, entre as suas finalidades, a pacificação do conflito interpessoal e da comunidade, a autorresponsabilização do autor do crime e a reparação dos danos suportados pelas vítimas. Essa última característica destaca-se como uma finalidade primeira da justiça restaurativa, sendo uma reparação distinta da que é ofertada no âmbito do processo penal e civil, indo além dos danos materiais, procurando-se reparar o dano existente no contexto relacional.

No terceiro capítulo, demonstram-se algumas das dificuldades impostas à proposta restaurativa; dentre elas: a violação de direitos e garantias fundamentais; a recusa à participação nas práticas restaurativas; a desigualdade entre os atores do conflito; os crimes graves praticados por agentes perigosos; a função da pena; e os crimes sem vítimas. Quanto ao último tópico, tendo em vista a não individualização de uma vítima, pergunta-se quem poderia ocupar o seu lugar no momento dos encontros restaurativos; questionando-se se na aplicação da justiça restaurativa aos crimes sem vítimas os requisitos de finalidade e procedimentos seriam alcançados.

1. CRIMES SEM VÍTIMAS

1.1 Considerações Iniciais

O interesse da comunidade acadêmica pela vítima iniciou-se ainda no século XIX, nas décadas de 30 e 40, momento em que se inaugurou uma primeira fase dos estudos com atenção para as vítimas; todavia, a política criminal manteve-se, ao longo do tempo, orientada para a reabilitação do delinquente.

Após a Segunda Grande Guerra, o interesse pela vítima foi ampliado, por meio de pesquisas científicas que possuíam um viés vitimológico, influenciadas pela macrovitimização¹, gerada a partir do holocausto judeu, bem como pelo aumento da criminalidade urbana. A partir de então, procurou-se, paulatinamente, conceder a atenção, antes reservada aos delinquentes, também à figura da vítima².

Todavia, apenas em meados dos anos 80 do século passado, a vítima atingiu a dignidade no mundo acadêmico, sendo tratada com maior intensidade pela política criminal a partir dos anos 90. Ressalta-se que esse novo olhar da política criminal para a vítima não deve ser associado ao modo primitivo de se fazer justiça, que tinha na vingança privada a instrumentalização. Uma nova descoberta da vítima, no âmbito do processo penal, "*pode, aliás traduzir-se em benefícios para os protagonistas do conflito, mormente no prado reconciliatório*"³.

O alemão Heting, judeu exilado nos Estados Unidos, é considerado pela doutrina como o primeiro a lançar luz sobre o papel da vítima no núcleo criminal, ao criar uma classificação vitimológica que por si só é explicativa⁴. Nela, o autor destaca variáveis vitimógenas, que se traduziram em vítima inocente; vítima voluntária; vítima latente;

¹Beristain começa por definir a microvitimização como sendo aquela derivada dos delitos previstos na legislação penal. Por outro lado, aponta que o processo de macrovitimização é caracterizado pelas vítimas que são produzidas por situações extra legais, ou seja, por estruturas sociais injustas e estigmatizantes. Em suas palavras "*A microvitimização é, com frequência, a ponta do iceberg da macrovitimização*". BERISTAIN, Antonio. *Victimología Nueve Palabras Clave*, Valencia: TirantloBlanch, 2000, p. 91-3 e 105.

²CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 65.

³CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 66.

⁴CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 66

vítima nata, etc., com o objetivo de demonstrar que a vítima pode estar numa "*posição determinante na longa cadeia de forças causativas do crime*"⁵.

Em suma, a teoria de Heting se desdobra em três perspectivas primordiais: a) o criminoso-vítima (*the doer-sufferer*); b) a vítima latente (*the potential victim*); c) e a especial interação entre delinquente e vítima (*subject-object relation*). Todavia, não iremos nos ater aos seus conceitos; apesar de ser importante destacar que a teoria dele possui inspirações na criminologia tradicional, com perspectiva positivista; baseada em causas biológicas, antropológicas e sociais⁶.

É certo que essa vitimologia etiológica foi importante, por desmistificar e ressaltar a importância do comportamento da vítima na prática criminosa; entretanto, percebe-se que a vítima entra no centro das atenções, como se refere Costa Andrade, pela porta da culpa.

Após esse período, o israelita Mendelsohn surgiu, defendendo uma autonomia científica da vitimologia, para que essa saísse do raio de alcance da criminologia. Segundo sua perspectiva, seria necessário criar uma nova disciplina", *dotada de institutos próprios, clínicas, sociedade internacional, congresso e cátedra*"⁷. A partir disso, confeccionou uma nova terminologia, baseando-se em estudos comparados de vários crimes passionais, por considerar que neles existiam um determinismo subconsciente da vítima, dando as seguintes nomenclaturas: a) vítima completamente inocente; b) vítima levemente culpada; c) vítima por ignorância; d) vítima única culpada; e) vítima tão culpada quanto o ofensor; f) vítima voluntária⁸.

Todavia, esta tentativa de criação de uma nova ciência sofreu inúmeras críticas dentro da comunidade acadêmica. Mannheim, um dos principais críticos, argumentou que a retirada da vítima do seio da criminologia resultaria num grande problema: a redução do campo de estudo da criminologia exclusivamente ao delinquente⁹.

Costa Andrade, nesse mesmo sentido, sintetizou que não é possível "*reconhecer autonomia científica a uma Vitimologia radicada fora da Criminologia em sentido amplo*

⁵HETING, Hans, *The Criminal and His Victims*, New Haven: Yale University Press, 1948, p. 384, *apud*, CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 66.

⁶CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 68.

⁷MANNHEIM, Hermann, *Criminologia Comparada*, tradução de José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade, v. 2, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1985, p. 998.

⁸CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 72.

⁹MANNHEIM, Hermann, *Criminologia Comparada*, tradução de José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade, v. 2, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1985, p. 998.

(...) sobretudo, porque, ao contrário do que sucede com o delinquente, não parece possível identificar e recortar um estatuto unitário para a situação ou papel da vítima"¹⁰.

A doutrina atual que vinca seu pensamento a favor da autonomia da vitimologia encontra-se em posição minoritária. Portanto, não parece possível falar em uma vitimologia que funcione paralelamente à criminologia; da mesma forma que não se vislumbra uma criminologia sem a figura da vítima.

Nesse sentido, a vitimologia pode ser conceituada, segundo Guilherme Câmara, como: "*no conspecto de uma moderna Criminologia dinâmica, empírica, extensiva e interdisciplinar, em que o delito emerge como resultado de uma interação entre o delinquente e o meio em que ele se desenvolve, incumbe à Vitimologia cobrir espaços teórico-empíricos implicados com a descrição da interação delinquente-vítima e suas cambiantes projeções, com o conjunto de atitudes e reações determinantes da vítima, sua vulnerabilidade, seleção, aumento dos riscos, bem como, com o fenômeno da vitimização difusa e indiscriminada, com especial ênfase na prevenção de todas as formas de vitimização criminal e na reparação dos danos*"¹¹.

Assim, Guilherme Câmara conceitua a figura da vítima como sendo "*todo indivíduo, atingido direta ou reflexamente pela delinquência, na sua pessoa ou patrimônio, tendo suportado lesões físicas ou mentais, como consequência, inclusive, de ações ou omissões que violem seus direitos fundamentais*"¹².

Do seu conceito, extrai-se que a vítima, sob um olhar criminológico, não pode ser reduzida unicamente à figura dos titulares dos bens jurídicos penalmente salvaguardados, limitado-a em uma visão puramente dogmático-penal, uma vez que a vítima não

¹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal, Coimbra: Separata do vol. XXI do suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980, p. 206. "*Ante os delineamentos da Criminologia tradicional bem que se poderia defender a independência da Vitimologia; hoje não parece necessário. No momento atual são muito poucos os criminólogos que em suas obras olvidam a problemática das vítimas*" LANDROVE DÍAZ, Gerardo. La Moderna Victimología, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 37. O posicionamento a favor da autonomia da vitimologia atualmente é considerado minoritário; todavia, "*o tempo dirá se a vitimologia se constituirá no futuro em uma ciência que se encarregue de toda a classe de vítimas*" NEUMAN, Elias. Victimologia. El rol de la Víctima en los Delitos Convencionales y no Convencionales, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, p. 41 ss, *apud*, CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 73.

¹¹ CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 75. No mesmo sentido, ARUS, Francisco Buenos. La posición de la Víctima en el Moderno Sistema Penal, BFD, n.º 70, 1994, p. 369-87.

¹² CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 77.

necessariamente encontra-se como sujeito passivo¹³, "*antes deve orientar-se para o horizonte mais largo em que se espelha a criminologia contemporânea*"¹⁴.

Desse modo, o conceito de vítima pode ser encontrado em situações de vitimização reflexa, em que a prática criminosa busca afetar determinadas pessoas de modo mediato, ainda que não sejam vistas, formalmente, como sujeitos passivos do crime. Logo, a conduta delitativa pode ser praticada sem que seja necessário ocorrer uma interação entre o delinquente e a vítima, colocando-se, dessa forma, destaque na vitimização indireta e na vitimização generalizada, indiscriminada ou difusa; visto que, na primeira, uma família também é vítima quando um dos seus componentes é impactado com um crime, enquanto que na segunda ocorrem em "*espaços macrocriminais: crimes de colarinho branco, criminalidade organizada, terrorismo, etc*"¹⁵.

De melhor forma, Costa Andrade conceitua a vítima como sendo "*toda a pessoa física ou entidade colectiva directamente atingida, contra a sua vontade - na sua pessoa ou no seu património - pela deviance*". Nota-se que, para ele, a vitimologia não deve abrir mão do estudo da delinquência que afeta as pessoas coletivas ou organizações, sejam elas estaduais, públicas ou de natureza privada¹⁶.

Desse modo, diferentemente de Guilherme Câmara, afirma que o conceito de vítima não pode ser estendido para outros sujeitos que não os que foram atingidos, diretamente, pelo crime, considerando "*excessivo e desvirtuante do sentido criminológico que lhe deve presidir*". Ampliar o conceito de vítima significaria, dessa forma, perder de vista "*o carácter de interacção que caracteriza a vitimologia, desde cedo posto em evidência por Heting*"¹⁷.

¹³Beristain ressalta que "*a partir da perspectiva de um novo e inovador conceito de vítimas que vá além da tradicional noção de sujeito passivo do delito (...) muito mais pessoas são prejudicadas pelo crime (...) mediata e/ou indiretamente também são vítimas (...) por exemplo as vítimas de qualquer delito terrorista são muito mais pessoas do que a pessoa concreta assassinada e seus familiares e amigos. Vítimas são (e devia conhecê-lo o Código Penal e o Código de Processo Criminal), além do sujeito passivo da infração, todas as pessoas físicas ou jurídicas (...) que directamente sofrem um dano notável, como consequência imediata ou mediata da infração*" BERISTAIN, Antonio. Criminologia y Victimologia. Alternativas Re-creadoras al Delito, Santa Fé de Bogotá: Editorial Leyer, 1999, p. 77 ss.

¹⁴CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 77.

¹⁵"*Sublinhe-se que o admitirmos um conceito de vítima que albergue hipóteses de vitimização reflexa notável, e até mesmo hipóteses de vitimização difusa, não implica em reconhecermos como vítimas, como efetivamente o faz Schneider a ordem pública, a ordem jurídica e a ordem moral*". CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 78.

¹⁶ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 34.

¹⁷ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p.37.

Nesse sentido, a busca por uma vítima não deve ir muito além, a ponto de "*identificá-la com abstrações como a ordem jurídica, moral ou econômica*". Ressalta-se que não são todos os crimes em sentido jurídico, que correspondem, criminologicamente, a uma vítima, existindo "*autênticos crimes sem vítima e outros que se lhes equiparem*"¹⁸.

Quanto a esse último, incluem-se aqueles "*que remota e indirectamente, e com efeitos pulverizados, atingem as pessoas*"; logo, não deriva daí uma vítima em sentido criminológico; mas sim, crimes sem vítimas, em sentido amplo, que geram vítimas abstratas¹⁹.

Portanto, nem sempre será possível associar a cada crime uma determinada vítima, por meio do reconhecimento do titular do interesse penal do bem jurídico protegido, sendo inquestionável a existência de crimes sem vítimas, em caráter criminológico. A partir dessa constatação, serão expostas ao longo deste capítulo, as teorias de crimes sem vítimas, em sentido estrito, segundo Edwin Schur, e, na sequência, em sentido amplo, conforme Costa Andrade.

1.2 Concepções dos Crimes Sem Vítimas

1.2.1 Em Sentido Estrito

Diante da problemática de crimes que não correspondem a nenhuma vítima, Edwin Schur, professor e presidente do Departamento de Sociologia da Tufts University, publicou, em 1965, o livro "*Crimes Without Victims Deviant Behavior and Public Policy*"; em que tratou dos crimes de aborto, homossexualidade e consumo de drogas; argumentando que nesses crimes não existe a figura da vítima, uma vez que, de uma forma geral, referem-se a uma "*troca voluntária, entre os adultos, de bens ou serviços fortemente procurados, mas legalmente proibidos*"²⁰. Em uma análise mais crítica, Schur refere-se aos

¹⁸ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 37. Diferentemente, Hans Schneider entende que não existem crimes sem vítimas; afirmando que "*Delitos contra a ordem pública se fazem contra uma vítima abstrata [...] Sempre tem que haver alguém ou alguma coisa sendo lesada, destruída ou posta em perigo*". SCHNEIDER, Hans. Viktimologie - Wissenschaft vom Verbrechensopfer, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975, p. 11 ss, *apud*, CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 78.

¹⁹ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 37.

²⁰SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 169.

crimes sem vítimas como sendo aqueles "*criados sempre que se pretende banir por meio da legislação criminal a permuta livre de bens ou serviços intensamente procurados*"²¹

O conceito e a teoria dos crimes sem vítimas também pode alcançar crimes que possuem estruturas e funcionalidades semelhantes aos tratados no livro citado; como por exemplo, a prostituição; os crimes sexuais cometidos por e entre adultos; a corrupção; a venda proibida de álcool; a pornografia; o jogo ilícito; e, de uma forma geral, todas as modalidades de mercado negro²².

Sylvester, afirma que os crimes sem vítimas são "*delitos aparentemente heterogêneos, todos porém portadores duma característica comum: o delinquente e a vítima encontram-se livremente num processo encarado por ambos como de ganhos recíprocos*"²³.

O sociólogo Hart questiona, nos escritos dele, se a imoralidade pode ser considerada um crime. A partir desse questionamento, Schur afirma que determinadas leis são elaboradas com o objetivo de legislar comportamentos tidos como imorais, como é o caso das condutas dissecadas em seu livro: aborto, homossexualidade e consumo de drogas²⁴.

Para Schur, toda a legislação penal representa um juízo social que determina quem serão os infratores e as vítimas individuais ou coletivas. Nessa conjectura, em um crime que atinja, de forma direta, um indivíduo ou a sua propriedade, os sujeitos serão facilmente identificáveis, enquanto que se uma conduta desvaliosa afeta o Estado ou a moral, torna-se difícil a individualização de uma vítima. O mesmo acontece quando uma lei preconiza que um determinado sujeito deve ser considerado como vítima, ainda que, na situação concreta, essa imputação seja contestada, tornando ineficaz o enquadramento do indivíduo como vítima²⁵.

Diante dessa dificuldade de, na situação concreta, vislumbrar-se uma vítima ofendida, os crimes sem vítimas são caracterizados pela ocorrência de uma transação consensual entre dois agentes privados, na medida em que aquele que seria a vítima

²¹SCHUR, Edwin; BEDAU, Hugo Adam. *Victimless Crimes. Two Sides of a Controversy*, Nova Jersey, 1974, p. 6.

²²ANDRADE, Manuel da Costa. *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, p. 105.

²³SYLVESTER JR, Sawyer. *Iatrogenics, Law and Decriminalization*, in Sylvester/Sagarin, edit, p. 1 ss, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa. *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, p. 105.

²⁴SCHUR, Edwin. *Crimes Without Victims*, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 169.

²⁵SCHUR, Edwin. *Crimes Without Victims*, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 170.

procura a prestação de um serviço ou o fornecimento de um determinado bem legalmente proibidos, e aquele que seria o autor do crime fornece tal serviço ou bem requisitado.

Percebe-se que a relação entre o "autor" e a "vítima" é revestida dos mesmos padrões que em uma relação entre um comerciante e um consumidor. Nelas, estão presentes a voluntariedade, o pagamento previamente discutido e acordado; bem como a satisfação daquele que seria o "consumidor-vítima"; não sendo revelada uma coação entre os sujeitos envolvidos, mas sim, de certo modo, liberdade e consenso, distanciando-se, apenas, na legalidade dos serviços ou bens ofertados²⁶.

De forma ilustrativa, imagine-se a seguinte situação: Álvaro acorda ao lado da prostituta Ana, após ter procurado a prestação dos serviços, combinando, previamente, um valor e, posteriormente, usufruindo daquilo que pactuou. Nessa situação, revela-se evidente uma relação entre uma prestadora de serviços e um cliente. Diferentemente, seria se Álvaro tivesse abordado Ana e, mediante a força, mantivesse relações sexuais com a mesma; aqui, não restam dúvidas quanto à prática do crime de violação; bem como da existência de uma vítima.

De forma semelhante é o que se sucede na execução de um aborto: verifica-se, também, a procura por um serviço; uma livre negociação e a execução dos serviços, conforme convencionado. Ainda que a mulher em que se praticou o aborto possa ser vista como vítima, a verdade é que ela não se visualiza como tal²⁷.

Dessas situações em concreto, observa-se que a forma como elas se desenrolam dificulta uma possível denúncia às instâncias formais de controle contra aqueles que realizaram a prestação dos serviços ou a entrega dos bens legalmente proibidos²⁸.

Portanto, os crimes sem vítimas nada mais são do que a prestação de bens ou serviços de penoso acesso, mas que são profusamente pretendidos por parcelas da sociedade; logo, *"eles não passam de formas normais de intervenção e participação na realização da ordem económica"*. A taxatividade dessas condutas como crimes por parte

²⁶Schur destaca que, do ponto de vista estrutural, os crimes sem vítima possuem natureza transacional e consensual. E, sua realização ocorre, via de regra, sob a égide da privacidade, em que o autor e a vítima encontram-se sem a necessidade do emprego da coação; não existindo, portanto, o ritual próprio da criminalidade convencional. SCHUR, Edwin; BEDAU, Hugo Adam. *Victimless Crimes. Two Sides of a Controversy*, Nova Jersey, 1974, p. 7.

²⁷SCHUR, Edwin. *Crimes Without Victims*, New Jersey, Aspectrum Books: 1965, p. 39. Não se pretende entrar no mérito de argumentos religiosos e jurídicos sobre a partir de qual momento já existe vida na gravidez.

²⁸ANDRADE, Manuel da Costa. *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, p. 105

do legislador não retira as suas funcionalidades²⁹, distanciando-se de um conflito entre "autor" e "vítima", consumando uma relação de solidariedade entre os sujeitos, para preservar o interesse mútuo na concretização da prática desvaliosa³⁰.

Outra característica em comum entre os crimes sem vítimas tratados por Schur e aqueles que podem ser equiparados a eles, é a inaplicabilidade da lei, uma vez que a legislação visa a proibir "*atividades privadas, quando todas as partes envolvidas desejam evitar a proibição*"³¹. As leis estão destinadas a ser e permanecer letras mortas; não sendo aplicadas, nem sendo aplicáveis, ou ainda, quando foram aplicáveis, são marcadas por possuírem custos materiais e morais elevados³².

Especificamente quanto ao aborto, mas que pode ser estendido para as demais condutas, Baumann afirma que "*Parece-nos, de todo o modo, insuficiente bastar-se com a estrita proibição do aborto quando se sabe que esta proibição é totalmente ineficaz. Tal forma serve apenas para tranquilizar a consciência. Tem-se a sensação de se ter cumprido o dever, de nada interessando o panorama efectivo da realidade*"³³.

²⁹Costa Andrade afirma que "*Fará, por isso, mais sentido falar de cliente que de vítima. É que, bem vistas as coisas, e descontados os pretensos efeitos negativos no plano da "ordem moral", todas as actividades em que se analisam os crimes sem vítima se revelam funcionais - as funções latentes de que fala ROBERT MERTON - noutras esferas, nomeadamente no plano da actividade económica. Direito ou moral entre - parênteses, todas estas condutas se deparam como formas normais de participação na realização da ordenação económica*". ANDRADE, Manuel da Costa. O aborto como Problema de Política Criminal, Coimbra: Separata da Revista da Ordem dos Advogados que reproduz texto de conferência proferida em 17 de janeiro de 1979, p. 12. Segundo Merton, "*em termos estritamente económicos não há qualquer diferença entre o fornecimento de bens ou serviços lícitos e ilícitos... Será possível sustentar que nos países europeus onde a prostituição está legalizada e registada, a prostituta presta um serviço económico, enquanto nos Estados Unidos, onde ela não está legalmente sancionada, a prostituta não presta tal serviço? Ou que, quem pratica o aborto profissionalmente está no mercado económico quando tem a sua situação legalmente reconhecida e que está fora quando o aborto é tabu legal?*". MERTON, Robert. Sociologia, Teoria e Estrutura, 1970, p. 130 ss, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa. O aborto como Problema de Política Criminal, Coimbra: Separata da Revista da Ordem dos Advogados que reproduz texto de conferência proferida em 17 de janeiro de 1979, p.12.

³⁰ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 105.

³¹SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 38.

³²Neste sentido as "*tentativas da sua aplicação consomem-se incalculáveis recursos pecuniários e humanos m detrimento, por exemplo, da luta contra a criminalidade violenta. As dificuldades encontradas, por seu turno, induzirão o recurso à corrupção. Outras vezes, inversamente, provocam o exacerbamento do ethos profissional, levando os policias à tentação do desrespeito dos direitos fundamentais ou à negociação de informação em troca da promessa de impunidade*".

³³BAUMANN, Jürgen. SchutzdeswerdendenLebens - notwendig, aberwie?, in J. Baumann (Hrsg.), Das Abtreibungsverbotdes § 218, Ulm 1972, p. 28 ss, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa. O aborto como Problema de Política Criminal, Coimbra: Separata da Revista da Ordem dos Advogados que reproduz texto de conferência proferida em 17 de janeiro de 1979, p. 9.

Como consequência dessa inaplicabilidade, os índices de cifras negras³⁴ são elevados nas condutas observadas, uma vez que se percebe a ausência de um queixoso interessado na persecução penal do crime consumado. Na verdade, aquele que poderia se revestir dessa figura não se identifica como vítima que suportou o dano causado por um autor; não existindo o interesse em impulsionar a marcha processual.

Paralelamente à ausência de uma vítima, as condutas empreendidas também são revestidas de imperceptibilidade, com o escopo de ocultar os desvios. Essas condutas referem-se à vida particular dos sujeitos envolvidos, que buscam, por meio da discrição, praticá-las em ambientes reservados, distantes dos olhares da sociedade em geral³⁵.

Desse modo, a produção probatória daqueles casos que são alcançados pelas instâncias formais de controle é prejudicada, em face da ausência de colaboração daqueles que a legislação determina que são as vítimas do crime, uma vez que não possuem interesse em prejudicar aqueles que contribuiram para a satisfação do desejo de obtenção de um serviço ou de um bem, vedados pela lei penal.

Por outro lado, diante da reprovabilidade concedida pela sociedade dominante às condutas trabalhadas por Schur, aqueles que as praticam acabam por adquirir uma autoimagem desviante, que é potencializada pelo fato de que, além de serem moralmente reprovadas pelos seus pares, também são consideradas condutas criminosas tuteladas pela legislação penal³⁶.

Essa estigmatização desenvolvida desencadeia a formação de subculturas ligadas, especificamente, a homossexualidade e aos toxicodependentes; enquanto que para o aborto a formação é inexistente, em virtude das características ligadas a essa conduta, dotada de eventualidade, na qual não existe relação com o autor, em circunstâncias posteriores ao procedimento; além de haver facilidade na realização em locais reservados e em horários flexíveis.

³⁴As cifras negras reportam-se principalmente à opacidade de determinados comportamentos desviantes e são produzidas tanto pela vítima (instância informal de control social), como pelas instâncias formais (mormente a polícia), traduzindo o desfasamento entre a criminalidade socialmente reconstruída (conhecida pelo sistema) e a criminalidade real. Consubstanciam, dessarte, a criminalidade não registrada pelas instâncias formais de controle, tendo vindo a sua constatação dentre outras coisas, a pôr em causa o valor das estatísticas oficiais". CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 90. "Cifras negras é, por isso, redutor dos contingentes de deviance. É a propósito desta seleção quantitativa que se fala em 'efeito-de-funil' e da 'mortalidade de casos criminais'" DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia, O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 367.

³⁵SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 171.

³⁶SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 172.

Nessa perspectiva, a formação das subculturas está, umbilicalmente, correlacionada com a continuidade da conduta considerada não valiosa para a sociedade dominante; bem como com a necessidade de um contato constante entre os indivíduos que possuem interesses na mesma prática. É o que acontece quanto aos dependentes químicos. O uso das drogas, é, via de regra, dotado de constância; ou seja: os usuários introduzem, no dia a dia, a utilização de entorpecentes; e, por ser uma conduta prazerosa, inclinam-se a praticar em conjunto com outros dependentes, criando uma círculo social de amizade e convívio cada vez mais profundo³⁷.

A subcultura no contexto da homossexualidade desenvolve-se seguindo os mesmos padrões: o sujeito que possui uma orientação sexual voltada para pessoas do mesmo sexo, assim como os heterossexuais, procura estabelecer uma relação sentimental – seja ela carnal ou de amizade – com um terceiro, dotada de continuidade e de convívio.

Schur chamava a atenção, já na sua época, que a legalização do casamento homossexual diminuiria, consideravelmente, a formação dessa subcultura; o que de fato tem ocorrido com o passar dos anos, uma vez que a criminalização da homossexualidade atualmente é restrita a alguns países, tendo a sociedade procurado resguardar os direitos desses cidadãos; assim como buscado desenvolver uma maior integração entre todos, independentemente, da orientação sexual³⁸.

A partir da criminalização das condutas tratadas por Schur, além da formação das subculturas, outro problema emerge, com maior relevância: a configuração de crimes secundários, que possuem um potencial danoso mais significativo dos que as condutas originárias; especificamente no consumo de drogas e no aborto³⁹.

O consumo de drogas pelos toxicod dependentes origina a formação de um mercado ilícito, que busca satisfazer o desejo dos "clientes", que estão em busca dos produtos escassos proibidos pela lei⁴⁰. Todavia, o tráfico de drogas se revela em todos os países como uma organização criminoso, que vai além do comércio ilegal de drogas. A partir do lucro obtido com os tóxicos, diversificam a atuação para outras práticas criminosas; além de utilizarem meios como a tortura e a prática de homicídios contra os usuários que não pagam; ou contra quem denuncia a prática às instâncias formais de controle.

³⁷ SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 172.

³⁸ SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 173.

³⁹ SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 174.

⁴⁰ SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 174.

Por sua vez, o aborto também desencadeia a prática de crimes secundários; como, por exemplo, a implantação de clínicas clandestinas, que fornecem um serviço "profissional", a extorsão financeira, a chantagem e a exploração sexual, em face da vulnerabilidade em que a mulher se encontra, por ter a necessidade de se libertar de uma gravidez indesejada⁴¹.

Os mercados ilícitos, que surgiram para suprir a necessidade do desviantes, possuem, tanto na origem como nas funções, uma ligação íntima com o crime organizado. A lei que pretendia controlá-lo gera o efeito contrário; ou seja: concede ao crime organizado um amplo campo de atuação, retirando a concorrência existente no âmbito da legalidade, formando um monopólio para a atuação da *deviance* secundária⁴².

Por outro lado, Schur ressalta que a reação da sociedade diante das condutas do aborto, da homossexualidade e do consumo de drogas é fundamentada em distorções primordiais sobre a natureza do comportamento desviante. Todavia, ressalta-se que essa não é uma característica intrínseca da reação social que se reflete a todos os conflitos, nem é ocasionado por algo particular aos crimes sem vítima; na verdade, deve-se à falta de debate acerca dos aspectos inofensivos desses comportamentos, revelando a negligência dos opositores das propostas de reforma, para não enfraquecer os seus argumentos⁴³.

Desse modo, as reações punitivas ao desvio podem atender a várias funções; entretanto, todo desviante é, de certa forma, um bode expiatório; ou seja: um sacrifício social que complementa, ao passo que estabelece uma sujeição aos demais membros da sociedade. A partir dessas considerações, o objetivo da legislação penal é, via de regra, extinguir a conduta criminosa; todavia, nas situações estudadas por Schur, as políticas empregadas têm sido no sentido de regulá-las⁴⁴.

⁴¹ Landrove Diaz afirma que *"as servidões sexuais ou a chantagem florescem nesta atmosfera de clandestinidade e silêncio: a mulher que logrou o aborto há-de pagar um preço elevado. A intransigência da lei penal converte-se, assim, em fator criminógeno de primeira grandeza. Ao ser tão frequentemente iludida, como revelam as estatísticas, a lei determina a proliferação de uma série de atividades delituosas de índole diversa. A tipificação do aborto origina, pois, crimes"*, apud, ANDRADE, Manuel da Costa. O aborto como Problema de Política Criminal, Coimbra: Separata da Revista da Ordem dos Advogados que reproduz texto de conferência proferida em 17 de janeiro de 1979, p. 19.

⁴² Merton afirma que *"se os negócios legítimos em expansão organizam sindicatos administrativos e financeiros para racionalizar ou coordenar áreas diversas da produção e comercialização, também o racket e o delito prósperos organizam sindicatos do crime para ordenar zonas de outro modo caóticas, quando se trata da produção de bens e serviços ilícitos (...) também os negócios ilegítimos adoptam a mesma atitude e organizam sindicatos do crime e do vício"*. ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p.114.

⁴³ SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 175.

⁴⁴ SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 176.

O autor finaliza afirmando que não tem a pretensão de sugerir que todas as leis penais que impliquem dificuldades sejam abolidas. Na verdade, tem como objetivo exaltar a importância de se examinar, de forma exaustiva, o impacto que as leis penais causam; ao invés de aceitá-las e validá-las, sem maiores reflexões⁴⁵.

A política criminal da época dele implicou a especulação de políticas alternativas; sendo as suas avaliações individuais dotadas de fatores subjetivos; e, ao tentar comparar essas alternativas de ganhos e custos sociais, é provável que os sujeitos outorguem diferentes valores aos elementos constitutivos do problema, diferindo, em suas avaliações, do saldo de ganhos e custos⁴⁶.

A legalização não é instantânea ou sempre mais adequada do que a criminalização. Com efeito, o termo legalização foi utilizado principalmente por aqueles que se manifestavam contrariamente à reforma, para gerar falsas impressões sobre ela para a sociedade. Eles, por vezes, consideram que qualquer proposta de mudança no direito penal possui uma tendência para a legalização de todas as práticas criminosas.

A descriminalização de uma conduta pode implicar menos desaprovação social do que a que existe diante da criminalização; entretanto, a minoração da desaprovação não constitui uma aprovação positiva. Para Schur, o enfoque médico para as condutas do aborto e da dependência química ajudaria no processo de mudança de políticas criminais específicas, tendo em vista que essa legitimação, por meio de tratamento médico, levanta discussões sobre se essas condutas desviantes devem ser consideradas crime ou doença⁴⁷.

A análise de Schur sobre as condutas do aborto, da homossexualidade e do consumo de drogas evidenciou a existência de autênticos crimes sem vítimas, pelos diversos motivos expostos ao longo do texto. A partir do seu estudo, buscou impulsionar o conhecimento da sociedade sobre os referidos comportamentos, com o intuito de revelar se a legalização, com um tratamento mais direcionado, não seria mais vantajosa do que a criminalização⁴⁸.

A partir da configuração dos crimes sem vítimas, em sentido estrito, sob a perspectiva de Edwin Schur, surgiu a ampliação dos estudos para um sentido amplo, que

⁴⁵ SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 177.

⁴⁶ SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 177.

⁴⁷ SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 177.

⁴⁸ SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectum Books: 1965, p. 178.

foi tratado de melhor maneira por Costa Andrade. É o que veremos, mais detalhadamente, ao longo do próximo tópico.

1.2.2 Em Sentido Amplo

1.2.2.1 Vítimas Inconscientes

Os mecanismos de seleção da criminalidade não podem ser reduzidos, unicamente, às instâncias formais de controle, tendo em vista que a atuação dessas é demarcada pela *deviance*, que chega ao conhecimento do Ministério Público ou da Polícia. Entre a criminalidade conhecida e aquela que se mantém oculta, existe uma extensa taxa de desvios ocultos; ou seja: aquilo que é revelado para as instâncias formais de controle é apenas a ponta do *iceberg* dos crimes praticados⁴⁹.

Autores com viés interacionista destacam que os processos de criminalização e de seleção dependem da atuação das instâncias formais de controle. Contudo, ressalta-se que os cidadãos encontram-se na linha de frente, na revelação da *deviance*, partindo deles o primeiro controle do crime; e a partir dessa identificação inicial é que as instâncias formais de controle irão atuar. Assim, revela-se a seleção, que transcorre fora (e antes) dos limites das instâncias formais de controle; destacando-se como o mais importante agente de seleção a vítima⁵⁰.

Costa Andrade destaca que o papel da vítima como agente de seleção sobressai-se em duas vertentes: em um primeiro momento, cabe à vítima instigar, ou não, o funcionamento das instâncias formais de controle; sua decisão traduzir-se-á numa taxa de criminalidade mais elevada ou de menor proporção. Por outro lado, além dessa atuação direta na seleção da *deviance*, a vítima atua, de forma indireta, "*condicionando o âmbito e o sentido da seleção produzida pelas instâncias formais*"⁵¹.

A falta de interesse da vítima em promover a marcha processual penal, em face de determinadas formas de vitimizações, dificulta a investigação e eleva os custos do processo, o que acaba conduzindo a polícia a procurar meios alternativos para solucionar o

⁴⁹QUINNEY, Richard. *The Problem of Crime*, Nova Iorque, 1973, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa. *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, p. 86.

⁵⁰ANDRADE, Manuel da Costa. *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, p. 88.

⁵¹ANDRADE, Manuel da Costa. *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, p. 90.

conflito. Têm-se como exemplos as vitimizações em que a vítima e o autor possuem relações privadas, de vizinhança ou moral; bem como em casos que envolvam a propriedade e que a recuperação do que foi subtraído satisfaz o interesse da vítima; assim como nos casos de *willing victims*⁵².

Costa Andrade começa por afirmar que a seleção da *deviance*, por parte da vítima, não se resume, exclusivamente, às situações em que ela se identifica com o *status* de vítima e que atua como tal. Destaca que, além desse tipo de seleção, há que se fazer referência à seleção negativa; que pode ser desencadeada quando uma vítima não possui a consciência da sua condição, sendo denominada como vítima inconsciente ou, quando não for possível individualizá-la, surgindo a vítima abstrata, ou, ainda, quando a vítima não se perceber como vítima, chamando-a de *willing victim* (denominação utilizada por Lafave); esta última foi tratada pelo autor sob o espectro do crime sem vítima em sentido estrito, teorizado por Edwin Schur⁵³.

Feita essa breve nota sobre a perspectiva de Costa Andrade sobre os crimes sem vítimas em sentido amplo, partimos, agora, para a sua conceituação do que seria uma seleção negativa que gere uma vítima inconsciente.

A *deviance* que ocasiona o surgimento de vítimas inconscientes é caracterizada principalmente pela forma em que é praticada; ou seja: determinados crimes exigem, para que se obtenha o resultado almejado, a implementação de meios de execução mais sofisticados; que fogem do panorama tradicional das demais condutas criminosas.

Assim, tais crimes produzem sobre as suas vítimas pouco ou quase nenhum abalo emocional, uma vez que os agentes não fazem uso de nenhuma violência física ou psíquica para obterem o resultado. Na verdade, os desviantes utilizam-se da inteligência para lograrem êxito na conduta.

Em crimes como a agressão física, a violação, o roubo ou qualquer outro delito em que o agente empregue força física ou psicológica, não há como se conceber que a vítima não tenha consciência do seu *status*. Todavia, não se pode afirmar o mesmo em crimes como "*certas formas de burla, manobras especulativas e enganosas (...) infracções contra o consumidor: venda de bens tornados necessários pela criação artificial de necessidades, sob a pressão da moderna publicidade, aquisição de produtos adulterados na sua*

⁵²ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 90-1.

⁵³"É à fenomenologia desta selecção negativa, operada no quadro que designámos por crimes sem vítimas em sentido amplo". ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 99.

qualidade, quantidade ou identidade, compra de serviços cuja tecnicidade elimina a transparência que permitiria à vítima o controlo das irregularidades, reparação de automóveis, aparelhos de rádio ou até mesmo prestação de serviços próprios das profissões liberais"⁵⁴.

Desse modo, fica evidente que essas vítimas não possuem consciência imediata da sua posição; podendo, posteriormente, perceber que foram lesadas por uma conduta criminosa e, assim, passarem a ter conhecimento do seu *status* de vítima, para, eventualmente, procurarem as instâncias formais.

Nessa mesma óptica, encontram-se as vítimas do *white-collar crime*, em face das características desse tipo de criminalidade: a) complexidade; b) invisibilidade; c) dificuldade de punição⁵⁵; d) conflito latente, em vez de patente⁵⁶; e) vitimização difusa; f) dispersão da responsabilidade⁵⁷.

A complexidade do “crime de colarinho branco” está conectada às especificidades que os autores possuem; ou seja: quando uma grande empresa pratica infrações, no âmbito financeiro ou fiscal, imagina-se que ela domine um *"fluxo informacional que, regra geral, não está ao alcance da generalidade dos cidadãos"*. Por outro lado, a ausência de

⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 99.

⁵⁵ Para Cláudia Santos, essa dificuldade se revela a partir do reconhecimento da *"indispensabilidade de conhecimentos muito específicos para a descoberta e a subsequente averiguação de tais condutas delituosas - que, para além disso, ocorrem em espaços reservados - estamos, conseqüentemente, a afirmar as particulares dificuldades das instâncias formais de controlo na reacção às mesmas. E não nos referimos apenas aos órgãos policiais, frequentemente acusados de impreparação e de falta de condições logísticas. O legislador revela, muitas vezes, problemas na regulamentação de matérias mais complexas, e as autoridades judiciárias sentem, também particulares dificuldades na apreciação das mesmas (...)"* SANTOS, Cláudia Cruz. O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal), *Stvdia Ivridica*, 56, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2001, p. 101.

⁵⁶ *"O facto de o criminoso de colarinho branco não necessitar, em regra, de recorrer à violência para executar o crime - apesar de os resultados da conduta poderem, muitas vezes, traduzir-se num efeito violento sobre o objecto -, associado à circunstância, também frequente, de ser suficiente uma mera omissão, tornam menos perceptível a existência do conflito que deveria justificar a intervenção jurídico-penal (...) o criminoso de colarinho branco, muitas vezes, por ser uma pessoa instruída e astuciosa colocada numa posição de confiança, deriva uma maior facilidade no cometimento do crime - sem ter necessidade de recorrer aos dramáticos métodos do delincente comum, àquele é suficiente abusar da posição privilegiada em que se encontra. O que, mais uma vez, torna dificilmente apreensível a prática da infração"*. SANTOS, Cláudia Cruz. O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal), *Stvdia Ivridica*, 56, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2001, p. 102.

⁵⁷ *"o crime de colarinho branco praticado por actores individuais no exercício das actividades profissionais apresenta, em regra, esta característica da difícil prova da responsabilidade. Aqui, todavia, mais do que de uma dispersão da mesma justificada por uma divisão de tarefas ou complexas relações hierárquicas, a complicada prova da actuação dolosa ou negligente prende-se com a indispensabilidade da consideração das *leges artis* ou regras da profissão"*. SANTOS, Cláudia Cruz. O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal), *Stvdia Ivridica*, 56, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2001, p. 105-6.

visibilidade das condutas desviadas está ligada ao espaço físico em que são praticadas; dito de outra forma, ocorrem, via de regra, "*entre quatro paredes*"; diferindo da criminalidade comum, que é praticada geralmente na rua, sendo passível, por isso, de uma maior visibilidade, justificando a "*contraposição, corrente na doutrina anglo-saxónica, entre crimes in the streets e crimes in the suites*"⁵⁸.

A vitimização derivada desse tipo de crime surge em face da prática de diversas condutas desviantes, que se perpetuam no tempo e no espaço, atingindo várias pessoas e, em contrapartida, causando pequenos danos a cada um dos indivíduos⁵⁹. De forma contrária, ocorre quando o crime é praticado contra o próprio Estado ou contra outra grande organização empresarial. Aqui, percebe-se que o dano é de pequena monta, não causando muito impacto naqueles que o suportam. Destaque-se que além dos agentes considerarem que seus comportamentos são fruto do usual, ou apenas reações de explorações suportadas, a comunidade também comunga da mesma opinião⁶⁰.

A condescendência da sociedade diante dos "crimes de colarinho branco" tem como base o fato de estarmos diante de "*comportamentos cuja proibição não assenta num consenso social generalizado e só é possível à custa da vigência de sistemas normativos socialmente heterónomos e, nessa medida, impostos*". De forma mais incisiva, Costa Andrade ressalta que essa delinquência encontra-se entre o moral e o imoral, o lícito e o ilícito; não se podendo subsumi-la em nenhum dos polos dessas antinomias; nem levantando, por isso, reações sociais unívocas⁶¹.

⁵⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal), *Stvdia Ivridica*, 56, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2001, p. 101.

⁵⁹ Exemplo disso é quando uma grande empresa comercializa produtos que possuem pequenos defeitos, ou que recorre, reiteradamente, a práticas de propagando enganosa "*o seu comportamento, apesar de globalmente gerador de avultados danos, é sentido - quando não mesmo ignorado - como algo de insignificante por cada um dos consumidores. Ou pelo menos, visto como algo que não justifica o pôr em marcha do sistema de aplicação da justiça, considerado excessivamente complexo, burocrático e moroso*". SANTOS, Cláudia Cruz. O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal), *Stvdia Ivridica*, 56, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2001, p. 103.

⁶⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal), *Stvdia Ivridica*, 56, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2001, p. 103.

⁶¹ ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 88. Sutherland também destacou o fato de que o criminoso não se visualiza como tal; não existindo sequer um juízo de consciência negativo e, nessa medida, a sociedade também não visualiza em um homem de negócios a imagem de um delinquente, por não preencher o estereótipo de um criminoso. SUNTHERLAND, Edwin. White-Collar Crime, The Uncut Version, New Haven: Yale University Press, 1983, p. 232.

Na verdade, é normal esse distanciamento entre as leis e as normas informais que conduzem a interação no dia a dia de toda a sociedade. "*Nalgumas áreas e em relação a certos grupos, não se verifica um desajustamento, mas um autêntico conflito entre a lei e os mores ou ideologias tradicionalmente aceites. Em tais casos, é frequente verificar-se a ambivalência nas atitudes e respostas ao white-collar crime, a partir duma lealdade dividida entre as leis e as crenças sociais*"⁶².

Para Christie, esses crimes cometidos por grandes organizações econômicas contra indivíduos que se encontram em posição social e economicamente mais fraca ou contra o Estado tendem a passar pelo filtro da seleção, em virtude da ausência de reconhecimento dos sujeitos lesados como vítimas de uma conduta criminosa⁶³.

Todavia, conforme Cláudia Santos, não seria correto erigir à característica do *white-collar crime* a tolerância da sociedade, uma vez que, com o passar dos anos, ela tem diminuído; sendo difícil se falar, nos dias atuais, em uma compreensão da comunidade, no que se refere à corrupção, a poluição ou a comercialização de mercadorias defeituosas que coloquem o consumidor em posições de risco⁶⁴.

1.2.2.2 Vítimas Abstratas

A seleção negativa, denominada por Costa Andrade como crimes sem vítimas em sentido amplo, também traz, em seu núcleo, as vítimas abstratas, que, apesar de poderem ser conectadas a situações expostas no tópico anterior, necessitam de uma breve exposição, por não serem estruturalmente iguais; bem como por seguirem uma perspectiva própria.

Posto o quê, as condutas criminosas que geram vítimas abstratas podem ser definidas pelo fato de que os seus efeitos negativos poderem provocar lesões, não só em "*construções ideais como a ordem jurídica, económica, moral, etc.*", mas também em um número indefinido de indivíduos que se enquadram como vítimas. É o que acontece quando as regras de circulação de automóveis são violadas; ou quando são praticados

⁶²AUBERT, Vilhelm. White-collar Crime and Social Structure, in D. Cressey; D. Ward (edit.), *Delinquency, Crime and Social Process*, 1969, p. 89, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa. *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, p. 100.

⁶³CHRISTIE, Nils. *Conflicts as Property*. *British Journal of Criminology*, 1977, vol. 17, n.º 1, p. 7.

⁶⁴SANTOS, Cláudia Cruz. *O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, *Stvdia Ivridica*, 56, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2001, p. 104.

crimes fiscais; concorrência desleal; crimes ambientais; corrupção; ou, ainda, crimes contra a economia, de modo gera⁶⁵.

Essas formas de *deviance* possuem em comum o fato de que são atingidos todos os cidadãos que, de uma forma ou de outra, estão vinculados a essas atividades. Nota-se que quando ocorre a prática de cartel, não é apenas um consumidor que é lesado; mas sim, todos os consumidores da sociedade; não sendo possível individualizar, a *priori*, aqueles que realmente suportaram o dano. Da mesma forma, quando ocorre um crime ambiental, todos os cidadãos serão afetados pela violação da natureza⁶⁶.

Aqui, não se verifica uma relação entre o autor da prática desvaliosa e a vítima; em regra, eles se encontram distanciados, no tempo e no espaço, bem como no que se refere à interação, ou seja: não existe o exercício da liturgia tradicional de vitimização, em que ocorre um contato entre o autor da conduta desvaliosa e a(s) vítima(s).

E é nesse ponto em que reside o alto índice das elevadas taxas de seleção, que marcam este tipo de *deviance*: "*o carácter atomístico, desorganizado e não dramático, desta forma de ser vítima explica que ninguém, por via de regra, se sinta minimamente estimulado - tanto no aspecto material como psicológico - de modo a sentir como interessante a iniciativa da participação ou denúncia*"⁶⁷.

Para além da seleção negativa, a existência da prática de condutas criminosas que geram vítimas abstratas, conforme teorizou Costa Andrade, evidencia a posição de vulnerabilidade em que essas vítimas estão submetidas; e, diante das falhas do sistema de justiça penal tradicional, questiona-se a possibilidade da aplicação da proposta restaurativa a esses desvios, com o objetivo de atingir a pacificação do conflito e a reparação adequada das vítimas. Para tanto, será exposto, no próximo capítulo, um modelo alternativo de resposta ao crime que prioriza o contato direto ou indireto entre autor e vítima; bem como a reparação do dano; dentre outras características.

⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 102.

⁶⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 103.

⁶⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 103.

2. A PROPOSTA RESTAURATIVA E A ESSENCIALIDADE DAS VÍTIMAS

2.1 Considerações Iniciais

No presente capítulo, pretende-se demonstrar de que forma o paradigma restaurativo foi constituído, no âmbito da criminologia, uma aproximação ao seu conceito; apontar as suas aparições em modelos de justiça existentes na Nova Zelândia, Austrália, Canadá, e Bélgica; expor a sua finalidade específica voltada para a vítima e, por fim, evidenciar os obstáculos enfrentados.

Em um primeiro momento, apesar das inúmeras raízes e influências, é necessário abordar as contribuições da vitimologia e do abolicionismo penal para a Justiça Restaurativa. Essas correntes criminológicas que, ao primeiro olhar, parecem pensamentos contraditórios convergem para a constituição de um novo modelo de reação ao crime.

Olhando para além das contribuições criminológicas, podemos ressaltar que o amplo crescimento de um mundo globalizado e a consequente diminuição da importância do Estado-Nação⁶⁸, também foram fatores determinantes para o desenvolvimento e crescimento do pensamento restaurativo.

Nesse sentido, é certo que vivemos em um mundo globalizado, cercado por crises: crise das instituições, da ética, do direito penal; da própria percepção da realidade, da comunicação entre os operadores do direito e a comunidade, da legitimidade, do *Welfare State*⁶⁹. Do mesmo modo, também é certo que, em meio a este momento de crises, emerge uma tendência de unificação, com o objetivo de uniformizar os pensamentos, sem maiores questionamentos, estabelecendo o absolutismo global⁷⁰.

⁶⁸ Acerca do enfraquecimento do Estado, Zygmund Bauman afirma que *"a cada vez mais evidente, e se calhar irrecuperável, perda da posição privilegiada (e incontestavelmente superior) que o Estado-Nação ocupava ou reclamava ocupar. O Estado, despojado de grande parte da ampla soberania que outrora foi "total", muito mais vezes exposto à situação de "não existir alternativa" do que a de exercer a livre escolha de políticas, e deixando-se fustigar por forças externas em vez de por preferências democraticamente expressas pelos seus cidadãos, perdeu grande parte do seu encantamento passado"*. BAUMAN, Zygmund. *A Sociedade Sitiada*, trad. Bárbara Pinto Coelho, Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 17-8.

⁶⁹ Para um aprofundamento na crise de Welfare State, *vide*, CERETTI, Adolfo. *Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorreni di Milano. La Sfida de Mediazione*. Giavittorio Pisapia e Daniela Antonucci (a cura di). Milão. CEDAM. 1997. p. 85-98.

⁷⁰ COSTA, José de Faria. *A Criminalidade em um mundo globalizado: Plaidoyer por um direito penal não securitário. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais Visão Luso-Brasileira*. Quartier Latin. São Paulo. 2006. p. 89.

Essa nova era de um mundo globalizado⁷¹ caracteriza-se por um discurso de "menos Estado"; ou seja, menos Estado social; menos Estado interventor. Contudo, por trás desse discurso encontra-se a proposição de algo contraditório, que é o "glória ao Estado punitivo", mais Estado securitário e intervencionista no campo das políticas criminais⁷².

A crise do sistema penal, associada à globalização, serviu para impulsionar a Justiça Restaurativa, por meio da perda de funções e pela consequente diminuição do Estado-Nação. Entretanto, ressalta-se que o inverso também ocorreu; afinal, o discurso globalizado verteu-se em um alargamento da intervenção punitiva do Estado⁷³.

Nesse sentido, é importante ressaltar que essa atuação estatal no sentido de reforçar o modelo tradicional de justiça penal, baseada na pena de prisão como o principal instrumento de resposta ao crime, demonstra a sua falibilidade, desde os séculos passados. Assim, as críticas à pena de prisão surgiram pouco tempo depois da sua implementação, tendo em vista os males ocasionados pelo encarceramento, culminando, já naquela época, na criação de movimentos favoráveis à reformulação do sistema prisional⁷⁵.

Segundo a percepção de Foucault, a pena de prisão alcançou a condição de punição mais utilizada no século XIX, substituindo outras formas anteriormente utilizadas, como,

⁷¹ "A globalização não consiste, assim, numa homogeneização do mundo em torno de parâmetros comuns, mas na reconstituição de espaços assinalados como "centrais" e "cinzentos" ou "marginais". Trata-se de um "novo tribalismo". O planeta organiza-se em redes idênticas, tanto para as actividades lícitas, como para as ilícitas." RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime, in Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais Visão Luso-Brasileira, Quartier Latin, São Paulo, 2006, p. 279.

⁷² COSTA, José de Faria. A Criminalidade em um mundo globalizado: ou Plaidoyer por um Direito Penal não Securitário, Direito Penal Especial, in Processo Especial e Direitos Fundamentais Visão Luso-Brasileira. Quartier Latin. São Paulo. 2006, p. 90.

⁷³ "Nunca como hoje foram tão grandes as possibilidades - de que Hassemer já fala há alguns anos - de "dramatizar e politizar a violência". O retorno a um "delinquente-inimigo", numa lógica de "guerra ao crime" devedora de uma real politik, não é só a resposta às dimensões avassaladoras e ao flagelo que constitui a criminalidade organizada. Este retrocesso vem embebido de uma "cultura de segurança", típica da "sociedade de risco" e da "sociedade do bem-estar". Aos "novos ricos" e para protecção dos "novos direitos", o Estado, "quebrado o voto" de solidariedade em que se cimentava o pacto social e desobrigado da realização de políticas sociais, responde com o que imediatisticamente satisfaz a "nova segurança" exigida: o direito penal. A "sociedade de comunicação aberta" reforça a tendência de os poderes públicos recorrerem ao instrumentarium punitivo, que utilizam também como resposta "simbólica" aos conflitos sociais." RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime, in Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais Visão Luso-Brasileira, Quartier Latin, São Paulo, 2006, p. 288.

⁷⁴ SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2014, p. 41.

⁷⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: Da Teoria à Prática. 1º ed. IBCCRIM. São Paulo. 2009. p. 30.

por exemplo, o suplício e as penas proporcionais aos crimes, frutos da reforma humanista do século XVIII⁷⁶.

Tal sistema prisional foi estabelecido em meio a teorias e sistemas penais que predominantemente associavam o crime a um perigo público, o que, para Foucault, formou uma "*sociedade punitiva*", na qual o Estado desempenha funções corretivas paralelamente às penitenciárias, representadas pelas práticas de aprisionamento⁷⁷.

As críticas suscitadas pelo *labelling approach*, pela criminologia crítica e, posteriormente, pelo abolicionismo, que evidenciaram os males causados pelo cárcere, os processos de criminalização, a seletividade e a estigmatização do direito penal, sintetizaram as críticas feitas no século XIX. Foucault, da mesma forma, afirma que as prisões não reduzem a taxa de criminalidade. Ainda que promovam melhorias em suas estruturas, na verdade, funcionam como fábricas de delinquentes, em virtude das condições precárias em que esses estão acomodados, gerando hierarquia e solidariedade entre eles; bem como deixando as suas famílias em situações degradantes⁷⁹.

Com efeito, o modelo de justiça penal tradicional evidenciou, ao longo de sua história, inúmeras falhas e, por conseguinte, passou por diversas alterações, com o intuito de repará-las. Em um primeiro momento, percebeu-se que as penas aplicadas eram desarrazoadas, não existindo qualquer correlação entre a gravidade do delito e a sanção aplicada.

Por isso, introduziu-se, com o advento do Renascimento, o critério da proporcionalidade entre o crime praticado e a pena imposta⁸⁰. Na primeira metade do século XX, incorporou-se a ideia da reabilitação, baseada em um modelo terapêutico que,

⁷⁶ FONSECA, Marcio Alves Da. Michel Foucault e o direito, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 121 s.

⁷⁷ "Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas, ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz "igual", um aparelho judiciário que se pretende 'autônomo', mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, 'pena das sociedades civilizadas'". FONSECA, Marcio Alves Da. Michel Foucault e o direito, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 133.

⁷⁸ FONSECA, Marcio Alves Da. Michel Foucault e o direito, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 133.

⁷⁹ Foucault conclui que o sentimento de injustiça que é experimentado pelos prisioneiros "é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade; não pensa mais ter sido culpado. acusa a própria justiça." FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão, Tradução de Raquel Ramallete, Editora Vozes, Petrópolis, 2004, p. 221-23.

⁸⁰ "A ideia era que se a pena estivesse mais adequada ao crime, tornando-se assim menos arbitrária, menos dependente dos caprichos das autoridades, tal pena faria mais sentido". ZEHR, Howard. Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça, Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo, 2008, p. 89.

em meados da década de 60, foi desprestigiado, em virtude das sentenças indeterminadas e discricionárias aplicadas, dando lugar à ideia das sentenças obrigatórias e determinadas, utilizadas até os dias atuais.

Por fim, surgiram, dentre outras, as penas alternativas. O movimento que lutava por alternativas à pena acaba por fornecer apenas penas alternativas⁸¹, dando origem a sanções mais atrativas do que a prisão; entretanto, não se contrapondo aos argumentos que fundamentavam a punição; logo, as penas alternativas não surtiram impacto sobre o problema que visavam erradicar; ou seja, a superlotação carcerária⁸².

Os abolicionistas também previam a falta de efetividade das penas alternativas, uma vez que defendiam não uma alternativa para a pena de prisão, mas sim uma alternativa ao sistema penal, evidenciando que, enquanto houvesse pena de prisão, atreladas a ela estariam as penas alternativas⁸³.

Howard Zehr constatou que a quantidade de presidiários não para de crescer, "*ao mesmo tempo em que as 'alternativas' também crescem, aumentando o número de pessoas sob o controle e supervisão do Estado. A rede de controle e intervenção se ampliou, aprofundou e estendeu, mas sem efeito perceptível sobre o crime e sem atender às necessidades essenciais de vítima e ofensor*"⁸⁴.

Zehr, chega à referida conclusão devido ao fato de que tanto a pena de prisão quanto as penas alternativas estão enraizadas sob a mesma perspectiva de crime e justiça. Ou seja, a maioria de todos nós comungamos pressupostos que transcendem o liberalismo e o conservadorismo, quais sejam: a) a culpa deve ser estabelecida; b) a justiça deve vencer; c) justiça implica, necessariamente, imposição de dor; d) a justiça é medida pelo processo; e) a violação da lei define o crime.

⁸¹ A prestação de serviços comunitários inicialmente tinha como objetivo atingir os transgressores já encarcerados, contudo, acabou sendo desvirtuada, sendo utilizada para alcançar delinquentes que antes não seriam punidos. Atualmente, o monitoramento eletrônico emerge como uma nova oportunidade de punir e controlar os delinquentes. Neste sentido, Cohen em seu livro "Visions of social control" (1985), afirma que as penas alternativas a prisão não tiveram êxito em substituí-la, apenas serviram para complementá-la. Posteriormente em 1987, atenuou suas críticas e admitiu que as penas alternativas não representaram um fracasso por completo. LARRAURI, Elena. La Herencia de la criminología Crítica, 3ª ed., Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2000, p. 211-12.

⁸² ZEHR, Howard. Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça, Tradução de Tônia Van Acker São Paulo, 2008, p. 89-90.

⁸³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: Da Teoria à Prática. 1º ed. IBCCRIM. São Paulo. 2009. p. 33.

⁸⁴ ZEHR, Howard. Howard. Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça, Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo, 2008, p. 89.

Os seguidos fracassos do modelo de justiça retributiva estão ligados à "lente" pela qual compreendemos o crime e a justiça. Como refere Zerh, "*essa lente é uma construção de uma realidade bastante específica, ela é um paradigma. Mas este não é o único paradigma possível*"⁸⁵.

Conclui-se que uma reflexão acerca do modelo de justiça penal tradicional leva-nos ao fato de que se trata de um modelo histórico com inúmeras promessas não cumpridas, demonstrando que o sistema encontra-se falido ao não conseguir responsabilizar os delinquentes; não efetivar a justiça, bem como não constituir um verdadeiro sistema⁸⁶.

2.2 Vitimologia e Justiça Restaurativa

O direito e o processo penal modernos colocaram a vítima à margem das atuações e discussões. Por conseguinte, para uma análise acerca do papel da vítima no sistema penal e quais os seus direitos e deveres, é necessário visualizar o direito e o processo penal sob uma outra perspectiva. Esse novo olhar nos leva a pensar a reforma do processo penal, conceber um outro processo penal ou, ainda, uma nova forma de resolução dos conflitos que não seja por meio do processo penal tradicional.⁸⁷

Em suma, o direito penal restringiu o campo de atuação à proteção dos bens jurídicos; desde a pena imposta àquele que transgrediu a lei, até à relativização do dano sofrido pela vítima e a necessidade de reparação dos danos causados. Nesse mesmo percurso seguiu o processo penal ao também colocar a vítima à margem da marcha processual, sem demonstrar interesse na proteção dos seus direitos. Com a criminologia não foi diferente: esta em um primeiro momento restringiu seus estudos ao delinquente; até perceber que o crime é um acontecimento relacional. Entretanto, ainda assim não caminhou no sentido de observar a vítima, alcançando, apenas, os processos de criminalização⁸⁸.

⁸⁵ ZEHR, Howard. Howard. Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça, Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo, 2008, p. 90.

⁸⁶ ROLIM, Marcos. A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies. 2006. p. 233.

⁸⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: Da Teoria à Prática. 1º ed. IBCCRIM. São Paulo. 2009. p. 46.

⁸⁸ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: Da Teoria à Prática. 1º ed. IBCCRIM. São Paulo. 2009. p. 46.

As críticas ao sistema penal despontam no cenário mundial antes do surgimento da justiça restaurativa, tendo como responsáveis a vitimologia e os movimentos de vítimas localizados principalmente nos Estados Unidos, Canadá e Europa, preocupados com o tratamento desigual dado aos diversos tipos de vítima; e também com o seu papel no âmbito do sistema penal⁸⁹.

A vitimologia ganhou amplo desenvolvimento nos anos 70 e 80. A essa altura, a reparação e a mediação entre vítima e ofensor eram precárias, sendo realizadas por grupos que não pertenciam ao sistema penal; como, por exemplo, grupos religiosos ou serviços de *probation*⁹⁰.

Contudo, o primeiro olhar da criminologia para as vítimas como objeto de estudo deu-se em 1945, data em que foi publicada a obra "*The Criminal and His Victim*", de autoria de Hentig. Nela, o autor aponta a contribuição da vítima para o acontecimento do delito, bem como a existência de diversos tipos de vítima⁹¹. Este mesmo autor já havia tratado sobre o tema no longínquo ano de 1934, no artigo intitulado: "*Lehren der Statistik*", em que chamava a atenção para o fato de que na luta contra o crime nada é mais importante do que conhecer a vítima da forma correta⁹². Em sequência, no ano de 1974, Mendelsohn aprofundou os ensinamentos do seu antecessor, desenvolvendo uma classificação que observava o grau de culpabilidade da vítima no cometimento do crime⁹³.

Recaindo o olhar um pouco mais na história, percebe-se que a vítima, nos tempos do direito sancionatório hebreu, grego e romano, obtinha, em suas mãos, grande poder de decisão no patrocínio da prossecução processual penal, sendo determinante, também, no momento da imposição das penas, revelando sua posição decisória dentro do processo sancionatório, que, por sua vez, aparecia como instrumento de uma expiação social e de uma vingança privada⁹⁴.

⁸⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: Da Teoria à Prática*. 1º ed. IBCCRIM. São Paulo. 2009. p. 46

⁹⁰ GREEN, Simon. 'The victims' movement and restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willian Publishing, 2007, p. 171.

⁹¹ BUSTOS, Juan y LARRAURI, Elena. *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*. Barcelona: PPU, 1994. p. 78.

⁹² HETING, Hans Von. *Lehren der Statistik*, *Kolner Zeitung*, 1934, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa. *A vítima e o problema criminal*, Coimbra, 1980, p. 50.

⁹³ GREEN, Simon. 'The victims' movement and restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willian Publishing, 2007, p. 172.

⁹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *A vítima e o problema criminal*. Coimbra, 1980, p. 50.

Todavia, esse modelo primitivo passou a ser alterado, no momento em que o príncipe passou a monopolizar tanto o *jus puniendi* como a titularidade do direito penal⁹⁵. Aqui, segundo Foucault, o crime passou a ser visto como o causador dos danos que transpassam as vítimas imediatas, atingindo, pessoalmente, a figura do príncipe, já que este representava a força da lei⁹⁶. Foucault continua afirmando que a aplicação da justiça penal por meio do príncipe não tinha como objetivo restabelecer o equilíbrio, mas sim alargar a desproporção entre aquele que infringiu a lei e o soberano que faz valer seu poder⁹⁷.

É nesse momento que a vítima começa a desaparecer como parte interessada, surgindo a figura do acusador público, que, independentemente da vítima, impulsiona a persecução penal, em nome da sociedade. Assim, fixa-se a condenação como uma reação contra a criminalidade e se coloca a vítima em plano secundário, reservando-lhe o papel de colaboradora como testemunha⁹⁸.

Tal mudança de perspectiva acerca da vítima lhe causou uma sub-rogação pelo Estado no direito aos valores pagos pelo agente, além de um eventual controle e tratamento do delinquente às custas do seu esquecimento no âmbito do processo penal.

Nils Christie⁹⁹ chama a atenção para a tentativa de aproveitar-se dos casos criminais com fins de enriquecimento indevido a que estão submetidos o Estado, o Imperador ou quem quer que esteja no comando. Em verdade, a figura da vítima foi cercada de elementos para completar o seu apagamento e o delinquente passou a ser objeto dos estudos, da manipulação e do controle.

É certo que, diante de tais desdobramentos, ocorreu uma polarização entre o Poder e o criminoso, tendo continuidade, mesmo diante da supressão dos poderes absolutistas,

⁹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal. Coimbra. 1980, p. 52. A unificação dos poderes em torno do príncipe ou monarca, reservando-lhe a garantia do monopólio punitivo, evidencia a derrocada da vítima, saindo de uma posição que lhe garantia uma parte da sanção pecuniária aplicada ao autor do crime, para um estado meramente periférico, sendo obrigada a exercer a função de testemunha e alheia a sentença final do seu algoz. ASSUNÇÃO, Maria Leonor. A participação central-constitutiva da vítima no processo restaurativo - uma ameaça aos fundamentos do processo penal estadual?, Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Coimbra, 2009, p. 335.

⁹⁶ Tony Peters refere que "*En base al hecho de que un delito es en primer lugar un acto contra la autoridad del Derecho y la Sociedad, la autoridad separa poco a poco a la víctima (el perjudicado) de la relación directa con los autores. Se exige prioritariamente la condena (acción pública) y se remite a la víctima a la acción civil para la indemnización*". PETERS, Tony. Consideraciones teóricas sobre la victimología, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n.º 2, 1988, p. 109-10.

⁹⁷ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete, Editora Vozes, Petrópolis, 2004, p. 51 ss.

⁹⁸ PETERS, Tony. Consideraciones teóricas sobre la victimología. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, n.º 2. 1988. p. 109-10.

⁹⁹ CHRISTIE, Nils. CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. British Journal of Criminology, 1977, vol. 17, n.º 1, p. 1 s.

em decorrência da Revolução. Costa Andrade refere que *"na medida, porém, em que a Revolução se repercutiu nas instituições penais - e fê-lo estrepitosamente - foi apenas no domínio do existente, isto é, na linha de tensão entre o delinquente (reivindicando novos espaços no campo substantivo e novas armas no pleito processual) e o Estado, agora representando a sociedade e interpretando o contrato, que o delinquente não honra quando comete o crime"*¹⁰⁰.

A estrutura criminal não sofreu alterações com a revolução, conforme aponta Costa Andrade ao revelar que para Beccaria todo crime, ainda que de natureza particular, atinge e lesa toda a sociedade e, embora admita a sanção pecuniária, defende que essa deve continuar a pertencer ao Estado¹⁰¹.

O patamar de objeto de estudo a que foi erigido o crime e o delinquente, sob a perspectiva do positivismo e do cientificismo no século XIX, terminou por confirmar o entendimento jurídico-filosófico predominante, que garantia a representação bilateral do crime entre o Estado e o delinquente¹⁰².

Os positivistas italianos Lombroso, Ferri e Garofalo centram o problema criminal na personalidade do indivíduo, explicando o crime sob uma perspectiva prioritariamente endógena. E, apesar de reconhecerem uma reparação à vítima, não a reconhecem, excluindo-a de toda a política criminal. De forma semelhante é o pensamento de Durkheim – que tinha uma visão mais sociológica – ao não se manifestar acerca das perspectivas horizontais do conflito, restringindo-se, apenas, na relação entre indivíduo e sociedade, preocupado, majoritariamente, com as formas de integração e solidariedade sociais que propiciem a manutenção da ordem¹⁰³.

Assim, partindo do pressuposto que o crime só é analisado a partir do momento em que viola a ordem e que este crime é entendido como a *ofensa dos estados forte e definidos da consciência coletiva*¹⁰⁴, Durkheim entende que o *"direito penal é mais ou menos religioso, pois o que lhe constitui a alma é um sentimento de respeito por uma coisa superior ao homem individual, por um poder de algum modo transcendente"*¹⁰⁵, o que, necessariamente, afasta a vítima do processo penal, conservando a dualidade entre a

¹⁰⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal. Coimbra, 1980, p. 53.

¹⁰¹ ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal. Coimbra, 1980, p. 54.

¹⁰² ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal. Coimbra, 1980, p. 54

¹⁰³ ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal. Coimbra, 1980, p. 54

¹⁰⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal. Coimbra, 1980, p. 55

¹⁰⁵ DURKHEIM, Émile. A Divisão do Trabalho Social I, 1977, p. 163 s.

sociedade e delinquente. Logo, os sentimentos referem-se a uma coletividade, e não, aos indivíduos, que se vingam a eles próprios¹⁰⁶.

Escreve, ainda, Durkheim que *"se é apenas a sociedade que dispõe da repressão, é porque é atingida precisamente quando os indivíduos o são também e é o atentado dirigido contra ela que é reprimido através da pena"*¹⁰⁷. Costa Andrade entende que essa afirmação, *"indica que o autor se recusa a considerar a vingança privada como o estágio primitivo do direito penal"*¹⁰⁸.

Diante do que foi dito, o sistema penal tradicional reservou, ao longo de sua história, para a vítima o ostracismo, não sendo da alçada dela influenciar no processamento, ou não, do crime; nem lhe sendo permitido expressar os seus interesses acerca das sanções impostas ao delinquente¹⁰⁹.

A participação da vítima, no âmbito do processo, ficou limitada ao momento da produção de provas, o que gera, invariavelmente, a vitimização secundária. Diante disso, ocorreu mais do que um esquecimento em relação à vítima, podendo se falar até mesmo em uma possível instrumentalização¹¹⁰.

Após esse progressivo esquecimento da vítima dentro do sistema penal tradicional, a vitimologia surge, em um primeiro momento, com o enfoque quase que exclusivo no estudo da vítima e das formas pelas quais ela mesma poderia produzir a própria vitimização¹¹¹. Tal período pode ser compreendido como uma fase positivista ou etiológica¹¹².

¹⁰⁶ DURKHEIM, Émile. A Divisão do Trabalho Social I, 1977, p. 121.

¹⁰⁷ DURKHEIM, Émile. A Divisão do Trabalho Social I, 1977, p. 110 s.

¹⁰⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal. Coimbra, 1980, p. 56.

¹⁰⁹ *"a vítima, em particular, sofreu um despojamento por parte do sistema penal. Este tirou à verdadeira vítima tal qualidade, para investir a comunidade nessa qualidade. O sistema penal substituiu a vítima real e concreta por uma vítima simbólica e abstrata: a comunidade."* MESSUTI, Ana. O tempo como pena, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

¹¹⁰ SANTOS, Claudia Cruz. A "redescoberta" da vítima e o direito processual penal português, Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. III, Coimbra, 2010, p. 1.133-5. Neste mesmo norte são as palavras de Maria Leonor Assunção quando refere que *"competindo à vítima, com a apresentação da queixa, dar início, "abrindo a porta" ao processo penal, ela é, logo a seguir, "neutralizada" - recusando-se-lhe a qualidade de sujeito do processo e atribuindo-se-lhe a qualidade de 'objecto de prova', transforma-se num instrumento privilegiado a usar pela acusação - e, intencionalmente, exilada para o processo civil onde poderá, então, reclamar uma indemnização pelos danos ilícitos"*. ASSUNÇÃO, Maria Leonor. A participação central-constitutiva da vítima no processo restaurativo - uma ameaça aos fundamentos do processo penal estadual?, Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Coimbra, 2009, p. 334. Nesse mesmo sentido, vide HASSEMER, Winfried. Fundamentos de Derecho Penal, ed. Barcelona: Ed. Bosch, 1984, p. 92 ss.

¹¹¹ Claudia Santos faz referência ao pensamento radical de Bernd Schunemann, ao lembrar que esse autor criou o princípio da autorresponsabilização, segundo o qual a vítima tem de ser responsabilizada pelo seu comportamento, caso não tenha tomado as precauções necessárias, tendo, assim, os seus direitos à proteção

O segundo período da vitimologia, denominado de vitimologia geral, é que contribuiu, em maior grau, para a construção do pensamento restaurativo. Nele, os criminólogos aumentaram o campo de atuação ao observarem o modo como as instâncias formais de controle se relacionavam com as vítimas, assim como mantiveram um foco nas consequências que os delitos geravam nas vítimas. Logo, conclui-se, que tanto a vitimologia geral como a justiça restaurativa estão voltadas para a compreensão e solução daquilo que se sucede a prática delitiva.¹¹³

O regresso da atenção aos anseios da vítima, no âmbito do pensamento penal¹¹⁴, não é revestido dos padrões passados, época conhecida como "*idade de ouro da vítima*"¹¹⁵, em que cabia à vítima uma função primordial na reação ao crime; daí porque opta-se pelo termo "descoberta da vítima", em detrimento da expressão "redescoberta da vítima"¹¹⁶ - apesar deste último ser mais recorrente - uma vez que a vítima possui uma nova perspectiva dentro do processo penal. Nesse sentido, Guilherme Câmara¹¹⁷ afirma que "*redescobrir indica um movimento de retorno e a vítima que constitui atualmente objeto de investigação e que se insere de modo cada vez mais pronunciado no multiversum penal não carrega os mesmos traços e as mesmas marcas das vítimas das eras mais priscas*".

A proposta restaurativa afasta-se, porém, da vitimologia, no momento em que pretende garantir a participação da comunidade no processo de apaziguamento do conflito;

dos seus interesses cessados. De forma mais branda, cita Thomas Hillenkamp, que relativiza a importância que deve ser atribuída ao comportamento da vítima, sendo determinando apenas no momento de valoração da pena. SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2014, p. 54. Para um maior aprofundamento acerca da vitimodogmática, *vide* Silva Sanchez, Jesús Maria. *Consideraciones victimológicas en la teoría del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática. Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona: Libro-Homenaje al Profesor Antonio Berinstain*, San Sebastián: Ed. Instituto Vasco de Criminología, 1989, p. 617 ss.

¹¹²SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2014, p. 53. (Aqui, é bom você checar o título do livro. Pode ser que tenha transcrito erradamente, porque esse "porquê" deve ser por que).

¹¹³SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2014, p. 55.

¹¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *A vítima e o problema criminal*. Coimbra, 1980, p. 11.

¹¹⁵ *Vide*, SCHAFER, Stephen. *The victim and his criminal: A study in functional responsibility*, Nova Iorque: Random House Inc, 1968, p. 7 ss.

¹¹⁶SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2014, p. 53

¹¹⁷ CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 60.

contudo, essa integração da comunidade não significa uma relativização da função a ser desempenhada pela vítima¹¹⁸.

O que se pretende fixar é que a contribuição principal da vitimologia para a justiça restaurativa é, certamente, o da recusa da exclusão da vítima no processo de solução do conflito de que foi parte. Nils Christie sublinha que em um conflito o que realmente tem valor é o conflito em si mesmo; e não os bens que foram subtraídos da vítima ou a ela restituídos¹¹⁹.

Pode-se concluir que a descoberta da vítima intrinsecamente associada ao núcleo do pensamento restaurativo foi aquela oriunda de uma nova perspectiva criminológica denominada de vitimologia, a qual elevou a vítima e sua interação com as instâncias formais de controle a objeto de estudo, fazendo com que a vítima passasse a ser considerada destinatária da política criminal; bem como a outros campos das ciências criminais, tais como a dogmática penal, a teoria das consequências jurídicas do crime ou a teoria do processo penal¹²⁰.

Em suma, a vítima está presente no íntimo da justiça restaurativa; procurar estabelecer o seu empoderamento é um elemento definatório desse modelo alternativo de resposta ao crime. Nele, a vítima tem a oportunidade de expressar os sentimentos e de opinar acerca do que vai acontecer com o delinquente; ainda que essa sua opinião não tenha caráter vinculatório¹²¹.

2.3 Abolicionismo e Justiça Restaurativa

Para além da vitimologia, o ideal restaurativo também tem, em suas raízes, contribuições do abolicionismo penal, ainda que se distancie desse pensamento, em detrimento das reconhecidas limitações das suas ideias.

O abolicionismo sofreu grande influência da criminologia da década de 60, denominada como criminologia crítica, que, em linhas gerais, subdividia-se entre o interacionismo simbólico, associado ao *labeling approach*, e a criminologia radical,

¹¹⁸SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2014, p. 55-6.

¹¹⁹CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. *British Journal of Criminology*, 1977, vol. 17, n.º 1, p. 1 ss.

¹²⁰SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2014, p. 59.

¹²¹DOOLIN, Katherine. But what does it mean? Seeking definitional clarity in restorative justice. *Journal of Criminal Law*, 71 (5), 2007, p. 439.

também conhecida como "*marxista*". Nessa fase, os estudos já não estavam voltados ao delinquente e as suas características endógenas e exógenas que explicavam a prática do crime; mas sim às instâncias formais de controle¹²².

A publicação do livro "*What is to be done about law and order? Crisis in the eighties*" de Lea e Young, deu início as subdivisões dentro da própria criminologia crítica. A partir desse livro, deu-se início, principalmente na Inglaterra, à corrente criminológica denominada realismo de esquerda, que, em síntese, tinha como ideia que "*el delito es un problema para las clases sociales más débiles de la sociedad; desconocer este hecho supone dejar el terreno abonado para que los sectores conservadores se presenten como paladines de la 'ley e el orden'; la tarea de la criminología es por consiguiente luchar contra el delito y para este combate debe recuperarse a la policia, utilizar el sistema penal y elaborar un programa de control del delito mínimo, democrático y multi-institucional*"¹²³.

Os críticos que não se encaixaram dentro da perspectiva realista de esquerda agruparam-se em torno da proposta abolicionista, presente principalmente nos países escandinavos e na Holanda, tendo como expoentes Christie, Mathiesen, Bianchi e Hulsman¹²⁴.

Nesse mesmo período, na Itália Alessandro Baratta, apesar de concordar com as críticas realizadas pelos abolicionistas ao direito penal, acreditou que o melhor seria a criação de uma política intermediária atrelada à perspectiva garantista de Ferrajoli, que agruparia um direito penal mínimo, restringido por princípios legais, funcionais e pessoais e que seria guardião dos direitos humanos. Alguns que inicialmente aderiram ao abolicionismo, no sentido de acabar com o cárcere, afastaram-se desse movimento, em virtude do alargamento de suas ideias, para extinguir, também, o próprio sistema penal, sob o pretexto de que isso resultaria no desaparecimento dos limites da intervenção punitiva do Estado¹²⁵.

¹²²SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2014, p. 64.

¹²³ LARRAURI, Elena. La Herencia de la criminologia Crítica, 3ª ed., Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2000, p. 197.

¹²⁴ LARRAURI, Elena. La Herencia de la criminologia Crítica, 3ª ed., Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2000, p. 197.

¹²⁵ LARRAURI, Elena. Criminologia crítica: Abolicionismo y garantismo. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Boletim Oficial del Estado, n.º L, Jan, 2007, p. 143.

Desse modo, o abolicionismo penal desponta a partir da criminologia crítica, recebendo influências do *labelling approach* (Goffman, Lemert), da etnometodologia americana (Garfinkel, Cicourel) e da nova criminologia (Taylor, Walton, Young).

Importante destacar que esse não se trata do primeiro ou único abolicionismo; tendo em vista que a tradição abolicionista encontra-se na história há pelo menos dois séculos; tendo suas primeiras aparições ocorrido no final do século XIX, momento em que surgia o Direito penal liberal que reivindicava a extinção da pena de morte¹²⁶.

Em linhas gerais, o pensamento abolicionista tem como pretensão deixar para trás não só a pena de prisão, mas toda e qualquer forma tradicional de punição¹²⁷. Suas críticas abarcam o direito penal e o modo pelo qual esse lida com os crimes. Isso porque os delitos não possuem uma origem ontológica, sendo, na verdade, uma expressão dos conflitos sociais, problemas, causalidades, etc.; e também porque o direito penal não consegue se colocar como auxiliar na resolução destes problemas, não evitando os crimes, nem ajudando o autor e a vítima¹²⁸.

Isto posto, o abolicionismo tem como objetivo a mudança do modelo de justiça tradicional, argumentando que o conflito deve ser recuperado pela vítima e pelo ofensor, abrindo a possibilidade para que, em determinadas situações, ocorra a intervenção de um terceiro, na figura de um mediador. Por conseguinte, propõe que a comunidade passe a ter capacidade de solucionar os conflitos ou, caso contrário, encaminhe-os para o contexto cível¹²⁹.

Michel Foucault, Thomas Mathiesen, Louk Hulsman e Nils Christie foram autores que contribuíram, de diversas formas, para uma crítica expressiva ao modelo de justiça tradicional, pregando sempre a busca por alternativas que viessem a abolir o sistema penal para garantir a "*sua radical substituição por outras instâncias de solução de conflito*".¹³⁰

¹²⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki. Principios orientadores del constitucionalismo social. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (COORD.). Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 207.

¹²⁷ RIVERA BEIRAS. Principios orientadores del constitucionalismo social In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (COORD.). Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 204.

¹²⁸ LARRAURI, Elena. La Herencia de la criminología Crítica. Madrid. Siglo XXI de España; México D.F.: Siglo XXI Editores. 2000. p. 198.

¹²⁹ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales en la justicia restauradora. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). SERTA In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, p. 440.

¹³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: rEVAN, 1991, p. 97.

Zaffaroni destaca que, embora Michel Foucault não possa ser tido como um abolicionista no mesmo viés dos demais já citados, ainda assim pode ser visto como um teórico abolicionista, uma vez que *"sua análise das estruturas de poder, principalmente a relativa aos estabelecimentos carcerários, conferiu importantes subsídios ao movimento"*¹³¹.

A respeito disso, Foucault, ao realizar a historiografia do cárcere, evidencia o verdadeiro objetivo do sistema prisional, que é *"caracterizar a disciplina como a modalidade específica de poder que coloniza a gênese da instituição carcerária, explicando-a pela produção e reprodução da delinquência e, simultaneamente, de 'corpos dóceis', garantindo e reproduzindo as relações de poder"*¹³².

A perspectiva foucaultiana causa enormes mudanças no pensamento da criminologia crítica, gerando grandes fundamentos para o crescimento das demais políticas abolicionistas¹³³.

Com outro enfoque, Thomas Mathiesen, que, segundo Zaffaroni, pode ser considerado como o *"estrategista do abolicionismo"*, a partir da sua obra de 1974, vincula a sua tática abolicionista ao marxismo; ou seja, para ele a existência do sistema penal encontra-se intimamente ligada à estrutura do capitalismo¹³⁴, o que leva a crer que seu pensamento ultrapassa a extinção do sistema penal, chegando à abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade¹³⁵.

Sua política abolicionista deu base para o surgimento da Organização Norueguesa Anti-Carcerária (KROM), que tinha como objetivo a abolição da pena de prisão, sendo contrária, inclusive, às penas alternativas¹³⁶, em virtude do fato de que estas *"se poderían transformar facilmente en nuevas estructuras carcelárias con funciones similares a las de las propias cárceles"*¹³⁷.

¹³¹ CARVALHO, Salo. Antimanual de Criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 126.

¹³² ANDRADE, Vera Regina de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 196.

¹³³ CARVALHO, Salo. Antimanual de Criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 127.

¹³⁴ *"A superação do sistema capitalista tornaria desnecessária a justiça penal, na medida em que desapareceriam os conflitos interpessoais como consequência do fim da estratificação em classes e do fim das desigualdades"*. Santos, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal Porquê, para quê e como?. 1ª ed. 2014. p. 67.

¹³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: rEVAN, 1991, p. 99.

¹³⁶ CARVALHO, Salo. Antimanual de Criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 127.

¹³⁷ MATHIESEN, Thomas. La Política del Abolicionismo. In SCHEERER, Sebastian et al. Abolicionismo. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 110.

Ainda nos anos 70, suas ideias indicavam a necessidade do sistema penal salvaguardar as vítimas utilizando-se da compensação financeira, seguro, abrigos protetivos, centros de apoio, etc. Argumentando que as vítimas encontram-se abandonadas dentro do sistema, sugerindo uma mudança radical, ao revelar que, no lugar de aumentar a punição em virtude da gravidade do delito, deveria ser alargada a assistência à vítima, em face da gravidade do crime¹³⁸.

Nils Christie e Louk Hulsman, por sua vez, possuem pensamentos que convergem em inúmeros pontos, além de poderem ser considerados como os autores abolicionistas que mais contribuíram para a proposta restaurativa.

Christie, entende que o sistema penal é produtor de destruições nas interações comunitárias, gerando dor e sofrimento¹³⁹, ressaltando que o modelo tradicional está fundamentado em visões distorcidas do homem, da sociedade e dos meios de controle da violência. Diante desse fato, propõe como alternativa a criação de uma justiça participativa e comunitária¹⁴⁰, que esteja atenta às relações privadas e apartada do modelo punitivo¹⁴¹, afirmando que "*look for alternatives to punishments, not only alternatives punishments*"¹⁴².

Hulsman acredita que o sistema penal é o problema em si mesmo e, em face da inutilidade na resolução dos conflitos, prega que o melhor seria a sua completa abolição. Em sua obra, afirma que "*o sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente*

¹³⁸ PASSETI, Edson; DIAS, Roberto. A caminho do Século XXI: abolição, um sonho possível.. Conversações Abolicionistas: Uma Crítica do Sistema Penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais PUC-SP, 1997, p. 276.

¹³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: rEVAN, 1991, p. 101.

¹⁴⁰ Salo de Carvalho salienta que "*Neste novo processo de composição do conflito, fundamental abdicar da privação e/ou restrição da liberdade, ganhando espaço, como forma de resposta, a reparação ou a indenização pelo dano causado*". CARVALHO, Salo. Antimanual de Criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 130. É o que se depreende a partir do pensamento de Christie, quando este assinala que "*en los últimos años hemos observado un mayor interés por la aplicación de medidas no penales, como una alternativa al castigo, la mayoría de las cuales se basa en discusiones directas entre las partes, que con frecuencia terminan en acuerdos de reparación del daño causado. Este cambio va desde el uso monopolístico de la pena por parte del estado hacia los intentos por permitir que las partes tengan oportunidad de encontrarse y buscar por sí mismos formas de reparar el daño. Estas ideas en conjunto se llaman 'ideas abolicionistas', aunque algunas veces se la encuentra bajo denominaciones como 'descarcelación o descriminalización'*". CHRISTIE, Nils. *Las Imágenes del Hombre en el Derecho Penal Moderno*, In SCHEERER, Sebastian et al. *Abolicionismo*. Buenos Aires: Editar, 1989, p. 139.

¹⁴¹ CARVALHO, Salo. Antimanual de Criminologia, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 130.

¹⁴² CHRISTIE, Nils. Limits to pain, The role of punishment in Penal Policy, Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2007, (1º ed. de 1981), p 11.

envolvidas nele. Quando o problema cai no aparelho judicial, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram, etiquetados de uma vez por todas como delinquente e a vítima"¹⁴³.

Logo, o sistema penal não passa de uma "*linha de montagem*" em que o acusado vai superando as etapas do processo, nas quais cada operador "*aperta o parafuso*" que lhe é devido e, ao final, chega-se ao produto esperado: o delinquente¹⁴⁴.

O cárcere significa, para além da privação da liberdade, a retirada do agente do mundo real, colocando-o em um artificial, onde tudo é negativo. A prisão é "*um mal social específico: ela é um sofrimento estéril*". Hulsman ressalta que nem todo sofrimento significa um mal, destacando que existem sofrimentos que geram benesses; que nos levam a crescer no conhecimento interno de nós mesmos, possibilitando a descoberta de novas perspectivas. Entretanto, o encarceramento certamente não é um desses "bons" sofrimentos; na verdade, "*é um sofrimento não criativo, desprovido de sentido. Tal sofrimento é um nonsense*"¹⁴⁵.

Como proposta de alternativa ao sistema penal, Hulsman sugere a criação de "*instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas*"¹⁴⁶. Para isso, acredita que, em primeiro lugar, é necessário alterar o vocabulário utilizado, substituindo palavras como "*crime*", "*criminoso*", "*política criminal*", que refletem, em um primeiro momento, o sistema punitivo estatal¹⁴⁷.

Em sua bibliografia, fez referência aos estudos realizados pelo Instituto Vera, de Nova Iorque, para sustentar que as vítimas não buscam vingança e que as suas reais necessidades não são atendidas pelo sistema penal.

O referido estudo constatou que as vítimas, em sua maioria, não comparecem no processo penal para testemunhar e, após a análise das justificativas dadas, se percebeu que as vítimas não têm necessidade de promover a ação penal. Diante disso, o próprio instituto passou a realizar conciliações, que antecediam o processo, promovendo o encontro entre

¹⁴³ HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline B. de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*, Niterói, Luam Editora, 1993, p. 82.

¹⁴⁴ HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline B. de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*, Niterói, Luam Editora, 1993, p. 61.

¹⁴⁵ HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline B. de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*, Niterói, Luam Editora, 1993, p. 62.

¹⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 99.

¹⁴⁷ HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline B. de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. Niterói. Luam Editora. 1993. p. 95-6.

vítima e autor e, somente após a negativa dessa tentativa de composição, é que se prosseguia com a ação¹⁴⁸.

O serviço de assistência às vítimas, de Paris, também constatou que as elas têm suas necessidades ignoradas pelo sistema penal, tendo em vista que não buscam uma vingança, mas sim um serviço, para conversar sobre o mal suportado ou "*simplesmente com a esperança de fazer cessar a situação que as incomoda e recuperar o dinheiro, se for o caso. O que querem essas vítimas é obter reparação e reencontrar a paz, assim como encontrar alguém que as escute com paciência e simpatia*"¹⁴⁹.

Para Ferrajoli, Hulsman e Christie reacendem as propostas do abolicionismo anárquico do século XIX, indo desde a sugestão de alternativas ao direito penal, passando por projetos que têm como base a solidariedade e a fraternidade, com a finalidade de reapropriação do conflito pelos ofensores e vítimas, até pelos meios priscos de composição patrimonial¹⁵⁰.

O abolicionismo sofre com inúmeras críticas. Entretanto, uma das principais refere-se ao fato de que tornou-se ausente na tentativa de reforma do direito penal ao pregar apenas a sua extinção, afastando-se, assim, das outras correntes que também comungam das críticas ao sistema penal, mas que, por sua vez, tentam contribuir com a melhoria, por acreditarem na necessidade, ainda que regulada e moderada, do sistema penal.

Contudo, esse distanciamento não é completo, uma vez que a partir das críticas dos abolicionistas várias propostas de alternativas e outros meio de resolução de conflitos foram acrescidos ao sistema penal, como a inserção da vítima nas tratativas para a resolução do conflito, sem deixar de lado o tratamento do delinquente¹⁵¹.

O teor extremista das propostas abolicionistas, vistas como utópicas, também deram origem a crítica por parte de criminólogos que não vislumbram eficiência na pacificação dos conflitos por meio da comunidade. Alguns deles ressaltam que esse modelo suprime os direitos e garantias do autor, previstos no processo penal¹⁵². Nesse

¹⁴⁸ HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline B. de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. Niterói. Luam Editora. 1993. p. 116-7.

¹⁴⁹ HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline B. de. *Penas Perdidas. O sistema penal em questão*. Niterói. Luam Editora. 1993. p. 119..

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, 9.ª ed., Madrid: Trotta, 2001, p. 251.

¹⁵¹ LARRAURI, Elena. *La Herencia de la criminología Crítica*. Madrid. Siglo XXI de España; México D.F.: Siglo XXI Editores. 2000. p. 224 e 237.

¹⁵² LARRAURI, Elena. *Tendencias actuales en la justicia restauradora*. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). *SERTA In memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, p. 212.

sentido, afirmam que ainda que os conflitos sejam mantidos dentro do sistema judicial, sendo apenas realocados para a esfera cível, corre-se o risco de sacrificar tais garantias¹⁵³.

Larrauri adverte que para formalizar críticas às propostas alternativas, tanto do abolicionismo quanto da justiça restaurativa, é preciso individualizar quais garantias "*se renuncia y cuáles son las ventajas que aportan soluciones alternativas a cambio de esta disminución de garantías*"¹⁵⁴.

A constatação de uma sociedade que não se encontra preparada para a extinção completa do sistema penal coloca em dúvida o poder da comunidade para pacificar os conflitos, sem que ocorra a interferência do Estado. A utilização da pena como meio de coação para que todos sigam as leis impostas é para os críticos, indispensável à existência das sociedades atuais¹⁵⁵.

Para que uma sociedade possa extinguir o sistema penal por completo, é necessário um alto nível de democracia, em toda a estrutura social, econômica e cultural. E é exatamente isso que não vislumbramos em grande parte dos países do globo; dentre eles, os países latino-americanos, o que gera a impossibilidade da instauração da proposta abolicionista, ainda que seja implementada aos poucos¹⁵⁶.

Importante destacar que nem todo abolicionismo exige a extinção total do sistema de justiça penal, podendo ser admitidos "*outros abolicionismos*" mais moderados, que rejeitam apenas algumas de suas respostas, como, por exemplo a pena de prisão¹⁵⁷. Abolicionistas seriam, então, aqueles que entendem que existem respostas mais eficazes para o crime, havendo aqueles mais radicais, que comungam da ideia de extinção completa do sistema penal, e outros mais cautelosos, que admitem os castigos penais; exceto a prisão¹⁵⁸.

¹⁵³ RIVERA BEIRAS, Iñaki. Principios orientadores del constitucionalismo social. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005, p. 212.

¹⁵⁴ LARRAURI, Elena. Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Boletim Oficial del Estado, n.º L, Jan, 2007, p. 134.

¹⁵⁵ HASSEMER, Winfried e MUÑOS CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología, Tirant lo Blanch: Valencia, 2001, p. 362-3.

¹⁵⁶ ANIYAR DE CASTRO, Lola. Criminologia da Libertação. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2005, p. 146-7.

¹⁵⁷ Santos, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal Porquê, para quê e como?. 1ª ed. 2014. p. 71.

¹⁵⁸ LARRAURI, Elena. Abolicionismo del Derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista, Poder y Control, 3, Barcelona: PPU, 1987, p. 95 ss.

Braithwaite ressalta que, assim como os abolicionistas, muitos dos pensadores restaurativos também entendem como retrógrada "*a maior parte dos elementos centrais da justiça criminal*". Entretanto, continua dizendo que a justiça restaurativa, diferentemente dos abolicionismos radicais, "*vê vantagem na manutenção de um papel estadual como guardião dos direitos e admite que, para uma pequena percentagem das pessoas que estão nas nossas prisões, pode ser realmente necessário proteger a comunidade através do seu encarceramento*"¹⁵⁹.

Independentemente das críticas, não há como negar a importância do abolicionismo penal. Como assinala Salo de Carvalho, "*os fundamentos doutrinários, o diagnóstico e as alternativas trazidas pelos teóricos do abolicionismo, sobretudo aqueles ancorados no paradigma da reação social, são irreversíveis desde o ponto de vista da superação de velhos esquemas criminológicos, fundamentalmente do causalismo etiológico*"¹⁶⁰.

2.4 Aproximação ao Conceito de Justiça Restaurativa

Mesmo após mais de duas décadas de discussões e experiências em torno da Justiça Restaurativa, não é possível delimitá-la em um conceito rígido, tendo em vista a sua multiplicidade de diretrizes e experiências¹⁶¹. Entretanto, não se deve abdicar de uma enunciação daquilo que deve ser a justiça restaurativa.

Os diversos fatores¹⁶² que dificultam a catalogação da justiça restaurativa convergem em duas circunstâncias existentes: a primeira, refere-se à crise de percepção, ligada às ciências sociais, que afetou a disposição das ciências criminais, na medida em que incumbia à criminologia o objetivo de explicar as causas dos crimes e as políticas criminais; a função de propor medidas com fundamento nas explicações que resultassem na diminuição da criminalidade. A segunda, vincula-se, como dito anteriormente, à dificuldade em delimitar o que é a justiça restaurativa; isso porque existem inúmeros

¹⁵⁹ BRAITHWAITE, John. Restorative Justice. The Handbook of Crime and Punishment, Ed. Michel Tonry, Nova Iorque/Oxford: Oxford University Press: 1998, p. 336.

¹⁶⁰ CARVALHO, Salo. Antimanual de Criminologia, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 134.

¹⁶¹No que se refere à dificuldade em conceituar a justiça restaurativa, Kathleen Daly afirma que "*a justiça restaurativa não é facilmente definível porque engloba uma variedade de práticas em diferentes momentos do processo criminal, incluindo a diversão da prossecução penal, as ações que decorrem em paralelo com as decisões do tribunal e os encontros entre vítimas e agentes em qualquer momento do processo penal*". DALY, Kathleen, Restorative justice: the real story, Punishment and Society, 2002, vol. 4, n.º 1, p. 55 ss.

¹⁶²Vide SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014,

procedimentos diversos em vários locais do mundo; tanto na abordagem teórica quanto no objeto¹⁶³.

Dentro da teoria da justiça restaurativa existem perspectivas diversas, podendo ter um caráter essencialmente jurídico, filosófico, associados às ciências políticas, ou, ainda, de tratamento mais psicológico e psiquiátrico. Cláudia Santos refere-se à teoria da justiça restaurativa como "*uma teoria tendencialmente anárquica*", visto que não se limita ao objeto das demais ciências criminais¹⁶⁴.

Com efeito, a teoria da justiça restaurativa é constituída por múltiplas abordagens herdadas das outras ciências que têm no crime um objeto de estudo. Sob um olhar mais estrito diante das ciências criminais, percebe-se que a teoria restaurativa aproxima-se, especificamente, da criminologia e das políticas criminais. Com a criminologia, por ter, nas origens e finalidades, influências das correntes criminológicas do abolicionismo e da vitimologia, enquanto que, com as políticas criminais, por ter como anseio a redefinição das estratégias de controle social¹⁶⁵ da criminalidade¹⁶⁶.

A opção pela utilização dos termos "proposta restaurativa" ou "justiça restaurativa" está fundamentada nos "*factores da precocidade, da pluralidade de compreensões e de práticas, das diversas possibilidades de concatenação com o funcionamento do sistema penal e de uma certa ausência de suficiente aprofundamento teórico*", sendo indevida a utilização de termos como "ciência" restaurativa ou "sistema restaurativo"¹⁶⁷.

Apesar da dificuldade de definição, Cláudia Santos afirma que a justiça restaurativa "*deve ser vista como um modo de responder o (sic) crime (e, nessa medida, como uma pluralidade de práticas associadas a uma pluralidade de teorias agrupadas em função de uma certa unidade) que se funda no reconhecimento de uma dimensão (inter)subjetiva do conflito e que assume como função a pacificação do mesmo (sic) através de uma*

¹⁶³ SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 299.

¹⁶⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como? p. 299.

¹⁶⁵ Entende-se por controle social "*o conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir a submissão do indivíduo aos modelos e normas comunitários*". A necessidade de novas estratégias de controle social surge com a constatação da inadequação ou insuficiência do sistema penal como meio de controle da criminalidade, sob a ótica do agente, da vítima e da comunidade. MOLINA, António García-Pablo de, Criminologia - Una introducción a sus fundamentos teóricos, 6º ed., Valência: tirant lo blanch, 2007, p. 187.

¹⁶⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 300.

¹⁶⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 302.

reparação dos danos causados à(s) vítima(s), relacionada com uma autorresponsabilização 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 de solução"¹⁶⁸.

John Braithwaite acredita que ela pode ser "*a process of bringing together the individuals who have been affected by an offense and having them agree on how repair the harm caused by crime*"¹⁶⁹, enquanto que na conhecida definição de Tony Marshall a justiça restaurativa é um "*processo através do qual as partes implicadas numa concreta infração se reúnem para resolver em conjunto como tratar com as consequências daquela e com as suas implicações para o futuro*"¹⁷⁰.

Diante dessas percepções, depreende-se que a justiça restaurativa é destinatária do conflito criminal, não abarcando a resolução de conflitos fora do âmbito criminal, como, por exemplo, aqueles que geram danos nas relações familiares; na proteção da criança; ou, ainda, dentro do contexto escolar ou laboral. Todavia, há quem defenda uma dilatação no conceito de justiça restaurativa, para elegê-la como meio de resposta a todos os tipos de conflito¹⁷¹.

¹⁶⁸SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 304. Noutro momento, Claudia Santos, afirma que a justiça restaurativa é "*uma forma de resposta à criminalidade orientada por objectivos curativos, (i) quer dos males sofridos pela vítima, (ii) quer do diminuído sentido de responsabilidade do infractor perante os deveres vistos como essenciais no grupo que pertence, (iii) quer da abalada relação de proximidade existencial entre o agente e a vítima, assim como da 'sua comunidade de próximos'*" SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 173.

¹⁶⁹BRAITHWITE, John. A future where punishment is marginalized: realistic or utopian?. UCLA law review. v. 46, n.º 16, p. 1743. Tradução livre "*um processo onde se pretende trazer conjuntamente os indivíduos afetados por uma ofensa - ou seja, por um crime - e onde se procura, com o seu acordo, saber como reparar os danos causados pelo crime. O objetivo deste processo consiste em restaurar as vítimas, os agentes e as comunidades*"

¹⁷⁰MARSHALL, Tony. The evolution of restorative justice in Britain. EuropJCL &Crim, 4, 1996, p. 37. Outro conceito para a justiça restaurativa é o de Maria Leonor Assunção, que delimita, por meio dos princípios e características da justiça restaurativa, que ela seria "*um modelo informal de mediação ou de intervenção comunitária no conflito vítima/agente, com vistas a estabelecer a responsabilização pela ofensa, a mútua compreensão das suas causas e das suas consequências e a concretizar um processo de reparação dos danos causados, eventualmente um pedido de perdão e, se possível, a reconciliação, que possibilite a reconstrução ou restauração das relações sociais abaladas pelo crime*" ASSUNÇÃO, Maria Leonor. A participação central-constitutiva da vítima no processo restaurativo - uma ameaça aos fundamentos do processo penal estadual?, Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Coimbra, 2009, p. 342.

¹⁷¹Exemplo disso é Kathleen Daly, Restorative Justice: The Real Story, Punishment and Society, 2002, vol. 4, n.º1, p. 55 ss.

Nesse sentido, deve-se fazer a distinção entre Justiça Restaurativa e Mediação, destacando que a mediação apresenta-se com um conceito de maior alcance, tendo em vista que abrange situações que não estão dentro do contexto criminal, como, por exemplo, as relações familiares ou laborais. Entretanto, visto por outra lente, a Justiça Restaurativa passa a ser mais ampla, uma vez que a mediação penal é apenas um dos instrumentos pelos quais a proposta restaurativa coloca-se em prática¹⁷².

Apesar da proposta restaurativa ter o campo de atuação delimitado ao crime, o que define a manifestação restaurativa vai além do cometimento do crime; faz-se necessário a presença de uma "*situação problema*"¹⁷³; ou melhor, o que realmente importa para a intervenção restaurativa é essa "*situação problema*", gerada pelo crime, vista como desvaliosa para os envolvidos no conflito¹⁷⁴.

Hulsman afirmou que a substituição do vocábulo "*crime*" pela "*situação problema*" seria um passo para novos pensamentos, "*derrubando as barreiras que isolam o acontecimento e limitam as possibilidades de respostas*"¹⁷⁵. Dessa forma, o conceito de "*situação problema*" é útil para a percepção da proposta restaurativa, porque nele está intrínseca a ideia de que é possível responder ao crime por outro meio que não a intervenção punitiva estatal, com a conseqüente imposição do direito penal¹⁷⁶.

A justiça restaurativa surge, então, com o objetivo de conceder uma resposta ao crime, diferente da que é dada pela justiça tradicional, rejeitando a fundamentação da justiça penal de autoritarismo e coerção; promovendo uma justiça mais humanitária que priorize a reparação das vítimas; a reintegração do ofensor por meio de sua responsabilização e a integração da comunidade¹⁷⁷ no processo de pacificação do conflito¹⁷⁸.

¹⁷²SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 305. Para muitos, a mediação penal é o principal instrumento da justiça restaurativa

¹⁷³Termo utilizado por Louk Hulsman, ao defender a mudança de vocabulário no âmbito penal. HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline B. de. Penas Perdidas. O sistema penal em questão. Niterói. Luam Editora. 1993. p. 95 ss.

¹⁷⁴SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 307-8.

¹⁷⁵HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline B. de. Penas Perdidas. O sistema penal em questão. Niterói. Luam Editora. 1993. p. 96.

¹⁷⁶SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 308.

¹⁷⁷O conceito de comunidade não é preciso, indo desde um sentido mais amplo até um mais restrito. A comunidade que deve ter participação na justiça restaurativa é diversa daquela comunidade presente na justiça penal; ou seja: na primeira, ela mais estreita, limitando-se àqueles que estão próximos, tanto da vítima

Ainda que tenha surgido com bases no abolicionismo penal, que buscava a extinção da justiça penal tradicional, a justiça restaurativa tem diretrizes defendidas por seus cultores, no sentido de harmonizá-la com o atual sistema, defendendo-se, inclusive, a existência harmônica das duas formas de resposta ao crime¹⁷⁹; o que leva a crer que não se busca uma resposta melhor para o crime, mas sim de que é necessário uma resposta diferente daquela dada atualmente pela Justiça tradicional.

Reconhecer que o direito penal possui limitações não implica, necessariamente, na sua disponibilidade. Na verdade, esse reconhecimento nos leva a entender que o sistema social possui inúmeras variáveis e os conflitos gerados exigem respostas distintas. Logo, "*se a prática de um crime pode impor a intervenção da justiça penal para, sancionando o seu agente, se atingirem finalidades de prevenção especial e geral*", também se pode afirmar que, em determinadas situações, cabe uma intervenção inclinada para a pacificação do conflito entre os envolvidos e a comunidade, bem como a reparação do dano causado à vítima¹⁸⁰.

quanto do autor. A participação dela não visa apenas a facilitar a reintegração comunitária, "*a sua participação nas práticas restaurativas pode ser também fundada na aptidão que manifestarem enquanto facilitadores da comunicação, nomeadamente porque a sua presença contribui para a tranquilidade e para a segurança quer do agente do crime, quer da vítima*". Logo, os próximos serão aqueles que possam ajudar na compensação dos danos causados à vítima e na aceitação da responsabilidade por parte do autor do dano causado à vítima, facilitando a reparação e a sua reintegração. Já na comunidade presente na justiça penal tradicional, "*se destina tradicionalmente à defesa de todos os cidadãos agrupados em determinado contexto espacial que tende a coincidir com o do Estado*". SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 189- 95.

¹⁷⁸SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 27.

¹⁷⁹Acerca da convivência entre a justiça restaurativa e a justiça penal, Mário Ferreira Monte ressalta que "*tais soluções haveriam de partir de dentro do processo penal e a ele voltar, e nunca completamente fora do processo penal. Não ter de seguir todo o processo penal é uma coisa. Ficar fora do processo penal é outra. O que se pretende é que a solução a encontrar, ainda que por um processo de mediação beneficie das garantias que só o processo penal pode conceder*". Monte, Mário Ferreira. in "Um olhar sobre o futuro do direito processual penal - razões para uma reflexão", Que Futuro para o Direito Processual Penal, Coimbra, 2009, p. 415. O Estado surge como protetor das garantias dentro do processo penal e Winfried Hassemer lembra que esse mesmo Estado também as limita: "*a nossa tradição interpreta o Estado, de forma gráfica e utilizando a expressão do representante da filosofia política, Thomas Hobbes, como a encarnação do Leviatham bíblico. O leviatham , que da mesma forma ameaça e protege seus cidadãos, tem que ser domado, preso com uma corrente. Os direitos fundamentais dirigem-se, como direitos de garantia, contra o Leviatham ameaçador e os cidadãos levantam-se em defesa da sua liberdade. O Estado é aquele que reparte tanto esperança como temor, que cuida e castiga, cuja onipotência tem que ser quebrada e conseguir através da lei vigente que se transforme em servidor das liberdades dos cidadãos. Esta é a tradição da filosofia do Estado liberal*". HASSEMER, Winfried. Persona , Mundo y Responsabilidad - Bases para una Teoria de la Imputación en Derecho Penal, Tradução de Francisco Muñoz Conde e Maria Díaz Pita, Valencia, tirant lo Blanch, 1999, p. 269-270.

¹⁸⁰SANTOS, Claudia Cruz. A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal - Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal "de adultos" em Portugal. Direito Penal

A resposta alternativa com viés restaurativo será complementar à intervenção penal, ainda que esta última torne-se secundária. Braithwaite realça que se não existisse algum tipo de coerção, poucos delinquentes compareceriam às sessões de práticas restaurativas, "*without their detection and/or arrest, without the specter of the alternative of a criminal trial, they simply would not cooperate with a process that puts their behavior under public scrutiny. No coercion, no restorative justice (in most cases)*"¹⁸¹. Logo, a proposta restaurativa deve ser utilizada, pelo Estado de tal forma que a atual resposta dada pela justiça penal seja utilizada somente como *última ratio*¹⁸².

Essa integração entre os meios de resposta ao crime da justiça penal e da justiça restaurativa supõe "*uma intervenção estadual ao nível mais estruturante das próprias opções de política criminal*",¹⁸³ além de uma maior participação do Estado nos programas restaurativos.

Dessa forma, o argumento de que a justiça restaurativa é um meio de privatização da justiça penal, não merece prosperar. Com efeito, José Arzamendi afirma que a mediação é um mecanismo da justiça restaurativa e que "*não é uma manifestação do pluralismo jurídico, mas sim uma mediação reparadora (...) submetida ao controle público e desenvolvida, por isso, com intervenção estadual no seio de uma política criminal coerente e democrática*"¹⁸⁴.

A crítica de que a justiça penal estaria sendo privatizada por meio da justiça restaurativa, em virtude da participação da vítima, surge com autores retribucionistas e com doutrinadores penais gerais sob o argumento que o direito penal e o direito civil são antagônicos, não podendo o dano gerado pelo crime ser confundido com um ilícito civil, uma vez que o primeiro atinge interesses públicos que requerem uma resposta punitiva pelo mal causado, enquanto que o segundo versa sobre interesses disponíveis, que podem ser reparados¹⁸⁵.

Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais Visão Luso-Brasileira. Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2006, p. 379.

¹⁸¹BRAITHWAITE, John. Restorative Justice and Responsive Regulation, Oxford University Press, 2002, p. 34.

¹⁸²SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 27-8; 309.

¹⁸³SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 29.

¹⁸⁴ARZAMENDI, José. Prólogo à obra de Gema Varona Martínez, La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica, Granada: Editorial Comares, 1998.

¹⁸⁵LARRAURI, Elena. Tendencias actuales en la justicia restauradora. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). SERTA In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, p.

Por fim, conclui-se que a proposta restaurativa não é dotada de um caráter unicamente assistencial, mas sim na promessa de uma oportunidade de comunicação - "*este enfoque comunicacional na reação não pode ser confundido com qualquer espécie de assistencialismo*"¹⁸⁶ com o objetivo de pacificar o conflito gerado pela prática criminosa¹⁸⁷.

Como refere John Braithwaite, a justiça restaurativa não possui, na gênese dela, a intenção de extinguir o conceito de crime, distinguindo-se do abolicionismo; antes, a maioria dos seus cultores entende que é necessário preservar o papel do Estado como protetor dos direitos e garantias, permitindo que haja um nível mínimo de encarceramento, com o objetivo de proteger a comunidade de determinados delinquentes¹⁸⁸.

2.5 Experiências Práticas

2.5.1 Nova Zelândia

Pode-se afirmar que a Nova Zelândia é um dos países pioneiros na implementação das práticas restaurativas. A solução dos conflitos, por meio do consenso, no entanto, vem desde antes da formação do sistema de justiça penal formal, entre os *Maori*, os *whanau* e os *hapu*, que se reuniam com o objetivo de pacificar os conflitos que geravam danos as famílias e à comunidade¹⁸⁹.

455. Essa mesma autora segue explicando que o referido entendimento que antagoniza crime vs. dano e pena vs. reparação assume um caráter "ontológico" que gera debates sobre "*los criterios de distinción (intereses públicos vs. privados), la magnitud del injusto (igual o aumentado), los fines (compensar o prevenir), la vigencia del principio de culpabilidad (daño vs. culpa), la legitimación procesal (perjudicados o colectivos) y la naturaleza cambiante por la que se clasifican determinandos actos como ilícitos o delitos*". LARRAURI, Elena. La reparación. In: CID, José e LARRAURI, Elena (orgs.). Penas alternativas a la prisión. Barcelona: Bosch, 1997, p. 191. Assim, para Ashworth, autor retribucionista, enquadrar uma conduta como um crime não significa apenas enquadrá-la como com um ilícito civil; isso porque o interesse público sobre a prática criminosa exige que os autores dos delitos sejam punidos, e não somente processados em ações cíveis. ASHWORTH, Andrew. Responsibilities, Rights and Restorative Justice, *The British Journal of Criminology*, Special Issue, v. 42, n.º 3, 2002, p. 579.

¹⁸⁶BATISTA, Nilo. Punidos e Mal Pagos, Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje, Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990, p. 172 ss.

¹⁸⁷SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como? p. 309.

¹⁸⁸BRAITHWAITE, John. Restorative Justice. *The Handbook of Crime and Punishment*, Ed. Michel Tonry, Nova Iorque/Oxford: Oxford University Press: 1998, p. 336-7.

¹⁸⁹MAXWELL, Gabrielle. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (Org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 279-293.

Na década de 80, a população Maori passou a se preocupar com a forma como o sistema de justiça tratava o jovens infratores, uma vez que esses eram retirados do ciclo de convívio e possuíam índices de encarceramento muito acima dos jovens brancos de origem europeia¹⁹⁰.

Os métodos de tratamento concedidos a esses jovens originários das comunidades nativas eram demasiadamente ostensivos, sendo necessária a implementação de métodos proporcionais que não implicassem no completo afastamento dos jovens de suas comunidades, bem como respeitassem as diferenças culturais e possibilitassem àquelas famílias mais humildes a chance de cuidar de suas crianças, diminuindo a incidência dos jovens nos tribunais e na institucionalização¹⁹¹.

Diante dessas circunstâncias, foi criado, em 1989, o *Children, Young Persons and Their Families Act*, que tinha como objetivo ajustar o sistema de justiça de delinquência infanto-juvenil às tradições culturais do povo *maori*, rompendo com a legislação anterior. Nele, a responsabilidade primária nas tomadas de decisões em face das práticas delitivas dos jovens infratores passou a ser, também, das famílias.

Essas decisões eram proferidas no âmbito da *Family Group Conference*, em que estariam presentes todas as pessoas interessadas e representantes do Estado, com o fim de pacificar o conflito, por meio de sanções que implicassem no envolvimento do jovem e da vítima, com a responsabilização daquele e a reparação do dano sofrido por esta, evitando, sempre, a pena privativa de liberdade¹⁹².

Este programa restaurativo concede as autoridades policiais quatro possibilidades de reação ao delito juvenil, que observam critérios como a gravidade do delito e o histórico do transgressor, para escolher o que seria o ideal para tratar o conflito.

A primeira limita-se a uma advertência ao jovem infrator, podendo ser escrita ou, simplesmente, oral. A segunda: pós o relatório policial, o Departamento de Auxílio à Juventude, juntamente com a família e o jovem, reúnem-se para a confecção de uma proposta que vai desde o pedido de desculpas, prestações de serviço à comunidade, até

¹⁹⁰ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007, p. 82.

¹⁹¹ MAXWEEL, Gabrielle. *A justiça restaurativa na Nova Zelândia. Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (Org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 279-293.

¹⁹² MAXWEEL, Gabrielle. *A justiça restaurativa na Nova Zelândia. Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (Org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 279-293.

qualquer outra atitude necessária ao caso concreto. Como terceira opção, estão as reuniões entre as famílias, o ofensor, as vítimas e um representante da polícia, dentro do *Family Group Conference*. Por fim, a quarta opção seria o envio para o Tribunal de Jovens, que decidirá se julgará ou se encaminhará para o *Family Group Conference*¹⁹³.

Estudos realizados a partir dos casos tratados pela experiência neozelandesa, apontam que as reuniões de grupos familiares são eficazmente restaurativas. Destaque-se que todos os afetados participam das decisões tomadas. Entretanto, constatou-se que metade das vítimas não tinha uma participação efetiva. Concluiu-se, também, que "*o tratamento justo e respeitoso de todos e a ausência da vergonha estigmatizante*" são fatores que contribuem para que os delinquentes não retornem às práticas delitivas; isso porque sentiam-se "*perdoados, arrependidos e capazes de reparar o dano*"¹⁹⁴.

A Nova Zelândia expandiu a justiça restaurativa também para os adultos, criando, em 1995, três programas pilotos – Projeto *Turnaround*, *Te Whanau e Community Accountability Programme* –, bancados pela *New Zealand Crime Prevention Unit*, em parceria com a polícia e os *Safer Community Councils*.

Desenvolvido na cidade de Timaru, com infratores de origem majoritariamente europeia, o Projeto *Turnaround* acontece orientado por princípios restauradores. Em um primeiro momento, o infrator comparece diante do tribunal, quando será desviado para o processo restaurador para comparecer a reuniões em que estarão presentes voluntários treinados para representar a comunidade: um representante da autoridade policial e a própria vítima, com o objetivo de elaborar planos para a reparação da vítima e da comunidade, com atividades que tenham natureza reintegradora e reabilitadora. Caso o infrator compareça às reuniões, as provas serão retiradas pela polícia e não haverá a necessidade de comparecimento posterior ao tribunal¹⁹⁵.

O Projeto *Whanau Awhina* ocorre em Auckland, em centros comunitários denominados como *marae*. Aqui, são envolvidos infratores de origens *maori* e sua seleção ocorre basicamente como a do Projeto *Turnaround*, ou seja, comparecem diante do

¹⁹³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007. p. 82

¹⁹⁴ MAXWEEL, Gabrielle. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (Org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 279-293.

¹⁹⁵ MAXWEEL, Gabrielle. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (Org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 279-293.

Tribunal e o magistrado o encaminha para o referido projeto. Entretanto, diferentemente do *Turnaround*, os infratores *maori* não ficam, obrigatoriamente, isentos de outros comparecimentos ao Tribunal ou penas adicionais.

Nesse Projeto, as reuniões são compostas por três ou quatro integrantes do *marae*, sendo que um assume a função de *kaumatua* (anceião) e conduz os procedimentos. Também comparecem o coordenador que apóia o infrator, a família e os amigos. A polícia e as vítimas diretas não comparecem aos procedimentos, sendo classificadas como vítimas as famílias e a comunidade dos *Maoris*.

Os planos traçados envolvem a busca por emprego, qualificação profissional, participação em atividades desenvolvidas no *marae* e respostas às vítimas. Ressalta-se que a ausência quase que total das vítimas nos procedimentos distancia esse projeto dos processos restaurativos; contudo, a atenção voltada na reparação para as vítimas e para a comunidade assemelham-se à perspectiva restaurativa¹⁹⁶.

Os dois projetos trataram com delinquentes das mais variadas formas de crime, entre elas, roubo qualificado, morte causada por condução de veículo, dirigir embriagado, ameaça de morte, dano, furto e invasão de domicílio. Estudos realizados em 1997, apontam que a maioria dos participantes desses projetos saiu satisfeita com o processo e com os resultados dele obtidos. Outros estudos apontaram, também, a redução do índice de reincidência entre aqueles que participaram dos programas alternativos¹⁹⁷.

Ainda que não representem, na totalidade, o pensamento restaurativo, esses programas obtiveram resultados importantes e mais bem sucedidos do que os tribunais neozelandeses. A reparação do dano e a redução do efeito negativo da vergonha com os programas impulsionaram o nível de satisfação entre os infratores.

Até 2005, 19 programas restaurativos com o foco para infratores adultos foram desenvolvidos na Nova Zelândia, todos eles administrados pela comunidade. Entretanto, as suas formas de atuação variam entre si, desde a utilização de painéis, até reuniões restaurativas. Seus financiamentos e administradores também variam; porém, todos só

¹⁹⁶ MAXWEEL, Gabrielle. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. Justiça Restaurativa: coletânea de artigos. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (Org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 279-293.

¹⁹⁷ MAXWEEL, Gabrielle. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. Justiça Restaurativa: coletânea de artigos. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (Org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 279-293.

recebem casos que são encaminhados pela Justiça e estão orientados por princípios e valores restaurativos.

Diante de tantos projetos e bons resultados, a Nova Zelândia destaca-se como um país que comprou a ideia da justiça restaurativa, especialmente no que se refere à delinquência juvenil. O mais importante é que esse país alterou a legislação, com o intuito de facilitar a utilização de práticas restaurativas com infratores adultos, dando a opção para a justiça encaminhar os delinquentes a programas restaurativos¹⁹⁸.

A utilização das práticas restaurativas nos programas neozelandeses são consideradas justas e corretas por todos aqueles que fazem parte do processo, uma vez que integram as vítimas e respondem a todos, de uma forma mais completa do que as respostas dadas pelos Tribunais tradicionais, responsabilizando e integrando, de forma mais humana, o transgressor, possibilitando, com maior facilidade, a sua reintegração na sociedade.

Gabrielle Maxwell conclui que "*o processo restaurativo num cenário de justiça tradicional pode alcançar as metas estabelecidas na teoria restaurativa de justiça, eficácia, participação, responsabilidade, perdão, cura e reintegração*"¹⁹⁹.

2.5.2 Austrália

A propósito do que ocorreu na Nova Zelândia, a Austrália implementou, em seu sistema de Justiça, programas baseados nos princípios restaurativos voltados para a delinquência juvenil, difundindo-o em todo o território²⁰⁰.

Em 1991, tendo como base o modelo *Wagga Wagga* de justiça, a polícia da região de Novas Gales do Sul criou o *Community Youth Conferences*, que foi administrado em parceria com o *Department of Juvenile Justice Centres*, a *New South Wales Children's Court* e a *Community Justice Centres*. Como fruto desse programa, foi publicada em 1997 a *Young Offenders Act* que regulamentou as possibilidades de penas aplicáveis aos jovens

¹⁹⁸ MAXWELL, Gabrielle. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. Justiça Restaurativa: coletânea de artigos. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (Org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 279-293.

¹⁹⁹ MAXWELL, Gabrielle. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. Justiça Restaurativa: coletânea de artigos. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (Org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 279-293.

²⁰⁰ STRANG, Heather. Restorative Justice Programs in Australia. Research School of Social Sciences, Australian National University, 2001, em. <http://www.aic.gov.au/crc/reports/strang/report.pdf>. consultado em 20/05/2017.

delinquentes colocando-as em hierarquia de alternativas, incluindo conferências restaurativas²⁰¹.

Nessas conferências a polícia, em sua maioria, encaminha os casos, podendo, eventualmente, a corte de justiça também encaminhar, quando o juiz fixar na sentença a participação em uma conferência. Estarão sujeitos a esse programa jovens com idade entre 10 e 17 anos que tenham praticado crimes que estejam sujeitos ao procedimento sumário na Austrália, como por exemplo, roubo, furto, dano, etc. Os processos selecionados serão encaminhados para o *Department of Juvenile Justice*, que deliberará um facilitador para a realização da conferência²⁰².

Estarão presentes nas conferências o jovem infrator e a família; advogados, policiais e a vítima e família, podendo esta ser representada por terceiros, que terão autonomia dentro do procedimento. Integrantes mais velhos das comunidades nativas também poderão participar; assim como os assistentes sociais.

Em Victoria, outra região da Austrália, funciona, desde 1995, o *Juvenile Justice Group Conferencing Pilot Program*, que, diferentemente do que ocorre em outros programas australianos, dá preferência a delitos cometidos por jovens infratores com maior propensão a novas práticas contra o sistema de Justiça. Esse programa não sofreu influência direta dos ideais restaurativos; entretanto, utiliza procedimentos análogos²⁰³.

Em Queensland, foi instaurado, no ano de 1996, o *Youth Justice Program, Families, Youth and Community*, como um meio de diversificação da Justiça tradicional. Assim como nos demais programas australianos, o direcionamento dos casos é feito pela polícia; todavia, como peculiaridade, para que ocorra a conferência a vítima terá que concordar com a alternativa.

Já na faixa da Austrália Ocidental, foi criado, em 1993, o programa *Juvenile Justice Teams*, voltado para jovens delinquentes com idade entre 10 e 17 anos, que são originários de minorias étnicas. Aqui, poderão participar aqueles primários que cometeram qualquer

²⁰¹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007. p. 93 ss.

²⁰² STRANG, Heather. *Restorative Justice Programs in Australia*. Research School of Social Sciences, Australian National University, 2001, em. <http://www.aic.gov.au/crc/reports/strang/report.pdf>. consultado em 20/05/2017.

²⁰³ STRANG, Heather. *Restorative Justice Programs in Australia*. Research School of Social Sciences, Australian National University, 2001, em. <http://www.aic.gov.au/crc/reports/strang/report.pdf>. consultado em 20/05/2017.

infração de cunho patrimonial leve, sendo vedado aos praticantes de crimes sexuais e violentos, bem como infrações de trânsito²⁰⁴.

No que se refere à utilização de práticas restaurativas em face de crimes praticados por adultos, os programas estabelecidos em Queensland e na capital australiana têm aplicado, também, aos adultos, enquanto que na Austrália Ocidental existe um programa voltado especificamente para adultos que confessem a prática de crimes patrimoniais, sendo necessária a anuência do juiz e da polícia para a concretização da conferência restaurativa²⁰⁵.

Percebe-se que as conferências restaurativas foram espalhadas por todo o território australiano, variando em alguns momentos os critérios, mas resumindo-se, basicamente, à delinquência juvenil entre 10 e 17 anos; sempre com a participação da polícia, famílias, facilitadores e, eventualmente, advogados, com a admissão do crime, excluídos os crimes violentos e sexuais.

Alguns problemas, entretanto, são evidenciados, dentre eles, a limitação de critérios na escolha dos casos; a quebra de garantias do devido processo legal; a possibilidade de revitimização; a ínfima participação das comunidades nativas, aborígenes e o pequeno financiamento²⁰⁶.

2.5.3 Canadá

Em 1974, na província de Ontário, dois jovens se declararam culpados por depredações realizadas contra 22 propriedades. Àquela altura, ninguém poderia prever que esse acontecimento seria um marco no movimento restaurativo.

Diante dos fatos, um grupo de cristãos menonitas, frustrados com o processo tradicional e decididos a colocar em prática a paz, sugeriram ao juiz do processo a realização de um encontro entre as vítimas e os transgressores, o que em um primeiro momento foi rechaçado pelo magistrado, sob o argumento de que isso não poderia ocorrer.

²⁰⁴ STRANG, Heather. Restorative Justice Programs in Australia. Research School of Social Sciences, Australian National University, 2001, em. <http://www.aic.gov.au/crc/reports/strang/report.pdf>. consultado em 20/05/2017.

²⁰⁵ STRANG, Heather. Restorative Justice Programs in Australia. Research School of Social Sciences, Australian National University, 2001, em. <http://www.aic.gov.au/crc/reports/strang/report.pdf>. consultado em 20/05/2017.

²⁰⁶ STRANG, Heather. Restorative Justice Programs in Australia. Research School of Social Sciences, Australian National University, 2001, em. <http://www.aic.gov.au/crc/reports/strang/report.pdf>. Consultado em 20/05/2017.

Todavia, o magistrado determinou, no momento da sentença, que ocorressem os encontros entre as partes envolvidas no conflito, para que chegassem a um acordo de indenização e foi, exatamente, o que aconteceu: as partes chegaram a um valor, pacificando o conflito. Foi assim que surgiu o primeiro programa de mediação do Canadá²⁰⁷.

A partir de então, inúmeros programas de índole restaurativa foram desenvolvidos no Canadá, aproximando-se de 200 até o ano de 1998. Entretanto, é importante destacar que, apesar da competência federal na elaboração das leis penais, no Canadá a condução da justiça está vinculada às províncias, o que desencadeou programas das mais variadas vertentes. De toda forma, é possível constatar que naquele país a justiça restaurativa é vista como um meio alternativo de resposta ao crime, não se vislumbrando uma possível supressão do sistema penal tradicional²⁰⁸.

A resposta ao crime por meio dos modelos alternativos fundamentados sob os princípios da justiça restaurativa fundamenta-se no Canadá sob três modelos básicos, que atuam da seguinte forma: O primeiro está vinculado às primeiras técnicas utilizadas; ou seja: consiste em um encontro entre a vítima e o ofensor, com a participação de um terceiro, imparcial, com o objetivo de pacificar o conflito existente. Já a segunda modalidade buscou como referências as experiências neozelandesas, surgindo, assim, o *Family Group Conferences*, marcado pela participação da família do delinquente. Por fim, a terceira alternativa é constituída segundo as práticas aborígenes, como os círculos de sentenças, momento em que se encontram, diante do juiz, a vítima, o ofensor, a família, a comunidade, policiais e advogados, para exporem suas opiniões acerca do que deve ser aplicado. Os círculos de cura, utilizados para zelar pelo emocional do conflito e, por fim, as oitivas baseadas na comunidade, que consistem em consultas realizadas na comunidade para facilitar a reintegração do ofensor. A cultura aborígene presente nessas práticas é fator preponderante no modelo de justiça restaurativa canadense²⁰⁹.

Na década de 90, os aborígenes canadenses possuíam níveis de encarceramento superiores aos demais cidadãos. Além disso, esses nativos também enfrentavam maiores

²⁰⁷ ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo, Paalas Athena, 2008, p. 149-50.

²⁰⁸ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007. p. 97.

²⁰⁹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007. p. 97.

dificuldades para conseguir um emprego e para ter acesso à educação de qualidade. Atentos a essas particularidades, o governo canadense promoveu, em 1996, uma reforma e adicionou um dispositivo no Código Penal, com a seguinte redação "*todas as sanções disponíveis que não o encarceramento que sejam razoáveis diante das circunstâncias devem ser consideradas para todos os acusados, com particular atenção às circunstâncias dos acusados aborígenes*". Passou-se a questionar, então, se os aborígenes que residiam nas cidades também seriam beneficiários desse dispositivo. A Suprema Corte do Canadá se manifestou, concluindo que esses também deveriam ser abarcados pelo texto da lei²¹⁰.

Essa mesma reforma introduziu no Código Penal novas finalidades para a pena, orientadas por princípios restaurativos que visam a "*promover reparações por danos sofridos pela vítima ou pela comunidade e promover um senso de responsabilidade nos acusados, com vistas ao reconhecimento do dano causado às vítimas e à comunidade*"²¹¹.

Os novos objetivos se evidenciam em quatro momentos, sendo a primeira prevista na seção 717, do Código Criminal e na seção 4 do *Young Offenders Act*, que indica o direcionamento pelos policiais para programas de *diversion* ou a utilização instantânea de medidas alternativas; isso antes da apreciação em juízo da acusação. Outra opção seria proceder com o direcionamento após a acusação, ocasionando a suspensão do processo. A terceira opção seria o encaminhamento para círculos, no instante da sentença. E, por fim, após a sentença, a realização de círculos e painéis, priorizando-se a reparação emocional da vítima e a reinserção social do transgressor²¹².

Outra opção também introduzida em 1996, mas que diverge das demais, por impor elementos punitivos, como, por exemplo, prisão domiciliar, proibição do exercício de algumas atividades, etc.; seria o *Conditional sentence of imprisonment*, que também oferece alternativas com viés restaurativo, uma vez que o magistrado pode impor a prestação de serviços à comunidade e a reparação dos danos; sendo, assim, uma alternativa ao cárcere e aproximando-se ao instituto da *probation*²¹³.

²¹⁰ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007. p. 98.

²¹¹ Código Penal Canadense, dispositivo 718, alíneas "e" e "f".

²¹² SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007. p. 98.

²¹³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007. p. 99.

2.5.4 Bélgica

Após a referência às práticas restaurativas na América e na Oceania, não poderíamos deixar de fazer uma breve explanação acerca de como a Bélgica coloca em ação a proposta restaurativa. Esse país vem, há muito tempo, aos poucos implementando, em seu sistema, as práticas restaurativas; ainda que a produção legislativa não a tenha acompanhado, até certo ponto.

A Bélgica deu início, em 1987, às primeiras experiências restaurativas, por meio da mediação penal entre agentes menores, para que eles pudessem "*assumir as suas responsabilidades de forma efetiva e construtiva*"²¹⁴, assumindo um caráter pedagógico, de acordo com a Lei Belga da Justiça Juvenil, de 1965, podendo ser remetidos tanto para a mediação penal, quanto para os *family group conferences*. A ausência de amparo legal, de políticas públicas, em nível federal e comunitário, e de orçamento específico para o desenvolvimento da justiça restaurativa ocasionaram a sua evolução lenta, até meados dos anos 90²¹⁵.

Em 1999, foram implementados na região Flamenca três modelos de justiça restaurativa, no âmbito da delinquência juvenil: a) mediação vítima-ofensor; b) serviço comunitário; c) programas de treinamento. Todos são aplicados por Organizações não Governamentais, locais que recebem um aporte financeiro para servir à população. A região francesa (sul) também adotou procedimentos semelhantes. E, a Universidade de Leuven comandou, a partir de 2000, um projeto-piloto de conferências restaurativas, para atender aos envolvidos em conflitos graves²¹⁶.

Alterações legislativas foram feitas em 2006, para incluir na Lei Juvenil de 1965 a mediação e as conferências restaurativas de forma central e clara; bem como vinculando os juízes a darem preferência às alternativas restaurativas para a pacificação do conflito; além

²¹⁴GARSSE, Leo Van. A mediação no âmbito da justiça penal Algumas reflexões baseadas na experiência", in: Resolução Alternativa de Litígios, colectânea de textos publicados na newsletter DGAE, Ministério da Justiça, Lisboa: Agora Comunicação, 2006, p. 122.

²¹⁵ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil, editora Saraiva, São Paulo, 2014, p. 201.

²¹⁶ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil, editora Saraiva, São Paulo, 2014, p. 201.

de instituir que os promotores devem observar a oportunidade de mediação, antes do encaminhamento do caso ao judiciário²¹⁷.

Quanto à delinquência adulta, o desenvolvimento foi mais célere; surgindo, a partir de 1991, diversos programas de mediação; como, por exemplo, a mediação penal que se desenvolve dentro do Ministério Público: seja durante ou após a investigação policial²¹⁸; mas sempre antes da denúncia, assistida por mediadores nos crimes que não superem dois anos de prisão. A mediação para a reparação²¹⁹ foi introduzida em 2005 na legislação federal; nela, as partes envolvidas no conflito devem ser informadas sobre a possibilidade da mediação, que poderá ser realizada em qualquer fase processual; inclusive, durante a execução da pena²²⁰. As ONG's *Suggnomè* e *Médiate* conduzem as mediações na comunidade Flamenca e Valônica, respectivamente. Como terceiro exemplo, temos a mediação na fase policial. Mais utilizada nos arredores de Bruxelas e na região Flamenca, é desenvolvida no âmbito policial e realizada por servidores públicos civis, atendendo aos casos de pequenos danos patrimoniais, em que é possível repará-los²²¹.

A justiça restaurativa é colocada em prática na Bélgica, assim como, via de regra, nos países europeus, por meio da mediação vítima-ofensor; podendo ser aplicada em todos os níveis processuais: seja na fase policial, como alternativa ao processo; em paralelo ao processo; ou antes, durante e depois da sentença.

²¹⁷ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, editora Saraiva, São Paulo, 2014, p. 202.

²¹⁸A mediação penal desenvolvida dentro do Ministério Público, não me parece ser a ideal, uma vez que retira em parte a voluntariedade da participação do ofensor, já que este paga a multa e fica livre do processo, fugindo da proposta restaurativa que busca promover a comunicação e a participação efetiva dos envolvidos no conflito em busca da autorresponsabilização, da reparação do dano e da pacificação do conflito. Na verdade, a mediação prevista pela lei de 1994 na Bélgica pretende ser apenas mais uma forma de encerrar o caso, não sendo uma possibilidade para mediar o conflito.

²¹⁹Van Camp e Lemmone a partir das avaliações feitas aos programas experimentados afirmam que os resultados são positivos, as vítimas que participaram saíram com um alto índice de satisfação, isso porque sentiram-se participantes efetivas da condução do processo, ressaltando que mesmo que o acordo não fosse alcançado ao final da prática restaurativa, as vítimas mantinham uma boa avaliação ao sistema, por também sentirem que foram ouvidas e sua voz foi escutada no procedimento. Em contrapartida, os direitos legais dos ofensores não eram prejudicados, uma vez que a forma de condução do processo permitiu que eles também tivessem uma participação proativa na busca pela pacificação do conflito. CAMP, Van; LEMMONE, Anne. *Critical Reflection on the Development of Restorative Justice and Victim Policy in Belgium*, in: 11º Congresso sobre prevenção ao crime e justiça criminal da ONU, Tailândia, 2005, p. 7-9 Disponível em <http://www.icclr.law.ubc.ca/site%20Map/Events/11UN_papers.htm>. Acesso em 16 de maio de 2017.

²²⁰A lei estabelece que a mediação para reparação deve ser um serviço organizado e administrado por ONG's privadas, sob a supervisão de uma Comissão Deontológica sobre a mediação. Diferindo da lei de 1994 que instituiu a mediação no artigo 216 do Código de Processo Penal belga, limitando-a ao campo de atuação do Ministério Público, que poderá conduzir a negociação entre as partes durante ou após a investigação policial, nos crimes que não ultrapassem a pena de dois anos de prisão.

²²¹ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, editora Saraiva, São Paulo, 2014, p. 202.

O artigo 3º, da Lei de Introdução ao Código Processual Penal belga é balizado pelos princípios da voluntariedade e da confidencialidade; e prevê que a mediação "*é um processo que permite que as partes envolvidas em um conflito possam participar, de forma ativa, voluntária e em total confidencialidade, para resolver as dificuldades oriundas de um delito, com a ajuda de um mediador neutro, que deverá facilitar a comunicação entre as partes e ajudá-las a atingir um acordo por conta própria*". O intuito do acordo deve ser a pacificação do conflito e a restauração da relação do autor com a vítima, por meio da reparação dos danos causados²²².

A lei de 22 de junho de 2005 não prevê um modelo único de procedimento a ser seguido; como também não estabelece o número de vezes em que as sessões de mediação devem ocorrer. Deixando aberta a possibilidade para a mediação indireta e a participação de advogados. Todavia, a atuação desse profissional deve se resumir ao apoio e aconselhamento do cliente, não podendo representá-lo nos encontros.

Para que as ONG's possam receber o certificado do Estado e atuar nos serviços de mediação, elas devem preencher alguns requisitos previstos no Decreto Real de 26 de janeiro de 2006; dentre esses requisitos, encontram-se, a título de exemplo: a) ser uma organização sem fins lucrativos; b) ter a prática da mediação como propósito principal; c) oferecer performance regular e efetiva, em relação ao serviço de mediação; d) trabalhar com pessoas que tenham conhecimento suficiente e competência para realizar a mediação; e) ter um Conselho de Administração cujos membros tenham conhecimento e experiência em matéria psicossocial, legal, ética e mediação; dentre tantos outros requisitos²²³.

A partir da experiência da Justiça Restaurativa na Bélgica é possível destacar alguns pontos relevantes para aqueles países que pretendam introduzir esse modelo de resposta ao crime; em síntese: a) a forma como a justiça restaurativa foi instalada; b) o local onde ela é realizada; c) a forma como o sistema penal tradicional se relaciona com a justiça restaurativa; e os efeitos gerados no âmbito processual²²⁴.

²²²ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, editora Saraiva, São Paulo, 2014, p. 204.

²²³ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*, editora Saraiva, São Paulo, 2014, p. 204.

²²⁴Aertsen destaca outros quatro fatores que consolidaram a proposta restaurativa na Bélgica, quais sejam "*a) a previsão da mediação na legislação federal, que desde 2005 possibilitou o seu uso em todas as fases do processo penal e, ainda, estabeleceu a forma de contato com a justiça criminal; b) o papel desempenhado pelas ONG's, pioneiras no oferecimento do serviço de mediação, por oferecerem este serviço em total sintonia com os princípios restaurativos; c) os projetos de pesquisa realizados pela Universidade de Leuven, que desde os anos 1990 os realiza em colaboração direta com os mediadores e, no ano 2000, fundou também*

O sistema de mediação belga foi introduzido no ordenamento jurídico observando-se as orientações dadas por mediadores experientes, o que gerou uma legislação que se restringiu a redigir o que era necessário para o funcionamento do serviço, reduzindo as áreas de colonização do sistema restaurativo pela justiça tradicional²²⁵.

O segundo aspecto positivo versa sobre o fato de que os encontros restaurativos ocorrem dentro de um ambiente oposto ao encontrado no sistema tradicional: via de regra, nas ONG's *Suggnomè* e *Médiate*. Isso vale também para as mediações realizadas no contexto pós-sentencial, em que o condenado sai do estabelecimento prisional para participar das sessões restauradoras, desde que atendidos os princípios restaurativos.

Por último, podem-se destacar os efeitos diversos gerados pela mediação penal; ou seja: se realizada dentro do contexto policial e estiver em questão crimes leves, a investigação poderá ser arquivada; já se for realizada pelo promotor de justiça e o crime não tiver pena superior a dois anos, o Ministério Público poderá optar entre a denúncia e o arquivamento; e, se ocorrer antes ou durante o processo, o juiz, se tiver conhecimento, deverá analisar o resultado da mediação, para pronunciar uma decisão²²⁶.

Mesmo com a previsão legal e com a inclinação do Estado belga em implementar a proposta restaurativa, não é possível verificar uma significativa redução da utilização do sistema tradicional. A falta de conhecimento do procedimento e dos efeitos gerados pelas práticas restaurativas contribui para a quantidade inferior de casos tratados em face da justiça penal.

O reconhecimento internacional dado ao sistema de justiça restaurativa belga tem como pontos altos a autonomia e a forma como a mediação é proporcionada e o modo como se relaciona com o sistema de justiça penal tradicional.

o Fórum Europeu de Justiça Restaurativa, com sede no Instituto de Criminologia de Leuven, e reúne informações importantes sobre experiências com justiça restaurativa em diversos países europeus e de outros continentes; e d) as ações em colaboração entre voluntários (membros de ONG's) e acadêmicos, que têm obtido sucesso no convencimento ou no apoio aos órgãos governamentais para a inserção definitiva da justiça restaurativa na agenda política do país". apud,ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil, editora Saraiva, São Paulo, 2014, p. 216.

²²⁵ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil, editora Saraiva, São Paulo, 2014, p. 214.

²²⁶ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil, editora Saraiva, São Paulo, 2014, p. 214.

2.6 Reparação da Vítima: Uma finalidade Primeira da Justiça Restaurativa

A reparação foi impulsionada pelo crescimento do pensamento vitimológico, que desencadeou um olhar mais específico, destacando a importância da vítima dentro da formulação político-criminal e destinando a ela um lugar próprio²²⁷. A partir disso, aparecem mecanismos de reparação, nos mais diversos ramos jurídicos, voltados para a anulação dos danos contra as vítimas. Todavia, estes institutos aparecem, constantemente, desconectados e com objetivos e limites diversos. Diante de tantas reparações, revela-se importante um entendimento do que realmente é a reparação, no âmbito da justiça restaurativa²²⁸.

Dentro dessa perspectiva, primeiramente é preciso compreender que, para além da busca pela pacificação da comunidade, dos atores principais do conflito e da reintegração do agente, a justiça restaurativa tem como finalidade primeira a reparação dos danos gerados pelo crime e suportados pela vítima.

Como ponto de partida, após o reconhecimento do caráter principal que a reparação desempenha no contexto da proposta restaurativa, é necessário diferenciá-la das reparações existentes no âmbito do sistema penal e do direito civil.

A proposta restaurativa diferencia-se, qualitativamente, da justiça penal tradicional pelo fato de tal justiça utilizar-se de mecanismos para proteger a vítima voltados, especificamente, para a reparação de danos suportados.

Do mesmo modo, a proposta restaurativa também se diferencia do direito civil pelo fato de esse ramo do direito utilizar-se de mecanismos de reparação que envolvem a simples indenização por perdas e danos relacionada à responsabilidade extracontratual²²⁹.

²²⁷Cláudia Santos aí revela o pensamento de Zaffaroni; afirma que, em seu pensamento "por exemplo, é muito clara essa exigência de reparação, ainda que em moldes e com argumentos que se julgam discutíveis. Em busca de uma solução para a "cultura da impunidade" que caracteriza, nomeadamente, a resposta (ou a ausência dela) aos comportamentos de "ditadores militares e seus cúmplices" que foram autores de crimes contra a humanidade, o autor considera a questão da imprescritibilidade". E, no tocante à reparação, argumenta que "se o genocídio é penalmente imprescritível, também o é civilmente e, por isso, ficam abertas as vias para a reclamação por parte dos lesados ou dos descendentes (...). Pouco interessa que os autores tenham morrido se as consequências persistem, ou seja, se populações inteiras têm menores expectativas de vida e subsistem em limites de miséria como consequência desses crimes". SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 372.

²²⁸SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 372.

²²⁹O foco da justiça penal voltado novamente para a reabilitação e tratamento do delinquente segue, constantemente, a "retórica da justiça restaurativa" e a ideia de reparação; mas, em contrapartida, ignora as

Para deixar essas diferenças ainda mais evidentes, considera-se oportuno demonstrar qual é o dano imposto à vítima do qual a justiça restaurativa se ocupa, deixando-se claro, desde já, que ela não se ocupa em reparar o dano em sentido amplo.

Na verdade, a reparação restaurativa se ocupa do tratamento daqueles danos que possuem natureza diversa, ou seja, aqueles que são suportados pelos sujeitos envolvidos no conflito (inter)pessoal. Todavia, apesar de poder se diferenciar o dano social e o dano individual, não se pode colocar em um polo a ofensa individual e em outro a ofensa ao bem jurídico; sendo pertinente a ideia de Pablo Galain Palermo, quando afirma que "*o conceito de bem jurídico não se refere em exclusivo à proteção de valores, funções ou unidades funcionais de valor, mas sim a bens que constituem interesses diretos dos indivíduos. Estes bens com relevância social podem ser bens individuais e coletivos, consoante quem seja o seu titular. Apenas uma orientação para os interesses imediatos das pessoas pode compatibilizar-se com uma reorientação para a vítima, mesmo quando se trate de bens jurídicos coletivos*"²³⁰.

Portanto, deve-se entender a reparação restaurativa a partir, inicialmente, da sua especificidade e da sua amplitude, no que se refere ao dano ligado ao crime. Howard Zehr diz que para a vítima um crime é "*especialmente traumático*" e para justificar isso, sintetiza que o crime é "*essencialmente uma violação: violação do ser, uma dessacralização daquilo que somos, daquilo que acreditamos, de nosso espaço privado*". Nesse sentido, o crime obsta duas crenças básicas dos indivíduos: a confiança de que o mundo é um lugar composto por sentido; e a crença na autonomia pessoal²³¹.

A autonomia prejudicada pela vitimização pode ser recuperada em virtude dos mais variados meios de reação da vítima, constituindo, assim, uma segunda ideia estruturante²³². Zehr afirma que determinadas vítimas conseguem recuperar a autonomia

ideias de "encontro" e de "resolução colectiva". SHARPLAND, Joanna. Restorative Justice and Criminal Justice: Just Responses to Crime?, Restorative Justice and Criminal Justice - Competing or Reconciliable Paradigms?, Eds. Andrew von Hirsh/Julian Roberts/Anthony Bottoms/Kent Roach/Mara Schiff, Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 198, *apud*, SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 369.

²³⁰PALERMO, Pablo Galain. La reparación del dano a la víctima del delito, monografias 684, Valência: tirant lo blanch, 2010, p. 83.

²³¹O autor continua dizendo que "*a maioria de nós supõe que o mundo (ao menos a parte do mundo na qual vivemos) é um lugar ordenado, previsível e compreensível. Nem tudo acontece da forma como gostaríamos, mas o menos conseguimos encontrar explicações para boa parte do que acontece. Geralmente sabemos o que esperar. Não fosse assim, como ter alguma sensação de segurança?*". ZEHR, Howard. Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça, São Paulo, 2008, Tradução de Tônia Van Acker, p. 24.

²³²SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 373.

vivendo bem e tornando-se um sobrevivente; outras buscam meios de segurança para se sentirem novamente proprietários de suas vidas; alguns desejam a vingança e a punição, enquanto que outros se fortalecem por meio do perdão. Contudo, determinadas vítimas terão o desejo de entender o crime, por meio de uma investigação dos sentimentos próprios; bem como dos motivos que levaram o agente a delinquir; tudo isso necessita de um encontro, e às vezes, do perdão²³³ ou da pacificação²³⁴.

O conceito da reparação restaurativa surge dotado de amplitude; isso porque se baseia em outros ramos do conhecimento, como, por exemplo, a psicologia forense ou a vitimologia; assim como em lesões psíquicas ligadas à vitimização, que em face da diversidade dos contornos, revelariam necessárias "*complexas formas de assistência e de tratamento psicológico*" às vítimas. No entanto, "*e com não menos importância, para além desses danos invisíveis mas de cariz individual, surge a afirmação de outros danos, também invisíveis, mas agora de cariz relacional. E, tanto relativamente a uns como no que respeita aos outros, vinca-se a necessidade de uma reparação*"²³⁵.

Desse modo, a reparação, no âmbito da justiça restaurativa, revela-se ampla. O entendimento de que o crime viola a autonomia da vida privada da vítima justifica a procura pela reafirmação dessa autonomia²³⁶. A vitimização gerada a partir da perda do controle da própria vida exige uma reparação voltada para a reconquista do controle perdido. É por isso que a reparação restaurativa não é verificada quando não se atende aos sentimentos e à vontade da vítima; seja no procedimento ou na confecção do conteúdo da reparação²³⁷.

²³³"um pedido de desculpas pode, em certas circunstâncias, ter um valor extraordinário. Os sistemas penais tendem, em geral, a desconsiderar essa questão, porque se centram numa lógica de direito público (...). O pedido de desculpas revela consideração pelo outro; a consideração que é negada pela prática do crime. E isso pode ser, do ponto de vista da pacificação social, muito importante". BELEZA, Teresa. Reconciliação, culpa e castigo. Uma reflexão a partir de Oshima e Coetzee, in Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, coord. Paulo Pinto de Albuquerque, Coimbra:Coimbra Editora, 2011, p. 72.

²³⁴ZEHR, Howard. Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça, São Paulo, 2008, Tradução de Tônia Van Acker, p. 52.

²³⁵SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 374.

²³⁶"Mas para sermos inteiros também é preciso possuir um sentido de autonomia pessoal, de poder sobre nossas vidas. É intensamente degradante e desumanizador perder o poder pessoal contra a própria vontade e ficar sob o poder dos outros contra a própria vontade. O crime destrói o sentido de autonomia. Alguém de fora assume o controle de nossa vida, nossa propriedade, nosso espaço. Isto deixa a vítima vulnerável, indefesa, sem controle, desumanizada". ZEHR, Howard. Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça, São Paulo, 2008, Tradução de Tônia Van Acker, p. 24-5.

²³⁷SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 375.

Outrossim, entender a necessidade da vítima e o que ela pensa acerca do que aconteceu justifica-se, como bem diz Howard Zehr ao afirmar que apenas aquele sujeito que foi vítima de um crime pode expressar, com propriedade, sobre o que necessita recuperar; variando de pessoa para pessoa os anseios expressados²³⁸.

No entanto, o que se deve ter em mente é que de fato existe algo a ser reparado, além da norma penal, e esse dano é efetivamente passível de reparação, sendo justamente dele que se ocupa a justiça restaurativa. Nela, existe a preocupação em atender às necessidades dos sujeitos individualmente ou nas suas relações com outros sujeitos; logo, esse modelo de reparação atende aos danos suportados pelos intervenientes do conflito²³⁹.

Ressalte-se que não se espera da reparação restaurativa uma composição absoluta sobre todos os danos causados pelo crime; entretanto, isso não significa que não se deve buscar a amortização dos efeitos negativos suportados pela vítima; ou seja: mesmo em situações em que foram praticados crimes graves, existem meios que podem favorecer uma atenuação do sofrimento das vítimas e a declaração de responsabilidade do autor²⁴⁰.

O que se pretende vincar é que "*o reconhecimento de uma nova amplitude e variedade dos danos pode justificar um novo âmbito da sua reparação*"²⁴¹. Desse modo, para Katherine Doolin a reparação não é uma opção; para que ocorra a justiça, exige-se que se executem ações para alcançar a reparação daqueles intimamente atingidos pelo crime. Para a satisfação da justiça, necessita-se de uma busca pela reparação, que vai além dos danos físicos e materiais; devendo abarcar os danos emocionais, procurando devolver o respeito próprio das vítimas, da sua sensação de segurança e da ideia de *empowerment* do

²³⁸ZEHR, Howard. Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça, São Paulo, 2008, Tradução de Tônia Van Acker, p. 26.

²³⁹Parece impossível não se admitir que alguns dos danos causados pelo conflito criminal são irreparáveis, em certa medida; é o que acontece, por exemplo, quando estamos diante da perda de uma vida na prática de um homicídio. Aqui, não há como reparar o irreparável. SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 376.

²⁴⁰SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 376. Antonio Beristain destaca que "*as vítimas podem acabar por compreender algo muito difícil: a superação gratificante das "situações limites", na formulação de Karl Jaspers. Ou seja, da morte, do delito, do sofrimento, da culpa (...) Como convincentemente indica Schumacher, no seu profundo livro SmallisBeautiful (London, 1973), os conflitos mais graves, os divergentes, apesar de logicamente não terem "saída", têm-na "metalógicamente", pois introduzem-nos "em outra verdade, outra beleza e outro amor", com mais e melhor qualidade*". BERISTAIN, Antonio. Palacio de Justicia com tejado a cuatro aguas: derecho penal, criminología, victimología y religión, Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero, Ed. Fernando Pérez Álvarez, Aquilafuente: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, p. 87.

²⁴¹SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 377.

conflito; bem como da sensação de pertencimento e de reintegração do autor na comunidade²⁴².

A partir dessa constatação de que a reparação tem que ir além dos danos materiais causados à vítima, alcançando danos emocionais, emergem algumas dúvidas, no que se refere ao seu desenvolvimento no âmbito do sistema penal; assim como se questiona se essas dimensões "terapêuticas" ou "assistenciais", mesmo que relacionadas com um crime, não deveriam ser tratadas por instâncias mais apropriadas.

É certo que as referidas considerações revestem-se de verdade; e, por isso, não cabe ao direito penal e ao processo penal tomar como sua finalidade uma reparação que seja dotada de carácter assistencial "*que seja exclusiva ou suficiente*"²⁴³.

Assim sendo, necessita-se de uma reparação que possua diversos e profundos contornos; assim como o reconhecimento de que a atuação do sistema penal não deve ter como finalidade primeira uma reparação nos moldes citados acima. Na verdade, admite-se que a reparação esteja dentro das finalidades penais; todavia, o campo de atuação para uma reparação mais abrangente deve ser reservado para a justiça restaurativa²⁴⁴.

Percebe-se na reparação restaurativa que o autor do crime também é beneficiário²⁴⁵, ou seja, a partir desse tipo de reparação a vítima, a comunidade e o autor são os primeiros

²⁴²DOOLIN, Katherine. But what does it mean? Seeking definitional clarity in restorative justice, *The Journal of Criminal Law*, 71 (5), 2007, p. 432. No mesmo sentido Heather Strang: "*existência de dados que sugerem que as vítimas vêem com frequência como mais importante a reparação emocional do que a reparação material ou financeira*". STRANG, Heather. Justice for victims offenders: the centrality of emotional harm and restoration, in *Restorative Justice for Juveniles - Conferencing, Mediation and Circles*, Eds. A. Morris/G. Maxwell, Portland: Hart Publishing, 2003, p. 184, *apud*, SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 377.

²⁴³SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 377.

²⁴⁴Cláudia Santos aborda mais um questionamento, qual seja: "*a tratar-se aqui de uma dimensão do crime distinta daquela que funda a necessidade de resposta penal (e de punição), o que justifica uma abordagem da proposta restaurativa orientada para uma compreensão conjunta com a resposta dada ao crime pela justiça penal?*". A autora conclui que as diversas formas de resposta ao crime devem ser conectadas, uma vez que se pretende ampliar a função de cada uma com o objetivo de atender às finalidades da outra, de forma que não interfira negativamente na melhor prossecução das suas específicas finalidades. Acredita-se que a conjugação das respostas a variadas dimensões do crime pode ser proveitosa para a vítima, assim como pode ser vantajosa para o delinquente; especificamente quando a responsabilização e a reparação voluntária favorecem a uma punição inferior e uma mais tranquila reintegração na sociedade, favorecendo, por sua vez, a pacificação social. SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 378.

²⁴⁵Hans Boutellie, tendo como base o conceito de justiça restaurativa de Bazemore e Walgrave, entende que o mal que se busca reparar "transcende a vítima"; incluindo até "o próprio agressor". BOUTELLIE, Hans. Victimization and restorative justice: moral backgrounds and political consequences, in *Restorative Justice and the Law*, Ed. Lode Walgrave, Devon: Willan Publishing, 2002, p. 19, *apud*, SANTOS, Claudia Cruz. A

beneficiários: "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, a reparação das vertentes relacionais em que essa vítima, esse agente e as suas comunidades de próximos estão envolvidos"²⁴⁶.

De forma contrária ocorre no contexto cível, quando o sujeito é condenado a reparar um dano como consequência jurídica autônoma ou não do crime; essa reparação é, em certa medida, decidida contra o agente, uma vez que foi modelada por terceiros; logo, percebe-se que o que está em jogo é uma reparação que tem como primeiros beneficiários a vítima e a comunidade; excluindo-se do primeiro plano o agente²⁴⁷.

Desse modo, pretende-se destacar que mesmo que não exista um dano sob um espectro civil, ou um resultado desvalioso atrelado à consumação de um crime, pode-se conceber um dano que necessite de uma reparação, sob uma ótica específica, que remete à intervenção restaurativa. Isso não significa uma mudança de pensamento quanto à delimitação do campo de atuação da justiça restaurativa ao âmbito criminal; mas, antes, o esclarecimento de que os requisitos para essa reparação serão específicos, na proporção da especificidade das suas finalidades²⁴⁸.

Portanto, tem-se em vista que o entendimento exposto acerca da reparação restaurativa deve fixar-se não apenas em uma reparação ao mal causado a um sujeito particular, mas em um mal causado dentro de um contexto relacional. Logo, além ou

Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 379.

²⁴⁶"A partir de estudos de satisfação, realizados no contexto da justiça penal brasileira, verificou-se que a satisfação é elevada quando ocorre a efetiva reparação dos danos; bem como a participação na formação da resposta ao crime; logo, afirma-se que "as vítimas que manifestaram satisfação com o resultado da audiência foram justamente aquelas que puderam postular e negociar um desfecho satisfatório. As vítimas que se disseram pouco satisfeitas com o resultado da audiência atribuíam o descontentamento à incapacidade de as medidas propostas pelo Ministério Público irem ao encontro das suas necessidades e interesses (...). Verificou-se que o maior grau à aplicação de medidas alternativas, que inegavelmente têm caráter sancionatório, ao autor do crime. Todavia, essa possibilidade para a vítima muitas vezes era obnubilada pela imposição de uma transação penal sem que houvesse a tentativa de conciliação". ALVAREZ, Marcos; TEIXEIRA, Alessandra; JESUS, Maria; MATSUDA, Fernanda; SALLA, Fernando; SANTIAGO, Caio; CORDEIRO, Veridiana. A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 86, Setembro-Outubro, 2010, ano 18, p. 284.

²⁴⁷SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 379.

²⁴⁸SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 380.

independentemente do dano causado a um indivíduo pelo crime ²⁴⁹ "*fundante da responsabilidade civil extra-contratual*", existe um dano no âmbito de uma relação existencial que carece de reparação e que pode ser abarcado pela justiça restaurativa ²⁵⁰.

²⁴⁹A possibilidade da reparação restaurativa não está restrita aos crimes consumados; na verdade, uma vez que em casos de tentativas em que ocorreu a decisão de praticar um crime e a execução dos atos preparatórios imagina-se que existem conflitos interpessoais que carecem de intervenção pacificadora. SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?*, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 381.

²⁵⁰SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?*, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 380.

3. DIFICULDADES ENFRENTADAS PELA PROPOSTA RESTAURATIVA

A proposta restaurativa está baseada na pacificação do conflito interpessoal, por meio da autorresponsabilização do autor e da reparação dos danos sofridos pela vítima; bem como na livre participação em um procedimento de encontro em que também estará presente a comunidade.

Diante dessas características, a justiça restaurativa encontra em seu caminho situações que impõem dificuldades para a sua implementação. Dentre essas situações estão: a) a violação dos direitos e garantias fundamentais; b) a recusa à participação nas práticas restaurativas; c) a desigualdade entre os atores do conflito; d) a questão dos crimes graves praticados por agente perigosos; e) a função da pena; f) e os crimes sem vítimas.

3.1 Violação dos Direitos e Garantias Fundamentais

Os críticos da justiça restaurativa, com o objetivo de expor as incongruências desse modelo alternativo de resposta ao crime, argumentam que os direitos fundamentais dos cidadãos, noemadamente dos ofensores, são violados no âmbito das práticas restaurativas.

Para sustentar tal afirmação, Erik Luna, expondo o pensamento Richard Delgado²⁵¹, afirma que o agente encontra-se sob pressão indevida, logo no início do processo; sendo compelido, de forma indireta, a comungar de um acordo formulado diante de órgãos não judiciais que lhe autorresponsabilize pelos atos praticados e que viabilizará a reparação dos danos causados à vítima²⁵².

Noutro norte, destaca que a vítima e o ofensor não se encontram em uma posição de efetiva igualdade no momento da negociação que se desenrola dentro da justiça restaurativa. A vítima terá maior poder de negociação frente ao agente, sendo esse poder "*exarcebado pela diferença de classes, de raça, de idade, de educação, etc*"²⁵³.

²⁵¹O autor em seu livro expõe o pensamento de Richard Delgado, que realizou críticas à justiça restaurativa, no livro: *Goodbye to Hammurabi: Analyzing the Atavistic Appeal of Restorative Justice*, Stan. L. Review, 2000. Para além dele, Jennifer Gerada Brown. "The Use of Mediation to Resolve Criminal Cases: a Procedural Critique", *Emory Law Journal*, 1994, *apud*, LUNA, Erik. *Punishment Theory, Holism and Procedural Conception of Restorative Justice*, in *Utah Law Review*, Utah, Salt Lake City, University of Utah, 2003, p. 242.

²⁵²LUNA, Erik. *Punishment Theory, Holism and Procedural Conception of Restorative Justice*, in *Utah Law Review*, Utah, Salt Lake City, University of Utah, 2003, p. 235.

²⁵³LUNA, Erik. *Punishment Theory, Holism and Procedural Conception of Restorative Justice*, in *Utah Law Review*, Utah, Salt Lake City, University of Utah, 2003, p. 236.

Desse modo, ocorreria uma relativização dos direitos fundamentais garantidos ao arguido, no âmbito do processo penal, passando a vítima a utilizar a justiça restaurativa como instrumento da vingança privada, verbalizando, nos encontros, o rancor em virtude do crime, sendo amparada pela figura do mediador²⁵⁴. Além disso, defendem que as declarações do autor no corpo da justiça restaurativa poderiam ser utilizadas na justiça penal, caso não se chegasse a um acordo nas práticas restaurativas.

Todavia, tais críticas não se sustentam, tendo em vista que, em primeiro lugar, o mediador não atua em favor da vítima; na verdade, ele é dotado de autonomia e ocupa uma posição de imparcialidade, tendo como função exclusiva aproximar as partes envolvidas no conflito, para que cheguem a um eventual acordo. Igualmente, não cabe comparar o mediador com o conciliador; isso porque aquele também não realiza nenhuma sugestão para que se possa chegar à pacificação do conflito²⁵⁵. Além do mais, a justiça restaurativa e a mediação penal são dotadas de confidencialidade, importante para que o agente do crime se disponha a participar dos encontros restaurativos, não podendo as suas declarações ser utilizadas diante da justiça penal²⁵⁶.

Seguindo na linha de violação de direitos e garantias, outra crítica tecida se refere à possibilidade das práticas restaurativas desencadearem resultados injustos, violando o

²⁵⁴Não cabe ao mediador prejudicar ou beneficiar qualquer das partes; não podendo existir qualquer conflito de interesses entre o mediador e os mediados. *"De igual modo, na condução da mediação não deverão interferir preconceitos, elementos pessoais ou pressões "estatísticas" (nomeadamente, a ânsia de obter uma maior percentagem de casos resolvidos), ligados ao mediador ou à actividade pelo mesmo desenvolvida. O mediador deve ter em conta apenas os factos da causa e as necessidades e desejos das partes. Trata-se de um imperativo cuja inobservância poderá afectar não só a validade e a justiça das negociações e do desfecho do caso, mas também a própria acreditação junto da população da actividade de mediação"*. FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 81.

²⁵⁵*"O exercício da mediação requer determinados requisitos essenciais (nomeadamente, o sigilo absoluto e a independência) e outros que se mostrarão altamente convenientes (mormente em situações de exercício profissional da actividade), tais como: a competência, a preparação específica do mediador, o espírito de liderança, o dinamismo, a capacidade de planeamento, o pragmatismo, a paciência, a tolerância, a diligência, o saber escutar os outros e as capacidades de reflexão, de comunicação e de concentração em face dos objectivos delineados (...) na mediação vítima-agressor, o mediador deve possuir, ainda, uma sensibilidade suficiente para representar os problemas e dificuldades da vítima e do agressor (como que "calçando os sapatos" de ambos) e uma boa compreensão das culturas e comunidades locais, designadamente daquelas em que os mediados e os respectivos familiares e amigos se inseriram"* FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra, 2006, p. 77-8.

²⁵⁶*"Ao mediador, impõe-se um sigilo absoluto sobre o processo em que tenha intervindo, devido a razão de confiança pública tanto na actividade profissional (se for o caso) como nos próprios programas restaurativos e nos concretos agentes que a realizam. A violação desse dever pode importar ao mediador (institucional ou profissional) culposamente, uma responsabilização penal, civil e disciplinar. O mediador deve ficar impedido de intervir posteriormente no mesmo conflito ou noutra com ele relacionado, seja como advogado, como assessor de uma das partes ou do tribunal, perito ou testemunha"*. FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*, Coimbra, 2006, p. 78.

princípio da igualdade, no sentido de que em situações semelhantes podem existir acordos diversos²⁵⁷.

De fato, os acordos oriundos das práticas restaurativas podem variar, a depender de como os intervenientes se comportem e de como pretendem pacificar o conflito. Do mesmo modo, também é certo que no âmbito da justiça penal casos semelhantes tendem a possuir sentenças que sigam no mesmo sentido. Contudo, ressalte-se que os acordos derivados da proposta restaurativa pressupõe a autorresponsabilização, a reparação do dano e o consenso entre os envolvidos, para que seja selados; revestindo-o de justiça e equidade; bem como sendo mais benéfico tanto para o autor como para a vítima, afastando-se das sentenças penais que, via de regra, punem o mal com o próprio mal.

Erik Luna continua revelando o pensamento de Richard Delgado ao afirma que para este a Justiça Restaurativa desencadeia a prática do racismo pela vítima, uma vez que essa faria parte de uma raça branca e o agente pertenceria aos guetos da sociedade, majoritariamente preenchidos por cidadãos negros, sendo compelidos a aceitar acordos para "servirem" às vítimas em situações como a reparação e renovação das estruturas de suas casas. Percebe-se que o referido autor possui um raciocínio preso a uma estratificação da sociedade, partindo do pressuposto de que quem pratica crimes serão aqueles que não são brancos e que as vítimas serão sempre dessa cor de pele²⁵⁸.

Seguindo o raciocínio, afirma que a justiça restaurativa obriga as vítimas a perdoar os criminosos em uma fase que não estão psicologicamente preparadas para fazê-lo. Diante disso, pergunto-me se as fases do processo penal preparam a vítima para um perdão, ou se apenas aprofundam os danos causados pelo crime, gerando uma vitimização secundária. É certo que o processo penal é um ambiente hostil às vítimas e não só aprofundam os danos, como também não satisfazem às suas necessidades primárias.

Por fim, para Richard Delgado, os cultores da justiça restaurativa têm como ponto de partida que o agente não deveria ter praticado o crime, uma vez que este é visto como negativo e que precisa ser erradicado de uma sociedade ideal. Para ele, como a sociedade é

²⁵⁷LUNA, Erik. Punishment Theory, Holism and Procedural Conception of Restorative Justice, in Utah Law Review, Utah, Salt Lake City, University of Utah, 2003, p. 236-7.

²⁵⁸LUNA, Erik. Punishment Theory, Holism and Procedural Conception of Restorative Justice, in Utah Law Review, Utah, Salt Lake City, University of Utah, 2003, p. 237 e 239.

composta por pessoas das mais variadas personalidades, crenças, culturas, etc., e o conflito deve ser encarado como algo normal²⁵⁹.

Braithwaite reconhece que, numa sociedade em que existe uma intensa diversidade cultural, as taxas de criminalidade tendem a ser mais elevadas do que em sociedades em que predomine uma homogeneidade de tradições. Na heterogeneidade, os grupos étnicos menos favorecidos tendem a se sobressair nos índices desviantes para atingir objetivos ou oportunidades que os grupos dominantes detém²⁶⁰.

Portanto, é certo que o crime existe na sociedade; todavia, não restam dúvidas de que o mesmo não é desejável. O que a justiça restaurativa se dispõe a fazer não é extinguir a prática delitativa; mas sim, fornecer uma melhor resposta que possa atender ao arguido e a vítima, buscando uma melhor alternativa que resulte na pacificação do conflito.

3.2 Recusa à participação nas práticas restaurativas

A existência das práticas restaurativas exige a voluntariedade na participação; ou seja: tanto o autor do crime quanto a vítima têm que demonstrar interesse na participação, para que se atinjam os objetivos de reparação dos danos causados à vítima e a comunidade; bem como a autorresponsabilização do agente e sua reinserção na comunidade.

A recusa para a participação das práticas restaurativas inviabiliza a aplicação deste modelo de resposta ao crime, constituindo um problema para aqueles que veem a justiça restaurativa como o único meio de reagir ao crime; isso porque acreditam na abolição do sistema penal tradicional.

Entretanto, para os que entendem a justiça restaurativa como um "*outro meio de lidar com o conflito*" essa recusa em participar das práticas restaurativas não constitui um problema, uma vez que, "*caso haja necessidade de uma intervenção orientada para a proteção de bens jurídicos*", a justiça penal tradicional dará a resposta adequada, por meio dos seus mecanismos²⁶¹.

Em uma perspectiva otimista, poderíamos acreditar que todos aqueles que se envolvem em conflitos gerados pela prática criminosa estão dispostos a participar das

²⁵⁹LUNA, Erik. Punishment Theory, Holism and Procedural Conception of Restorative Justice, in Utah Law Reviv, Utah, Salt Lake City, University of Utah, 2003, p. 241.

²⁶⁰BRAITHWAITE, John. Crime, shame and reintegration. Cambridge University, 1989, p. 94 ss.

²⁶¹SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 593.

práticas restaurativas, com o objetivo de pacificação; todavia, sabemos que isso não irá ocorrer. Diante dessa constatação, a justiça restaurativa "*reconhece que nem todos os agentes escolherão cooperar*". Sendo assim, é preferível que esses agentes permaneçam em ambientes "*onde se dê ênfase à segurança, aos valores éticos e à civilidade*"²⁶².

3.3 Desigualdade entre os atores do conflito

Outra situação que se mostra tortuosa para a aplicação da justiça restaurativa ocorre quando não é promovido o "*empoderamento*" do conflito, de forma igualitária entre autor e vítima; ou seja: uma das partes envolvidas no conflito não consegue expor a pretensão para a formalização do acordo; bem como quanto ao cumprimento deste.

Essa situação pode ser mais presente dentro de circunstâncias de grandes desigualdades sociais, revelando a "*desigual competência de ação restaurativa*"²⁶³. Nesse ponto, a justiça restaurativa assemelhasse à ideia de (des)igualdade do funcionamento da justiça penal defendida pela criminologia crítica²⁶⁴.

Boaventura de Sousa Santos, em uma reflexão para uma nova política judiciária, identifica o problema do desigual funcionamento da justiça e cita como exemplo que, durante a ditadura chilena de Pinochet, um jurista se posicionou contra a luta ao acesso à justiça para as camadas mais pobres da sociedade chilena, tendo em vista que "*o direito substantivo era tão discriminatório em relação a elas que a atitude política democrática consistia exactamente em minimizar o acesso*"²⁶⁵.

Destaca que, em Portugal, existe uma legislação voltada para os interesses sociais das classes trabalhadoras; contudo, essa legislação tem sido, em regra, considerado letra morta; devendo existir uma luta democrática, não pela elaboração de novas leis, mas sim, pela aplicação das que já existem.

Diante do funcionamento desigual da justiça, Boaventura de Sousa Santos não acredita que seja possível que o Estado encontre-se à margem dos mecanismos de

²⁶² HIGHTON, Elena; ALVAREZ, Gladys; GREGORIO, Carlos. Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 84.

²⁶³ SANTOS, Claudia Cruz. A proposta restaurativa em face da realidade criminal brasileira, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 17, n.º 81, 2009, p. 209-29.

²⁶⁴ SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 600.

²⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice - O Social e o Político na Pós-Modernidade, Porto: Edições Afrontamento: 1999, 7ª ed., p. 155.

resolução de conflitos; pelo menos em um futuro próximo; o que não significa dizer que os meios alternativos de resposta ao conflito sejam por si só negativos ou atentórios à democracia; na verdade, podem promover a democratização da sociedade, apenas dependendo do *"conteúdo dos interesses em jogo e do seu comércio privado no processo de desenvolvimento democrático da sociedade no seu todo"*²⁶⁶; segue dizendo que os mecanismos de resolução alternativa de litígios que indicam a diminuição da intervenção estatal *"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"*²⁶⁷.

Em todas as sociedades que a justiça restaurativa se estabeleça, existirão determinados indivíduos que se revelarão incapazes de participar das práticas restaurativas, colocando, assim, a outra parte em posição dominante; não por motivos tradicionais de exclusão, mas sim, por exemplo, a fatores como a instabilidade emocional e psíquica²⁶⁸; da mesma forma que também existirão indivíduos que pertencem a "grupos vulneráveis"²⁶⁹, que expõem a "menor competência da acção restaurativa". Caracteriza como vulneráveis os *"amplos setores da população que pela sua condição de idade, sexo, estado civil, origem étnica e outros fatores etiológicos se encontram em situação de risco, de necessidade, de marginalidade (...) o que os impede de se incorporarem no progresso e de acederem a melhores condições de justiça e de bem-estar"*²⁷⁰.

²⁶⁶SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice - O Social e o Político na Pós-Modernidade*, Porto: Edições Afrontamento: 1999, 7ª ed., p. 156.

²⁶⁷SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice - O Social e o Político na Pós-Modernidade*, Porto: Edições Afrontamento: 1999, 7ª ed., p. 157.

²⁶⁸SANTOS, Claudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?*, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 601.

²⁶⁹ *"Os integrantes destes grupos são mais do que as vítimas preferenciais, são também clientes desfavorecidos no acesso a uma solução para o conflito jurídico-criminal em que estiveram envolvidos - e, neste enfoque, quer quanto agentes do crime, quer enquanto vítimas do crime. Nesta segunda perspectiva, o que se pretende enfatizar é que a reduzida competência de acção de que beneficiariam no seu relacionamento com as instâncias formais de controlo no âmbito processual penal pode ficar ainda mais reduzida no contexto de procedimentos restaurativos, na medida em que maior autonomia de conformação (quer da participação, quer da solução) tenderá a desfavorecer ainda mais aqueles cujos poder de negociação seja menor"*. SANTOS, Claudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?*, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 601-2.

²⁷⁰ BERISTAIN, Antonio. *Los grupos vulnerables: su dignidad preeminente, victimal*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. III, Coimbra, p. 1.226.

O problema encontra-se, portanto, na dúvida se é oportuna a intervenção da justiça restaurativa em situações que demonstrem uma ampla desigualdade; seja econômica, social ou cultural.

Faria Costa assinala que numa mediação se pressupõe que os atores estejam na mesma posição; contudo, sabe-se que as diferenças de posição social e de riqueza estão presentes no cotidiano, podendo, facilmente, ser utilizadas como armas desleais. Enquanto que, no âmbito do sistema de justiça tradicional, reconhece que as desigualdades também estão presentes; todavia, aponta que se encontra, também, a figura do juiz, dotada de imparcialidade para proferir uma decisão que procure restabelecer a igualdade²⁷¹.

O meio para que a justiça restaurativa não seja um instrumento pelo qual a desigualdade se estabelece deve ser o uso da "*criatividade na procura de formas de reparação de cunho não eminentemente patrimonial*"²⁷², tendo em vista que uma reparação estritamente patrimonial para os "crimes comuns" – segundo o conceito criminológico – e para os "crimes de colarinho branco" levaria aos seguintes problemas: Nos primeiros, uma reparação com maiores custos inviabilizaria a prática; enquanto que para os segundos uma reparação fácil "compraria a não punição", abrindo a janela para que se praticassem crimes; desde que se pagassem, financeiramente, por eles²⁷³.

Frise-se que o modelo de justiça restaurativa defendido nesta dissertação não atua, necessariamente, no sentido de excluir a resposta punitiva. A participação em práticas restaurativas não é excludente de eventuais punições.

Por fim, caso as desigualdades socioeconômicas venham a influenciar no igual empoderamento entre vítima e autor, os objetivos da intervenção restaurativa não serão alcançados. E é nesse momento específico que as desigualdades impostas tornam-se um grande problema para a justiça restaurativa²⁷⁴.

²⁷¹COSTA, José de Faria. Diversão (Desjudicialização) e Mediação: Que Rumos?, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Vol. 61, 1985, p. 67.

²⁷²SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 603.

²⁷³SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 602.

²⁷⁴SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 603.

3.4 A questão dos crimes graves praticados por agente perigosos

Como referido anteriormente, a justiça restaurativa pode e deve ser utilizada, não em uma completa substituição do sistema penal, mas sim, de forma que torne a intervenção penal tradicional a última alternativa. Entretanto, muitos dos doutrinadores restaurativos, por possuírem afinidades com o abolicionismo penal, ainda que limitada, não aceitam a utilização da pena de prisão, elegendo-a como o grande mal do sistema penal, defendendo, portanto, a implementação das práticas restaurativas; inclusive, para crimes graves²⁷⁵.

A crítica que se faz à utilização de respostas restaurativas a esse tipo de crime, reside na continuidade da liberdade do autor, mesmo diante da possibilidade de reincidência na prática de outras infrações criminosas.

Os defensores da aplicação irrestrita das práticas restaurativas, dentro da criminologia, baseiam-se no instituto do "*santuário*" que foi propagado por Herman Bianchi. Em síntese, Bianchi procura repaginar o referido instituto, por entender que os autores de crimes graves necessitam de um tempo em um local seguro, protegidos da "vingança" desempenhada pelo sistema penal e almejada pela vítima e pela comunidade para, assim, serem identificados os possíveis meios para sanar os danos causados²⁷⁶.

Bianchi acredita que o encarceramento pode ser substituído pelo santuário, uma vez que retiraria, de forma temporária, o delinquente perigoso do convívio com a sociedade e, ao mesmo tempo, buscaria uma forma que não a prisão, para pacificar o conflito²⁷⁷. Peter Cordella define o santuário como "*um espaço de comunidade e refúgio, onde os fugitivos da punição promovida pelas autoridades estaduais ou da vingança das vítimas podem sentir-se seguros contra a prisão ou a violência, desde que contribuam para a negociação da resolução do conflito*"²⁷⁸.

²⁷⁵SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 589.

²⁷⁶SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 589.

²⁷⁷BIANCHI, Herman. Justice as Sanctuary: Toward a New System of Crime Control, Bloomington: Indiana University Press, 1994, p. 83 ss.

²⁷⁸CORDELLA, Peter. Sanctuary as refuge from state justice, in Handbook of Restorative Justice, Ed. D. Sullivan/L.Tiff, Nova Iorque: Routledge, 2006, p. 199, *apud*, SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 589.

Em sentido contrário, há quem se posicione contra a utilização da justiça restaurativa em face de crimes mais graves praticados por criminosos perigosos. Entretanto, a intervenção estatal não exclui, com a aplicação da pena privativa de liberdade, necessariamente, a possibilidade das práticas restaurativas; isso porque elas podem ser utilizadas em diversos momentos; seja antes do processo, durante ou no momento pós-sentencial. É nesse sentido que Cláudia Santos afirma que "*a possibilidade e a conveniência das práticas restaurativas não dependem da gravidade do crime*"²⁷⁹.

O melhor seria, como afirma Mário Ferreira Monte, utilizar como critério para a aplicação da justiça restaurativa não a gravidade do crime²⁸⁰, mas sim a "*natureza do crime, tendo em conta sobretudo a relação mais directa que se reconhece entre agressor e vítima, e onde uma solução que passasse pela mediação pudesse solucionar o problema*"²⁸¹.

Logo, não há porque restringir a prática restaurativa ao âmbito da pequena criminalidade²⁸², uma vez que aqueles crimes que provocam maior caos na vida dos envolvidos necessitam de um grau maior de pacificação²⁸³. Isso porque, via de regra, a

²⁷⁹SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 590.

²⁸⁰Costa Andrade afirma que a pequena criminalidade se tornou um dos principais assuntos da criminologia e da política criminal atuais, constatando que "*é invariável que a pequena criminalidade que aparece referenciada como pacificamente vocacionada para soluções processuais de consenso*". ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo), Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, Coimbra, 1991, p. 335.

²⁸¹MONTE, Mário Ferreira. Um olhar sobre o futuro do direito processual penal - razões para uma reflexão. in Que Futuro para o Direito Processual Penal, Coimbra, 2009, p. 415.

²⁸²John Braithwaite é um dos maiores defensores de que a justiça restaurativa não deve se limitar aos crimes de pequena e média gravidade, acreditando que podem existir alternativas ao cárcere, se o agente estiver disposto a reparar o dano causado pela prática criminosa; bem como abandonar hábitos que constituem crimes, como, por exemplo, um possível uso de drogas ilícitas. Em seu livro Restorative Justice and Responsive Regulation, cita o exemplo de um crime de roubo, afirmando que devemos ultrapassar a máxima de que aqueles que cometem esse tipo de crime devem ser submetidos ao processo penal e, se comprovada a culpa, condenados à pena privativa de liberdade. BRAITHWAITE, John. Restorative Justice e Responsive Regulation, Oxford University Press, 2002, p.29. Indo além, Ramon Valcárcel, defende a utilização das práticas restaurativas pós-sentenciais em crimes como o terrorismo, baseando a argumentação em depoimentos de quem já participou como, por exemplo, a filha de Aldo Moro, morto por membros das *Brigate Ross*. Ela afirmou em seu depoimento que "*imaginava-os tão diferentes eram normais. Sentiam algumas das coisas que eu também sentia...quero dizer que não eram cruéis. Perdoei porque acredito que uma pessoa pode tornar-se melhor do que é se perdoa. O meu pai, como jurista, ensinou-me que uma pena só tem sentido se é para reabilitar. Caso contrário, não é pena, é vingança. E perdoei porque creio que odiar não me teria dado a serenidade que agora tenho*". VALCÁRCER, Ramon. Gestión del Conflicto Penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2012, p. 48, *apud*, SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 749.

²⁸³SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 591.

maioria dos crimes graves acontecem quando já existe uma relação entre o autor e a vítima e é exatamente essa relação que foi abalada pelo crime que deve ser objeto de pacificação²⁸⁴.

É nesse norte que Cláudia Santos se posiciona ao ser contrária à exclusão da resposta restaurativa, afirmando que "*se nos crimes graves é frequente a existência de uma relação prévia entre o agente do crime e sua vítima, e se o que justifica a intervenção restaurativa é a oferta de uma possibilidade de pacificação do conflito que prejudica essa relação, então parece clara a conclusão de que as práticas restaurativas não devem ser liminarmente excluídas no âmbito da criminalidade grave*"²⁸⁵.

Ademais, a justiça restaurativa tem como finalidade a reparação dos danos suportados pela vítima; logo, ganha maior alcance quando os danos sofridos sejam em maior proporção, o que, via de regra, estaria atrelado à prática de crimes mais graves. Por outro lado, aumentam as possibilidades de se aprofundar um conflito que por si só já é acentuado, podendo, inclusive, as práticas restaurativas ser ineficazes diante da gravidade do delito.

Diante dos riscos, as práticas restaurativas para os crimes graves geralmente são utilizadas na fase pós-sentencial²⁸⁶; Logo, é possível que, inicialmente, ocorra uma

²⁸⁴Jo-Anne Wemmers e Marisa Canuto recordam, já em 2002, que "*os inquiridos de vitimização revelam que 74% dos crimes violentos supõem uma relação entre as vítimas e os seus agressores*". E destacam que as vítimas desses crimes "*sentem a necessidade de encontrar os seus agressores*". Entende-se, portanto, que esse encontro é benéfico às vítimas dos crimes graves, por ajudá-las a superar o trauma gerado pelo crime. Ressaltam, ainda que esses programas restaurativos devem ser "*altamente sensíveis às necessidades das vítimas e oferecer-lhes aconselhamento antes e depois dos encontros com o agente*", abrindo a possibilidade para a relativização das práticas restaurativas, utilizando-se, por exemplo, a mediação indireta. WEMMERS, Jo-Anne; CANUTO, Marisa. Victim's experiences with, expectations and perceptions of restorative justice: a critical review of the literature, International Centre for Comparative Criminology, Université de Montréal/Policy Centre for Victim Issues/Research and Statistics Division, Department of Justice, Canadá, 2002, p. 27, *apud*, SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 591.

²⁸⁵SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 591.

²⁸⁶Em Portugal, a legislação penal elegeu a mediação como mecanismo de diversão, durante o inquérito, para alguns crimes de pequena e média gravidade, nos termos da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho. Para além, também prevê a possibilidade de práticas restaurativas em momentos supervenientes, consagrados como "encontro restaurativo", após a suspensão provisória do processo ou a condenação por crime de violência doméstica. O Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, no artigo 47, n.º 4, prevê que "*o recluso pode participar, com o seu consentimento, em programas de justiça restaurativa, nomeadamente através de sessões de mediação com o ofendido*". Os programas pós-sentenciais têm o objetivo de promover a reconciliação entre vítima e autor, bem como a conscientização do dano causado. O artigo 92, do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais ainda prevê que "*a participação pressupõe a adesão expressa do recluso (...) os programas assentam na celebração de um contrato, do qual constam obrigatoriamente as regras, condições e eventuais prémios de participação e as causas de exclusão do programa (...) os programas são preferencialmente executados dentro do estabelecimento prisional*". A

resposta punitiva como a privação da liberdade, diante da gravidade dos danos causados e, com o transcorrer do tempo, que é fundamental para que os ânimos se acalmem, intervenha-se, com o intuito de atingir a pacificação do conflito.

3.5 Função da Pena: Um ponto de (des)encontro?

A proposta restaurativa vem, como já dito anteriormente, com o objetivo de responder ao crime, de uma forma distinta da justiça penal tradicional; por conseguinte, a sua resposta quando comparada à do modelo clássico suscita questionamentos quanto ao cumprimento da função da pena; nomeadamente, quando comparada aos efeitos gerados pela prevenção geral, sendo esta mais uma dificuldade imposta ao modelo alternativo.

Para uma melhor compreensão da crítica, faz-se necessário expor, de forma simples, as funções da pena, ao longo do tempo. Assim, desde a criação do direito penal, a procura pelos fins da pena existe, constituindo-se, desde sempre, num problema e sendo discutido, amplamente e sem soluções, pela filosofia: seja ela geral ou do Direito; pela doutrina do Estado e pela ciência conjunta do direito penal. Por trás da problemática dos fins das penas, encontra-se toda a teoria penal, em que se debate, principalmente, a legitimação, a fundamentação e a função da intervenção estatal. Logo, constitui-se numa questão do destino do Direito penal e do seu paradigma²⁸⁷.

Diante disso, com o passar dos séculos as respostas ao problema da função da pena resumem-se em dois tipos de teoria: a) teorias absolutas, ligadas às doutrinas da retribuição ou da expiação; b) teorias relativas, que se desdobram em duas: prevenção geral e prevenção especial ou individual. Para além delas, também surgiram teorias mistas que, a partir da mistura das proposições, buscaram solucionar o problema²⁸⁸.

As teorias absolutas²⁸⁹ vislumbram como essência da pena uma retribuição, expiação, reparação ou a compensação do mal do crime, que se esgotam em si mesmas²⁹⁰.

participação do recluso obedece às finalidades dispostas no artigo 2.º, do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, que *"visa a reinserção do agente na sociedade, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes, a protecção de bens jurídicos e a defesa da sociedade"*.

²⁸⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 44.

²⁸⁸Para um estudo aprofundado sobre a temática, vide SANTOS, Beza dos. Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal, Coimbra, 1968, p. 117 e ss.

²⁸⁹Para Roxin, a teoria da retribuição manteve-se, durante muito tempo, com forte influência, em face da sua "dignidade histórica", sua "plausibilidade quotidiana" e, principalmente, "a sua fundamentação através da

E, ainda que se fale em efeitos laterais, como o de intimidação da sociedade, neutralização dos delinquentes ou de ressocialização, nenhum desses corresponde à essência e natureza da pena. Como destaca Figueiredo Dias, "*tal essência e natureza é função exclusiva do facto que (no passado) se cometeu, é a justa paga do mal que com o crime se realizou, é o justo equivalente do dano do facto e da culpa do agente*"²⁹¹.

O debate em torno do fundamento das teorias absolutas da retribuição concentrou-se, durante muito tempo, sobre como que a compensação ou a igualação entre o "*mal do crime*" e o "*mal da pena*" seria deliberada. E, passado o período do talião: "*olho por olho, dente por dente*", percebeu-se que a igualação não poderia ser fática; mas sim, normativa. Após dúvidas e controvérsias²⁹², a compensação da retribuição só pode ser em virtude da ilicitude do fato e da culpa do agente²⁹³.

Todavia, as teorias absolutas não podem ser consideradas teorias dos fins da pena; isso porque não traduzem, verdadeiramente, essa finalidade. Na verdade, elas observam a pena como uma "*entidade independente de fins*", devendo ser recusadas, também, em face da "*inadequação à legitimação, à fundamentação e ao sentido da intervenção penal*". A

filosofia do idealismo alemão". Para ele, a história retributiva da punição abrange a mitologia da pena na Idade Antiga; o princípio do talião, a religião que prevaleceu durante toda idade medieval e que direcionou a ótica do magistrado como se esse administrasse a justiça divina na terra, sob a ordem de Deus julgando o pecado que é o crime. Quanto ao idealismo alemão, para o entendimento da justiça retributiva é importante destacar a visão de Kant da justiça enquanto um imperativo categórico, revelada na afirmação de que "*tantos quantos sejam os assassinos que tenham cometido um assassinato, ou que o tenham ordenado, ou que com ele tenham colaborado, tantos são os que terão de sofrer a morte; assim o impõe a justiça como ideia do poder judicial segundo as leis gerais e fundamentadas a priori*"; bem como o pensamento de Hegel, de que o crime nada mais é do que a negação do direito e a pena é a negação da negação. ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, tradução da 2ª. ed. alemã, Madrid: Civitas, 2003, p. 82 e ss.

²⁹⁰O pensamento retributivo para a aplicação da pena não exige, necessariamente, um fim; isso porque "*a pena não serve, pois, para nada, contendo um fim em si mesma*", para tanto, Roxin se socorre do pensamento kantiano, para quem "*mesmo que a sociedade civil com todos os seus membros decidisse dissolver-se, teria, antes, de ser executado o último assassino que estivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que seus atos merecessem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo*". ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3ª ed., tradução de Ana Natscheradetz, Lisboa: Coleção Veja Universidade, 2004, p. 16.

²⁹¹DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 45.

²⁹²Apesar disso, inúmeras dúvidas e controvérsias surgiram, principalmente para saber se a retribuição assumia um caráter de uma reparação do dano real, do dano ideal ou, antes, da culpa do agente. Beleza dos. Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal, Coimbra, 1968, p. 242; CORREIA, Eduardo. Direito Criminal, com colaboração de Figueiredo Dias, I, 1963, n.º 12 e 17.

²⁹³A partir disso, o direito penal possui como máxima o princípio da culpa, sendo esta a grande contribuição das teorias absolutas e, a partir desse princípio "*não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa*", dito de outra forma, o princípio da culpa foi elevado a princípio absoluto e orientador de toda a aplicação da pena, devendo ser observada a dignidade da pessoa. DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 46-7.

pena retributiva exaure o sentido no mal que causa ao delinquente, em atenção à expiação do mal do crime; logo, é uma doutrina estritamente social-negativa, que se revela oposta à tentativa de ressocialização do delinquente ou de uma restauração da paz da comunidade abalada pelo crime²⁹⁴.

A proposta restaurativa, via de regra, associa a justiça penal às teorias retributivas²⁹⁵, permitindo fixar, nesses termos, diferenças entre as finalidades entre as duas formas de reação ao crime²⁹⁶.

De forma contrária às teorias absolutas, as relativas podem ser consideradas como teorias dos fins da pena; além de serem as representantes do pensamento penal contemporâneo. Os adeptos das teorias relativas admitem que as penas significam um mal para quem as suportam; entretanto, ressaltam que não podem, como instrumento político-criminal, restringir-se a essa particularidade, que é marcada pela ausência de essência social-positiva. Na verdade, argumentam que esse mal tem que ser utilizado para atingir a finalidade primeira da política criminal: a prevenção ou "*profilaxia criminal*"²⁹⁷.

Como dito anteriormente, as teorias relativas se acomodam dentro de duas perspectivas: a prevenção geral e a prevenção especial ou individual. Quanto à primeira, a pena é utilizada como um meio político-criminal, com o objetivo de atuar sobre os membros da sociedade, colocando-os distante do cometimento de um crime, por meio da ameaça penal, em face da sua aplicação e execução. Essa atuação do Estado sobre a sociedade gera a prevenção geral negativa ou de intimidação e a prevenção geral positiva ou de integração.

A utilização do sofrimento causado pela imposição da pena gera, nas pessoas, um sentimento de intimidação, gerando o receio de praticar atos que sejam puníveis pela lei penal; logo, fala-se em prevenção geral negativa ou de intimidação. Noutra norte, a pena pode ser utilizada pelo Estado para manter e reforçar a confiança da sociedade na validade e força das leis, que protegem os bens jurídicos, no âmbito do jurídico-penal, revelando a "*inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham lugar e*

²⁹⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 48-9.

²⁹⁵ZEHR, Howard. Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça, São Paulo, 2008, Tradução de Tônia Van Acker, p. 63 ss.

²⁹⁶SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 326.

²⁹⁷DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 49.

a reforçar, por esta via, os padrões de comportamentos adequado às normas", constatando-se, assim, a prevenção geral positiva ou de integração, que desencadeia efeitos de confiança, aprendizagem, ao demonstrar os custos do crime, e de integração própria²⁹⁸.

As doutrinas de prevenção especial ou individual se resumem à perspectiva de que a pena deve ser utilizada como instrumento preventivo contra a reincidência do crime, diretamente direcionado à pessoa do delinquente; subdividindo-se de acordo com o modo pelo qual pretende evitar a reincidência, podendo ser classificadas em: "a de neutralização ou inocuização do delinquente habitual e incorrigível, a de intimidação do delinquente ocasional e a de correção dos agentes que sejam corrigíveis. A terceira destas modalidades adquiriu particular relevo, sobre tudo na Europa, sob a designação de prevenção especial de socialização. Sobre o carácter pioneiro do pensamento da prevenção especial na Península Ibérica através das teses da Escola Correccionalista"²⁹⁹.

O alargamento da utilização de uma das teorias relativas acaba por reduzir o âmbito de atuação das demais; logo, a consolidação da prevenção geral é realizada "a custa da morte da sua opositora", qual seja a prevenção especial voltada para o "tratamento" do delinquente³⁰⁰.

Para além das teorias expostas, ainda existem teorias mistas ou unificadoras dos fins da pena, para quem "a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são

²⁹⁸DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 51.

²⁹⁹"De forma simplificada, podem distinguir-se três grandes perspectivas, já reveladas por Franz v. Liszt no seu Programa de Marburgo de 1882: a de neutralização ou inocuização do delinquente habitual e incorrigível, a de intimidação do delinquente ocasional e a de correção dos agentes que sejam corrigíveis. A terceira destas modalidades adquiriu particular relevo, sobre tudo na Europa, sob a designação de prevenção especial de socialização. Sobre o carácter pioneiro do pensamento da prevenção especial na Península Ibérica através das teses da Escola Correccionalista". SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 326

³⁰⁰Christie demonstra sua preferência pelas teorias relativas de prevenção especial; ainda que com algumas ressalvas, Para ele "o tratamento está fora de moda", mas ressalta que não é todo o tratamento, isso porque se a imposição de sofrimento "disfarçada de tratamento" pode ter sido ultrapassada, mas o fato é que "as prisões estão cheias de pessoas necessitadas de cuidado e de cura (...) o tratamento para o crime perdeu a credibilidade. O tratamento não perdeu". Por outro lado, o seu livro Limits to Pain revela que existe uma relação de proximidade com as teorias absolutas a partir do pensamento que "quando não há nenhum propósito por trás do sofrimento, torna-se mais claro que se trata de um problema moral. As partes teriam de pensar e voltar a pensar se o sofrimento era justo. Não se era necessário, mas se era justo. Há grandes hipóteses de que, quanto mais pensassem, menos justo o achassem (...) as teorias absolutas da punição, numa sociedade baseada na participação e não na representação, poderiam facilmente conduzir a uma sociedade de redução do sofrimento". CHRISTIE, Nils. Limits to Pain, The role of punishment in Penal Policy, Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2007, p 11 (1ª ed. de 1981), p. 27, 33, 48, 100-5.

distintos aspectos de um mesmo fenômeno complexo que é a pena"³⁰¹; nelas, são aglomeradas todas as construções já existentes, compatibilizando as retributivas e as preventivas; ou apenas unindo as preventivas³⁰².

A aplicação das teorias expostas implica, necessariamente, um mal; apesar desse mal se revelar em mais de uma forma. Entretanto, nas teorias com viés exclusivamente retributivo a pena é, acima de tudo, um mal que não pressupõe uma finalidade³⁰³, enquanto que nas teorias com caráter preventivo ainda que se admita a existência do mal, este tem como finalidade originar um bem³⁰⁴.

E é a partir desse mal que a defesa das garantias do indivíduo que se encontra diante do poder punitivo do Estado deve ser rigorosa; ainda que a pena seja diversa à privativa de liberdade. Conforme Anabela Rodrigues, a pena é dotada de um caráter que é oriundo do sofrimento "*que esta implica e hoje, como é geralmente aceito, o "sofrimento" não está ligado só à "pessoa mais aos seus direitos", o que significou a criação de "novas penas", de que a pena pecuniária é exemplo paradigmático. O que tudo nos leva a defender que não é por ter mudado a "face" da pena que ela é "menos pena" ou pode suportar menos garantias na sua aplicação*"³⁰⁵.

Ferrajoli destaca que qualquer modelo normativo e epistemológico que seja escolhido acabará por impor determinadas consequências, como "*restrições e contrições sobre as pessoas dos potenciais desviados e de todos aqueles de quem se suspeita ou que são condenados como tal*" essas restrições revelam-se na "*definição ou proibição dos comportamentos classificados pela lei como desviados e, por isso, numa limitação da liberdade de ação de todas as pessoas (...) sujeição coativa ao processo penal de todo aquele que seja considerado suspeito de uma violação das proibições penais (...)*"

³⁰¹PUIG, Santiago Mir. Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 56.

³⁰²SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 328.

³⁰³Nas palavras de Eduardo Correia, "*na aplicação de um mal correspondente ao mal praticado, imposta por imperativos morais, lógicos, dialéticos, estéticos, religiosos ou sociais. Quem procede mal deve pagar esse mal como é justo, e é justo que sofra um mal igual ao crime que praticou*". CORREIA, Eduardo. Direito Criminal, Tomo I (com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra: Almedina, 1971, p. 41

³⁰⁴SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 332.

³⁰⁵RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime, inDireito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais Visão Luso-Brasileira: Quartier Latin, São Paulo, 2006, p. 306.

*repressão ou punição de todos aqueles considerados culpados de uma de tais violações*³⁰⁶.

Nessa medida, reconhecendo-se que as limitações correspondem a um desvalor, conforme dito acima por Ferrajoli³⁰⁷, é certamente esse o mal da pena³⁰⁸, que os cultores do pensamento restaurativo rejeitam³⁰⁹.

Faria Costa, após afirmar que o direito penal distribui penas e, por conseguinte, distribui o mal, reflete, em estudo posterior, que a pena não pode ser entendida dessa maneira, concluindo que *"a pena (a pena criminal) não pode e não deve, definitivamente, ser percebida e valorada como um mal (...) ela é um bem"*³¹⁰.

Em linhas gerais, a pena necessariamente tem que levar consigo um *quantum* do mal; logo, não pode ser atribuído à pena uma essência estritamente benéfica ao condenado; nem para a comunidade. Entretanto, conforme Cláudia Santos, a finalidade da pena é, principalmente, benéfica, ou seja, o condenado é preparado para uma vida que se enquadre com o direito e a pacificação da sociedade, em torno do vigor dos valores tidos como fundamentais³¹¹.

³⁰⁶FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2001, p. 209.

³⁰⁷*"o direito penal, mesmo quando rodeado de limites e de garantias, conserva sempre uma brutalidade intrínseca que torna problemática e incerta a sua legitimidade moral e política. A pena, qualquer que seja a forma de justificar e circunscrever, é com efeito uma segunda violência que se acrescenta ao crime e que está programada e é executada por uma coletividade organizada contra um indivíduo"*. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2001, p. 21.

³⁰⁸*"é através do direito penal (...) que as sociedades politicamente organizadas "distribuem" as penas, logo distribuem um mal, porquanto, queiramo-lo ou não, a pena não pode deixar de ser vista como um mal, não obstante os fins que se podem prosseguir com a inflicção desse mal poderem ser sustentados e legitimados através das mais nobres e sólidas razões"* COSTA, José de Faria. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal), in Mal, Símbolo e Justiça (Actas das Jornadas Internacionais realizadas em Coimbra nos dias 8 e 9 de Dezembro de 2000), coordenação de Maria Luísa Portocarrero, Coimbra: Faculdade de Letras, Coimbra, 2001, p. 27 ss.

³⁰⁹SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 334.

³¹⁰COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena, in Linhas de Direito Penal e de Filosofia, alguns cruzamentos reflexivos, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 217 ss.

³¹¹SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 342. Nesse contexto, merece destaque o "pensamento da solidariedade" de Eduardo Correia quanto à execução da pena, quando afirma que *"dá ainda fundamento ético ao dever de cada um e da sociedade de activamente colaborarem na regeneração e na recuperação dos delinquentes, que justamente se encontram num particular estado de necessidade e de desespero"*. CORREIA, Eduardo. Ainda sobre o problema da "ideologia do tratamento": algumas palavras sobre o "serviço social de justiça", in Cidadão Delincente: Reinserção Social?, IRS: 1983, p. 15. No mesmo sentido, Jorge de Figueiredo Dias, traz como princípio orientador do programa político-criminal o princípio da socialidade (ou da solidariedade) que segundo ele, *"se o princípio da culpa exprime as exigências que a "vertente liberal" (rectius, "democrática") do Estado de Direito faz à política criminal, a sua "vertente social" conduz à aceitação de um quarto princípio que pode ser designado como princípio da socialidade ou da solidariedade. Segundo este princípio (...), ao Estado que faz uso do seu ius puniendi incumbe, em*

Justificando a afirmativa, Cláudia Santos refere que não se defende uma teoria mista ou unificadora dos fins das penas que permita um retorno do sentido independente da retribuição; na verdade, o que se argumenta é que os fins da pena são preventivos, antes de a pena ser um mal; devendo a perseguição desses fins ser demarcada pelo princípio da culpa³¹².

Desse modo, a pena pode ser entendida como um mal; todavia, um mal que caminhe para o favorecimento dos fins que lhe presidem: "*em primeiro lugar, a projecção no futuro do condenado, com a possibilidade de um projecto de vida conforme com as normas fundamentais que regem a convivência; em segundo lugar e sempre sem prejuízo daquela finalidade primeira, a pacificação da comunidade em torno da validade reafirmada das normas*"³¹³.

As práticas restaurativas também geram para o autor do crime obrigações que lhe causam custos e que, por isso, podem ser consideradas, em certa medida, como um mal. Entretanto, evidentemente será um mal em menor proporção, revelando-se como um mal próprio, uma vez que o autor aceita e concorda com o ônus pactuado³¹⁴.

compensação, um dever de ajuda e de solidariedade para com o condenado, proporcionando-lhe o máximo de condições para prevenir a reincidência e prosseguir a vida no futuro sem cometer crimes. Só nisto - mais nisto tudo - se traduz concretamente a exigência de socialização do delinquente". DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, reimpressão, Coimbra Editora: 2005, p. 74.

³¹²A partir desse raciocínio, a autora afasta a imposição de que a pena tem como objetivo retribuir o mal do crime e prevenir delitos futuros; na verdade, quer dizer que a pena não é unicamente retribuição, nem unicamente prevenção. A autora segue dizendo que "*Há na pena, numa certa aceção, um sentido de retribuição, na medida em que é da sua natureza manifestar-se através da imposição coactiva de um mal que é consequência e que está limitado por um mal anterior. Já no que respeita aos fins (...) a pena é prevenção*". A partir dessa linha de pensamento, constata que "*aceita-se a teoria unificadora dialética de Roxin, exclusivamente preventiva quanto aos fins mas limitada pelo princípio da culpa*". SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 343-50. Nas palavras de Roxin, "*a ideia de prevenção geral vê-se reduzida à sua justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, assim como pela exigência de prevenção especial que atende e desenvolve a personalidade. A culpa não justifica a pena por si só, podendo unicamente permitir sanções no domínio do imprescindível por motivos de prevenção geral e enquanto não impeça que a execução da pena se conforme ao aspecto da prevenção especial. E, como vimos, de igual forma a totalidade dos restantes princípios preservam a ideia de correção dos perigos de uma adaptação forçada que violasse a personalidade do sujeito*". ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal - Homenagem a Claus Roxin, coord. de Maria da Conceição Valdágua, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002, p. 44. Para uma melhor percepção, a fragmentação da função da culpa realizada por autores como Ferrando Mantovani, destaca que: a uma "função fundante do poder punitivo" que contrata uma "função político-garantista de limite ao poder punitivo". Enquanto a primeira refere-se à retribuição, a segunda corresponde ao conceito utilitarista de prevenção geral e especial. MANTOVANI, Ferrando. Principi di Diritto Penale, 2ª ed., Padova: Cedam, 2007, p. 133.

³¹³SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 344.

³¹⁴SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 344.

A diferença entre o que a sanção penal impõe e as obrigações assumidas pelo autor do crime no âmbito da justiça restaurativa, que objetiva pacificar o conflito (inter)pessoal a partir de uma (in)existência de coação, tende a atenuar-se;isso porque, como assinala Anabela Rodrigues, surge uma nova percepção do sistema punitivo: "*evocar o consentimento do delinquente no domínio punitivo era estranho ainda não há muito tempo. A pena exprimia o imperium da justiça penal. Hoje, compreende-se que, numa preocupação de individualização e de eficácia, o delinquente deva ser associado à aplicação e à execução da sanção. O direito penal trilha uma via original procurando, cada vez mais, fazer assentar a punição no consentimento do delinquente*"³¹⁵.

Desse modo, no momento em que era pra se destacar aquilo que é próprio da existência da justiça penal, ou seja, a pena, em contraponto às propostas apresentadas pela proposta restaurativa, emerge a dúvida sobre a natureza estável e diferenciada entre os dois modelos de resposta ao crime. Ressalte-se que, por isso, não se deve confundi-los; ainda que a diferença tenha sido atenuada com o gradativo aumento de inserção de práticas de consenso no âmbito da justiça penal, uma vez que aqui ainda existe a utilização de um terceiro, de forma coativa, sendo também uma exceção, enquanto que na justiça restaurativa é uma regra³¹⁶. Daí, a crítica realizada por Nils Christie³¹⁷ quanto às diferenças entre a justiça penal, que reage ao crime por meio da imposição do "*sofrimento como forma de comunicação, como linguagem*", e o outro sistema que o autor denomina como "*justiça participativa*" em que se busca frustrar o sofrimento, utilizando a comunicação. A partir disso, o núcleo do pensamento do referido autor centra-se na constatação de que o mal, conexo ao sofrimento, é um desdobramento da resposta dada ao crime. E, por isso, procura colaborar para atenuar o sofrimento propositadamente imposto como instrumento social³¹⁸.

³¹⁵Continua dizendo que "*a sanção mais útil é a sanção aceite pelo condenado, porque, ao mesmo tempo que estimula a sua participação no atingir dos objectivos pretendidos, desenvolve o seu sentido de responsabilidade*" RODRIGUES, Anabela de Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 143 ss. O raciocínio implementado por Anabela Rodrigues revela a proximidade com discurso restaurativo, uma vez que defende a participação do causador do mal, na procura por uma solução que pacifique o conflito e repare o dano suportado pela vítima. SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 344.

³¹⁶SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 344-5.

³¹⁷CHRISTIE, Nils. Limits to pain, The role of punishment in Penal Policy, Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2007, (1º ed. de 1981), p. 94.

³¹⁸SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 346.

Cláudia Santos, ao revelar o pensamento de Christie, afirma que a diferença entre a justiça penal e a justiça restaurativa reside na forma como a primeira institucionaliza a implementação do mal: "*mal este que está graduado nas molduras penais (e que tendencialmente corresponde ao mal do crime) e que é utilizado como forma de comunicação*". Por outro lado, no modo como a justiça restaurativa/participativa pretende abrir mão do mal em face de um "*processo de comunicação que é visto, ele próprio, como um fim*"³¹⁹.

A linha de raciocínio de Christie exige uma reflexão mais aprofundada; todavia, não se pretende realizá-la neste trabalho; apesar de se destacar uma pergunta sobre a imprescindibilidade da utilização de algum mal, na resposta ao crime, e, a partir disso, inibir o cometimento de outras práticas criminosas no futuro³²⁰.

A partir disso, gera-se uma apreensão de que a pena, em seu maior grau: a privativa de liberdade, possa ser aplicada mormente àqueles que a ameaça da lei penal não implica na constituição de um efeito preventivo, uma vez que em suas vidas particulares já se encontram em situações desvantajosas³²¹. Dessarte, a observação ao princípio da culpa revela-se primordial para balizar a ameaça de desigualdade na administração da justiça

³¹⁹SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 346.

³²⁰Cláudia Santos afirma que "*O problema prende-se com as diferentes consequências da sujeição ao mal da pena em função das diferentes circunstâncias pessoais dos agentes do crime (...) a ameaça da perda de algo que vai implícita na pena só tenderá a ser eficaz face àqueles que ainda têm alguma coisa a perder*". Para contextualizar a afirmação a autora refere que "*a possibilidade de perda da liberdade será porventura vista como uma desvantagem menor por aqueles para quem a vida em liberdade já é de certa forma um fardo, ou um espaço e um tempo nos quais se está aprisionado pela ausência de escolhas*". Aqui, o mal aplicado pela pena não pode ser considerado um desvalor por inteiro; isso porque, com a sua utilização, abre-se a possibilidade de dissuasão ou até mesmo de prevenção. SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 347.

³²¹Howard Zehr em seu livro Changing Lenses - a new focus for crime and justice, relata os dizeres de um ex-recluso que já tinha cumprido diversas vezes uma pena privativa de liberdade. Este afirma que gosta da vida em liberdade: fora da penitenciária; todavia, sustenta que é tão feliz enclausurado quanto em liberdade. A partir disso, o autor duvida de que a ameaça da prisão seja suficiente para intimidar determinadas pessoas, afirmando que elas "*sentem a vida fora da prisão como uma espécie de prisão*" em que uma eventual condenação só refletiria "*a troca de uma espécie de confinamento por outro*", o autor também afirma que o ex-recluso "*tem maior, e não menor probabilidade de cometer novos crimes em função da falta de habilidade para lidar com a liberdade e dos padrões de relacionamento e comportamento aprendidos na prisão. Além disso, a ameaça de encarceramento não será mais algo tão assustador para ele, depois de ter descoberto que consegue sobreviver ali. Na verdade, depois de vinte anos na prisão ela se terá tornado a sua casa e ele se sentirá inseguro fora dela*". ZEHR, Howard. Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça, São Paulo, 2008, Tradução de Tônia Van Acker, p. 39-40.

penal; atendendo a prevenção para uma tentativa de ajustar "*o mal da pena às circunstâncias da vida do agente*"³²².

Todavia, essa atenção irrestrita ao princípio da culpa deve ser atrelada, em certa medida, a uma sobreposição da prevenção especial sobre a prevenção geral positiva; com o intuito de que o mal da pena só possa ser admitido se for canalizado para a prevenção de crimes futuros, possibilitando a socialização que surge como um bem; do contrário, a pena não pode ser fundamentada unicamente com o propósito de dissuasão geral³²³.

Portanto, a cominação de um mal, por meio da aplicação de uma pena, como consequência jurídica do crime, deve ser restrita ao mínimo necessário ao cumprimento da finalidade que lhe rege, ou seja, que o autor, no futuro, atue em conformidade com os valores jurídico-penais. Não obstante, ainda que por esse caminho procure-se conter o mal, este ainda se revelará, na prática, com obstáculos que vão além dos teóricos³²⁴.

A conclusão a que se quer chegar é que a discussão filosófica e doutrinária em torno dos fins das penas relaciona-se mais com a uma reiterada dissensão de forma do que uma dissensão de essência. De modo geral, a pena possui diversas dimensões, que cumprem diversas funções. Quando se fala que a pena possui, em certo sentido, uma retribuição, não significar dizer que se levante a bandeira retributiva; isso porque, conforme Cláudia Santos: "*(I) o facto 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 exigir*"³²⁵.

Essa discussão torna-se infrutífera à medida que se evidenciam divergências laterais, ou seja, aquelas que não são essenciais. Seria mais produtivo elencar e dar atenção

³²²SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 347-8.

³²³SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 348.

³²⁴"*Uma das principais dificuldades (especialmente notória quando os destinatários da pena são tendencialmente imunes ao sofrimento associado ao mal que ela representa, porque vivem já uma realidade de muitos sofrimentos relacionados com vários outros males) prender-se-á, segundo se crê, com a necessidade de restringir o quantum do mal da pena em função da culpa real (não ficcionada) do agente, ao mesmo tempo que se garante que esse mal tem dimensão adequada à dissuasão do cometimento de crimes futuros*". SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 348.

³²⁵SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 352.

aos pontos de convergência; podendo-se destacar: a vedação de uma condenação que não observe, previamente, um crime, enquadrado como típico, ilícito, culposo e punível; a vedação da pena extrapolar os limites impostos pela culpa; a finalidade de não dissocializar o recluso, pugnando a reincidência; assim como a finalidade de ratificar os valores primordiais afetados pelo crime³²⁶.

Após essa breve explanação acerca das funções das penas, o que se quer balizar é o limite fronteiriço entre a justiça restaurativa e a justiça penal. A essencialidade preventiva da pena leva-nos à conclusão de que não existe um confronto entre as finalidades restaurativas e a finalidade da intervenção penal, uma vez que em ambas ocorre a busca pela pacificação da comunidade e a reintegração do autor. Logo, as diferenças sustentadas revelam-se quantitativas, e não qualitativas. A justiça penal e a justiça restaurativa estarão acompanhadas tanto de dimensões punitivas quanto dimensões curativas³²⁷; ainda que se destaque a relevância quantitativa que cada um dará a essa última, "*ainda que os males suportados pelo agente como necessário para a, reparação dos danos sofridos pela a vítima sejam, nas práticas restaurativas, auto - assumidos*"³²⁸.

³²⁶SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 352-3.

³²⁷A exigência de que a pena não se resume a um mal decorre das obrigações que o Estado possui no âmbito da sua execução, ou seja, o curar transpassa o próprio conceito de punir, já que o sistema penal deve punir buscando oportunizar uma cura, enquanto que na justiça restaurativa se a primeira atenção é para encontrar a cura, nada obsta a uma possível aplicação de desvalores aceitos pelo delinquent; e em caso de inexistência de concordância aproximar-se-ia do punir; ou seja: o mal intrínseco à punição penal e desvalor a que pode ser originado, a partir das práticas restaurativas, difere, sobretudo na qualidade; uma vez que quando o delinquent participa do processo das práticas restaurativas e tenderá a aceitar, com mais facilidade, as obrigações pactuadas, relativizando a veia do mal; o que o difere do mal imposto pelo sistema tradicional. SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 354-5.

³²⁸"Verificado o fim não essencialmente retributivo da pena, poder-se-ia concluir que a distância entre a justiça penal e a justiça restaurativa não se desvenda a uma primeira análise quando se reflecte sob um ponto de vista teórico em torno das respectivas finalidades. E será assim - repita-se - de uma forma mais evidente naqueles sistemas penais que não pretendam orientar-se por uma filosofia punitiva alicerçada na retribuição e que reconheçam a obrigação que o Estado tem de oferecer ao condenado possibilidades de socialização ou, o que vai dar ao mesmo, possibilidades de reintegração na vida comunitária sem o cometimento de novos crimes. A prevenção especial de socialização e a justiça restaurativa teriam, assim, em comum uma ideia de cura que remete para o princípio do Estado Social, o qual "reclama previsões e acções sociais estaduais". E não será, assim, casual a importação feita por alguns autores das finalidades especificamente penais enquanto finalidades também da justiça restaurativa". SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 353-4. Roxin acrescenta à prevenção especial de socialização que ela "cumpre extraordinariamente bem com a função do direito penal, na medida em que se obriga exclusivamente à protecção do delinquent e da sociedade, mas ao mesmo tempo quer ajudar o agente, ou seja, não expulsá-lo ou marcá-lo, mas sim integrá-lo; com isto cumpre melhor do que qualquer outra doutrina as exigências do princípio do Estado Social". ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, tradução da 2ª. ed. alemã, Madrid: Civitas, 2003, p. 87.

Portanto, as diferenças entre os dois modelos de resposta ao crime não se encontram no âmbito das finalidades; mas sim, nos instrumentos e nos procedimentos que se encontram disponíveis para procederem com a perseguição das finalidades. O que revela que a crítica da justiça restaurativa ao sistema penal, encontra-se no modo como o processo penal e a execução da pena buscam satisfazer as finalidades que lhe presidem³²⁹.

Posta a conclusão de que a justiça restaurativa e a justiça penal não diferem quanto às finalidades, não há como negar que existem diferenças, no contexto dos procedimentos e consequências; e, por isso, pergunta-se se tem como respondê-las por outra via que não faça referência aos seus fundamentos e finalidades. A procura por essa resposta não encontrará solidez em uma simples oposição entre o punir e o curar. Na verdade, as finalidades preventivas evidenciam que o sistema de justiça é evadido pelo fim de cura; entretanto, essa cura³³⁰ é revelada, de forma diversa, nos dois modelos; não se podendo transferir os conceitos de prevenção geral e prevenção especial, de forma completa, para a justiça restaurativa³³¹.

3.6 Crimes sem vítimas

Após a exposição das diversas dificuldades enfrentadas pela justiça restaurativa, chega-se naquele que é o problema central deste trabalho: as práticas restaurativas, nos crimes sem vítimas.

O problema dos crimes sem vítimas emerge com a superação do paradigma iluminista, que incumbiu ao Direito Penal a tutela secundária dos bens jurídicos individuais, sendo potencializado pelo alargamento das condutas criminalizadas, alcançando os danos a bens jurídicos supraindividuais.³³²

Sob a óptica do pensamento da reparação, Hans Hirsch tratou dos crimes sem vítimas e afirmou que "*é particularmente claro nas teses do Projeto Alternativo o*

³²⁹SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 354.

³³⁰Ressalta-se que o "curar" desdobra-se de forma diferente, no contexto restaurativo e no sistema penal. Enquanto no primeiro a cura incorpora um sentido amplo, alcançando a reparação da vítima ou a reparação dos danos interpessoais, no segundo o conceito vem atrelado à prevenção especial de socialização. SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 355.

³³¹SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 355.

³³²SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 594.

*problema do tratamento penal igualitário para crimes com vítima individual e para aqueles sem vítima. O grupo de trabalho do Projeto Alternativo quer resolvê-lo recorrendo a "prestações de reparação social (simbólicas)" para os delitos carentes de vítimas (tese 4). Com isso, reconhece que não é possível entender nem conformar o direito penal, unilateralmente; com o olhar posto no acordo pessoal agente-vítima. Os crimes sem um ofendido individual não são uma exceção (...). Estes problemas indicam a necessidade de um tratamento igualitário por outra via: a saber: em crimes com vítimas, ou seja, fatos puníveis susceptíveis de reparação do dano individual, assim como nos crimes sem vítimas, aplicar, ou pelo menos determinar, uma pena cuja execução possa ser evitada pelo agente, por meio de prestações restitutivas ou sociais que evidenciem um arrependimento interno"*³³³.

Desse pensamento, extrai-se que se os crimes que não possuem uma vítima individualizada constituem um problema para a reparação como consequência jurídica autônoma do crime³³⁴, também se revelam, por conseguinte, como um problema para a justiça restaurativa. Para o primeiro, Hirsch destaca que o problema está, principalmente, na possível desigualdade na aplicação de uma reparação para alguns crimes e para outros não; enquanto que para a justiça restaurativa, o procedimento não seria realizável em face da ausência de uma vítima³³⁵.

O que se quer demonstrar é que a justiça restaurativa possui como núcleo, diferindo da justiça penal, o tratamento do conflito interpessoal, mediante encontros entre a vítima e o ofensor, para alcançar a pacificação e a reparação dos danos; todavia, como já se viu, nas condutas enquadradas nos crimes sem vítimas, em um primeiro olhar não se visualiza uma

³³³HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho Penal material, in *Delos delitos e de las víctimas*, tradução Elena Carranza, Buenos Aires: Ad Hoc, 2001 (1.ª ed. 1992), p 74-5.

³³⁴Pablo Galain e Angélica Sanchez, ao tratarem sobre possibilidade de reparação como terceira via no crime organizado, que, via de regra, é gerador de vítimas difusas, afirmam que "*a figura da reparação também pode ser de grande utilidade dentro da criminalidade grave nas suas esferas inferiores*". E, nessa medida, por serem crimes que atingem bem jurídicos supraindividuais ou sem uma vítima identificável, "*teria que optar-se pela reparação simbólica ou reparação perante a coletividade*" PALERMO, Pablo Galain; SÁNCHEZ, Angélica Romero. Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que disminuya la incompatibilidad entre ambos conceptos, *Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*, Ed. Fernando Álvarez et alia, Aquilafuente: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, p. 273-7.

³³⁵SANTOS, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 595.

vítima concreta. Desse modo, questiona-se quem poderá ocupar o lugar da vítima no momento das práticas restaurativas³³⁶.

³³⁶SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra, 1ª ed., 2014, p. 596.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o conteúdo exposto nos capítulos anteriores, verifica-se que a categoria criminológica dos crimes sem vítimas surgiu, em um primeiro momento, com condutas que o legislador penal considerou como desvaliosas, impondo-as como crime para a sociedade. Todavia, aqueles que as praticam não se entendem como vítimas de um crime, inviabilizando o cumprimento da lei e tornando-as letra morta.

Atualmente, o conceito de crimes sem vítimas foi ampliado para abarcar crimes que geram vítimas abstratas e inconscientes, surgindo seu sentido amplo. Nessas situações, as condutas criminosas praticadas possuem como particularidade o fato de que as vítimas não conhecem a violação ou então são praticadas contra bens jurídicos supraindividuais em que não se consegue, inicialmente, visualizar uma vítima, sendo o crime ambiental um exemplo.

Os crimes que geram vítimas inconscientes são dotados de requinte nos meios de execução, fazendo com que as vítimas não enxerguem o fenômeno criminoso ou só enxerguem em momento posterior. Já os crimes que geram vítimas abstratas, apesar de se assemelharem com os anteriores, são caracterizados por gerar efeitos negativos sobre um número inexato de vítimas, além de poderem atingir a ordem jurídica, econômica, moral, etc.

Desse modo, essa categoria criminológica só ganha ênfase para a justiça restaurativa quando se refere aos crimes de vítimas abstratas; isso porque os crimes de vítimas inconscientes e os em sentido estrito, conforme Schur, poderão ser objeto de tratamento da justiça restaurativa no momento em que as vítimas tomem consciência do mal causado pelo crime e que esse mal necessita de uma reparação.

E a partir desse relevo que os crimes sem vítimas – crimes de vítimas abstratas – possuem no contexto da proposta restaurativa. Imagine-se a seguinte situação: uma grande empresa mineradora ao não cumprir as exigências necessárias para o funcionamento, pratica danos ambientais que geram prejuízos patrimoniais ou pessoais para um número indeterminado de pessoas.

Quanto a essa situação concreta, não há porque se excluir a resposta restaurativa ao conflito, uma vez que as vítimas podem ser representadas por uma entidade, ao invés do Estado por meio do seu *ius puniendi*. Ou seja: no âmbito do direito brasileiro, por exemplo,

as vítimas podem se concentrar em uma associação, para participar das práticas restaurativas, momento em que também pode estar presente o Ministério Público como *custos legis*. Assim, as vítimas poderão expressar os sentimentos em conjunto; a empresa autora poderá reconhecer a responsabilidade; e os danos causados poderão ser reparados.

Tem-se que a resposta restaurativa para essas situações é melhor do que a da justiça tradicional, porque se revela mais eficaz quanto a reparação das vítimas e a autorresponsabilização do agente. Na prática, o que ocorre é que a empresa comete o crime ambiental, gera danos pessoais e materiais para as vítimas e o Estado intervém como representante da comunidade em um processo de longa duração, mantendo as vítimas em compasso de espera, sem uma solução para os seus anseios. E ainda que a empresa seja condenada ao final do processo, as vítimas ficarão submetidas ao tempo do Estado para que os danos materiais sejam reparados; além de serem esquecidos os danos pessoais/psicológicos.

Uma hipótese mais fácil para a aplicação da proposta restaurativa será quando os crimes de vítimas abstratas recaírem em diversas vítimas, mas que poderão ser individualizadas, como é o caso daquelas vítimas que moram na circunvizinhança da empresa que comete o crime ambiental; ou daqueles concorrentes que perdem, indevidamente, o processo de licitação para a realização de uma construção em face do crime de corrupção praticado pela empresa vencedora.

Portanto, o que se pretende fixar é que nos crimes sem vítimas, em sentido estrito e amplo, serão cabíveis às práticas restaurativas, como dito anteriormente, quanto aos primeiros e as vítimas inconscientes, a partir do momento em que as vítimas tomem consciência de que foram violadas e que carecem de uma reparação; já quanto aos últimos, que geram vítimas abstratas, desde que se possa reconhecer as vítimas específicas ou quando não for possível, quando estas se reúnam, por meio de uma entidade. Diante disso, nos diversos crimes enquadrados, constantemente, como crimes sem vítimas, pode-se encontrar uma vítima para participar dos encontros restaurativos, tornando a justiça restaurativa exequível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil, editora Saraiva, São Paulo, 2014.

ALVAREZ, Marcos; TEIXEIRA, Alessandra; JESUS, Maria; MATSUDA, Fernanda; SALLA, Fernando; SANTIAGO, Caio; CORDEIRO, Veridiana. A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 86, Setembro-Outubro, 2010, ano 18.

ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal, Coimbra: Separata do vol. XXI do suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980.

_____, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980.

_____, Manuel da Costa. Consenso e Oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo), Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, Coimbra, 1991.

_____, Manuel da Costa. O aborto como Problema de Política Criminal, Coimbra: Separata da Revista da Ordem dos Advogados que reproduz texto de conferência proferida em 17 de janeiro de 1979.

ANDRADE, Vera Regina de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Criminologia da Libertação. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2005.

ARUS, Francisco Buenos. La posición de la Víctima en el Moderno Sistema Penal, BFD, n.º 70, 1994.

ARZAMENDI, José. Prólogo à obra de Gema Varona Martínez, La mediación reparadora como estratégia de control social. Una perspectiva criminológica, Granada: Editorial Comares, 1998.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor. A participação central-constitutiva da vítima no processo restaurativo - uma ameaça aos fundamentos do processo penal estadual?, Que Futuro Para o Direito Processual Penal?, Coimbra, 2009.

BATISTA, Nilo. Punidos e Mal Pagos, Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje, Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmund. A Sociedade Sitiada, trad. Bárbara Pinto Coelho, Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

BELEZA, Teresa. Reconciliação, culpa e castigo. Uma reflexão a partir de Oshima e Coetzee, in Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias, coord. Paulo Pinto de Albuquerque, Coimbra:Coimbra Editora, 2011.

BERISTAIN, Antonio. Criminologia y Victimologia. Alternativas Re-creadoras al Delito, Santa Fé de Bogotá: Editorial Leyer, 1999.

_____, Antonio. Los grupos vulnerables: su dignidad preeminente, victimal, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. III, Coimbra.

_____, Antonio. Palacio de Justicia com tejado a cuatro aguas: derecho penal, criminología, victimología y religión, Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero, Ed. Fernando Pérez Álvarez, Aquilafuente: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.

BRAITHWAITE, John. Crime, shame and reintegration. Cambridge University, 1989.

_____, John. Restorative Justice and Responsive Regulation, Oxford University Press, 2002.

_____, John. Restorative Justice. The Handbook of Crime and Punishment, Ed. Michel Tonry, Nova Iorque/Oxford: Oxford University Press: 1998.

_____, John. A future where punishment is marginalized: realistic or utopian?. UCLA law review. v. 46, n.º 16.

BUSTOS, Juan y LARRAURI, Elena. Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas). Barcelona: PPU, 1994.

CÂMARA, Guilherme Costa. Programa de Política Criminal orientado para a Vítima do Crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAMP, Van; LEMMONE, Anne. Critical Reflection on the Development of Restorative Justice and Victim Policy in Belgium, in: 11º Congresso sobre prevenção ao crime e justiça criminal da ONU, Tailândia, 2005, p. 7-9 Disponível em <http://www.icclr.law.ubc.ca/site%20Map/Events/11UN_papers.htm>. Acesso em 16/05/2017.

CARVALHO, Salo. Antimanual de Criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CERETTI, Adolfo. Progetto per un ufficio di mediazione penale presso il Tribunale per i minorreni di Milano. La Sfida de Mediazone. Giavittorio Pisapia e Daniela Antonucci (a cura di). Milão. CEDAM. 1997.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. British Journal of Criminology, 1977, vol. 17, n.º 1.

_____, Nils. Limits to pain, The role of punishment in Penal Policy, Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2007, (1º ed. de 1981).

CORREIA, Eduardo. Ainda sobre o problema da "ideologia do tratamento": algumas palavras sobre o "serviço social de justiça", in Cidadão Delinquente: Reinserção Social?, IRS: 1983.

_____, Eduardo. Direito Criminal, com colaboração de Figueiredo Dias, I, 1963, n.º 12 e 17.

_____, Eduardo. Direito Criminal, Tomo I (com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias), Coimbra: Almedina, 1971.

COSTA, José de Faria. A Criminalidade em um mundo globalizado: Plaidoyer por um direito penal não securitário. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais Visão Luso-Brasileira. Quartier Latin. São Paulo. 2006.

_____, José de Faria. Diversão (Desjudicialização) e Mediação: Que Rumos?, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Vol. 61, 1985.

_____, José de Faria. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal), in Mal,

Símbolo e Justiça (Actas das Jornadas Internacionais realizadas em Coimbra nos dias 8 e 9 de Dezembro de 2000), coordenação de Maria Luísa Portocarrero, Coimbra: Faculdade de Letras, Coimbra, 2001.

_____, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena, in Linhas de Direito Penal e de Filosofia, alguns cruzamentos reflexivos, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DALY, Kathleen, Restorative justice: the real story, Punishment and Society, 2002, vol. 4, n.º 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007

_____, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, reimpressão, Coimbra Editora: 2005.

_____, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia, O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

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

DURKHEIM, Émile. A Divisão do Trabalho Social I, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: Teoria del garantismo penal, 9.ª ed., Madrid: Trotta, 2001.

FERREIRA, Francisco Amado. Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FONSECA, Marcio Alves Da. Michel Foucault e o direito, São Paulo, Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão, Tradução de Raquel Ramallete, Editora Vozes, Petrópolis, 2004.

GARSSE, Leo Van. A mediação no âmbito da justiça penal Algumas reflexões baseadas na experiência", in: Resolução Alternativa de Litígios, colectânea de textos publicados na newsletter DGAE, Ministério da Justiça, Lisboa: Agora Comunicação, 2006.

GREEN, Simon. 'The victims' moviment and restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed.). Handbook of Restorative Justice. Cullompton, UK; Portland, USA: Willian Publishing, 2007, p. 171.

HASSEMER, Winfried e MUÑOS CONDE, Francisco. Introducción a la Criminologia, Tirant lo Blanch: Valencia, 2001.

_____, Winfried. Fundamentos de Derecho Penal, Barcelona: Ed. Bosch, 1984.

_____, Winfried. Persona , Mundo y Responsabilidad - Bases para una Teoria de la Imputación en Derecho Penal, Tradução de Francisco Muñoz Conde e Maria Díaz Pita, Valencia, tirant lo Blanch, 1999.

HIGHTON, Elena; ALVAREZ, Gladys; GREGORIO, Carlos. Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho Penal material, in De los delitos e de las víctimas, tradução Elena Carranza, Buenos Aires: Ad Hoc, 2001 (1.ª ed. 1992).

HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline B. de. Penas Perdidas. O sistema penal em questão, Niterói, Luam Editora, 1993.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. La Moderna Victimología, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

LARRAURI, Elena. Abolicionismo del Derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista, Poder y Control, 3, Barcelona: PPU, 1987.

_____, Elena. Criminologia crítica: Abolicionismo y garantismo. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Boletim Oficial del Estado, n.º L, Jan, 2007.

_____, Elena. La Herencia de la criminologia Crítica, 3ª ed., Madrid: Siglo Veitiuono de España Editores, 2000.

_____, Elena. La reparación. In: CID, José e LARRAURI, Elena (orgs.). Penas alternativas a la prisión. Barcelona: Bosch, 1997.

_____, Elena. Tendencias actuales en la justicia restauradora. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (ed.). SERTA In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004.

LUNA, Erik. Punishment Theory, Holism and Procedural Conception of Restorative Justice, in Utah Law Reviw, Utah, Salt Lake City, University of Utah, 2003.

MANNHEIM, Hermann, Criminologia Comparada, tradução de José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade, v. 2, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1985.

MARSHALL, Tony. The evolution of restorative justice in Britain. EuropJCL &Crim, 4, 1996.

MATHIESEN, Thomas. La Política del Abolicionismo. In SCHEERER, Sebastian et al. Abolicionismo. Buenos Aires: Ediar, 1989.

MAXWEEL, Gabrielle. A justiça restaurativa na Nova Zelândia. Justiça Restaurativa: coletânea de artigos. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (Org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

MESSUTI, Ana. O tempo como pena, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MOLINA, António García-Pablo de, Criminologia - Una introducción a sus fundamentos teóricos, 6º ed., Valência: tirant lo blanch, 2007.

MONTE, Mário Ferreira. in "Um olhar sobre o futuro do direito processual penal - razões para uma reflexão", Que Futuro para o Direito Processual Penal, Coimbra, 2009.

_____, Mário Ferreira. Um olhar sobre o futuro do direito processual penal - razões para uma reflexão. in Que Futuro para o Direito Processual Penal, Coimbra, 2009.

PALERMO, Pablo Galain. La reparación del dano a la víctima del delito, monografias 684, Valência: tirant lo blanch, 2010.

_____, Pablo Galain; SÁNCHEZ, Angélica Romero. Criminalidad organizada y reparación. Hacia una propuesta político-criminal que disminui la incompatibilidad entre ambos conceptos, *Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*, Ed. Fernando Álvarez et alia, Aquilafuente: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: Da Teoria à Prática. 1º ed. IBCCRIM. São Paulo. 2009.

PASSETI, Edson; DIAS, Roberto. A caminho do Século XXI: abolição, um sonho possível.. Conversações Abolicionistas: Uma Crítica do Sistema Penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim/PEPG Ciências Sociais PUC-SP, 1997

PETERS, Tony. Consideraciones teóricas sobre la victimología, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n.º 2, 1988.

PUIG, Santiago Mir. Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. Princípios orientadores del constitucionalismo social. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (COORD.). Política Criminal y Sistema Penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas. Barcelona: Anthropos, 2005.

RODRIGUES, Anabela de Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime, *in* Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais Visão Luso-Brasileira, Quartier Latin, São Paulo, 2006.

ROLIM, Marcos. A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies. 2006.

ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, tradução da 2ª. ed. alemã, Madrid: Civitas, 2003.

_____, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, tradução da 2ª. ed. alemã, Madrid: Civitas, 2003.

_____, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal - Homenagem a Claus Roxin, coord. de Maria da Conceição Valdágua, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2002.

_____, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal, 3ª ed., tradução de Ana Natscheradetz, Lisboa: Coleção Veja Universidade, 2004.

SANTOS, Beza dos. Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal, Coimbra, 1968.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice - O Social e o Político na Pós-Modernidade, Porto: Edições Afrontamento: 1999, 7ª ed.

SANTOS, Claudia Cruz. A "redescoberta" da vítima e o direito processual penal português, Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. III, Coimbra, 2010.

_____, Claudia Cruz. A Justiça Restaurativa: Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal porquê, para quê e como?, Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2014.

_____, Claudia Cruz. A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal - Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal "de adultos" em Portugal. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais Visão Luso-Brasileira. Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2006.

_____, Cláudia Cruz. O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal), Stvdia Ivridica, 56, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2001.

SCHUR, Edwin. Crimes Without Victims, New Jersey, Aspectrum Books: 1965.

_____, Edwin; BEDAU, Hugo Adam. Victimless Crimes. Two Sides of a Controversy, Nova Jersey, 1974.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão de Crime. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2007

STRANG, Heather. Restorative Justice Programs in Australia. Research School of Social Sciences, Australian National University, 2001, em. <http://www.aic.gov.au/crc/reports/strang/report.pdf>. consultado em 20/05/2017.

SUNTHERLAND, Edwin. *White-Collar Crime, The Uncut Version*, New Haven: Yale University Press, 1983.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: rEVAN, 1991.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça*, Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo, 2008.