

PAULA AUGUSTA MARIANO MARQUES

**JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal

PUC/SP  
COGEAE  
SÃO PAULO – SP  
2012

PAULA AUGUSTA MARIANO MAQUES

## **JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, COGEAE, como exigência parcial para a obtenção do título de **Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal**, sob a orientação do Professor Antonio Carlos da Ponte.

## FOLHA DE APROVAÇÃO

---

---

---

## DEDICATÓRIA

*Ao meu pai, Paulo Edson Marques, e à minha mãe, Telma Cristina Mariano, exemplos de perseverança, conquista, honestidade, lealdade, enfim, exemplos de vida, e sem os quais esse trabalho não seria possível.*

## AGRADECIMENTOS

*Aos meus irmãos, Paula Alexandra Costa Meira Marques, Paula Cristina e Paulo Edson Mariano Marques, que não hesitaram em compreender minhas aflições, a me estimular à pesquisa, a propiciar circunstâncias à reflexão, a alcançar a conclusão de um trabalho, que nos privou de um convívio, fraternalmente mais intenso.*

*Às minha avós, Elza Mariano e Irene Baptista Marques, minha tia-avó, Inove Mariano Moura, e minha tia, Tânia Mariano, pela confiança orgulhosa, com que me alentaram a corresponder às suas elevadas expectativas.*

*Ao meu noivo, Bruno Lesa Marinho, meu companheiro, que em todos os instantes me inspirou com seu amor e dedicação.*

*Ao meu orientador, Antonio Carlos da Ponte, que, com sua incontestável sabedoria, guiou-me neste trabalho com maestria.*

*A todos os meus verdadeiros amigos, que experimentaram minhas aflições e suportaram o espaçamento desse carinho, que enriquece a existência humana.*

## **RESUMO**

Um estudo do instituto da Justiça Restaurativa, como forma extrajudicial de solução do conflito penal, abordando alguns aspectos relevantes e controvertidos, como seu conceito, sua finalidade, sua aplicação e como tem sido tratada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito Penal; Justiça Restaurativa; Ressocialização; Reparação; Solução Extrajudicial de Conflito.

## ABSTRACT

A study on the Restorative Justice institute, as an out-of-court settlement in the criminal area, approaching some important and controverted aspects, such as its concept, purpose, application and how has the Brazilian legal system been treating the institute.

Keywords: Criminal Law; Restorative Justice; Resocialization; Repair; Out-of-court settlement.

## SUMÁRIO

Introdução .....	08
1 Histórico da Responsabilidade Penal .....	12
2 Princípios .....	23
3 Função da Pena .....	37
3.1 Teoria Absoluta .....	38
3.2 Teoria Relativa .....	40
3.3 Teoria Eclética .....	41
3.4 Teoria Dialética Unificadora .....	43
4 Justiça Restaurativa .....	46
4.1 Conceito .....	49
4.2 Finalidades .....	53
4.3 Relação entre as Justiças Restaurativa, Retributiva e Reparatória .....	55
4.4 Aplicação .....	58
4.4.1 Arbitragem, Conciliação e Mediação Penais .....	58
4.4.2 Procedimento .....	63
4.4.3 <i>Plea Bargain</i> .....	73
4.5 No Brasil .....	77
4.5.1 Juizado Especial Criminal .....	79
4.5.2 Estatuto da Criança e do Adolescente .....	83
4.5.3 Lei Maria da Penha .....	86
Conclusão .....	90

## ***INTRODUÇÃO***

A violação das normas de convivência social sempre perturbou, não só a vítima, como os que com ela conviviam e toda a coletividade, e, nos primórdios, era geratriz de uma reação iracunda e vinditosa, vinculada exclusivamente à satisfação da vítima e do contexto social, quase sempre avultada se o agente fosse de pouca expressão social, e ao reverso em situação contrária.

A experiência humana demonstrou que a simples vingança, a sanção meramente retributiva, era incapaz de prevenir novos crimes, remanescendo a sensação de insegurança pela iminência de recidivas infracionais.

Significa que a reação social ao crime exhibia-se impotente à conquista da paz social.

A civilização, ao evoluir para o encarceramento como retribuição ao delito, não alcançou mais que a retribuição inflitiva ao condenado, porquanto sua reinserção na sociedade se demarcava pelo recrudescimento de sua propensão ao crime, avultando a insegurança da sociedade.

Com efeito, à exceção dos que, subjetivamente, enveredam pela religiosidade, os egressos do cárcere integram as pesquisas de reincidência criminosa.

Contribui a esse fenômeno criminógeno, tanto a superpopulação dos presídios – que passou de cerca de 55 mil em dezembro de 1994 para mais de

144 mil em dezembro de 2006<sup>45</sup> -, quanto a convivência promíscua de agentes de pequenas infrações e outros de delitos graves, bem como a existência de organizações criminosas dentro dos presídios, a desorganização do sistema penitenciário – impedindo o avanço ao regime regime semi-aberto, em razão da falta de vagas nas colônias agrícolas, industriais e similares - etc..

A falência do sistema prisional fez surgir a busca pela Justiça Consensual, conjugando uma resposta penal com a prevenção do delito, para garantir a paz social com uma perspectiva maior de evitar a repetição da conduta infracional.

Foi esse o propósito de, em 1995, editar-se, no Brasil, a Lei 9.099, criando os Juizados Especiais Criminais para o processamento e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando a aplicação de benefícios aos infratores, seja pela conciliação (art. 74), ou pela transação penal (art. 76), ou mesmo pela suspensão condicional do processo (art. 89).

De igual jaez, a Justiça Restaurativa, que, mediante mediações e conciliações, procura alcançar a pacificação interpessoal e social do conflito, a reparação dos danos à vítima, a satisfação das expectativas de paz social das comunidades etc..

Luiz Flávio Gomes exalta a vantagem da Justiça Restaurativa em relação ao sistema clássico de Justiça:

Esse modelo integrador ou restaurativo, de outro lado, é melhor que o convencional em relação às necessidades da vítima, devolvendo-lhe um papel ativo e dinâmico. A forma clássica de Justiça instrumentaliza a vítima, transformando-a em mero objeto passivo e fungível do processo. Conciliação e mediação

---

<sup>45</sup> Fonte: Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Disponível em: <[www.sap.sp.gov.br](http://www.sap.sp.gov.br)>. Acesso em: 13 out. 2008.

evitam (ou suavizam), pois, a perniciososa vitimização secundária (que ocorre quando a vítima entra em contato com o sistema penal) e impulsionam à efetiva reparação do dano assim como à justa satisfação da vítima (não necessariamente na forma pecuniária), melhorando as atitudes desta última em relação ao infrator e ao sistema legal.<sup>46</sup>

A tendência mundial, cada dia mais, é a adoção da Justiça Restaurativa, que, com base no princípio da intervenção mínima – *de minimus non curat praetor* –, tira do Estado a competência para delitos de menor importância, desafogando do Poder Judiciário, preservando-o para os crimes de maior gravosidade.

Se, de *lege lata*, o monopólio do *jus puniendi* pelo Estado obriga à sobrecarga do Judiciário (art. 345 do CP), muito há a se debater para que, *de lege ferenda*, entregue-se à Justiça Restaurativa a satisfação dos interesses da vítima de um evento criminoso.

A proposta desse trabalho é estabelecer o liame evolutivo entre a necessidade de uma resposta penal eficiente e a conquista da paz social, sem desconsiderar os efeitos sobre a pessoa da vítima e a do infrator, a principiar pela evolução histórica da responsabilização penal, desde a vingança divina até as punições civilizadas hodiernas, visando à proeminência dos protagonistas do evento delitivo, com preterição do Estado a que se há de reservar para a repressão e prevenção dos crimes atentatórios aos valores sociais de maior relevo.

No segundo capítulo, enfrentar-se-ão os princípios da intervenção mínima e do acesso à justiça, essenciais para o entendimento da temática proposta.

---

<sup>46</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Justiça Penal Restaurativa: perspectivas e críticas**. Disponível em: <[www.blogdolfg.com.br](http://www.blogdolfg.com.br)>. Junho de 2007. 2007. Acesso em: 09 out. 2008.

As funções retributiva e preventiva da pena serão analisadas no capítulo terceiro, discriminando-se as teorias que as explicam: a teoria absoluta, a relativa, a eclética e a teoria unificadora dialética.

No quarto capítulo, finalmente, será tratada a Justiça Restaurativa, através do exame de seu conceito, sua finalidade, sua relação com outras justiças, bem como a forma de sua aplicação e como tem sido utilizada no Brasil.

## *1 HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE PENAL*

Ser iminentemente gregário, a convivência em sociedade obrigou o homem a organizá-la, estabelecendo uma ordem social, estabelecendo limites de respeito mínimos, firmados em normas de conduta, com coerção estruturada em sanções às infringências.

*Ab initio*, tais sanções exibiam ostensivo caráter penal, como o registra Álvaro Mayrink da Costa:

A função punitiva é encontrada nos mais remotos momentos da vida associativa. Na sociedade humana, onde há um ordenamento jurídico, mesmo de forma embrionária (*ubi societas, ibi ius*), suas primeiras manifestações ocorrem no campo do Direito Penal pela função punitiva e em virtude da necessidade de assegurar a unidade, a coesão e a organização do grupo contra o outro, sendo a forma mais eficaz do chefe fazer valer a supremacia. Entendia-se a pena no sentido lato como reação contra o membro da sociedade que violasse a forma de convivência. A função da pena era um meio de conservação social, principalmente porque tal função indefinida permanecia escondida sob várias formas. Aliás, quanto sua origem psicossocial, deriva da necessidade instintiva de vingar-se da ofensa, que nada mais era do que uma forma de defesa, necessidade de todo homem (vingança privada), quanto a todos os indivíduos componentes do grupo social (vingança social); deriva também do poder de correção do chefe da família e do grupo gentílico sobre seus consanguíneos, do chefe militar sobre seus comandados ou do chefe religioso sobre todos os associados.<sup>3</sup>

Cleber Masson, igualmente, exalta haver sido o direito penal a mais antiga manifestação de organização jurídica da convivência social:

---

<sup>3</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 148.

É correto, pois, reconhecer a existência da pena como um fato histórico primitivo, bem como considerar o Direito Penal a primeira e mais antiga camada da história da evolução do Direito. Além disso, as diversas fases da evolução da vingança penal deixam evidente que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas capazes de distinguir as necessidades de cada um de seus estágios, mas algo que foi se desenvolvendo para atender as necessidades de seu tempo.<sup>4</sup>

Nos primórdios da regulação dos conflitos iminentes ao convívio em sociedade, havia uma tríplice divisão da resposta às infringências delitivas: a vingança divina, a vingança privada e a vingança pública, todas emprenhadas de um forte sentimento religioso e espiritual.

De fato, diante do restrito acervo de conhecimento sobre fatos e fenômenos naturais, que o envolviam, confortava-se o homem com explicações politeísta, atribuindo às respectivas causas e consequências um vínculo a divindades, a que se submetia, na expectativa de que as circunstâncias fossem benfazejas a seus interesses, se conquistasse a tutela do deus do Sol, ou do Mar, senão dos deuses do sentimento, como o do Amor, ou da Guerra, e deificações tantas.

A malfazeja ocorrência de fenômenos naturais, desde simples tempestades, até episódica erupção de vulcão ou terremotos, traduzia-se como sinais divinos de insatisfação com a desobediência de algum infrator, a reclamar sua punição ou sacrifício, para que toda comunidade não padecesse pela infidelidade de um de seus membros.

A imolação dos infratores, sempre relacionada aos malefícios dos fenômenos naturais, impunha-se como retribuição penal para aplacar a ínsita

---

<sup>4</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. 2ª Ed., São Paulo: Método, 2009. p. 43.

contrariedade divina: o sacrifício capital, não raro, era a oferenda ao saciamento da *vingança divina*, que restabeleceria a paz social.

Cezar Bitencourt bem explica essa *fase* da resposta penal sob a égide da vingança divina, cruel e de aviltante desproporção:

Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram recebidos como manifestações divinas ('totem') revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator para desagrar a divindade. A infração totêmica, ou, melhor dito, a desobediência, levou a coletividade a punir o infrator para desagrar a entidade. O castigo aplicável consistia no sacrifício da própria vida do infrator. Na verdade, a pena em sua origem distante representa o simples revide à agressão sofrida pela coletividade, absolutamente *desproporcional*, sem qualquer preocupação com algum conteúdo de Justiça.

Esta fase, que se convencionou denominar *fase da vingança divina*, resultou da grande influência exercida pela religião na vida dos povos antigos. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido (...) O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação.<sup>5</sup>

Também a *vingança privada* se fazia praticada, como resposta pessoal de *autotutela*, para a recomposição das ofensas aos interesses de um grupo familiar ou de seus membros: “vingança de sangue”, pois.

Se, entretanto, o conflito fosse interno, desavindo-se algum membro com seus demais companheiros, sua pena era de banimento, declarando-se a perda de sua paz, e o deixando à mercê de outros grupos<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 16ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59-60

<sup>6</sup> Ob. Cit. P. 60.

O zelo em preservar as tribos, prevenindo contra seu extermínio, conduziu a uma primeira tentativa de humanização da penas: a Lei do Talião —“*olho por olho, dente por dente*” exibia-se comedida, circunscrevendo a punição a um espelho da agressão.

Arremedo do princípio da proporcionalidade, ainda que desproporcional, a Lei do Talião foi adotada pelos hebreus no Código de Hamurabi e pelos romanos na Lei das XII Tábuas.

Nem mesmo a resposta equipolente à agressão intimidava, constatando-se, ao longo do convívio social, que a incursão delitiva não se refreava nem por leis, nem por previsões sancionatórias, radicais, severas ou desproporcionais: o sistema punitivo reclamava revisão.

A necessidade de mudança apontava à busca de um sistema da *composição* entre ofendido e ofensor, registrando Álvaro Mayrink que “Os romantistas salientam que no direito mais antigo a única fonte de obrigação é o delito e que o objeto da obrigação é a pena, isto é, a soma em dinheiro a pagar para a composição”<sup>7</sup>.

A revisão obrigou à organização do Estado, com a finalidade de garantir a segurança do soberano, chamando a si o poder-dever de punição: instaurou-se a fase da *vingança pública*, confiando a punição do infrator a uma terceira e imparcial pessoa: o Estado. Findava-se a concepção vinditosa da pena.

---

<sup>7</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 149.

Na *Idade Antiga*, apesar de ainda presente grande influência religiosa, houve uma grande evolução do direito penal, destacando-se os direitos penais grego e romano, observando Cezar Bitencourt que:

Na Grécia Antiga, em seus primórdios, o crime e a pena continuaram a se inspirar no sentimento religioso. Essa concepção foi superada com a contribuição dos filósofos, tendo Aristóteles antecipado a necessidade do livre arbítrio, verdadeiro embrião da ideia de culpabilidade, firmando primeiro no campo filosófico para depois ser transportado para o jurídico. Platão – com as *Leis* – antecipou a finalidade da pena como meio de defesa social, que deveria intimidar pelo rigorismo, advertindo os indivíduos para não delinquir. Ao lado da *vingança pública*, os gregos mantiveram por longo tempo as vinganças divina e privada, forma de vingança que ainda não mereciam ser denominadas *Direito Penal*.

Na Roma Antiga, a pena também manteve seu caráter religioso e foi, igualmente, palco das diversas formas de vingança. Mas logo os romanos partiram para a separação entre direito e religião. (...) De qualquer sorte, em nenhuma dessas fases de vingança houve a liberação total do caráter místico ou religioso da sanção penal, tampouco se conheceu a responsabilidade penal individual, que somente a partir das conquistas do Iluminismo passou a integrar os mandamentos mais caros do Direito Penal.<sup>8</sup>

O estudo da ciência política, na Grécia, despertou discussões acerca da noção e fundamentos do direito de punir e da finalidade da pena, obrigando à consideração de que fosse aplicada com um mínimo de humanidade, como o aponta Cleber Masson:

Na justiça ateniense, as penas passaram a ser dotadas de certa dose de humanidade. Autorizava-se, exemplificativamente, a absolvição do culpado, quando a sua eliminação fosse capaz de prejudicar os inocentes dele dependentes para sobreviver.

---

<sup>8</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 16ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011. P. 61

Pensava-se, no caso, no desenvolvimento da sociedade, e não propriamente no acusado.<sup>9</sup>

Em Roma, distinguiram-se crimes *públicos* de crimes *privados*, identificando-se dentre os crimes públicos a traição ou conspiração política praticadas contra o Estado, além do parricídio. Tais crimes seriam julgados pelo Estado, através de um Tribunal Especial, e teriam como sanção a pena capital. Todos os demais crimes classificavam-se como privados, julgados pelo próprio particular ofendido, com intervenção do Estado apenas para regular seu exercício.

É o que consigna Aníbal Bruno:

Desde logo aparecem duas espécies de crimes, cuja repressão se apresenta como negócio do Estado e são punidos com pena pública – o *perduellio*, fato contra a existência e a segurança da cidade, e o *parricidium*, primitivamente a morte dada a um *pater*. São os *crimina pública*, que se distinguem dos *delicta privata*, cuja repressão fica entregue à iniciativa do ofendido junto à Justiça civil, para reconhecimento do seu direito à composição. Para os crimes públicos, a pena é severa, geralmente a capital ou o desterro sob a forma de *aquæ et ignis interdicto*.<sup>10</sup>

Realça Cezar Bitencourt, que os crimes privados pertenciam ao Direito Privado e não passavam de mera fonte de obrigações<sup>11</sup>.

Grande conquista adveio do direito romano, com as *Lege Corneliæ* e *Lege Juliae* introduzindo o princípio da reserva legal: catalogavam elas as condutas

<sup>9</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquemático: parte geral**. 2ª Ed., São Paulo: Método, 2009. P. 47.

<sup>10</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. 1º Tombo. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967. P. 80.

<sup>11</sup> Ob. Cit. P. 62.

consideradas crimes, preocupando-se com as relações interpessoais e crimes contra o Estado.

Cabe lembrar que, no século II d.C., já se distinguia o elemento subjetivo da atuação criminosa, considerando-se o dolo como *agravante* e a culpa uma atenuante a ser ponderada na fixação da pena.

Cezar Bitencourt destaca as principais características do direito penal romano:

a) a afirmação do caráter público e social do Direito penal; b) o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de suas excludentes; c) o elemento subjetivo doloso se encontra claramente diferenciado. O dolo – *animus* –, que significava a vontade delituosa, que se aplicava a todo campo do direito, tinha, juridicamente, o sentido de *astúcia* – *dolus malus* –, reforçada, a maior parte das vezes, pelo adjetivo má, o velho *dolus malus*, que era enriquecido pelo requisito da consciência da injustiça; d) a teoria da tentativa, que não teve um desenvolvimento completo, embora se admita que era punida nos chamados crimes extraordinários; e) o reconhecimento, de modo excepcional, das causas de justificação (legítima defesa e estado de necessidade); f) a pena constituiu uma reação pública, correspondendo ao Estado a sua aplicação; g) a distinção entre *crimina publica*, *delicta privata* e a previsão dos *delicta extraordinaria*; h) a consideração do *concurso de pessoas*, diferenciando autoria e participação.<sup>12</sup>

A *Idade Média*, outrossim, foi demarcada pelos conceitos dos Direitos Penais Germânico e Canônico.

No Direito Penal Germânico adotava-se a responsabilidade penal objetiva, mas o sistema de composição era mais utilizado do que as penas corporais.

---

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 16ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63

Criou-se um “preço de paz”, em que o infrator pagava uma pecúnia, determinada por um Tribunal ou pelo rei – conforme a gravidade do crime, o *status* do agressor e do ofendido –, em troca de sua liberdade. Esse valor era destinado tanto para a vítima, quanto para o Estado, como explica Cezar Bitencourt:

A composição representava um misto de ressarcimento e pena: parte destinava-se à vítima ou seus familiares, como indenização pelo crime, e parte era devida ao tribunal ou ao rei, simbolizando o *preço da paz*. Aos infratores insolventes, isto é, àqueles que não podiam pagar pelos seus crimes, eram aplicadas, em substituição, penas corporais.<sup>13</sup>

Já o Direito Canônico, como ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana, em princípio, aplicava-se somente aos religiosos, e, ademais, com caráter estritamente disciplinar.

O domínio da Igreja estendeu a aplicação do Direito Canônico também aos não religiosos, a toda a sociedade, caracterizando-se pela maior humanização da pena, e com superioridade, pois se preocupava com a regeneração do infrator, purificando sua consciência pelo alcance de seu arrependimento, como bem explica Cleber Masson:

Nada obstante predominasse à época o caráter retributivo da pena, no Direito Penal canônico a pena se dirigia à cura do delinqüente, à sua recuperação, pois se destinavam ao seu arrependimento perante a divindade (*pœnas medicinales*).<sup>14</sup>

Com a *Idade Moderna*, um período de transição por excelência, que principiou com a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, estendendo-

---

<sup>13</sup>Ob. Cit.. p. 65.

<sup>14</sup> MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 2ª Ed., São Paulo: Método, 2009. p. 50.

se até a Revolução Francesa (1789) — sobreveio uma certa involução: a prevalência de um direito penal cruel, desumano, com penas corporais e capitais.

A revolução francesa despertou, no século XVIII, o Iluminismo, geratriz de novas concepções, que levaram a um direito penal mais humanitário; os grandes pensadores da época não hesitaram nas críticas ao sistema vigente, e exigiram mudanças:

As correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau foram fiéis representantes, realizam uma severa crítica dos excessos imperantes na legislação penal, propondo que o fim do estabelecimento das penas não devem consistir em atormentar um ser sensível. A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinquente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquente.<sup>15</sup>

Impressionou o pensamento de Cesar de Bonesana, Marquês de Beccaria, divulgado com o livro *Dei Delitti e delle Pene*, baseado no Contrato Social de Rousseau, e que deu origem à escola clássica: o sentimento de revolta, despertado pelo sistema de penas, sua arbitrariedade e violência, identificou-se no livro de Beccaria, que apregoava que o homem tinha consciência de que, para viver em sociedade, era necessário abdicar de parcela de sua liberdade, mas que a infligência de qualquer pena não poderia ser superior a essa parte de liberdade concedida, para que nem fosse desproporcional, nem desnecessária.

As penas, por isso, deveriam ser previstas, claramente, em lei, cumprindo ao juiz ser mero aplicador delas, não podendo interpretá-las, sob pena de cair no

---

<sup>15</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 16ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

incerto e obscuro. Somente o soberano teria legitimidade para interpretar a lei, pois era ele a voz do povo.

Semeava-se aí a primeira manifestação do princípio da legalidade, como bem ressalta Nelson Hungria:

Foi a doutrina de Beccaria que influenciou na primeira formulação, em termos nítidos, do princípio da legalidade no direito penal positivo, isto é, na consagração de tal princípio pela *Josefina* (Ordenança penal austríaca de José II), que antecedeu de 2 anos a declaração francesa dos "direitos do homem e do cidadão".<sup>16</sup>

A pena não deveria ter apenas o caráter retributivo, mas também preventivo (prevenção geral), e era para isso que ela serviria. Qualquer pena que fosse além desse objetivo seria desnecessária e desproporcional.

Por fim, a pena deveria ter por critério o mal causado à sociedade, independentemente de sua intenção.

Álvaro Mayrink faz um belo resumo da obra:

Beccaria, depois de haver sustentado que o homem só se vê obrigado a ceder uma parte de sua liberdade pela *necessidade* e que o agravado das proporções da liberdade forma o *direito de reprimir*, afirma que as penas que excedam a necessidade de conservar a segurança pública são obviamente injustas *per natura*. Assim, depois de expor a *tese contratualista*, enumera as consequências emergentes: **a)** só as leis podem estatuir as penas e jamais podem ser ditadas senão pela vontade do legislador, o qual representa a sociedade por contrato; **b)** o magistrado não pode impor qualquer pena que não esteja fixada em lei, como também ultrapassar os limites por ela delimitados ainda que invoque o bem público; **c)** o soberano não pode governar sem leis gerais que obriguem a todos, nem tampouco declarar que alguém violou o contrato social; **d)** as penas não podem ser

---

<sup>16</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 43

atrozes; e) os magistrados, no aperfeiçoamento dos processos penais, devem fazer silogismo perfeito.<sup>17</sup>

Feliz o sumário de Noronha, ao sintetizar a essência da obra como a “defesa do indivíduo contra as leis e a Justiça daqueles tempos, que se notabilizaram, aquelas pelas atrocidades, e esta pelo arbítrio e servilismo aos fortes e poderosos”.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 214-215.

<sup>18</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal. 1º Volume**. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 39.

## **2 PRINCÍPIOS**

Historicamente, os princípios eram tidos como objetivos finais do direito, mera forma subsidiária de integração de normas, como se confere no artigo 4º da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.707/42), estabelecendo que os princípios gerais do direito só deveriam ser utilizados, havendo uma lacuna na legislação, se não fosse possível a integração da norma pela analogia, em primeiro lugar, ou pelos costumes.

O neopositivismo, na teoria do direito, promoveu a revisão desse paradigma, elevando os princípios ao *status* de norma jurídica, justificando pretensões jurídicas, qual fundando decisões judiciais.

Hodiernamente, o princípio transcende à própria norma jurídica, ensinando PINTO FERREIRA que "Princípio é o mandamento essencial de um sistema, o seu centro nuclear, como disposição básica da qual se refletem outras normas, que imprimem lógica, racionalidade e harmonia ao sistema normativo"<sup>19</sup>.

Efetivamente, "Princípio jurídico" na definição do Prof.CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, é:

O mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a

---

<sup>19</sup> FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. 6º Vol., São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p.243

racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.<sup>20</sup>

Salientada a importância dos princípios no ordenamento jurídico, importante destacar dois princípios fundamentais, de suma importância à abordagem da resposta penal, como exercício do *jus puniendi estatal*: princípio da intervenção mínima e princípio do acesso à justiça.

### 2.1 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Concebido o Direito sob a ótica *tridimensional*, a norma é fruto de um fato que sofreu uma valoração pela sociedade. Essa norma pode ter natureza administrativa, civil, tributária, penal etc..

É da intensidade dessa valoração do fato pela sociedade, que advirá para o Estado a necessidade de uma resposta penal, tutelando o correspondente valor contra infringências: ao se criar a norma, criminaliza-se aquele fato.

Ocorre que, como é cediço, a criminalização de uma conduta é a mais grave e drástica medida que se pode tomar, até porque terá por consequência privação da liberdade, direta ou indireta, daquele que a praticar.

É o que basta à instituição do princípio implícito na Constituição de *intervenção mínima* do Estado na seara do direito penal, isto é, a criminalização de fatos deve ser a *ultima ratio*. O Estado só deve interferir na esfera de

---

<sup>20</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p.230.

liberdade do cidadão quando houver justa causa, legitimado pelo relevante interesse<sup>21</sup>.

A *intervenção mínima* está proclamada, expressamente, no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e é também denominada de *princípio da necessidade*:

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Prevalece a ideia de que um bem jurídico só precisa e deve ser tutelado pelo Direito Penal se as outras esferas do direito, como o administrativo, o tributário e o civil, não forem suficientes para a sua proteção. Como bem ensina Rogério Greco, "o Direito Penal só deve preocupar-se com os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade".<sup>22</sup>

Trata-se de um princípio orientado ao legislador, pois há de ser dele a consciência de que criminalizar não é, necessariamente, a solução. A inflação do ordenamento jurídico com normas penais lhe retira a credibilidade e, reflexamente, a eficácia, reduzindo-o ao chamado Direito Penal Simbólico.

Luiz Regis Prado destaca:

A intervenção da lei penal só pode ocorrer quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade - como *ultima ratio legis* -, ficando reduzida a um *mínimo*

---

<sup>21</sup> MASSON, Cleber. **O Direito Penal do Inimigo**. In: SILVA, M.A.M. (coord.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p 113-153.

<sup>22</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1, 5ª Ed., Niterói, RJ: Impetus, 2005. p 50.

imprescindível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.

...

O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa.<sup>23</sup>

*Mutatis mutandi*, deve-se descriminalizar condutas que, pela evolução da sociedade, não reclamam mais da intervenção penal, despindo-se de sentido a tutela penal de um bem, cuja infringência não desperta ofensa a valores sociais, exatamente porque alterada a ótica axiológica, que lhe emprestava o contexto social. Cabe ao legislador a conferência constante da alteração dos valores, revogando normas de tutela barateada, como seu na descriminalização do crime de sedução, do de adultério etc.

Tal princípio, entretanto, também se direciona ao intérprete do Direito, que não deve reconhecer a adequação típica do fato, se, eventualmente, verificar que o bem jurídico tutelado poderá ser suficientemente protegido por ferramentas erigidas nos outros ramos do Direito.

Como bem destaca Eduardo Ferrari:

De acordo com o princípio da intervenção mínima, a tipificação e a punição não exigem apenas a existência formal do delito, mas especialmente, a material ou substancial, sendo relevante nesse contexto, analisar a presença da dignidade da incriminação, bem como a carência de proteção criminal.

Em uma sociedade democrática, a criminalização ou a descriminalização de condutas atua conforme a compreensão e presença dos conceitos de dignidade criminal e carência da proteção criminal.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1, 10ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p 148. (grifo não original).

<sup>24</sup> FERRARI, Eduardo Reale. **Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional**. In: COSTA, J.F.; SILVA, M.A.M. (coord.). **Direito Penal Especial**,

O princípio da *intervenção mínima* é composto, essencialmente, pelos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Pelo princípio da *fragmentariedade*, uma infração penal sempre será um ilícito. A recíproca, contudo, não será verdadeira. Realmente, um ilícito somente configurará infração penal quando “atentar contra valores fundamentais para a manutenção e o processo do ser humano e da sociedade”<sup>25</sup>. Resta claro que deverá o legislador observar esse preceito quando da elaboração da norma penal, só criando tipos penais, quando inequívoca a necessidade social. Há de ser assim, porquanto não basta seja a norma formalmente típica, imprescindível que é a necessidade de sua tipicidade material.

Pertinentes, nesse sentido, as ponderações de Ferrari, de que:

Por meio do princípio da fragmentariedade e ofensividade devem ser excluídas todas as condutas axiologicamente neutras e consideradas instrumentais à natureza não criminal, exemplificando-se no Brasil as infrações exclusivamente administrativas como a punição por usura; por descumprimento de tabelamento de preços; por não entrega de documentos considerados essenciais aos agentes econômicos em prazo determinado, etc.<sup>26</sup>

Outrossim, o princípio da subsidiariedade, que também informa a intervenção mínima, é voltado à aplicação da lei, apontando à legitimidade da punição penal se não houver nenhuma medida – estatal ou social – suficiente à

---

Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 579-625.

<sup>25</sup> MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquemático: parte geral**. 2ª Ed., São Paulo: Método, 2009. p.32.

<sup>26</sup> FERRARI, Eduardo Reale. **Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional**. In: COSTA, J.F.; SILVA, M.A.M. (coord.). **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 579-625.

proteção do bem jurídico tutelado. Qualquer outro meio de proteção, que seja mais brando, menos invasivo à liberdade individual do sujeito, e produza a tutela do bem jurídico, há de prevalecer, tornando a sanção penal excessiva ou desproporcional e, conseqüentemente, ilegítima.

## *2.2 ACESSO À JUSTIÇA*

Consabidamente, a garantia individual de acesso à justiça está prevista no artigo 5º da CF, nos incisos XXXV e LXXIV:

**Art. 5º, XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

**Art. 5º, LXXIV** - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

A premissa maior é de que toda lesão ou ameaça a direito poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário. O acesso a este Poder, contudo, historicamente foi restrito à classe média, pois a propositura de uma ação envolve onerações várias, desde seleção e contratação do advogado, suas honorárias, enfrentamento das custas processuais, esforços de diligências etc.

A efetividade esse direito e garantia legou o legislador constituinte a obrigar o Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos.

Dois são os principais instrumentos para garantir essa assistência: a assistência judiciária da Lei 1.060/50, conferindo isenção de taxas, emolumentos e custas, publicações, honorários, etc. (art. 3º), e a criação da defensoria pública (art. 134 da CF) – ainda não implantada em todos os Estados.

Mas no que consiste esse acesso à justiça? Com o decorrer dos anos, suas concepções mudaram muito e sob diversos aspectos.

Mauro Capelletti e Bryant Garth dividem o acesso à justiça em três grandes ondas: a primeira é a assistência judiciária aos necessitados – no Brasil, muito bem representada pela Lei 1.060/50 –; a segunda se refere à representação em juízo dos direitos difusos – aqui faz-se um estudo de adequação dos clássicos conceitos de processo civil no processo coletivo (legitimação, coisa julgada, etc.) –, representada, principalmente, pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor; finalmente, a terceira onda diz respeito à simplificação do procedimento e solução de conflitos, como a adoção de soluções extrajudiciais de conflitos (arbitragem, mediação, conciliação) – um exemplo é a Lei 9.099/95.

Logo na primeira onda já se vê uma mudança de paradigma. A Lei 1.060/50 demonstra, claramente, que a assistência judiciária era destinada aos pobres, àqueles que não tinham condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo de seu próprio sustento.

Hoje, não há dúvidas acerca da ampliação desse conceito. Não se visa a agasalhar, apenas, os hipossuficientes econômicos, mas principalmente os hipossuficientes jurídicos.

O acesso à justiça, combinado com a garantia do devido processo legal e seus desdobramentos (contraditório, ampla defesa), faz com que seja nomeado defensor público, advogado dativo, àquele que não pode se defender no processo por qualquer outra impossibilidade, que não a econômica. O Código de Processo

Civil, no art. 9º, nomeia casos em que será nomeado curador especial: citação ficta, réu preso e parte incapaz.

No processo penal, as hipóteses são ainda mais abrangentes. Uma vez citado pessoalmente, por exemplo, se o réu não nomear defensor, nem apresentar resposta escrita no prazo de 10 dias, deverá o juiz nomear defensor dativo para fazê-lo, pouco importa se pobre ou rico, ou os motivos de não ter constituído advogado (art. 396-A, §2º, do CPP).

Interessante a colocação da Profª Ada Pellegrini sobre as facetas da assistência judiciária:

Em primeiro lugar, a assistência judiciária, entendida outrora como patrocínio gratuito e dispensa de despesas processuais, abrange hoje toda a assistência jurídica pré-processual, a começar pela informação, com a correlata tomada de consciência, passando pela orientação jurídica, pelo encaminhamento aos órgãos competentes e culminando, finalmente, na assistência judiciária propriamente dita. Daí porque a terminologia também se ampliou, falando-se hoje em assistência jurídica, em contraposição à antiga assistência judiciária (art. 5º, LXXIV, c/c art. 134, ambos da CF).

Mas, além disso, também se dilatou o sentido do termo necessitados, aos necessitados tradicionais, que eram – e ainda são – os carentes de recursos econômicos, acrescentaram-se os carentes de recursos jurídicos. E assim a assistência judiciária aos economicamente fracos foi estendida aos hipossuficientes jurídicos. Primeiro passo nesse sentido foi dado para a defesa pena, quando se tratasse de acusado revel, independentemente de sua capacidade econômica.<sup>27</sup>

A terceira onda, quando apregoa a simplificação do processo e das formas de solução do conflito, abrindo possibilidade de se adotar meios extrajudiciais

---

<sup>27</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 116.

de solução do conflito: aclara que o acesso à **justiça** não se confunde com provocação do Poder Judiciário, mas em ferramenta de solução de conflitos.

A Constituição confere uma garantia mínima: se necessário, o Poder Judiciário intervirá na análise da violação ou ameaça a direito, via que não inibe, entretanto, a composição do conflito pela via extrajudicial.

Preciosa é a análise de Alexandre Gavronski sobre a alternatividade das vias de acesso à justiça:

...impende que adotemos um sentido amplo de *acesso à justiça*, que supere uma visão exclusivamente judicial ou processual e que expanda a aplicação dos quatro princípios identificados por CARNEIRO (acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade) às técnicas extraprocessuais.

Assim, sem desconhecer que a garantia constitucional prevista no inciso XXXV do art. 5º. de nossa Constituição possui, na sua redação, um enfoque nitidamente judicial e negativo ('a lei *não excluirá* da apreciação do *Poder Judiciário* lesão ou ameaça a direito'), tomamos em conta que ela se trata, como qualquer direito e garantia fundamental, de uma garantia mínima e que se deve sujeitar a uma direta influência hermenêutica irradiante do Estado Democrático de Direito para abrir-se a uma crescente participação dos legitimados coletivos e, por meio destes, dos titulares do direito não apenas nas provocações do Poder Judiciário, mas na própria concretização e efetivação dos respectivos direitos e interesses.<sup>28</sup>

Compõem o acesso à justiça, como meios extrajudiciais de solução de conflitos, agasalhados no ordenamento jurídico, a arbitragem, a transação, a conciliação e a mediação:

---

<sup>28</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 104-105

a) **arbitragem**: está disciplinada na Lei nº 9.307/96, caracteriza-se como instrumento de justiça privada, na concepção de Luiz Antonio Scavone Junior, que a define como “*meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes a direitos patrimoniais e disponíveis, através do árbitro, normalmente um especialista da matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral*”<sup>29</sup>.

b) **transação**: está prevista nos artigos 840 a 850 do Código Civil, sendo uma forma de prevenir ou terminar um litígio mediante concessões mútuas, desde que verse sobre direitos patrimoniais. No instituto não interferem terceiros, restringindo-se à vontade das partes as transigência e o afrouxamento de suas pretensões; por isso mesmo, os efeitos da transação restringem-se às partes envolvidas (art.844), não se estendendo a terceiros, que dela não participaram, ainda quando indivisível a coisa ou interesse em disputa.

c) **conciliação**: incluída na Lei nº 9.099/95 (artigos 21 a 23), consiste em sugerir às partes – sem qualquer imposição – uma solução ao caso. Tal sugestão é feita por um conciliador, que deverá mostrar as vantagens do acordo. Cabe às partes decidir se querem compor uma solução ao conflito, conjuntamente, ou se preferem entregá-lo ao Poder Judiciário, ou até mesmo ao Juízo Arbitral.

d) **mediação**: uma outra forma alternativa de composição de conflitos, em que se nomeia um terceiro, neutro e imparcial, para ajudar as partes no diálogo e costura de um acordo. O mediador não impõe ou sugere nenhuma solução ao caso, mas tão somente orienta o processo de conciliação, sendo essa a principal diferença entre o mediador e o conciliador.

---

<sup>29</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p 19.

Tais soluções, contudo, são típicas de direito civil, não havendo qualquer regulamentação na seara penal.

No processo penal não há instituto que solucione o conflito sem a participação do Poder Judiciário. O máximo que se conseguirá é a dispensa do processo penal. Três são as situações: conciliação civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

a) **conciliação civil**: prevista no art. 74 da Lei 9.099/95, trata-se de uma medida despenalizadora, cabível nas infrações de menor potencial ofensivo em que haja danos patrimoniais ou extrapatrimoniais à vítima. Sendo a infração de ação penal privada ou pública condicionada e havendo homologação de acordo, haverá uma automática renúncia ao direito de queixa ou representação, com a reflexa extinção da punibilidade do agente.

b) **transação penal**: introduzida pelo art.76 da Lei nº 9.099/95, pode ser conceituada como um acordo entre o agente e o Ministério Público, titular da ação penal pública, nas infrações de menor potencial ofensivo, quando não for caso de arquivamento; possibilita que o *agente* aceite a imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou de multa, dispensando-se o processo e seus efeitos, sobretudo livrando-o do título condenatório; gravame único da transação e remanescer sua realização por cinco anos, período em que restará inviável sua repetição, caso o *agente* reincida em infringência penal do mesmo jaez.

c) **suspensão condicional do processo**: novidade trazida também pela Lei nº 9.099/95 (art.89), consiste em benefício concedido a quem comete infração penal, cuja pena mínima, em abstrato, seja igual ou inferior a um ano. Oferecida a denúncia, pode propô-la em audiência o Ministério Público, cabendo ao agente aceitá-la ou não; aceita, o processo ficará suspenso durante o período de prova, e

enquanto o beneficiado estiver cumprindo as condições *avençadas*; finda a provação, sem motivo à revogação, terá sua punibilidade extinta.

Neste três casos, destarte, aquele indicado como autor do delito poderá, em audiência designada para esse fim e na presença do juiz, escolher se aceita o benefício proposto ou se dá seguimento ao processo, oportunidade em que poderá provar sua inocência, se preferir.

A Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, acresceu um novo aspecto do princípio do acesso à justiça: sua **efetividade**, instrumentada pela celeridade, reconhecendo que a morosidade configura sua negação:

**Art. 5º, LXXVIII.** A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Um dos grandes problemas do Poder Judiciário sempre foi a morosidade da prestação jurisdicional: anos, senão décadas, despendia-se para um julgamento definitivo, refletindo verdadeira negação da jurisdição, até porque as ações e pretensões restavam repassadas a herdeiros e sucessores.

Frustra concessão de amplo acesso à justiça, se a prestação jurisdicional se delonga *ad aeternum*. O acesso à justiça, portanto, só estará garantido se for efetivo e, para tanto, necessário se faz sua agilidade, sua duração razoável.

Como bem salienta José Raul Gavião:

Processo é relação jurídica *continuada e dinâmica que se desenvolve ao longo do tempo*. Nele são contrapostas duas exigências da função jurisdicional, a rapidez e a justiça – *forçoso é estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a*

*administrar, sem delongas, a justiça.* A efetividade da jurisdição exige equilíbrio entre as regras da segurança jurídica, do devido processo legal (que pressupõe a plenitude de defesa), em curso de tempo razoável. Nem o garantismo radical, nem o procedimento desenfreado atuam em benefício da Justiça.<sup>30</sup>

A duração razoável do processo deverá ser observada, também e principalmente, no processo penal. A ação penal, mais que um inconveniente, expõe à *potestas coercendi* a vida daquele, que se submete à *persecutio criminis*, ainda que solto.

Com efeito, desde medidas cautelares, que limitem ou impeçam sua saída do país ou mesmo de sua cidade, obrigação de comparecer a todos os atos processuais, proibição de frequência determinados lugares etc. configuram constrangimento excessivo, que se completa com o indiciamento, a conspurcação de seu nome fichários e folha de antecedentes, registros públicos outros, enfim, um sem número de constrações, que desafina do princípio da não culpabilidade ou da inocência presumida.

O suplício só terá fim com o término do processo, a demonstrar que só a celeridade e a exígua duração deste assegurarão um efetivo acesso à justiça: é o que basta à compreensão de que os novos institutos, trazidos pela Lei nº 9.099/95, são de máxima importância.

Antônio Scarance Fernandes aborda a preocupação com a presteza de uma justiça célere:

Há um consenso em torno de que um dos graves problemas da justiça criminal é a demora a solução dos processos criminais. O problema cresce nos países em que é comum ficar o acusado preso por longos períodos até ser proferida a decisão. Aponta-se a

---

<sup>30</sup> ALMEIDA, José Raul Gavião de. **Acesso Efetivo à Justiça**. In: COSTA, J.F.; SILVA, M.A.M. (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 567-577.

lentidão no andamento dos feitos como principal motivo para que se busquem formas alternativas de resolução da causa e maneiras de simplificação do procedimento, tanto que o Conselho da Europa, na Recomendação 18, de 1987, sobre a Simplificação da Justiça Penal, afirmou ser a simplificação dos procedimentos um dos meios importantes para tornar a justiça criminal mais ágil.<sup>31</sup>

Indubitável é que a simplificação do procedimento não poderá, jamais, implicar não assegurar, ou mesmo mitigar, a defesa do acusado: há de se buscar, sempre, por um ponto de equilíbrio, em que se consiga reduzir a duração do processo, sem, contudo, impossibilitar a **ampla** defesa de seu sujeito passivo.

---

<sup>31</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Efetividade, Processo Penal e Dignidade Humana**. In: MIRANDA, J.; SILVA, M.A.M. (coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2ª Ed., São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p 569-584.

### 3 FUNÇÃO DA PENA

*Pena* é sinônimo de *castigo*, merecido por quem peca, ou infringe alguma proibição de conduta, e tanto pode consistir na restrição de alguns direitos, quanto na obrigação de pagar *multa*, ou até na privação da liberdade do condenado.

Tal qual a medida de segurança, a *pena* é uma das espécies da sanção penal, e, como tal, sua aplicação pressupõe a condenação definitiva pela prática de infração penal.

Damásio de Jesus, define a pena como uma “sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”<sup>32</sup>.

No Brasil, a cominação da visa à realização de uma tríplice finalidade: preventiva, retributiva e ressocializadora.

A aplicação da pena é, filosoficamente, justificada por diversas, porquanto a inflição de uma aflição a um ser humano não pode ser gratuita, nem, muito menos, despropositada.

Quatro são as teorias, que analisam e justificam explicam a aplicação da pena, em razão de sua finalidade: a *absoluta*, a *relativa*, a teoria *eclética* e a *dialética unificadora*.

---

<sup>32</sup> JESUS, Damásio E. De. **Direito Penal: parte geral**. 1º Vol. 28ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 519

### 3.1 TEORIA ABSOLUTA

Esta teoria traduz a filosofia inspiradora da lei do Talião – “*Oculum pro oculo, dentem pro dente*” – e apologiza ter a pena finalidade eminentemente retributiva.

Como o sugere sua denominação, lei de talião — do latim *Lex Talionis*, onde *lex* = lei e *talis* = tal qual — a pena seria o *mal justo*, que haveria de espelhar o *mal injusto*, praticado pelo *agente* do crime, radicalmente, na mesmíssima medida e intensidade, uma “*retribuição absoluta*”.

Conquanto bruta, pela violência da resposta, tal critério de reprimenda penal foi a manifestação do princípio da proporcionalidade, porquanto restringia a retribuição penal à medida do malefício criminoso praticado.

Circunscrever a pena a seu caráter retributivo é limitar seu objetivo a, tão somente, castigar aquele que cometeu o delito, mero instrumento de vingança do Estado, no dizer de Cleber Masson<sup>33</sup>, ou uma inutilidade, que se exauria em seu propósito menor.

Seu pressuposto seria a suficiência do castigo para o restabelecimento da ordem jurídica, uma resposta à sociedade, para saciar o sentimento de justiça da coletividade.

Kant entendia que vontade livre e lei eram conceitos que se confundiam. O indivíduo, portanto, deveria agir sempre respeitando à lei, pois estaria

---

<sup>33</sup> MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. 2ª Ed., São Paulo: Método, 2009. p. 517.

respeitando sua própria vontade. E, com base neste raciocínio, seria moralmente correto castigar aquele que praticou um crime com a imposição de uma pena. É o que relata Miguel Reale Jr.:

Diante desta noção de ação e de liberdade para KANT, a lei penal constituía um imperativo categórico, como comando da realidade, devendo ser aplicada a pena como um fim em si mesmo, pois o castigo judicial em face do criminoso e da sociedade não pode visar a um outro bem senão o de punir por se haver cometido o delito. Assim, todos hão de receber o que merecem, razão pela qual, exemplifica KANT, se uma sociedade está para se dissolver, nem por isso o último condenado deve deixar de ser punido. A pena é uma retribuição moral para a realização da ideia de Justiça.<sup>34</sup>

Claus Roxin, entretanto, não hesitou em criticar a teoria absoluta, contrapondo-se à exclusividade retributiva da pena:

A pena, destarte, é um castigo, que não se justifica, tão-só, por ser um mal que se inflige a outro mal, mas que se justifica como reafirmação de um valor consagrado pela lei. A não-aplicação da lei, como a não-imposição de uma pena, nos casos de descriminalização branca, reflete que o valor tutelado não mais tem significado social relevante, sendo desnecessário e incongruente reafirmar este valor pela aplicação da lei, como sucede, por exemplo, com a manutenção de casa para encontros libidinosos, os motéis, incriminados pelo art. 229 do Código Penal. Se não há valor a ser afirmado, não se justifica a pena, e opera-se a descriminalização, mesmo que vigente a norma incriminadora.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> REALE JR., Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 45

<sup>35</sup> ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**, 3ª Ed., Lisboa: Vega, 2004. p. 17-18.

### 3.2 TEORIA RELATIVA

A teoria absoluta não resistiu às tantas críticas a seu simplismo – e despertou o surgimento de ideias contrapostas, como as da teoria relativa.

A teoria relativa acentua ter a pena uma finalidade preventiva, configurando-se instrumento para se prevenir a ocorrência futura de infrações penais, salientando Cleber Masson que “a pena não está destinada à realização da justiça sobre a terra, servindo apenas para a proteção da sociedade”<sup>36</sup>.

O caráter preventivo da pena pode ser analisado sob diversos aspectos: um geral, e um especial.

Considerada sob o aspecto geral, a prevenção ser negativa ou positiva. O desestímulo à prática de crimes, pela intimidação da coletividade, mercê da imperatividade da pena e de sua gravidade, constitui a prevenção geral negativa.

Já em seu aspecto positivo, a prevenção geral afirma a validade da norma, e sua aplicação comprova a vigência da ordem jurídica, como bem salienta Masson:

O efeito buscado com a pena é romper com a ideia de vigência de uma “lei particular” que permite a prática criminosa, demonstrando que a lei geral – que impede tal prática e a compreende como conduta indesejada – está em vigor.<sup>37</sup>

A prevenção especial, por sua vez, é direcionada àquele indivíduo, que cometeu o crime, vez que a prevenção geral não foi suficiente para ele. Também é subdividida em positiva e negativa. A prevenção especial negativa tem a

---

<sup>36</sup> MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. 2ª Ed., São Paulo: Método, 2009. p. 518.

<sup>37</sup> Ob. Cit. p.518-519

função de evitar a reincidência. Ao sofrer a pena, o indivíduo que cometeu a infração é, em tese, desincentivado a praticar outro, sob pena de ser submetido a nova sanção.

A prevenção especial positiva, por sua vez, busca a ressocialização do condenado. Para que o cumprimento da pena não tenha caráter retributivo, é necessário que se objetive, nessa fase, a integração social do reeducando.

Digna de nota é a explicação de Miguel Reale, trazendo à colação o ensinamento de Maggiore, sobre a pena como forma de coação moral e física:

Em razão do realce que dá ao caráter imperativo da lei penal, mesmo porque o direito não imperativo não existe, entende MAGGIORE que a pena é uma coação psicológica para levar o homem a não praticar o mal. A norma penal impõe que se aja de uma determinada forma, e o seu comando é mais eficaz graças à ameaça da pena. À coação moral segue-se a coação física, caso cometido o delito, pois a pena é infligida pela força. A norma penal, no entanto, é sempre imperativa, pois mesmo quando desrespeitada vem a ser um comando ao juiz para punir e ao réu para sofrer a pena.<sup>38</sup>

### 3.3 TEORIA ECLÉTICA

Sempre que duas linhas de pensamento se contrapõe, um *tertio genus* exsurge, conciliando a faceta positiva e comedida, de cada uma delas.

Se a teoria absoluta radicalizava com a *retributividade* exclusiva e se a teoria relativa exagera com a exclusividade do caráter preventivo, a teoria eclética identificou uma *mista e dúplice* finalidade à cominação e aplicação da

---

<sup>38</sup> REALE JR., Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 52.

pena: proclamou que a pena tem, conjunta e concomitantemente, todas tais finalidades: busca a prevenir o cometimento de novas infrações, tanto quanto se presta a retribuir o mal causado, prevenindo, também, a reincidência do infrator.

Como bem destaca Francisco de Toledo:

Prevenção geral e especial são, pois, conceitos que se completam. E, ainda que isso possa parecer incoerente, não excluem o necessário caráter retributivo da pena criminal no momento de sua aplicação, pois não se pode negar que a pena cominada não é igual a pena concretizada, e que esta última é realmente pena da culpabilidade e mais tudo isto: verdadeira expiação, meio de neutralização da atividade criminosa potencial ou, ainda, ensejo para recuperação, se possível, do delinqüente, possibilitando o seu retorno à convivência pacífica na comunidade dos homens livres.<sup>39</sup>

A leitura do *caput* do artigo 59 do Código Penal deixa claro que nossa *lex poenalis* adotou a teoria eclética no ordenamento jurídico penal brasileiro:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime (grifo não original).

Cléber Masson ainda aponta outros exemplos, como o perdão judicial (art. 121, §5º, e 129, §8º, do CP), com nítida característica retributiva, e a Lei de Execução Penal, que traz diversos dispositivos sobre prevenção especial (art. 10 e 22, p.ex.), como o trabalho do preso, que tem finalidade educativa (art. 28 da Lei nº 7.210/84)<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 3

<sup>40</sup> MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. 2ª Ed., São Paulo: Método, 2009. p. 520.

### 3.4 TEORIA UNIFICADORA DIALÉTICA

Hoje, contudo, emergem duas distintas correntes de pensamento, para explicar a imposição da pena: o funcionalismo teleológico, encabeçado pelo jurista alemão Claus Roxin, e o funcionalismo radical, defendido por Günter Jakobs.

O *funcionalismo radical* preocupa-se com os fins da pena, considerando, tão somente, as necessidades do sistema. Busca-se, com a pena, a reafirmação da autoridade do direito, de modo que a finalidade da pena é tão somente a preventiva geral.

O Profº Miguel Reale Jr analisa:

Desse modo, reafirma-se positivamente o Direito, trazendo um reforço às convicções jurídicas fundamentais, pois se há uma expectativa de que as instituições elementares funcionem, a prática do delito constitui uma decepção desta expectativa, e a pena tem uma função: “*exercitar a confiança da norma*”, dar, frente ao delito, maior confiança a quem dela confia. Dessa forma, diz JAKOBS, pena se volta para “*exercitar a fidelidade ao Direito*”.<sup>41</sup>

Já no *funcionalismo teleológico*, a preocupação é com os bens jurídicos tutelados, indispensáveis ao indivíduo e à sociedade; é com os fins do direito penal, orientado por finalidades político-criminais.

---

<sup>41</sup> REALE JR., Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 53-54.

Seu maior defensor, Claus Roxin, analisa a finalidade da pena segundo cada fase em que ela se insere: cominação em abstrato, cominação em concreto e execução.

Para este jurista alemão, as teorias monistas (relativa e absoluta) e a mista têm por consequência a arbitrariedade e a falta de verdade. Já a teoria unificadora dialética “pretende evitar exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas”<sup>42</sup>.

Significa, pois, que o legislador, ao criar o tipo penal e cominar sua pena, visa a uma finalidade de prevenção geral, positiva e negativa, ou seja, a função da pena, quando de sua cominação em abstrato, é afirmar a validade da lei penal, desincentivando a sociedade à prática do delito.

Para tanto, o legislador deverá observar o princípio da proteção subsidiária de prestações e bens jurídicos em sua dupla restrição: “somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para a vida em comum ordenada”<sup>43</sup> e “o legislador não possui competência para, em absoluto, castigar pela sua imoralidade condutas não lesivas de bens jurídicos”<sup>44</sup>.

Uma vez cometida a infração, após o devido processo criminal, o juiz, em sentença, cominará uma pena em concreto, que terá duas funções: (a) a preventiva geral positiva, vez que o indivíduo condenado servirá de exemplo à

---

<sup>42</sup> ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3ª Ed. Lisboa: Veja, 2004. p. 44.

<sup>43</sup> ROXIN, Claus. Ob. Cit. p. 28.

<sup>44</sup> Ob. Cit. p.29.

sociedade, mostrando a validade da norma e (b) a preventiva especial, em que se busca impedir a reincidência:

Certamente, não se pode desconhecer que, na maioria dos casos de aplicação de uma pena, se inclui também um elemento de prevenção especial que intimidará o delinquente face a uma possível reincidência e manterá a sociedade segura deste, pelo menos durante o cumprimento da pena. Porém, com um olhar mais atento, verificar-se-á que a componente da prevenção especial da sentença pena também tem um fim último de prevenção geral. Ao pretender que os esforços de ressocialização em favor do sujeito somente podem começar com a execução da pena, a primeira coisa que a condenação em si mesma torna efectiva é uma dura restrição da liberdade do delinquente, restrição essa que se faz não no seu interesse, mas no da comunidade e que, portanto, serve a outros e não a ele.<sup>45</sup>

Segundo, ainda, Claus Roxin, para que a aplicação da pena seja justa e legítima, não poderá ela ultrapassar a medida da culpa.

No momento da execução da pena, finalmente, busca-se a ressocialização do condenado, com a sua reintegração e reinserção na sociedade.

Por fim, a execução constitui o terceiro e último estágio da realização do direito penal. Como vimos, servindo a pena exclusivamente fins racionais e devendo possibilitar a vida humana em comum e sem perigos, a execução da pena apenas se justifica se prosseguir esta meta na medida do possível, isto é, tendo como conteúdo a reintegração do delinquente na comunidade. Assim, apenas se tem em conta uma execução ressocializadora. O facto da ideia de educação social através da execução da pena ser de imediato tão convincente, deve-se a que nela coincidem prévia e amplamente os direitos e deveres da colectividade e do particular, enquanto na cominação e aplicação da pena ele apenas se podem harmonizar através de um complicado sistema de recíprocas limitações.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3ª Ed. Lisboa: Veja, 2004. p. 33-34.

<sup>46</sup> ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3ª Ed. Lisboa: Veja, 2004. p. 40.

#### **4 JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Resposta penal e seus propósitos são o âmago do Direito Penal e sua funcionalidade, gerando uma permanente e incessante discussão sobre a proficiência do ordenamento jurídico, que os instrumenta, mormente em se considerando a impotência falimentar do sistema prisional.

Seria mesmo a *pena* e a *privação de liberdade* o melhor aparato à conquista da paz social, a justificar a *persecutio criminis* como ingerência estatal para a realização de seu *jus puniendi*???

Instrumentos alternativos, que conduzam à recomposição dos interesses da vítima e da sociedade, e não sacrifiquem o agente, a ponto de erigi-lo a *pária* social, não seriam mais eficientes e menos traumáticos???

Uma nova concepção de persecução penal vem seduzindo e conquistando adesões, ao propor a *intervenção mínima* do Estado, preconizando a maior eficácia das sanções alternativas, a preterir a privação de liberdade como derradeira opção, que justificaria a incidência do Direito Penal.

Sob o epíteto de “Justiça Restaurativa” vem se impondo essa nova forma de recomposição do desequilíbrio social decorrente da infringência às normas penais, reconstituindo os interesses da vítima pelo dano sofrido, além de onerar o transgressor da lei, sem, contudo, infligir-lhe um castigo ou sancionamento penal.

Sacramenta-se o fim do caráter *retributivo* da pena, assentando-se a nova concepção de que a intervenção penal do estado há de ser mínima, e não mais há ensanchas à barbárie do “olho por olho, dente por dente”, muito mais prejudicial

que benéfico à sociedade.

Nem por isso críticas são poupadas, como o anota Renato Sócrates:

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

A esse argumento responde-se que é equivocado imaginar que antes do advento do período da Vingança Divina e Pública só havia uma justiça privada bestial. Zehr procura demonstrar que haviam práticas comunitárias de justiça, com mediação e características restaurativas (Rolim, 2003) – tanto é que a Justiça Restaurativa é um resgate de algumas dessas práticas, sobretudo indígenas e aborígenes, consolidadas por séculos.<sup>47</sup>

Irrefutável, entretanto, que própria recomposição traz mais satisfação para a vítima, que a punição do agente, até porque, nessa nova forma de justiça, conquista a vítima um *status* de protagonista, e seus interesses alcançam proeminência no âmbito penal.

Vale lembrar que no âmbito civil, sob o fundamento da atribulação e morosidade do Poder Judiciário, também tem sido adotadas formas alternativas de solução do conflito, tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação.

Curiosa, outrossim, a “teoria da coculpabilidade”, desenvolvida pelo professor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, para fundamentar a justiça restaurativa, como via de preterição do exercício do *jus puniendi* estatal, porquanto o Estado se despiria de título ético e moral a buscá-lo, à medida que, mediatemente, contribuiu ele ao evento infracional.

---

<sup>47</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?** In: MORRIS, Alisson. et al. *Justiça Restaurativa*. Disponível em <[http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca\\_restaurativa.pdf](http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca_restaurativa.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2012.

Argumenta-se que, na maioria das vezes, o Estado ostenta parcela de culpa, quando um cidadão, marginalizado, pratica um crime: sua conduta criminosa é também consequência de sua marginalização, não só pela sociedade, mas principalmente pelo Estado, que não lhe forneceu um mínimo de base material, educacional e cultural, privando-o de uma existência minimamente digna, para uma vida digna, carecedora de saúde, trabalho, alimentação, moradia, lazer etc.

Esse Estado omissor, que contribuiu à deformação desse cidadão, não ostentaria título ético ou moral para se valer da Justiça Criminal e buscar o sancionamento retributivo do mal, de que é ele copartícipe: cabe-lhe, pois, investir na ressocialização, cumprir com a obrigação pública objetiva, de que já foi inadimplente, ao revés da hipócrita inócua pretensão de aplicação de pena privativa de liberdade.

*Ad satiem*, há filosóficos fundamentos a alevantar a importância de se instituir, investir e estudar a Justiça Restaurativa, como a melhor forma de se atingir a função do Direito Penal.

Outrossim, Flávio Garcia, exalta as vantagens pragmáticas do *método* restaurativo, para a realização da Justiça:

Dentro de uma visão moderna e na busca efetiva da verdadeira harmonização das relações sociais, os métodos alternativos de solução de conflitos têm encetado mudança de paradigma na forma clássica de se dizer o direito. As partes passam a ter um papel direto e preponderantemente ativo na solução dos problemas. Essa participação mais ativa tem possibilitado, de uma maneira bem mais expressiva, a manutenção de relações futuras (comerciais e afetivas) entre os litigantes que, no geral, têm mais liberdade e privacidade para diretamente debater as questões controversas em um ambiente menos formal que as salas de

audiência dos tribunais.<sup>48</sup>

#### 4.1 CONCEITO

*Ab initio*, há de ser frisado que a Justiça restaurativa é um meio alternativo de solução do conflito penal, em substituição ao modelo tradicional, tanto ao que visa tão somente à punição do autor do fato delituoso, quanto, até mesmo, ao que conjuga a punição com a prevenção geral.

É, ainda, um meio de se integrar vítima e infrator, buscando-se a reparação do dano e, com isso, atentando ao primeiro e ressocializando o último. De se observar, portanto, que não basta uma simples reparação, é necessário encontrar uma fórmula que atinja, conjuntamente, a reparação e a ressocialização.

Cláudia Santos, citando Tony Marshall, define justiça restaurativa como “um processo através do qual os sujeitos envolvidos numa particular infração se juntam para resolver em conjunto como lidar com o resultado da ofensa e as suas implicações futuras”.<sup>49</sup>

Destaque-se a característica de processo colaborativo, como destacam Paul McCould e Ted Wachtel:

---

<sup>48</sup> GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. In: SILVA, M.A.M. (coord.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.225-296.

<sup>49</sup> SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – Algumas Reflexões Suscitadas pelo Anteprojecto que Introduce a Mediação Penal “de Adultos” em Portugal**. In COSTA, J. F.; SILVA, M. A. M.. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p.373-398.

A Justiça Restaurativa é um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de ‘partes interessadas principais’, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão.

A essência da justiça restaurativa é a resolução de problemas de forma colaborativa. Práticas restaurativas proporcionam, àqueles que foram prejudicados por um incidente, a oportunidade de reunião para expressar seus sentimentos, descrever como foram afetados e desenvolver um plano para reparar os danos ou evitar que aconteça de novo. A abordagem restaurativa é reintegradora e permite que o transgressor repare danos e não seja mais visto como tal.<sup>50</sup>

Para que a justiça restaurativa seja possível, faz-se necessário, antes de tudo, que na infração penal haja uma vítima individualizada.

Difícil é visualizar, a princípio, a cooperação entre autor do fato e vítima, em se tratando de delitos, em que o sujeito passivo seja a coletividade ou a Administração Pública, por exemplo.

Também é necessária a convergência da vontade do ofendido, pois, sem o consenso deste, não há falar-se em cooperação.

É possível, outrossim, que outras pessoas, afetadas pelo ilícito, também sejam chamadas a participar do processo, como a comunidade e os familiares.

Acima de tudo, deve-se considerar tratar-se de um processo informal e voluntário, em que se deve produzir um ambiente amigável, acolhedor, como obtempera Renato Sócrates:

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas

---

<sup>50</sup> MCCOULD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa**. Disponível em: <[http://www.iirp.edu/library/paradigm\\_port.html](http://www.iirp.edu/library/paradigm_port.html)>. Acesso em: 10 mai. 2012.

ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.<sup>51</sup>

Mas como funcionaria esse processo alternativo? Como já salientado, deve-se reunir todos aqueles que possam fazer parte da reparação do dano e da ressocialização. Assim, além do ofendido e do autor do fato, seus familiares e membros da comunidade afetada. Também é interessante que participem desse processo profissionais, que possam ajudar nessa área, como o assistente social e o psicólogo, e até mesmo um advogado. A função deles seria a melhor orientação das partes, principalmente na parte psicológica, que sói ficar abalada após o crime.

Estabelecido o concurso cooperativo de todos, buscar-se-á a medida mais apropriada à solução daquele desequilíbrio conflituoso, alcançando-se o melhor resultado pela audiência de todos os interessados e dos referidos profissionais, enfeixando uma conclusão individualizada e adequada às circunstâncias pessoais dos personagens, nunca um estereótipo, que se preste a todos os casos.

Sérgio Campos ensina como deve ser esse procedimento:

A prática restaurativa em si, que deve reunir essencialmente

---

<sup>51</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?** In: MORRIS, Alisson. et al. *Justiça Restaurativa*. Disponível em <[http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca\\_restaurativa.pdf](http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca_restaurativa.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2012.

vítima e ofensor e os técnicos responsáveis pela condução dos trabalhos (normalmente denominados facilitadores), e pode incluir familiares ou pessoas próximas a estes, além de representantes da comunidade, e os advogados dos interessados, se o caso. Deve ocorrer preferencialmente em local neutro para as partes, e se desenrola, basicamente, em duas etapas: uma na qual são ouvidas as partes acerca dos fatos ocorridos, suas causas e consequências, e outra na qual as partes devem apresentar, discutir e acordar um plano de restauração. Ressalte-se que é fundamental assegurar aos participantes boa informação sobre as etapas do procedimento e consequências de suas decisões, bem como garantir sua segurança física e emocional. Nesta ocasião o papel dos facilitadores é muito importante, os quais devem ser tão discretos quanto possível, no sentido de não dominarem as ações do evento, mas conduzirem as partes no caminho de lograr, por seus próprios meios, o encontro da solução mais adequada ao caso.<sup>52</sup>

Como bem destaca o autor, é de suma importância que as partes sejam informadas de todo o procedimento e de suas consequências, para que possam tomar a melhor decisão, isso porque, vale repetir, trata-se de um processo voluntário, cabendo às partes, uma vez cientes das implicações, decidirem se aceitam ou não aquela forma de solução do conflito instaurado.

Enfrentadas as características apontadas, a dinâmica e os pressupostos de sua concreção, é possível, enfim, conceituar justiça restaurativa como *um meio alternativo de solução de conflito, através de um processo voluntário, consensual e informal, no qual os sujeitos ativo e passivo de uma infração penal, com a ajuda de familiares, membros da sociedade e/ou outras pessoas afetadas pelo delito, bem como de profissionais especializados, acordam em uma forma mais adequada de reparar o dano causado ao ofendido e atingir a ressocialização do autor do fato.*

---

<sup>52</sup> VITTO, Renato Campos de. **Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos**. In: MORRIS, Alisson. et al. *Justiça Restaurativa*. Disponível em <[http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca\\_restaurativa.pdf](http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca_restaurativa.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2012.

## 4.2 FINALIDADES

A finalidade primordial da justiça restaurativa é solucionar o conflito penal de maneira mais eficaz do que vem sendo solucionado através da solução jurisdicional.

Paul McCould e Ted Wachtel, a propósito, exaltam que “Crimes causam danos a pessoas e relacionamentos. A justiça requer que o dano seja reparado ao máximo. A justiça restaurativa não é feita porque é merecida e sim porque é necessária”<sup>53</sup>.

É cediço que o sistema jurisdicional de solução de conflito penal, que hoje se pratica, não tem sido eficaz no controle da criminalidade.

Com efeito, as penas restritivas de direito, quando aplicadas nas infrações de menor potencial ofensivo, têm sido barateadas em cestas básicas, gerando à vítima sensação de injustiça.

Esse sentimento é tão verdadeiro, que motivou a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, a proibir, expressamente, a conversão da pena privativa de liberdade em cesta básica ou prestação pecuniária de qualquer tipo (art. 17), bem como a aplicação da Lei 9.099/95 (art. 41), aos crimes praticados com violência doméstica ou familiar.

Vale ressaltar que a Lei Maria da Penha foi a primeira lei a colocar a

---

<sup>53</sup> MCCOULD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa**. Disponível em: <[http://www.iirp.edu/library/paradigm\\_port.html](http://www.iirp.edu/library/paradigm_port.html)>. Acesso em: 10 mai. 2012.

vítima como *protagonista* do processo, quando sempre foi o ofendido tratado como personagem secundário no processo penal.

De fato, a postura da vítima nos crimes de ação pena pública, limita-se, basicamente, a representar contra o autor do fato e a prestar depoimento, permitindo-se-lhe, em algumas situações, atuar como assistente do Ministério Público, participação de natureza subsidiária, até porque dependente da atuação do promotor de justiça.

Não bastasse a banalização das penas pecuniárias, as penas privativas de liberdade não têm cumprido sua função de prevenção especial, quer positiva, quer negativa: a reincidência só tem aumentado, como o revelou o Ministro César Peluso, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, ao advertir que tal índice chega a 70% (setenta por cento)!<sup>54</sup>

E a *causa* é relativamente simples: falta a ressocialização do preso. Ressocializar significa socializar novamente, conseguir se readaptar a um grupo, à convivência com outras pessoas.

Ocorre que, aquele que ostenta uma condenação criminal em sua folha de antecedentes, é estigmatizado pela sociedade: é preterido na disputa por um novo emprego, e se vê em dificuldades na obtenção de meios para se sustentar, afora ser rejeitado por familiares e amigos, não conseguindo, sequer, integrar novos grupos de convivência, a não ser de egressos do sistema penitenciário. Esse somatório de *concausas* conduzem-no, inexoravelmente, à recidiva deliquencial.

---

<sup>54</sup> COMEÇAR de Novo. Índice de Reincidência no Brasil é um dos maiores do Mundo, diz Peluso. **Última Instância**. São Paulo, 09 nov. 2011. 11h39. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/53005/indice+de+reincidencia+no+brasil+e+um+dos+maiores+do+mundo+diz+peluso.shtml>>. Acesso em: 15 de maio de 2012.

Satisfazer a vítima, reparando o seu dano, e ressocializar o infrator, sem o estigmatizar com a tarja de uma condenação criminal, alcançar um justicamento sem traumas, é o propósito da Justiça Restaurativa.

Interessante a colocação de Cláudia Maria a respeito da vítima:

Verdadeira pedra de toque da justiça restaurativa é, assim, a defesa dos interesses da vítima no processo e o ressarcimento, na medida do possível, dos danos por ela sofridos. Tal objetivo é vulgarmente apresentado como sendo oposto às finalidades perseguidas no procedimento criminal, acusado de descurar tais necessidades, assumindo-se antes como um conjunto de actos pré-ordenados à proteção dos direitos do agente. Na opinião pública e até no pensamento jurídico tornou-se relativamente comum a ideia de que o direitos penal e o direitos processual penal se plasmas em “códigos dos criminosos”, orientados essencialmente pela defesa dos seus interesses.<sup>55</sup>

Pode-se afirmar, destarte, que a função primacial da Justiça Restaurativa é recuperar a função social da pena, através do respeito à dignidade da pessoa humana, tanto do autor do fato, quanto do ofendido.

#### 4.3 RELAÇÃO ENTRE AS JUSTIÇAS RESTAURATIVA, RETRIBUTIVA E REPARATÓRIA

Aprioristicamente, cabe conceituar cada uma das facetas dessas formas de justicar como premissa ao enfretamento das relações que há entre elas.

A justiça *restaurativa* demarca-se como forma alternativa de solução do

---

<sup>55</sup> SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **A Mediação Penal, A Justiça Restaurativa e o Sisitema Criminal – Algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal.** In: SILVA, M.A.M. (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira.* – p. 373-398, p. 376-377.

conflito, com o fito de reparar o dano do ofendido e recuperar a função social da pena, em relação ao agente.

Outrossim, na justiça *retributiva* pratica o justicamento clássico e atual: forma jurisdicional de solução do conflito penal, que retribui ao réu o mal causado.

Por final, a justiça *reparatória*, é sinônimo de justiça consensual, um ponto de equilíbrio entre as justiças restaurativa e retributiva, um sistema misto, em que se visa à reparação do dano, mas também retribui ao agente o mal causado, com medida, porém, com a aplicação de uma pena alternativa, diversa da privativa de liberdade: é hoje praticada nos Juizados Especiais Criminais.

Características há a diferenciar as Justiças Restaurativa, Retributiva e Reparatória, e a estabelecer alguma relação entre elas.

Na justiça *retributiva*, o crime é considerado um atentado à sociedade, representada pelo Estado. Consequentemente, o interesse defendido é público, sendo a ação penal indisponível e pautada pelo princípio da obrigatoriedade. O ofendido é completamente ignorado durante o processo e a reparação do dano não é cogitada. O autor do fato é responsabilizado através de uma pena, que na maioria das vezes é a privativa de liberdade. Luiz Flávio Gomes resume esse sistema em duas palavras: *criminalização e prisionização*<sup>56</sup>.

Já na justiça *restaurativa*, o crime é concebido como um ato contra as pessoas envolvidas, devendo o conflito ser por elas resolvido. O interesse

---

<sup>56</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha e Justiça Restaurativa**. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/revista/index.php?cont=12&id=1416>>. Acesso em: 16 mai. 2012.

defendido é, assim, das partes. Se o interesse é delas, a ação penal é disponível e pautada pelo princípio da oportunidade, isto é, cabe à vítima definir se quer resolver o problema diretamente com o autor do fato ou se prefere buscar a solução judicial, através do processo penal. Percebe-se, portanto, que o papel da vítima é primordial e principal, cabendo a ela definir os contornos do procedimento de solução do conflito. A responsabilização é feita pelo próprio agente do delito, que reconhece seu erro e tenta diminuir as consequências de seu ato. Não há sequer cogitação de aplicação de pena. Pode ser resumido nas seguintes palavras: *desjudicialização* e *despenalização*<sup>57</sup>, no dizer do mesmo Autor.

A justiça *reparatória* ou *consensual*, finalmente, é vista como um atentado não só ao Estado, como ao ofendido. O interesse defendido, de conseguinte, é tanto o *público* quanto o das *partes* envolvidas. Da mesma forma que na justiça restaurativa, a ação penal é disponível e orientada pelo princípio da oportunidade. Alguns dizem que, na verdade, há aqui uma mitigação do princípio da obrigatoriedade. Tanto é assim, que o ofendido é considerado na maioria das vezes, mas há situações em que sua vontade é ignorada, a exemplo da transação penal. A responsabilização do infrator se dá através da aplicação de pena alternativa, vinculada à reparação do dano, quando possível. O arguto Luiz Flávio Gomes resume-a em duas palavras: *despenalização* e *desprisionização*<sup>58</sup>.

Indisputável que as Justiças Retributiva, Restaurativa e Reparatória buscam o mesmo fim: resolver o conflito penal da forma que entendem mais adequada. Mas as semelhanças param por aí. Como cada qual vê o delito de seu modo, as soluções não são as mesmas. Muda-se, portanto, o foco, chegando-se a

---

<sup>57</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha e Justiça Restaurativa**. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/revista/index.php?cont=12&id=1416>>. Acesso em: 16 mai. 2012.

<sup>58</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha e Justiça Restaurativa**. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/revista/index.php?cont=12&id=1416>>. Acesso em: 16 mai. 2012.

resultados diversos.

#### 4.4 APLICAÇÃO

Estabelecidos o conceito e propósitos da Justiça *Restaurativa*, há que se enfrentar a instrumentação, que viabilizará sua aplicação.

Se, no âmbito civil, reconhecem-se meios alternativos de solução do conflito, como a arbitragem, mediação e conciliação, não há no ordenamento jurídico, que disciplina o processo penal, regulando tais figuras para a solução do conflito decorrente da infringência penal.

Isso, entretanto, não significa a negação peremptória desses institutos no processo penal: leis há que, sem essa denominação, viabilizam sua aplicação.

##### 4.4.1 ARBITRAGEM, CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PENAIIS

Há autores que sustentam a impossibilidade de um procedimento arbitral penal, sob o fundamento de que a *arbitragem* só é possível para solucionar conflitos de interesses, que tenham por objeto direitos disponíveis, *ex vi* do conceito e características do instituto, expressos nos artigos 1º e 25 da Lei nº 9.307/96: e na lide penal os interesses são indisponíveis.

O primeiro erro do argumento está em entender que não existem delitos cujo bem tutelado seja disponível, ignorando os crimes contra a honra, qual os crimes contra o patrimônio, em que a objetividade jurídica tutela permitiriam a disposição.

Aliás, vale ressaltar que o projeto de novo Código Penal muda a natureza da ação penal do crime de furto, que passa a ser pública condicionada à representação, bem como possibilita a extinção da punibilidade no caso de reparação dos danos à vítima<sup>59</sup>.

O segundo equívoco reside na crença de que somente direitos disponíveis poderiam ser objeto da arbitragem penal, desconsiderando que há delitos, em que a ação penal é privada, exatamente porque é dela a avaliação da conveniência e oportunidade, mercê do “escândalo do processo” (*strepitus judicii*), ou de sua dúplici vitimação: pelo fato criminoso e pelo próprio processo.

De fato, cabe ao ofendido analisar se lhe será benéfico ou não oferecer queixa-crime, vez que o processo penal poderá lhe expor a mais humilhações, que podem não ser convenientes.

Não é diferente o fundamento a que se subordine à representação do ofendido a persecução penal de certo delitos, conquanto seja do Ministério Público a titularidade da ação, que será, pois pública.

Os bens tutelados por esses crimes, embora públicos e indisponíveis, a justificar a natureza pública da ação penal, resultam *disponíveis*, porque condicionada a persecução penal à representação do ofendido: é o que ocorre nos crimes contra a honra do funcionário público, contra a dignidade sexual etc.

---

<sup>59</sup> INSTITUCIONAL. Novo Código Penal: processo por furto dependerá de representação da vítima. **Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, 20 abr. 2012. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105449](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105449)>. Acesso em: 28 mai. 2012.

Finalmente, o terceiro engano, é querer aplicar a Lei de Arbitragem para a arbitragem penal, quando a Lei nº 9.307/96 instrumenta a solução de conflitos cíveis e não é adequada para a solução de conflitos penais.

A aplicação arbitragem na Justiça Restaurativa perpassa por inúmeras peculiaridades, que reclamariam disciplina em diploma próprio.

Em verdade, o argumento mais convincente é o da impossibilidade de transferência do *jus puniendi* a um particular, porquanto na arbitragem não há um consenso entre as partes na solução do conflito, mas o cometimento a um terceiro, particular, que arbitra a solução, em verdadeira prestação jurisdicional, com eficácia de título executivo judicial (art. 475-N, IV, do CPC).

É o argumentos utilizado por Flúvio Garcia profliga a arbitragem na seara penal:

Outro importante ponto a justificar a inaplicabilidade da arbitragem na seara criminal é que, ao contrário do que acontece na negociação, na mediação e na conciliação, no procedimento arbitral as parte não chegam a um consenso em relação à solução da demanda, ou seja, a sentença arbitral ainda carrega em si o ranço do modelo tradicional de jurisdição onde uma parte ganha e a outra perde. Há a imposição de uma decisão à qual as partes têm que se submeter.<sup>60</sup>

A *arbitragem* é mesmo ferramenta incompatível com a Justiça Restaurativa, pois nesta não se declara culpado ou inocente, nem o certo ou o errado, limitando-se a atenuar as consequências do delito para ambas as partes, visando a restabelecer o *status quo ante*, pacificando a relação entre autor do

---

<sup>60</sup> GARCIA, Flúvio Gardinelle Oliveira. **Formas Alternativas de Resolução de Conflito: uma abordagem no âmbito do direito penal e processual penal**. In: SILVA, M. A. M. [coord.]. *Processo Penal e Garantias Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 225-296.

fato e ofendido, na tentativa de se atingir

A *conciliação penal*, outrossim, já é figura aplicada no ordenamento jurídico penal brasileiro.

Com efeito, introduzida pela Lei nº 9.099/95 (art.74), o instituto viabiliza que, antes do recebimento da denúncia, seja designada audiência de *conciliação*, em que deverão comparecer autor do fato, ofendido e Ministério Público. Caso as partes realizem um acordo, o juiz deverá homologá-lo, o que implicará renúncia aos direitos de queixa ou representação.

De rigor, rememore-se que o *vetusto* Código de Processo Penal já agasalhava a *conciliação*, no procedimento dos crimes contra a honra, ao possibilitar a realização de audiência de *conciliação* antes do recebimento da queixa-crime (art. 520).

A *mediação penal*, entretanto, é o apetrecho de preferência, para a realização da Justiça Restaurativa, destacando-se, em alguns países europeus, como Portugal e França, a regulamentação da mediação “de adultos”, adjetivação distintiva da mediação de crianças e adolescentes.

Efetivamente, a *mediação* é o meio alternativo de solução de conflito que mais se adapta ao conceito de justiça restaurativa, porquanto nela os envolvidos se reúnem e, com a ajuda de um terceiro neutro, procuram chegar à melhor forma de resolver o impasse penal existente. Esse terceiro não impõe uma solução, limitando-se a orientar e informar as partes das consequências da realização ou não do acordo. Ao ofendido e ao autor do fato, por sua vez, cabe decidir se querem ou não entrar num consenso, solucionando o litígio por meio adequado a reparar o dano e responsabilizar adequadamente o infrator.

Na definição de Flávio Garcia:

A *mediação* é uma negociação assistida que consiste na manifestação de transigências entre particulares com vistas a encontrar solução pacífica para seus conflitos, sem a intervenção do Estado, pela indicação consensual de um intermediário que, com o emprego de táticas psicológicas, destinadas a permitir a troca positiva de opiniões e discussões entre as partes litigantes, busca-se levá-las a um acordo.<sup>61</sup>

Não há no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, norma específica, que discipline a mediação penal.

Nem por isso, todavia, a mediação deixa de ser realidade: no formato de “*mediação espontânea*”, é ela comuníssima nos crimes de trânsito, com lesões corporais, em que as partes envolvidas resolvem o problema dos danos no mesmo momento, muitas vezes com a ajuda de policiais civis e a vítima se abstém de representar, como o relata José Renato Nallini:

Já em relação ao crime, malgrado razoável produção doutrinária, ele ainda é considerado fato do pobre. A mediação penal é feita pela polícia, que filtra os episódios e faz chegar ao Judiciário mínima quantidade deles. Essa função policial tem sido relevante. Bons policiais previnem controvérsias, têm poder de persuasão sobre as partes e são respeitados, principalmente nas pequenas comunidades.<sup>62</sup>

*Conciliação* e *Mediação* são, destarte, os meios pelos quais se pode aplicar a justiça restaurativa. Cabe agora determinar como funcionaria esse

---

<sup>61</sup> GARCIA, Flávio Gardinelle Oliveira. **Formas Alternativas de Resolução de Conflito: uma abordagem no âmbito do direito penal e processual penal**. In: SILVA, M. A. M. [coord.]. *Processo Penal e Garantias Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 225-296.

<sup>62</sup> NALINI, José Renato. **O Brasil e a Mediação Penal**. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25412/brasil\\_mediacao\\_penal.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25412/brasil_mediacao_penal.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 27 abr. 2012.

procedimento informal e voluntário que levaria ao acordo restaurativo.

#### 4.4.2 PROCEDIMENTO

O primeiro ponto a ser discutido no procedimento é de ordem material: é relevante definir, *a priori*, quais infringências penais seriam passíveis de *mediação* ou *conciliação*.

A conciliação nos Juizados Especiais Criminais, expressamente, é reservada às infrações de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima, *in abstracto*, seja igual ou inferior a dois anos.

Em Portugal, *ad exemplum*, a mediação penal só é viável nos crimes a que se comina, abstratamente, no máximo, pena não excedente a cinco anos, acrescendo-se a exigência de a vítima ser individualizável.

Em considerando que a mediação e a conciliação têm por característica conferir à vítima um papel principal e essencial no procedimento, e, em se observando que a solução do conflito só é possível através do diálogo entre infrator e ofendido, e, se atentando a que a essência da justiça restaurativa é a efetiva reparação e ressocialização, resulta difícil visualizar que infrações, que exponham à sujeição passiva a coletividade ou a Administração Pública, sejam resolvidos através deste meio alternativo.

É que se faz evidente a incompatibilidade entre esses crimes e a mediação e/ou conciliação, tanto pela natureza difusa do bem ou interesse afetado, seja, não individualização da vítima/ofendido.

Igualmente, em crimes com violência contra a pessoa, ainda que presumida, como no estupro praticado contra vulnerável ou menor de 18 anos, perseguível por ação penal pública incondicionada (art. 225, parágrafo único, do CP), não há mínimo espaço à mediação.

A *contrario sensu*, nos crimes de ação penal privada e nos de ação penal pública condicionada à representação, com individualização da vítima e a disponibilidade do bem ou interesse afetado, a *mediação* seria oportuna e adequada à melhor composição do conflito.

Melindrosa seria a pertinência da *mediação* no delito de *estupro*, descrito no artigo 213 do Código Penal, para a composição do conflito pela justiça restaurativa: se de um lado a repugnância moral da conduta aponta à negativa, de outro não se desconsideraria que a persecução penal se subordina à *representação* do ofendido (art.225/CP), a sugerir factível a *mediação*.

Com efeito, em se analisando sob a perspectiva da vítima, a restauração poderia configurar uma solução melhor que a impunidade do agente, reflexa à não representação, com que se livraria do *strepitus judicii*.

Nesse sentido, a *mediação* viabilizaria fosse o *agente* confrontado pela vítima, obtendo esta respostas, qual uma reparação de danos mais efetiva, como tratamento adequado, e, até, exigir submeta-se o malfeitor a tratamento médico etc., enfim, um desate bem mais benéfico e restaurador do que o processo penal retributivo, ou a inércia extintiva da punibilidade, incentivadora de recidiva.

Não menos delicada é a aplicação da *mediação* na solução dos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher: a pretensão de

alcançar uma prevenção geral pelo rigor da responsabilização penal, levou a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, a impor uma retribuição penal severa, diferenciada e mais rigorosa aos agentes desses delitos.

A *resposta* penal cominada para os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher haveria de ser pedagógica e inibidora, historicamente, a mulher sempre foi tratada como um ser inferior, e, até hoje, remanesce em alguns contextos sociais, um tratamento da mulher como objeto, sem direito à opinião, ao voto, à participação política etc..

No Brasil, a discriminação se circunscreve ao ambiente familiar, mais como fruto da ignorância do marido ou companheiro, reflexo animalístico de sua maior força física, e as agride verbal, física e moralmente, diante da menor contrariedade de seus interesses.

Reside, pois, na retribuição severa a expectativa de uma prevenção geral eficaz, fundamento adotado pela Lei Maria da Penha para a vedação expressa da *conciliação* e da *mediação* aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41 da Lei nº 11.340/06).

Significa, destarte, que, a despeito de, ordinariamente, os crimes de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do CP) e lesão corporal culposa (art. 129, §6º, do CP), dependerem de *representação* por força do art. 88 da Lei nº 9.099/95, essas mesmas condutas e tipos penais serão perseguíveis por ação penal pública incondicionada e insuscetíveis de *conciliação* ou *mediação*, sempre que praticados no contexto doméstico ou familiar, e vitimarem a mulher (art. 41 da Lei nº 11.340/06).

Há, ainda, outros crimes de ação penal pública condicionada ou privada,

que não tiveram a natureza da ação penal modificadas, tais como o estupro, a ameaça e os crimes contra a honra, que, praticados no contexto familiar ou doméstico, também não são suscetíveis de conciliação, transação penal ou suspensão condicional do processo.

A proibição legal de *conciliação*, repercutiria impossibilidade de *mediação*???

Não se desconsidere que ambiente familiar é o mais propício e adequado para a *mediação*, tanto porque os *personagens* conhecem-se bem, quanto porque gozam de intimidade máxima, têm muitos e indivisíveis interesses comuns e até um sentimento, que facilitaria o diálogo e a convergência de vontades.

Contrapõe-se, todavia, a tal *handicap à mediação*, a teleologia, que inspirou a Lei nº 11.340/06. Injurídico, assim, conciliar ou mediar, se a lei delimita o *jus perseguendi* à consecução de um *jus puniendi* retributivo, para assegurar a prevenção geral.

Consabidamente, a informalidade e voluntariedade da *mediação*, como instituto, sugere uma aprofundada orientação à vítima, para que possa ela decidir sobre sua conveniência e oportunidade à *mediação*, como ferramenta para a composição segura do desequilíbrio instaurado com sua vitimação.

A *mediação* alarga as opções, que a lei confere ao ofendido, nos crimes de ação penal privada e nos de ação penal pública condicionada: além da (a) renúncia à persecução, ou da (b) coragem de representar ou oferecer queixa-crime, poderá ele também (c) optar pela justiça restaurativa, valendo-se da *mediação*.

Essa terceira faculdade de iniciativa ao ofendido, nem premia o agente com a impunidade, como ocorreria com a omissão renunciadora, nem alivia sua responsabilidade penal com penas incentivadoras, como a substituição por cestas básicas ou quejandos: o objetivo da justiça restaurativa, via *mediação* viabilizará seja a vítima efetivamente reparada, recompondo-se a lesão de seu direito pelo ressarcimento, e, de outro lado, submetendo o *agente* do crime a medidas mais efetivas e duras, que uma irrisória pena pecuniária ou uma inexpressiva privação de liberdade.

Concebida a natureza dos delitos passíveis de justiça restaurativa, há de se selecionar o momento pertinente à realização da *mediação*.

Em se tratando de Juizados Especiais Criminais, o procedimento legal impõe seja a *conciliação* feita na presença do juiz, em audiência de própria, designada logo após a conclusão do termo circunstanciado, cabendo ao magistrado homologar o eventual acordo realizado pelas partes.

Na França, antes mesmo de oferecer denúncia, cabe ao Ministério Público decidir se aquele crime deve ser solucionado por *mediação*, buscando a concordância das vítimas. O acordo também é homologado pelo juiz:

De acordo com o atual CPP francês, o Ministério Público pode, com o consentimento das partes, recorrer à mediação penal se considerar que tal medida é suscetível de assegurar a reparação do dano causado à vítima, por fim ao problema resultante da infração cometida e contribuir para a reabilitação do autor do delito. Pode também o representante do parquet discricionariamente, valendo-se do princípio da oportunidade, selecionar as causas, beneficiando com a mediação penal aquelas que entender conveniente, cabendo ao juiz homologar o acordo.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> GARCIA, Flávio Gardinelle Oliveira. **Formas Alternativas de Resolução de Conflito: uma abordagem no âmbito do direito penal e processual penal.** In: SILVA, M. A. M.

Assente-se, *a priori*, que qualquer iniciativa conciliatória ou mediadora, tem por pressuposto um fato delituoso, que alcançou a cognição pública: uma formal *noticia criminis*, é, pois, premissa inarredável à realização da Justiça restaurativa, mesmo porque *quod non est in actis non est in mundo*, que aqui pode ser traduzido como o que não está num ato formal não está no mundo de intervenção da Justiça.

*Existente* o fato por seu registro escrito em fato formal, materializa ele um desequilíbrio das relações sociais, que reclama solução: urge proceda-se à recomposição, fazendo-se emergencial atue a justiça restaurativa.

Até porque estacaria mais prematuramente os efeitos malévolos do delito, seria ideal que a *mediação* se perfaça *antes* mesmo do início da ação penal, tal como ocorre na França, e qual ocorre na *conciliação* do Juizado Especial Criminal.

A celeridade no ressarcimento da vítima pela cooperação responsável do *agente* não só aborta a repercussão negativa da infringência criminal, como irradia ciência e consciência de proficiência da máquina estatal de intervenção penal.

Poderia, entretanto, realizar-se em outro momento, como no curso do processo ou na fase de execução? Na Alemanha, na Áustria e na Suíça, por exemplo, é possível a mediação até mesmo na fase de execução da pena, em que a reparação do dano pode gerar alguns benefícios, como o *sursis*<sup>64</sup>.

---

[coord.]. Processo Penal e Garantias Fundamentais. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 225-296.

<sup>64</sup> GARCIA, Flávio Gardinelle Oliveira. Ob. Cit.

Contra-ponha-se, todavia, que, após a condenação transitada em julgado, já não há mais falar-se em *restauração*, porquanto o estigma da condenação penal já se perpetuou, e a ressocialização do sentenciado já estará prejudicada.

Ademais, a reparação do dano após a condenação, somente para obter algum benefício no cumprimento da pena, traz a sensação de descaso ou mercantilismo com a Justiça: o ofendido, ao reverso de se sentir ressarcido, sentir-se-á debochado, objeto mercantil da negociação da impunidade do *agente*.

Os objetivos da justiça restaurativa, enfim, não serão atingidos, não se coaduna com uma mediação extemporânea, sobretudo posterior à condenação.

A justiça restaurativa, porém, não é desnaturada, se aplicada ainda no decurso do processo, como já ocorre no Brasil, pela concessão de suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei nº 9.099/95), que se opera após o recebimento da denúncia.

Conquanto operante a *conciliação*, entremeio ao desenvolvimento da ação penal, os objetivos da justiça restaurativa alcançam eficiência, que não desrecomenda sua realização, o que também não significa que sua realização antes da ação penal não seja seu momento ideal.

Enfrente-se a competência à realização da Justiça Restaurativa, seja pela via conciliatória, seja instrumentada pela mediação: só um representante do Poder Judiciário, como *poder estatal* terá autoridade para exornar de credibilidade o acordo, e lhe emprestar exigibilidade.

Nem por isso, entretanto, a interferência estatal é benfazeja: contamina de formalidade indesejável a mediação e a conciliação, retirando a espontaneidade

da recomposição voluntária do conflito penal, buscada pela justiça restaurativa.

Demais disso, é da essência da justiça restaurativa entrepor-se como meio alternativo à solução judicial, inclusive pra evitar a atribulação do Poder Judiciário.

O ideal seria, então, a criação de um órgão especializado em justiça restaurativa, formado por uma equipe multidisciplinar, preferencialmente constituído pelo terceiro setor, com a ajuda do Estado, mas sem a direção deste.

Tal qual no Juizado Especial Criminal se permite que um conselheiro opere a realização das conciliações, criar-se-ia um grupo de *facilitadores*, que orientariam e ajudariam as partes na resolução dos conflitos e sua recomposição.

Quase uma solução privada, uma avença de reparação, sem necessidade de homologação judicial, mas sob as bençãos e autoridade da lei, que não violaria o princípio da indelegabilidade da jurisdição, por não transpassar de exercício da terceira alternativa, concedida à vítima de crime de ação penal privada ou pública condicionada à representação.

A respeito do tema, interessante o posicionamento de Flávio Garcia:

*Os meios alternativos de solução de conflito – MASC, também conhecidos como alternative dispute resolution – ADR ou resolución alternativa de disputas – RAD, enfatizam a necessidade de criação e adoção de métodos cooperativos, não-adversariais, direcionados à verdadeira pacificação social, que, sem a participação da justiça estatal, possam oferecer às partes, de forma rápida, econômica, desburocratizada e com mais confidencialidade, a composição de litígios.*

Prioriza-se, portanto, o crescimento de instrumentos consensuais e extrajudiciais que, a partir de debates abertos e diretos entre as partes interessadas e do uso de meios criativos, psicológicos,

indutivos e persuasivos, estabeleçam um modelo cooperativo para solução de conflitos onde todos ganhem, abandonando-se, no particular, a característica da conflituosidade (ganha/perde) do modelo tradicional de jurisdição.<sup>65</sup>

Exsurge, daí, um problema reflexo: que efeitos adviriam do inadimplemento do acordo composto???

A tendência é afirmar que o acordo formará um título executivo extrajudicial, cabendo ao ofendido executá-lo caso o infrator não cumpra com suas obrigações, estancando-se aí o arsenal de pretensões, caso a *mediação* ou *conciliação* implique renúncia ao direito de queixa ou representação.

É o que anote Sérgio Sócrates:

Como um dos princípios da Justiça Restaurativa é revogabilidade do acordo restaurativo, a pergunta que emerge é a seguinte: Como o acordo extingue o direito de queixa ou representação, e se o infrator descumprir o acordo restaurativo? Como fica o resultado restaurativo estabelecido anteriormente?

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

Contudo, trata-se de um falso problema, pois não há nenhum impedimento legal para a proposta de encaminhamento desses casos para o procedimento restaurativo, desde que a vítima seja informada de maneira clara e inequívoca de que acordo importará em renúncia ao direito de queixa ou representação, de sorte que lhe restará apenas a busca da reparação cível negociada.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. In: SILVA, M.A.M. (coord.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.225-296

<sup>66</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?** In: MORRIS, Alisson. et al. *Justiça Restaurativa*. Disponível em

Essa, contudo, não é a melhor solução: a irreversível renúncia do direito de representação ou de queixa, restringindo a inadimplência à execução cível, refletirá desprestígio à composição, insegurança jurídica das expectativas restaurativas, incentivo ao descumprimento, barateamento da responsabilização pelo crime.

Se a todo comando legislativo há de corresponder um risco de sancionamento, para que se perfaça e se imponha, diferente não há de ser na realização da Justiça restaurativa: ou a restauração se concretiza, ou a retribuição ao *agente* será agudizada, tanto pela prática do crime, *de per si*, quanto pela inadimplência da avença restaurativa.

De plano, adianta-se a necessidade de não supressão da instauração da ação penal, não se operando nem a renúncia do direito à representação, nem da promoção da ação penal privada, protraindo-se o *termo a quo* da correspondente *decadência* para o termo final estimado para o cumprimento das obrigações estabelecidas no acordo de restauração.

A celebração do acordo não suspenderia, propriamente, a decadência dos direitos de representação e de queixa, se se definisse seu *termo ad quem* de cumprimento das obrigações estipuladas: até lá não haveria *inação*, fundamento ao fluxo do tempo, via prescrição ou decadência, para evitar a perenização do direito.

Não haveria, outrossim, que criar artificiosa *suspensão* de prazos decadenciais, que se caracterizam por não suscetíveis de suspensão ou

interrupção, a despeito da já existente exceção do Código de Defesa do Consumidor (art. 26, §2º).

Relevante, sim, que, cumprido o acordo, a punibilidade seria extinta, e, não cumprida a avença, configurar-se-ia a lesão ao direito, cabendo ao ofendido, no prazo decadencial, que se iniciaria com tal lesão, buscar a reparação civil e a retribuição penal, recompondo o malefício sofrido com a atividade criminosa, de concretude assentada pelo inadimplemento.

Esse seria, destarte, o procedimento ideal, que não encontra amparo *de lege lata*, mas não cobrará malabarismos jurídicos para sua instituição, *de lege ferenda*.

#### 4.4.3 PLEA BARGAIN

Em países de *common law*, como Estados Unidos e Inglaterra, vige o princípio da oportunidade nas ações penais, outorgando-se ao Ministério Público (*prosecutor*) liberdade para avaliar a conveniência e a oportunidade em promover a ação penal e cobrar a responsabilização criminal de seus agentes, ou mesmo de alguns deles.

Esse sistema permite o chamado *plea bargain*, é um verdadeiro acordo entre Ministério Público e agente do crime, como o anota Flávio Garcia que:

Ao contrário do que dispõe nosso ordenamento jurídico, o promotor americano tem absoluto arbítrio em relação à ação penal, cabendo a ele – exclusivamente a ele – decidir se inicia ou não um determinado processo-crime. Mesmo presente todos os elementos caracterizados de uma infração penal, o promotor pode optar por não mover a ação penal, sem que, para tanto, veja-se obrigado a justificar sua decisão, seja à vítima, seja ao judiciário,

seja a qualquer outra instância de Poder.<sup>67</sup>

A cognição do fato enseja à promotoria a análise dos possíveis crimes, integrariam a acusação, qual a aferição da perspectiva da responsabilização penal, daí resultando a análise da conveniência em se negociar com o agente, para a prevenção contra o desperdício dos esforços persecutórios, mercê de eventuais riscos pela fraqueza das provas.

A *negociação* com o Autor da conduta ilícita tem por pressuposto a aceitação deste, que mensurará as vantagens, que lhe serão propostas, para se submeter à preliminar declaração de sua culpa — *guilty* — perante a Justiça, evitando o processo, ou se prefere enfrentar os risco de um julgamento pelo júri, na esperança de se ver declarado inocente — *not guilty*.

A finalidade do *plea bargain* é, então, evitar a instauração do processo ou mesmo finalizá-lo, vez que pode ocorrer o acordo durante o julgamento. Flávio Garcia ainda esclarece que:

Predomina nos EUA uma visão flagrantemente econômica do Direito Penal e, nessa conjuntura, o acordo firmado entre a Promotoria e o réu é muito mais interessante, economicamente considerado, do que o julgamento, pois o “custo” do devido processo legal norte-americano é alto.<sup>68</sup>

Ainda com fundamento no princípio da oportunidade, é possível que a promotoria celebre acordo no sentido de deixar de processar o agente criminoso, se ele oferecer elementos probatórios contra comparsas.

---

<sup>67</sup> GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. In: SILVA, M.A.M. (coord.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.225-296

<sup>68</sup> GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. In: SILVA, M.A.M. (coord.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.225-296

Em buscando a responsabilização da cúpula de organizações criminosas, avalia o *prosecutor* a conveniência de obter delações ou depoimentos incriminadores, barganhando com a alforria do processo e da responsabilização penal.

No Brasil, já há instituto parecido: a *delação premiada*, prevista em diversas leis esparsas, como a Lei de Organização Criminosa (Lei nº 9.034/95 – art. 6º), Lei de Proteção a Vítimas e Testemunha (Lei nº 9.808/99 – art. 13) e a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06 – art. 41), que permite a redução da pena ou mesmo a extinção da punibilidade.

O *plea bargain* é um instituto sujeito a críticas acerbas, apesar de oferecer economia processual, permitir a aplicação de uma pena, muitas vezes, mais justa que a que seria aplicada se houvesse processo, evitar a *revictimisation* – “constrangimento público da vítima em audiência, onde os fatos são lembrados, trazendo-lhe à mente recordações que muitas vezes gostaria de jamais ter que remontar”<sup>23</sup> – e a *reintegrative shaming* – “considerado essencial na reabilitação do delinquente, na medida em que este, quando consente em sua condenação pública, converte-se em parte ativa na solução do mal que causou à vítima e à sociedade”<sup>69</sup>.

A principal crítica é no sentido de que a vítima continua sendo mero objeto, não sendo levada em consideração em nenhum momento do acordo: o promotor, ao tentar o *plea bargain*, não leva em consideração o interesse da vítima, apegando-se, exclusivamente, ao interesse acusatório em evitar um

---

<sup>23</sup> GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. In: SILVA, M.A.M. (coord.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.225-296

<sup>69</sup> Idem.

processo e fornecer à sociedade uma resposta mais imediata.

Não raro, atribui-se-lhe a vaidade de sair-se vitorioso perante o Júri, mormente em face de o acesso ao cargo de *prosecutor* ser eletivo, e uma derrota processual exporia a risco sua reeleição ao cargo: interesses ou aflições da vítima não transcendem de secundária posição.

Flúvio Garcia endossa tais críticas:

Além de todo esse questionamento acerca da verdadeira liberdade que tem o réu de optar entre declarar-se culpado ou não-culpado, a doutrina apresenta o instituto do *plea bargaining* andando na contra-mão do Direito Penal moderno, pois a vítima é totalmente excluída do procedimento criminal. O interesse do ofendido não é relevado durante as tratativas entre a Promotoria e o acusado. A vítima não tem direito de vetar ou influenciar as modificações nas acusações e, muitas vezes, sequer é informada de que eventuais alterações aconteceram.<sup>70</sup>  
(p. 292).

Dista abissalmente, pois, o *plea bargain* da estrutura da Justiça Restaurativa, a despeito de fundado, igualmente, em *acordo de vontades*.

A distância reside na natureza das avenças: no *plea bargain* não se visa à reparação do dano, nem à ressocialização do agente: busca-se a aplicação da Justiça *retributiva* sem o devido processo legal.

Acresça-se, por fim, que o *plea bargain* não pode ser confundido com a transação penal, da Lei 9.099/95. Damásio estabelece algumas diferenças:

---

<sup>70</sup> GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. **Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. In: SILVA, M.A.M. (coord.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.225-296

1ª) no *plea bargaining* vigora inteiramente o princípio da oportunidade da ação penal pública, enquanto na transação penal o Ministério Público não pode exercê-lo integralmente; 2ª) havendo concurso de crimes no *plea bargaining* o Ministério Público pode excluir da acusação algum ou alguns delitos, o que não ocorre na transação criminal; 3ª) no *plea bargaining* o Ministério Público e a defesa podem transacionar amplamente sobre a conduta, fatos, adequação típica e pena (acordo penal amplo), como, p.e., concordar sobre o tipo penal, se simples ou qualificado, o que não é permitido na proposta de aplicação da pena mais leve; 4ª) o *plea bargaining* é aplicável a qualquer delito, ao contrário do que ocorre com a nossa transação; 5ª) no *plea bargaining* o acordo pode ser feito fora da audiência; a transação, em audiência (art. 72).<sup>71</sup>

#### 4.5 NO BRASIL

A inserção da justiça restaurativa no Brasil exhibe-se, ainda, muito tímida e lenta, embora haja algumas normas privilegiando a conciliação, a ressocialização, penalizações mais brandas etc., mas não há nada a excluir a intervenção do Poder Judiciário, se o objeto é a incidência do direito penal.

Registre-se, desanimadamente, que nem o projeto de novo Código de Processo Penal, que tramita no Congresso Nacional, acena com qualquer perspectiva de instauração da mediação penal ou a instituto semelhante, como instrumento da Justiça restaurativa.

O desânimo se justifica, em se atentando que a primeira manifestação de justiça restaurativa já se dera com o Código de Processo Penal de 1941, que previa a possibilidade de designação de audiência de conciliação, antes do recebimento da queixa-crime, nos crimes contra a honra (art. 520).

---

<sup>71</sup> JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 10ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-58.

A Reforma Penal de 1984, por sua vez, reconhecendo a falência do sistema prisional, criou penas alternativas, restritivas de direitos, em substituição à pena privativa de liberdade. Damásio observa que:

O Código Penal (CP) brasileiro foi instituído pelo Dec.-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e alterado por diversas leis posteriores. Em 1984, a *Parte Geral* do CP sofreu profunda alteração, destacando-se a criação das penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana). Em 1998, por meio da Lei n. 9.714, ampliou-se consideravelmente o sistema das penas alternativas, não só admitindo sua aplicação a um número maior de infrações penais (crimes culposos e dolosos, cuja pena não ultrapasse 4 anos, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa), mas também aumentando a quantidade de penas restritivas de direitos: prestação pecuniária, prestação inominada, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdições temporárias de direitos (com acréscimo, dentre essas, da proibição de frequentar determinados lugares) e limitação de fim de semana (arts. 45 a 48 do CP).

As penas restritivas de direitos, abaixo mencionadas, representam institutos jurídicos que constituem práticas parcialmente restaurativas: prestação pecuniária, prestação inominada.<sup>72</sup>

Após a promulgação da Constituição Federal, publicou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), em que se previu a possibilidade de remissão ao menor infrator, quer como causa de exclusão do processo, quer como causa suspensiva ou extintiva do processo.

O marco mais significativo em termos de justiça restaurativa, contudo, foi a publicação da Lei nº 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais, em que previu uma justiça consensual, reparatória, com a característica da informalidade e a mitigação da obrigatoriedade da ação penal, mas seus institutos carecem da

---

<sup>72</sup> JESUS, Damásio E. De. **Justiça Restaurativa no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7359/justica-restaurativa-no-brasil#ixzz1tYXxdh2q>>. Acesso em: 30 abr.12.

intervenção homologatória do Poder Judiciário.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), por sua vez, ampliou a possibilidade de aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95, que passaram a ser cabíveis, quando praticados contra idosos, no crime cuja pena máxima em abstrato não ultrapasse de quatro anos.

Finalmente, mais próximo da justiça restaurativa, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) previu a criação de uma equipe de atendimento multidisciplinar para orientar vítima, agressor e familiares, atuando junto ao juízo.

Cabe análise dessas Leis, sobretudo nos aspectos de comunhão com os princípios e estrutura da Justiça restaurativa.

#### 4.5.1 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

A Lei nº 9.099/95 revolucionou o ordenamento jurídico brasileiro com a introdução da chamada Justiça Consensual, cujo fito primordial é a descarcerização e a despenalização. Prisões cautelares e penas privativas de liberdade devem ser a *ultima ratio*, aplicáveis, somente e de preferência, às infrações de médio e grande potencial ofensivo.

Ada Pellegrini, com maestria, obtempera:

Em sua aparente simplicidade a Lei 9.099/95 significa uma verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro. Abrindo-se às tendências apontadas no início desta introdução, a lei não se contentou em importar soluções de outros ordenamentos, mas – conquanto por eles inspirado – cunhou um sistema próprio de Justiça penal consensual que não encontra

paralelo no direito comparado.

Assim, a aplicação imediata de pena não privativa da liberdade antes mesmo do oferecimento da acusação, não só rompe o sistema tradicional do *nulla poena sine iudicio*, como até possibilita a aplicação da pena sem antes discutir a questão da culpabilidade. A aceitação da proposta do Ministério Público não significa reconhecimento da culpabilidade penal, como, de resto, tampouco implica reconhecimento da responsabilidade civil.<sup>73</sup>

Este procedimento informal, simples e conciliatório tem fundamento no princípio da verdade consensual, que se contrapõe à verdade material. Pouco importa se há ou não culpabilidade: celebrado o acordo — tanto para o ofendido, quanto para o Ministério Público —, essa será a verdade que imperará, sem reconhecimento de culpa ou de responsabilidade civil.

A lei prevê quatro institutos despenalizadores e um descarcerizador, previsto este último no artigo 69 da Lei nº 9.099/95, que impede a prisão em flagrante caso o autor do fato assuma o compromisso de comparecimento em juízo ou se apresente imediatamente.

As quatro medidas despenalizadoras, por sua vez, são a composição civil (art. 74 da Lei 9.099/95), a transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), a modificação da natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal leve e culposa (art. 88 da Lei 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).

A composição civil é um acordo entre vítima e autor do fato, feito em audiência designada para tanto, com a presença das partes e do Ministério Público. Sendo a ação penal pública condicionada à representação ou privada, a homologação do acordo implicará na renúncia ao direito de representação ou de

---

<sup>73</sup> GRINOVER, Ada Pelegrino, et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 29.09.1995**. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 29.

queixa, respectivamente, e, conseqüentemente, na extinção da punibilidade (art. 107, V, do CP).

Bem observa o Professor Antonio Carlos da Ponte:

Ao admitir a possibilidade de conciliação civil, a Lei 9.099/95 valorizou a vítima, dando expressão concreta a um dos objetivos fixados pelo art. 62 do citado diploma legal, qual seja, a efetiva reparação do dano.<sup>74</sup>

Já a transação penal pode ser definida como uma antecipação de pena nas infrações de menor potencial ofensivo. Não sendo caso de arquivamento, deve o Ministério Público fazer a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, em verdadeira mitigação do princípio da obrigatoriedade. Caso o autor do fato a aceite, deverá o juiz apreciar a proposta, a fim de a acolher ou não. A vantagem é que a transação não constará na certidão de antecedentes do agente. O único registro será para fins de impossibilitar novo benefício no período de 5 anos (§4º do art. 76).

Para que seja oferecida a transação penal, o agente deve preencher alguns requisitos, como não ser reincidente, não ter sido beneficiado pela medida nos últimos 5 anos e haver circunstâncias judiciais favoráveis à concessão do benefício (art. 76, §2º).

Apesar da divergência, prevalece o entendimento de que seria possível a proposta da transação penal nas ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para a oferta seria do próprio ofendido.

---

<sup>74</sup> PONTE, Antonio Carlos Da. **Medidas Despenalizadoras e Ausência de Higiene Mental**. In: COSTA, J.F.; SILVA, M.A.M. [coord.]. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p.661-681 (664).

Vale ressaltar, ainda, que a sentença que acolhe a transação faz coisa julgada formal e material, o que impede a propositura de ação penal em caso de descumprimento, como ensina o professor Antonio Carlos da Ponte:

A sentença que homologa a transação penal não é considerada condenatória em sentido próprio, posto que não reconhece a culpabilidade do agente e, tampouco, gera reincidência. (...) Porém, não pode ser considerada como sentença meramente homologatória, como sustenta respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial, uma vez que gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal.<sup>75</sup>

Quanto aos crimes de lesão corporal leve (art. 129, “*caput*”, do CP) e lesão corporal culposa (art. 129, §6º, do CP), com a Lei dos Juizados Especiais Criminais, passaram de ação penal pública incondicionada para condicionada à representação. Caberá, portanto, ao ofendido, decidir se quer ou não que o agressor seja processado, se prefere a composição civil, etc.

Há que se destacar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (ADC nº 19), que, ao declarar a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/06, determinou a não-aplicação do art. 88 da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. O crime praticado nessas condições, portanto, volta a ser de ação penal pública incondicionada.

Finalmente, a respeito da suspensão condicional do processo, trata-se de medida despenalizadora aplicada a toda e qualquer infração – *exceto as praticadas em situação de violência doméstica contra a mulher* – cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano.

---

<sup>75</sup> PONTE, Antonio Carlos Da. **Medidas Despenalizadoras e Ausência de Higiene Mental**. In: COSTA, J.F.; SILVA, M.A.M. [coord.]. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p.661-681 (666).

Oferecida a denúncia, deverá ser feita a proposta ao agente. Caso a aceite, o processo e o prazo prescricional serão suspensos durante um período de prova, de dois a quatro anos, período no qual o autor do fato deverá cumprir algumas condições, como a reparação do dano, proibição de frequentar determinados lugares ou de se ausentar da comarca e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo (§1º do art. 89). Caso descumpra as condições impostas ou cometa nova infração durante a suspensão, será ela revogada, voltando o processo a ter sua tramitação normal (§§ 3º e 4º do art. 89). Se, contudo, cumprir todo o período de prova sem revogação, terá sua punibilidade extinta (§5º do art. 89).

É o que ensina Ada Pelegrini Grinover:

Em troca dessa *conformidade processual*, o sistema legal oferece a não realização do interrogatório e tampouco haverá colheita de provas (audiências), sentença, rol de culpados, reincidência, maus antecedentes etc. E se as condições da suspensão – dentre elas está evidentemente a reparação dos danos à vítima – são inteiramente cumpridas e nova infração não vem a ser cometida, a punibilidade resultará extinta. É como se aquele fato nunca tivesse ocorrido na vida do imputado.<sup>76</sup>

Naturalmente, o agente infrator há de satisfazer alguns requisitos, para ser dignitário dos benefícios da medida: não estar sendo processado, nem ter sido condenado por outro crime, não ser reincidente em crime doloso e ter circunstâncias judiciais favoráveis.

#### 4.5.2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

---

<sup>76</sup> GRINOVER, Ada Pelegrino, et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 29.09.1995**. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 37.

A justiça restaurativa juvenil já é implantada em muitos países, como Nova Zelândia, Austrália, Reino Unido, Bélgica e Espanha.

No Brasil, contudo, esse tema não é, ainda, muito difundido. O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – trouxe algumas medidas, ainda tímidas, que facilitariam a ressocialização do menor infrator.

Diferentemente do que ocorria no antigo Código de Menores (Lei nº 6.697/79), a Lei nº 8.069/90 tem por princípios basilares a prioridade absoluta e a proteção integral da criança e do adolescente, sendo reconhecidos como pessoa em desenvolvimento (art. 227 da CF e art. 4º do ECA).

Não mais se visa a proteger a criança ou o adolescente em situação risco, mas toda e qualquer criança e adolescente, esteja em situação de risco ou não.

Em matéria penal, crianças são inimputáveis, e, pois, não cometem crimes, mas os adolescentes – pessoa entre 12 e 18 anos –, apesar de inimputáveis, praticam “ato infracional”, que é a denominação com que se identifica a conduta descrita como crime ou contravenção penal, e que, ao invés de apenável, é geratriz da aplicação das medidas socio-educativas (artigo 112 da Lei nº 8.069/90).

Caso uma criança – pessoa de até 12 anos – venha a praticar uma conduta descrita como crime, não lhe será possível a aplicação de medida socio-educativa. Nesse caso, será a criança considerada em situação de risco, o que possibilitará a aplicação de uma das medidas de proteção (artigo 101 do ECA).

Dentre as medidas de proteção, merecem destaque a de orientação, apoio e acompanhamento temporários (inciso II); a de inclusão em programa

comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente (inciso IV); a requisição a tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar e ambulatorial (inciso V); e a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos (inciso VI), tendo em vista seu caráter orientador e restaurador.

Dentre as medidas socio-educativas, merece destaque a medida de remissão (art. 126 a 128 do ECA), que nada mais é que um *perdão*, que pode ser aplicada em fase pré-processual, diretamente pelo membro do Ministério Público, ou durante o processo, pela autoridade judiciária.

Encaminhado o adolescente infrator, para oitiva informal, ao *Parquet*, poderá este, se entender favoráveis as circunstâncias judiciais, conceder a remissão, excluindo o processo.

A remissão poderá ser simples ou cumulada com outra medida socio-educativa – exceto as de privação de liberdade –, hipótese em que haverá necessidade de homologação judicial.

Se o Ministério Público não conceder a remissão e oferecer a representação, poderá o magistrado conceder o benefício de ofício, quer como hipóteses de suspensão do processo, quer como hipótese de extinção. Aqui também é possível a aplicação de outra medida socio-educativa, cumuladamente.

A remissão funciona como a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstos na Lei nº 9.099/95, uma vez que a sua aceitação pelo adolescente não implica reconhecimento de culpa ou comprovação da responsabilidade, nem importará em maus antecedentes (art. 127 do ECA).

A remissão, quando cumulada com a advertência, com a prestação de serviços à comunidade, com a reparação do dano, ou mesmo com uma das medidas protetivas, tem verdadeiro caráter restaurador. Visa conscientizar o adolescente de que agiu erroneamente e que, por isso, deve reparar o dano e sofrer as consequências de seus atos, sem que com isso sofra algum tipo de estigmatização perante a sociedade.

Vale ressaltar a lição de Damásio E. de Jesus:

A experiência de muitos países que adotaram práticas restaurativas tem mostrado serem elas extremamente eficazes no trato de adolescentes infratores. No Brasil, a legislação aplicável para menores de 18 anos que cometam fatos definidos como infrações penais é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). O art. 126 dessa lei cuida do instituto da *remissão*, mecanismo de exclusão, suspensão ou extinção do processo referente à aplicação de medidas sócio-educativas a adolescentes (menores entre 12 e 18 anos, segundo definição legal, art. 2.º, *caput*). A norma guarda relação com a recomendação constante do item 11.2 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Resolução n. 40/33, de 29 de novembro de 1985).

[...]

Esse instituto pode ser utilizado como meio para adoção de práticas restaurativas, desde que as autoridades dela encarregadas (membro do Ministério Público, antes do processo, e o Juiz de Direito, durante o procedimento) promovam a participação do adolescente, de seus familiares e, inclusive, da vítima, na busca de uma efetiva reparação dos danos e de uma responsabilização consciente do menor infrator.<sup>77</sup>

#### 4.5.3 LEI MARIA DA PENHA – LEI 11.340/06

<sup>77</sup> JESUS, Damásio E. De. **Justiça Restaurativa no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7359/justica-restaurativa-no-brasil#ixzz1tYXxdh2q>>. Acesso em: 30 abr. 12.

Já se enfatizou que a edição da Lei nº 11.340/06 se deu com o propósito de endurecer a retribuição penal àquele que vitima a mulher, prevalecendo-se das relações domésticas ou familiares.

*Ex vi litera legis*, vedou-se a aplicação dos benefícios da Lei nº 9.099/95 – impossibilidade de prisão em flagrante, composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo – aos crimes cometidos com violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Além disso, sendo o crime de lesão corporal leve ou culposa, e perpetrado no contexto familiar ou de relações domésticas, a ação penal será pública incondicionada.

O rigor foi implantado para se assentar a cultura de respeito à mulher nas relações domésticas, e também em seu ambiente familiar, de trabalho e perante toda a sociedade.

Há críticas, no entanto, no sentido de que a impossibilidade de aplicação da Justiça Consensual nesses casos seria uma regressão, porquanto a violência no âmbito doméstico encontraria melhor solução com a interação social dos envolvidos, e não com a punição, que põe fim definitivo ao afeto e à sociedade conjugal.

É o entendimento de Fábio Dantas:

Com efeito, tal postura do legislador ofendeu os primados da Justiça Restaurativa, na medida em que buscou a exasperação da situação em conflito, preocupando-se apenas com a imposição de uma pena sem se preocupar com a interação social entre a vítima

e seu agressor.<sup>78</sup>

Não é, contudo, o entendimento prevalente: a punição mais severa do crime praticado nessas circunstâncias e situações é medida de prevenção geral, necessária em toda e qualquer ação afirmativa.

Apesar da rigorosa punição, sem possibilidade de resolução do conflito pela via consensual, a Lei Maria da Penha trouxe grande inovação em termos de justiça *restaurativa*: criou a Equipe de Atendimento Multidisciplinar, que tem como um de seus objetivos “desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes” (art. 30 da Lei 11.340/2006).

Essa equipe multidisciplinar fará parte dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, também lhe cabendo fornecer elementos ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

Determina a Lei, ademais, que, em razão da complexidade da causa e quando solicitado pela autoridade judiciária, caberá à equipe a indicação de profissional especializado (art. 31).

Enfim, diferentemente da crítica de alguns, a Lei Maria da Penha visa a restauração do conflito, visando a integração entre vítima, agressor e familiares, criando, inclusive, uma equipe técnica e especializada para tanto.

---

<sup>78</sup> OLIVEIRA, Fábio Dantas. **Justiça Restaurativa e Lei Maria da Penha**. Disponível em: <  
<http://jus.com.br/revista/texto/12439/justica-restaurativa-e-lei-maria-da-penha#ixzz1xbXnCJuz>  
>. Acesso em: 12 jun. 2012.

É a mais significativa modificação no ordenamento jurídico brasileiro em termos de Justiça Restaurativa, como pondera Luís Flávio Gomes:

A Justiça do futuro (mas que já está começando a nascer em algumas cidades) está contemplada no artigo 29 da Lei Maria da Penha que prevê, dentro dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a possibilidade de participação de uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde. A essa equipe compete fornecer subsídios escritos ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas voltados para a ofendida, agressor e familiares.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> GOMES, Luis Flávio. **Lei Maria da Penha e Justiça Restaurativa**. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/revista/index.php?cont=12&id=1416>>. Acesso em 16 mai. 2012.

## **CONCLUSÃO**

O desenvolvimento do trabalho, atento à necessidade de recompor o equilíbrio das relações sociais, abalado pelo fenômeno criminógeno, e conferindo a evolução dos sistemas de resposta penal, ao longo do tempo, permite concluir que:

Desde os primórdios, preocupou-se a sociedade com a responsabilidade do infrator, e as vinganças divina, privada e pública exibiram-se como primeiros instrumentos de responsabilização, e sob a égide penal.

A pena, por séculos de historicidade, sempre teve característica de crueldade e desumanidade, só alcançando um caráter mais humanitário, com o advento do Iluminismo.

Essa humanização da pena fortaleceu-se com o reconhecimento dos direitos humanos, gerando a discussão sobre a necessidade da intervenção do Estado, que haveria de ser mínima, e só justificável como medida de *ultima ratio*, pertinente apenas se os outros ramos do direito não se mostrassem suficientes à solução do conflito.

Conexo à humanização da pena, o acesso à justiça ganhou destaque como ferramenta da aplicação do Direito, e evoluiu da simples assistência judiciária aos necessitados, para a representação dos direitos transindividuais em juízo e à simplificação do procedimento e solução dos conflitos, com adoção de medidas extrajudiciais.

O acesso à Justiça, distinto do acesso ao Poder Judiciário, há de buscar a

solução do litígio, se não por outro meio de composição, ao menos pela via derradeira do acesso à justiça, que se impõe como garantia a todos.

A função da pena se exhibe, parcialmente, verdadeira nas diversas teorias que tentam explicá-la: há facetas da retributividade exaltada pela teoria absoluta, tal qual sua teleologia há de ser preventiva, como aponta teoria relativa, mas reúne ambos os propósitos, como concilia a teoria eclética.

No plano filosófico, Claus Roxin criou a teoria dialética unificadora, destacando que a pena tem somente função preventiva, mas na elaboração da norma, que a comina, o legislador deve observar a prevenção geral, tanto positiva (validação da norma), quanto negativa (desincentivo à sociedade). E o aplicador do direito, por sua vez, ao impor a sanção, deverá considerar a prevenção geral positiva e a prevenção especial negativa (evitar a reincidência). Na fase de execução, finalmente, a pena deverá ter caráter preventivo especial positivo (ressocialização).

Sob a ótica das finalidades do sancionamento penal, a privação de liberdade já se comprovou ineficiente de afirmar a validade da norma, inibir a sociedade de cometer delitos, evitar a reincidência do infrator ou tornar efetiva sua ressocialização.

A inoperância da pena para a conquista de tão nobres desideratos obrigou à procura de meios alternativos, erigindo-se a Justiça Restaurativa em ferramenta de solução de conflito, demarcada por um procedimento voluntário, consensual e informal, no qual os sujeitos ativo e passivo de uma infração penal, com a contribuição de familiares, membros da sociedade e/ou outras pessoas afetadas ao delito, bem como de profissionais especializados, acordam uma forma mais adequada de reparar o dano causado ao ofendido e atingir a ressocialização

do autor do fato.

Exibe-se, assim, a Justiça Restaurativa como forma alternativa de resolução do litígio penal, apta a recuperar a função social da pena, atingindo a efetiva ressocialização do agente, através da reparação o dano ao ofendido.

Distingue-se a Justiça Restaurativa das Justiças Retributiva e Reparatória, porquanto caracterizada a primeira pela despenalização e a desjudicialização do crime, similarmente à justiça reparatória, que também visa à despenalização e a descarcerização, mas subordina a solução da infringência penal à intervenção do Judiciário — ambas contrapostas à justiça retributiva, que implanta a criminalização e a carcerização

É a *conciliação* e a *mediação* a instrumentação mais adequada à realização da justiça restaurativa, inviabilizando seu perfazimento pela *arbitragem*, porquanto inadmissível a transferência do *jus puniendi* a um particular.

Conquanto carente de lei, que a embase, a mediação penal carece de lei específica, que regulasse sua aplicação nos crimes de ação penal privada e/ou de ação pública condicionada, situações em é possível individualizar a vítima, e erigi-la a protagonista do procedimento restaurador.

Seria aceitável a *mediação* nos crimes de estupro “simples”, à medida que a justiça restaurativa configuraria uma terceira opção ao ofendido, desvinculando-o dos limites das duas únicas opções, que se lhe outorgam no sistema atual: renúncia, ou submissão ao *strepitus judicii*; tal elastério das ensanchas seria benfeitoria também nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Realçável que o objetivo ressocializador recomenda invista-se na *mediação* antes, ou, no máximo, durante o processo, jamais após a sentença condenatória ou em fase de execução da pena.

A criação equipe multidisciplinar, apta a resolver o conflito, seguramente, contribuiria mais à informalidade, que acicata e arrima a convergência dos interesses, viabilizando a interação e consenso dos personagens do crime, que se inibiriam pela simples presença da autoridade judicial.

Malfazeja a extinção da punibilidade e o remetimento da vítima à provocação judicial, para cobranças das obrigações acordadas: sua eficácia, qual o prestígio da avença e o respeito à Justiça restaurativa subordinam-se à perspectiva de instauração da ação penal, não se operando nem a renúncia do direito à representação, nem da promoção da ação penal privada, protraindo-se o termo *a quo* da correspectiva decadência para o termo final estimado para o cumprimento das obrigações estabelecidas no acordo de restauração.

O *plea bargain*, praticado em alguns países de *common law*, não pode ser confundido com a justiça restaurativa, porquanto não considere o interesse da vítima, nem busca a ressocialização o agente, saciando-se com a apenação retributiva, sem o devido processo legal.

É ainda embrionária, A justiça restaurativa, no Brasil, conquanto tenha evoluído: a Lei nº 9.099/95 instaurou a justiça consensual; o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) possibilitou a remissão do adolescente infrator, cumulada com medidas de proteção e a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) instituiu uma equipe multidisciplinar para orientação de vítima, agressor e familiares.

Muito há de ser feito, porém. Entrevê-se a “justiça do futuro” nesse meio alternativo de solução do conflito penal, que, devidamente disciplinado, poderá desafogar o Judiciário e aliviar a superlotação dos presídios – e, sobretudo, contemplar a vítima e o acusado com um tratamento mais digno, que os reaproxime, recomponha e reintegre, conquistando uma justiça penal humana, efetiva e ideal.

**BIBLIOGRAFIA**

ALMEIDA, José Raul Gavião de. **Acesso Efetivo à Justiça**. In: COSTA, J.F.; SILVA, M.A.M. (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 567-577.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 16ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. Tombo 1. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 8ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Efetividade, Processo Penal e Dignidade Humana**. In: MIRANDA, J.; SILVA, M.A.M. (coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2ª Ed., São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p 569-584.

FERRARI, Eduardo Reale. **Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional**. In: COSTA, J.F.; SILVA, M.A.M. (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 579-625.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. 6º Vol., São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. **Formas Alternativas de Resolução de Conflitos**. In: SILVA, M.A.M. (coord.). *Processo Penal e Garantias Constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Justiça Penal Restaurativa: perspectivas e críticas*. Disponível em: <[www.blogdolf.com.br](http://www.blogdolf.com.br)>. Junho de 2007. 2007. Acesso em: 09 out. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei Maria da Penha e Justiça Restaurativa**. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/revista/index.php?cont=12&id=1416>>. Acesso em: 16 mai. 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1, 5ª Ed., Niterói, RJ: Impetus, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrino, et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 29.09.1995**. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 1. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JESUS, Damásio E. De. **Direito Penal: parte geral**. 1º Vol. 28ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

JESUS, Damásio E. De. **Justiça Restaurativa no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7359/justica-restaurativa-no-brasil#ixzz1tYXxdh2q>>. Acesso em: 30 abr.12.

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. 10ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MASSON, Cleber. **O Direito Penal do Inimigo**. In: SILVA, M.A.M. (coord.). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p 113-153.

MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. 2ª Ed., São Paulo: Método, 2009.

MCCOULD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em Busca de um Paradigma: Uma Teoria de Justiça Restaurativa**. Disponível em: <[http://www.iirp.edu/library/paradigm\\_port.html](http://www.iirp.edu/library/paradigm_port.html)>. Acesso em: 10 mai. 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

NALINI, José Renato. **O Brasil e a Mediação Penal**. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25412/brasil\\_mediacao\\_penal.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25412/brasil_mediacao_penal.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 27 abr. 2012.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 1º Volume. São Paulo: Saraiva, 1959.

OLIVEIRA, Fábio Dantas. **Justiça Restaurativa e Lei Maria da Penha**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12439/justica-restaurativa-e-lei-maria-da-penha#ixzz1xbXnCJuz>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é Possível no Brasil?** In: MORRIS, Alisson. et al. **Justiça Restaurativa**. Disponível em <[http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca\\_restaurativa.pdf](http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca_restaurativa.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2012.

PONTE, Antonio Carlos Da. **Medidas Despenalizadoras e Ausência de Hígidez Mental**. In: COSTA, J.F.; SILVA, M.A.M. [coord.]. **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p.661-681

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1, 10ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JR., Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral**. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3ª Ed., Lisboa: Vega, 2004.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – Algumas Reflexões Suscitadas pelo Anteprojecto que Introduce a Mediação Penal “de Adultos” em Portugal**. In COSTA, J. F.; SILVA, M. A. M.. **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p.373-398

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

VITTO, Renato Campos de. **Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos**. In: MORRIS, Alisson. et al. **Justiça Restaurativa**. Disponível em: <[http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca\\_restaurativa.pdf](http://www.idcb.org.br/documentos/sobre%20justrestau/LivroJustca_restaurativa.pdf)>. Acesso em: 30 abr. 2012.

**SITES:**

Última Instância – <http://ultimainstancia.uol.com.br>  
Superior Tribunal de Justiça – [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)