

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL:  
OS PROBLEMAS DA COMPATIBILIDADE COM OS FINS DO  
DIREITO PENAL E A SALVAGUARDA DOS PRINCÍPIOS E  
GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

**PAULA BITTENCOURT ORSI**

**MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO  
CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS**

**LISBOA  
2013**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL:  
OS PROBLEMAS DA COMPATIBILIDADE COM OS FINS DO  
DIREITO PENAL E A SALVAGUARDA DOS PRINCÍPIOS E  
GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Mestranda: Paula Bittencourt Orsi

Dissertação de Mestrado elaborada e apresentada como preenchimento parcial dos requisitos exigidos para a obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa sob a orientação do **Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes** (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

**LISBOA  
2013**

## DEDICATÓRIA

Aos meus pais, pelo amor, carinho, presença e incansável apoio ao longo do período de elaboração deste trabalho e sempre...

Ao *Diego*, meu amor, companheiro em Lisboa e nas idas e vindas do interior à Porto Alegre, por tudo...

Aos meus irmãos, sobrinhos, sogros e cunhadas, por me proporcionarem tantos momentos de alegria e amor...

Aos amigos, colegas e Professores, que me recepcionaram em Lisboa, guardo-vos em meu coração...

Às minhas amigas e amigos, pela compreensão e incondicional amizade, em especial, as colegas de trabalho e de viagem Fernanda e Karen...

Às minhas tias Gládis, Glaucia e Iara, minhas fãs, pela admiração e incentivo...

## NOTA DE AGRADECIMENTOS

Aos *meus pais*, pelo incondicional apoio e estímulo que tornaram ainda mais enriquecedora a experiência pessoal e acadêmica vivenciada em Lisboa;

À amiga, colega e mestre Ana Luiza Leal, pela troca de experiências e estímulo para seguir neste caminho;

Ao meu orientador Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes, pela pronta aceitação em orientar-me nesta caminhada e permanente disponibilidade e incentivo, toda a minha admiração e gratidão pela clareza dos seus ensinamentos;

À Fundação Escola do Ministério Público do Rio Grande do Sul e ao CDEMP – Colégio de Diretores de Escolas dos Ministérios Públicos do Brasil, pela excelente oportunidade de qualificação ao conceder-me bolsa de estudos ao curso de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

Ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Instituição de indiscutível respeitabilidade da qual tenho a honra de pertencer, por vocação e com muito orgulho, pela confiança e oportunidade na concessão de *licença para aperfeiçoamento profissional* concedida pelo egrégio Conselho Superior do Ministério Público;

Aos Professores Doutores Jorge Reis Novais e Maria Fernanda Palma, pelo empréstimo de seu valioso conhecimento durante as aulas de mestrado e seminários.

*“A verdadeira viagem do descobrimento consiste não em procurar novas terras, mas em ver com novos olhos” (Marcel Proust).*

*“O correr da vida embrulha tudo. A vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem!” (José Guimarães Rosa).*

## RESUMO

O presente estudo objetiva demonstrar que a introdução da filosofia restaurativa no ordenamento jurídico-penal pode aprimorar a Justiça, na busca por espaços de consenso, diálogo e maior participação da vítima, autor da infração e comunidade. No contexto do Estado democrático e social de Direito, onde há irradiação dos valores constitucionais por todo o ordenamento jurídico, e a dignidade da pessoa humana destaca-se como princípio fundamental, a salvaguarda dos princípios fundamentais de direito penal e de processo penal impõe-se. Entretanto, *globalizar a resposta* ao crime e aprimorar a justiça, também devem ser prioridades nesta quadra da história. Para tanto, demonstra-se a compatibilidade da mediação penal com os princípios de direito penal e de processo penal e, igualmente, com os fins das penas, pautado, constitucionalmente, por exigências de prevenção da criminalidade e pacificação social. Sublinha-se o potencial da Justiça Restaurativa, modelo complementar ao processo penal clássico, em alcançar resultados mais construtivos e menos repressivos, mais dialogados e menos padronizados.

**Palavras-chave:** Justiça Restaurativa – Mediação Penal – aprimoramento da justiça – espaços de consenso e diálogo – salvaguarda dos princípios – compatibilidade com os fins das penas – modelo complementar.

## ABSTRACT

This study aims to demonstrate that the introduction of restorative philosophy in the legal criminal system can improve the Justice, in the search of spaces for consensus, dialogue and greater participation of the victim, perpetrator of the offense and the community. In the context of democratic and social State of Law, where there is irradiation of constitutional values throughout the legal system, and the dignity of the human person stands out as a fundamental principle, the safeguarding of the fundamental principles of criminal law and criminal procedure is essential. However, *to globalize the response* to the crime and to improve justice should also be priorities in this court's history. Therefore, it is demonstrated the compatibility of criminal mediation with the principles of criminal law and criminal procedure and, equally, with the end of sentences, ruled, constitutionally, by requirements of crime prevention and social peace. It highlights the potential of restorative justice, complementary model to the classical system of criminal procedure, to achieve results more constructive and less repressive, more in dialogue and less standardized.

**Keywords:** Restorative Justice - Mediation - improvement of justice - areas of consensus and dialogue - safeguarding the principles - compatibility with the end of sentences - complementary model.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art., Arts.	Artigo, artigos
CF/88	Constituição Federal do Brasil de 1988
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP/1976	Constituição Federal da República Portuguesa de 1976
DF	Distrito Federal (capital do Brasil)
Inc.	inciso
Rel.	Relator
RS	Estado do Rio Grande do Sul (Brasil)
Séc.	século
STF	Supremo Tribunal Federal Brasileiro
STJ	Superior Tribunal de Justiça (no Brasil)
SP	Estado de São Paulo (Brasil)

## NOTAS DE LEITURA

1) As citações de doutrina e jurisprudência portuguesas serão feitas na sua integralidade, de acordo com as regras ortográficas válidas em Portugal e que, muitas vezes, distinguem-se das regras aplicadas no Brasil;

2) As páginas das obras citadas em notas de rodapé, quando separadas por hífen (por exemplo, 10-20), identificam uma seqüência (de 10 a 20); ao passo que, quando separadas por ponto e vírgula ou pela conjunção coordenativa aditiva e (por exemplo, 10; 20), identificam páginas determinadas (10 e 20). Por vezes, podem, ainda, ser indicadas seguidas da expressão ss. (por exemplo, 10 e ss.), que indica as páginas seguintes (10 e seguintes);

3) Quanto aos destaques de algumas passagens do texto, optou-se por utilizar a expressão entre parênteses, logo após o término da páginas(s) indicativas da obra referenciada, na nota de rodapé correspondente. Quando os destaques foram feitos pelo próprio autor, utilizou-se a expressão “com grifo(s) no original”. Quando os destaques foram decorrência de iniciativa própria, utilizou-se a expressão “sem grifo(s) no original”.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I – BREVE ANÁLISE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA .....</b>	<b>16</b>
1.1 Apresentação e contextualização histórica.....	16
1.2 Conceito e Características Fundamentais.....	24
1.3 Diversão e justiça restaurativa: modelo alternativo ou complementar? .....	31
1.4 Vantagens e críticas apontadas à justiça restaurativa.....	40
1.5 O diálogo e o papel da vítima no sistema penal.....	47
<b>CAPÍTULO II – EXPERIÊNCIAS COMPARADAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA .....</b>	<b>51</b>
2.1 A Mediação Penal na Europa.....	51
2.1.1 Noruega.....	52
2.1.2 Bélgica.....	53
2.1.3 França.....	57
2.1.4 Espanha.....	58
2.2 Experiências de Justiça Restaurativa nas Américas .....	60
2.2.1 Estados Unidos da América.....	60
2.2.2 Argentina.....	63
2.2.3 Brasil.....	65
<b>CAPÍTULO III – A MEDIAÇÃO PENAL .....</b>	<b>73</b>
3.1 O regime da Mediação Penal de adultos em Portugal.....	73
3.2 O papel das Organizações Internacionais no desenvolvimento da Mediação Penal.....	78
3.3 Princípios da Mediação Penal .....	82
3.3.1 Voluntariedade .....	83

3.3.2 Confidencialidade.....	85
3.3.3 Imparcialidade.....	87
3.3.4 Informalidade.....	88

#### **CAPÍTULO IV - MEDIAÇÃO PENAL E A SALVAGUARDA DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL.....93**

4.1 Mediação Penal e a Salvaguarda dos Princípios.....	93
4.2 Princípio da Presunção de Inocência .....	94
4.3 Princípio da Culpa.....	98
4.4 Princípio da Legalidade.....	99
4.5 Princípio da Oficialidade.....	103
4.6 Princípio da Publicidade.....	105
4.7 Princípio da Ampla Defesa.....	107
4.8 Princípio da Reserva Estadual da Jurisdição.....	109

#### **CAPÍTULO V- A JUSTIÇA RESTAURATIVA, A MEDIAÇÃO PENAL E AS TEORIAS SOBRE OS FINS DAS PENAS.....113**

5.1 Teorias sobre os Fins das Penas.....	113
5.2 Teorias Absolutas ou Retributivas .....	114
5.3 Teorias Relativas ou Utilitaristas .....	118
5.3.1 Teorias da Prevenção Geral .....	119
5.3.2 Teorias da Prevenção Especial .....	122
5.4 Teorias Mistas ou Unificadoras .....	125
5.5 A Justiça Restaurativa, a Mediação Penal e a compatibilidade com os fins e exigências do Direito Penal.....	128

#### **CONCLUSÃO .....136**

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....143**

## INTRODUÇÃO

Justiça Restaurativa e Mediação Penal, tema que nos propomos apresentar na presente dissertação está inscrito na ordem do dia dos debates político-criminais. Trata-se de tema cuja importância está presente na atmosfera dos assuntos controvertidos, que pressupõe a tensão entre os princípios e garantias fundamentais de direito penal e processo penal e as novas formas de responder ao crime. No contexto do Estado democrático e social de Direito, onde há irradiação dos valores constitucionais por todo o ordenamento jurídico e a dignidade da pessoa humana destaca-se como princípio fundamental, a salvaguarda dos princípios fundamentais de direito penal e processo penal impõe-se. Entretanto, *globalizar a resposta ao crime*, “associando mais estritamente os cidadãos ao conjunto da justiça penal”<sup>1</sup> também deve ser prioridade nesta quadra da história. Objetiva-se demonstrar a compatibilidade das práticas de justiça restaurativa, em especial a mediação penal, com os princípios de direito penal e processo penal e, igualmente, com os fins das penas, pautado constitucionalmente por exigências de prevenção da criminalidade e pacificação social. Pretende-se sublinhar o potencial da Justiça Restaurativa como modelo complementar e alternativo de resposta ao crime, permitindo-se alcançar resultados mais construtivos e menos repressivos, mais dialogados e menos padronizados.

Registre-se, de início, que neste trabalho<sup>2</sup>, a despeito da evidente relevância das demais modalidades restaurativas, como *Sentencing Circles* e

---

<sup>1</sup> ANTOINE GARAPON, *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas* (tradução de Maria Luiza de Carvalho), 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, pp. 217-218. Nesse sentido, Antoine Garapon assevera que *globalizar a resposta* significa “não se satisfazer em reprimir a infração, mas de atacar suas origens, levando em consideração, igualmente, o ambiente afetivo, social e econômico, e solicitando a contribuição de cada um, inclusive da vítima. É base da ideia de mediação, por exemplo. Talvez as mediações devessem ser previstas para os casos mais graves do que para as disputas de vizinhos ou pequenos delitos, à condição de que a vítima também fosse a litigante. (...) A reparação e a mediação penais são mais voltadas para o futuro do que para o passado; elas procuram não tanto espiar um erro cometido mais corrigi-lo. Elas podem até mesmo afastar-se da materialidade da infração, anulando o sofrimento infligido ao outro, não através de um outro sofrimento, mas por um prazer, uma gratificação (por exemplo, prestando “um serviço” à vítima). O direito também concerne à civilidade. (...) A sanção passa a ser assunto de todos, não mais somente das instituições penais, mas também das autoridades, principalmente do setor associativo, e até mesmo de empresas. (...) Daí a necessidade de se pensar na maneira de associar mais estreitamente os cidadãos ao conjunto da justiça penal”.

<sup>2</sup> Inicialmente, cumpre consignar que, quanto à ortografia, as regras adotadas são as anteriores a 09-01-09 e atualmente vigentes no Brasil, consoante prevê o Decreto n.º 6.583, de 29/09/2008, com as alterações resultantes do Decreto n.º 7.875, de 27/12/12, em especial o artigo 2º, parágrafo único, *in verbis*: “Art. 2.º

*Family Groups Conferences*<sup>3</sup>, será privilegiado o estudo da mediação penal, sob o enfoque do direito penal de adultos, razão pela qual não serão objeto de desenvolvimento outras modalidades de justiça restaurativa, exceto breves inserções que se fizerem necessárias ao adequado desenvolvimento do tema.

Ainda dentre os esclarecimentos preliminares, importa atentar que nos baseamos em uma dogmática que se pretende universal, não pertencente a um ou outro ordenamento jurídico, mas com a preponderância do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, com inserções no ordenamento jurídico português e outros estudos de direito comparado. Importa esclarecer, ainda, que a legislação portuguesa sobre mediação penal será utilizada, como regra, para demonstração da compatibilidade da justiça restaurativa com os princípios de direito material e processual penal.

A presente dissertação analisa o potencial da Justiça Restaurativa como modelo de resposta ao crime segundo uma divisão estrutural em cinco capítulos. Como nota essencial e central do presente estudo é mister advertir que a discussão sobre *Justiça Restaurativa* não é uma discussão independente dos fins das penas, mas, sim, inserida no âmbito de discussão das teorias sobre os fins das penas, as quais indicam diferentes pautas de valores e diferentes maneiras de responder à criminalidade. Averiguamos se, no contexto do sistema constitucional vigente, há compatibilidade ou não da justiça restaurativa com os fins das penas. Da mesma sorte, a análise da temática da mediação penal, mecanismo de justiça restaurativa positivado no ordenamento jurídico português, impõe a análise da salvaguarda dos princípios e garantias

---

- O referido Acordo produzirá efeitos somente a partir de 1º de janeiro de 2009. Parágrafo único: A implementação do Acordo obedecerá ao período de transição de 1º de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2015, durante o qual coexistirão a norma ortográfica atualmente em vigor e a nova norma estabelecida”. Registre-se, outrossim, que a pesquisa bibliográfica foi desenvolvida em obras nacionais (brasileiras e portuguesas) e estrangeiras, além da pesquisa jurisprudencial, e está temporalmente limitada até o mês de abril de 2013.

<sup>3</sup> Segundo CAETANO DUARTE, “Justiça Restaurativa”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* (outubro-dezembro de 2006), n.º 37, p. 47, a justiça restaurativa pode assumir outras formas, mas as mais divulgadas, além da mediação, são *sentencing circle*, ou grupos de decisão, como denominou o autor, e as *family group conferences*, ou conferências de grupos de famílias. No caso dos *sentencing circles*, modalidade praticada no norte dos Estados Unidos e, principalmente no Canadá, onde os projetos tiveram origem nos valores das tribos aborígenes, há uma reunião entre os interessados para uma discussão sobre o dano, o que pode ser feito para repará-lo e como se pode prevenir novos conflitos, sendo que com base nas propostas do grupo, o juiz emite uma decisão, faz ordens e recomendações. No que respeita às *family group conference*, as quais tiveram origem na Nova Zelândia, há um encontro semelhante à mediação, entretanto ocorre a participação de familiares e amigos, além de elementos ligados à justiça criminal, como a polícia, com o objetivo de elaborar um plano de ação, com o intuito da restituição à vítima, sublinhar as causas do comportamento do agressor e prevenir novas agressões.

de direito penal e processual penal, diante da grande preocupação externada pela doutrina quanto à possibilidade de enfraquecimento de tais garantias. Isso porque a mediação penal pressupõe informalização do procedimento e significativo aumento do poder de disposição da vítima e do autor da infração quanto ao objeto do procedimento penal.

Por conseguinte, após a introdução, o capítulo I, intitulado *Breve Análise da Justiça Restaurativa*, apresenta uma visão ampla e geral da Justiça Restaurativa, com o intuito de compreender o seu significado, seu alcance e suas potencialidades. A breve análise inicia-se pela apresentação e contextualização histórica, discutindo-se a origem do movimento de Justiça Restaurativa e os fatores que ensejaram o crescente interesse dos Estados contemporâneos sobre o assunto, passando pela abordagem sobre a ausência de um conceito único de justiça restaurativa e, diante disso, apresentam-se as características fundamentais que as práticas restaurativas devem possuir para considerarem-se *restaurativas*. A seguir, tomamos nota da discussão doutrinária sobre a justiça restaurativa, enquanto modelo alternativo ou complementar ao *tradicional processo penal*, apontando, além das vantagens e críticas da justiça restaurativa, o diálogo e o papel da vítima no sistema penal.

Em seguida, porque qualquer estudo ficaria despido de sentido se não analisarmos experiências em contextos culturais diversos, no capítulo II, intitulado *Experiências Comparadas de Justiça Restaurativa* levamos em consideração, de início, os relevantes ensinamentos de vanguarda das experiências de Mediação Penal na Noruega e na Bélgica, para, a seguir, destacarmos as experiências na França e na Espanha. Ademais, nas Américas, destacamos a experiência pioneira de Justiça Restaurativa levada a cabo nos Estados Unidos. Na sequência, apresentamos o regime de mediação penal positivada no ordenamento jurídico da capital da Argentina, Buenos Aires, no ano de 2006. Por último, quanto ao Brasil, dedicamos atenção especial ao Projeto Piloto de Justiça Restaurativa desenvolvido em São Caetano do Sul, estado de São Paulo, discutindo, com especial ênfase, a

comparação entre os valores do projeto de justiça restaurativa e aqueles buscados e, efetivamente alcançados, com a Lei dos Juizados Especiais<sup>4</sup>.

No capítulo III, intitulado *A Mediação Penal*, analisamos a prática de justiça restaurativa com consagração legal no ordenamento jurídico português. Assim, na parte inicial deste capítulo, apresentamos o regime da Mediação Penal de adultos, positivado no ordenamento jurídico de Portugal, em 12 de Junho de 2007, após a aprovação da Lei n.º 21. Após o enquadramento da mediação penal em Portugal, abordamos o papel das Organizações Internacionais no desenvolvimento da Mediação Penal e apresentamos as principais Diretivas e Recomendações no âmbito da União Europeia, Conselho da Europa e Organização das Nações Unidas. Na sequência, cuida-se de apresentar os princípios fundamentais que orientam a Mediação Penal, quais sejam, voluntariedade, confidencialidade, imparcialidade e informalidade.

Em seguida, no Capítulo IV, intitulado *Mediação Penal e a Salvaguarda dos Princípios de Direito Penal e Processo Penal*, com base nas premissas estabelecidas nos capítulos anteriores, interpelamos criticamente a mediação penal, aferindo a validade desta modalidade de justiça restaurativa à luz dos seguintes princípios de direito penal e processo penal, a saber: presunção de inocência, princípio da culpa, legalidade, oficialidade, publicidade, ampla defesa e princípio da reserva estadual da jurisdição. No que diz respeito ao Princípio da Presunção de Inocência, destacamos que a assunção de responsabilidade pelo ofensor em relação à prática do delito, por sua livre iniciativa, não coincide com a assunção de responsabilidade jurídico-penal. Ainda, observamos que a incorporação da Mediação Penal nos países em que vigora o Princípio da Legalidade, não é óbice para o acolhimento de espaços de oportunidade no Código de Processo Penal, diante da importância da implementação de formas desburocratizadas e simplificadas no processo penal. Para completar esta análise, ao referirmos os demais princípios e garantias de direito penal e processo penal, julgamos importante destacar que o acolhimento da mediação penal não implica qualquer risco de revogação da ordem normativa vigente.

---

<sup>4</sup> Mecanismo de resolução alternativa de litígios existente no Brasil.

Por derradeiro, no quinto e último capítulo, intitulado *A Justiça Restaurativa, a Mediação Penal e as Teorias sobre os Fins das Penas*, abordamos, primeiramente, as teorias sobre os fins das penas, destacando-se as posições doutrinárias nucleares sobre as teorias Retributivas, Utilitaristas e Unificadoras, com ênfase na pauta de valores de cada teoria<sup>5</sup>. Nesse sentido, o estudo orienta-se a permitir a análise da compatibilidade das finalidades das penas, vigentes no atual Estado democrático e social de direito, com a Justiça Restaurativa e a Mediação Penal. Assim, após a análise das teorias sobre os fins das penas, concluímos com Figueiredo Dias que a finalidade retributiva da pena deve ser rejeitada liminarmente e, diante disso, às penas só podem ser atribuídas finalidades de natureza preventiva, seja esta de prevenção geral, positiva ou negativa, seja esta de prevenção especial, positiva ou negativa<sup>6</sup>. Na sequência, indagamos se a Justiça Restaurativa e a Mediação Penal, ao proporcionarem a autocomposição do conflito e a reparação do dano, serão capazes de restabelecer a paz, recuperar a confiança social na vigência das normas e estabilidade do sistema normativo, bem como dissuadir o delinquente da prática de novos crimes.

---

<sup>5</sup> Sem, obviamente, qualquer pretensão de esgotamento da matéria, sob pena de escaparmos aos limites da presente dissertação, que objetiva analisar a Justiça Restaurativa e sua principal modalidade, a Mediação Penal. Até porque, como assevera JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 65-66, “o problema dos fins (*rectius*, das finalidades) da pena criminal é tão antigo quanto a própria história do direito penal; e, no decurso desta já longa história, ele tem sido discutido, vivamente e sem soluções de consenso, pela filosofia (tanto pela filosofia geral, como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal”.

<sup>6</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 104.

## CAPÍTULO I – BREVE ANÁLISE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

### 1.1 Apresentação e contextualização histórica

Há muitos anos, o centro das atenções das políticas-criminais repousa sobre o autor do fato criminoso<sup>7</sup>. Todavia, no âmbito dos Estados e das relações de cooperação internacional, verifica-se a preocupação recorrente em garantir maior proteção às vítimas da criminalidade, em especial seus direitos de acesso à justiça e de indenização por danos<sup>8</sup>. No intuito de contribuir para que a justiça penal alcance resultados mais construtivos e menos repressivos<sup>9</sup>, mais dialogados e menos padronizados, vários Estados encontraram nas práticas da *Justiça Restaurativa* o complemento ao processo penal tradicional.

Inicialmente, é preciso investigar as origens da chamada *Justiça Restaurativa* para que, a seguir, possamos averiguar qual o nível de desenvolvimento em que se encontra o sistema institucional, que propõe a reconciliação entre autor do fato delituoso e a vítima. Quanto às origens da justiça restaurativa, importa ressaltar que há grande divergência na doutrina. Segundo Mylène Jaccoud, é errado conceber que a justiça restaurativa tenha se originado de práticas tradicionais dos povos nativos, ressaltando que “os vestígios de uma justiça direcionada para o reparo não são apêndice exclusivo dos povos nativos, mas o das sociedades comunais em geral”<sup>10</sup>. Tais valores,

---

<sup>7</sup> Cf. ALBIN ESER, “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal - Tendencias nacionales e internacionales” (Tradução de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba), in: *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires: Ad-Hoc-Verl., 1992, p. 16, “diferente do acusado, que em certo modo constitui a figura central do procedimento penal, já que tudo gira em torno de sua culpabilidade ou inculpabilidade, o ofendido é, no fundo, somente uma figura marginal” (tradução nossa).

<sup>8</sup> Dispõe o considerando número (3) da Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal: “Nas conclusões do Conselho Europeu de Tempere, de 15 e 16 de Outubro de 1999, em particular no ponto 32, estabelece-se que deverão ser elaboradas normas mínimas sobre a proteção das vítimas da criminalidade, em especial sobre seu acesso à justiça e os seus direitos de indenização por danos, incluindo custas judiciais. Além disso, deverão ser criados programas nacionais para financiar medidas, públicas e não-governamentais, de assistência e proteção das vítimas”.

<sup>9</sup> Conforme Recomendação n.º R(99)19 da Comissão de Ministros dos Estados Membros sobre Mediação Penal, de 15 de Setembro de 1999, há o reconhecimento de que “a mediação pode levar a ter consciência do papel importante do indivíduo e da comunidade na origem e tratamento dos delitos e na solução dos conflitos a eles associados, e contribuir para que a justiça penal consiga resultados mais construtivos e menos repressivos”.

<sup>10</sup> MYLENE JACCOUD. “Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa”. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), p. 164.

processos e práticas da justiça restaurativa já existem há algum tempo, segundo esclarece Alisson Morris, sendo que alguns autores ligam a justiça restaurativa às tradições celtas, dos maoris, dos samoanos e de outros povos indígenas, também localizando suas origens em várias comunidades religiosas; e outros, como John Braithwaite, encontram as origens da justiça restaurativa nas tradições da civilização árabe antiga, da civilização grega e da romana”<sup>11</sup>.

No que se prende com o passado mais recente, importa referir que as primeiras experiências contemporâneas de Justiça Restaurativa ocorreram em 1974, no Canadá, em Elmira, quando dois jovens confessaram a prática de 22 (vinte e dois) crimes contra a propriedade, como dano e furtos. Na ocasião, o responsável pela reinserção social dos jovens propôs ao tribunal que os jovens se encontrassem com as 22 (vinte e duas) vítimas, a fim de que compreendessem a dimensão e consequências de seus atos. Aceita pelo juiz a sugestão, o processo foi suspenso durante um mês, período em que ocorreram os encontros e foram celebrados os pactos de restituição, sendo, posteriormente, sentenciado pelo juiz que o processo seria suspenso durante 3 (três) meses, a fim de que os jovens indenizassem as vítimas quanto ao prejuízo sofrido, o que foi devidamente cumprido. Com efeito, tal experiência deu origem à criação do *Victim Offender Reconciliation Project (VORP)*, modelo de mediação vítima-infrator que é utilizado, atualmente, em mais de 20 (vinte) jurisdições no Canadá<sup>12</sup>. Na Europa, desde o início dos anos 80, despontaram projetos de justiça restaurativa sob a forma de mediação vítima-agressor, os

---

<sup>11</sup> ALISSON MORRIS. “Criticando os Críticos: Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa”. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), p. 461. O *family group conference*, prática de justiça restaurativa utilizada na Nova Zelândia, foi inspirada nos modelos de conferência de grupos que nasceram, no âmbito das tribos indígenas *Maori*, com o objetivo de atender as necessidades especiais dos jovens que tivessem cometido fatos típicos e ilícitos, particularmente no seio da tribo. Em 1989, o sucesso destes modelos tradicionais de conferências de grupo resultou na adoção da citada prática restaurativa, em nível nacional, na Nova Zelândia. Os *sentencing circles* desenvolveram-se no Canadá, com base em antigas práticas das comunidades indígenas da «primeiras nações» (Cf. KATRIEN LAUWAERT, “Quadro legal da mediação vítima-agressor na Europa continental”. In: Resolução Alternativa de Litígios – Colectânea de Textos publicados na Newsletter DGAE, Lisboa, Agora Publicações, 2006, p. 103.

<sup>12</sup> Nesse sentido, JOÃO LÁZARO e FREDERICO MOYANO MARQUES, “Justiça restaurativa e mediação”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* (Outubro-Dezembro de 2006), n.º 37, p. 69. Os autores informam, ainda, que a mediação vítima-agressor surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos em 1978, no Estado de Indiana.

quais foram impulsionados por iniciativas políticas supranacionais, sobretudo no âmbito do Conselho da Europa<sup>13</sup>.

Importante destacar que o crescente interesse sobre as práticas de justiça restaurativa, nos modernos Estados constitucionais, tem origem em diversos fatores, dos quais se destacam, principalmente, três correntes de pensamento: contestação e críticas às instituições repressivas, (re) descoberta da vítima e exaltação da participação comunitária<sup>14</sup>.

Quando pensamos em direito penal, essencial se torna, antes mesmo de elencarmos as críticas às instituições repressivas, tomarmos em consideração suas funções, quais sejam, proteger os bens essenciais ao livre desenvolvimento do ser humano na vida em sociedade, motivar condutas, prevenir e reafirmar a norma<sup>15</sup>. Uma reflexão sobre os bens jurídicos protegidos pelo direito penal revela sua indispensabilidade para a realização individual e social dos indivíduos, “cuja natureza e valor mantêm uma essencial correspondência com a natureza e o valor da liberdade que é, como se sabe, o bem restringido através da pena de prisão”<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Cf. IVO AERTSEN; TONY PETERS, “As políticas europeias em matéria de justiça restaurativa”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* (outubro-dezembro de 2006), n.º 37, p. 37 e 38, os pioneiros em matéria de mediação “vítima-agressor” na Europa foram países como a Inglaterra, a Áustria e a Finlândia e a Noruega. Referem os autores que o Conselho da Europa “desempenhou papel pró-ativo importante em matéria de mediação vítima-agressor”, uma vez que reagiu “cedo à descoberta das vítimas e dos seus problemas”. MYLÈNE JACCOUD, in: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., p. 166, relata que as origens da justiça restaurativa estão relacionadas a diversos fatores e movimentos, porquanto resultado de conjuntura complexa. Relata a autora que, no início, a justiça restaurativa foi relacionada ao movimento de descriminalização, todavia, nos anos seguintes, a justiça restaurativa, por meio de programas piloto, ultrapassou as fases experimental (anos 70), da institucionalização (anos 80), quando houve a adoção de medidas legislativas específicas e, a partir dos anos 90, alcança a fase de expansão, momento em que a justiça restaurativa é utilizada em todas as etapas do processo penal e em diversos ordenamentos jurídicos.

<sup>14</sup> Nesse sentido, o pensamento de FAGET (1997), citado por MYLÈNE JACCOUD, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., p. 164. PABLO GALAIN GALERMO, *La Reparación del Daño a la Víctima del Delito*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 132-133, sublinha que o descontentamento dos cidadãos com a Administração da Justiça e os reclamos sociológicos e criminológicos a favor de dotar as vítimas dos delitos de mais direitos ensejou que se começasse a “explorar a possibilidade de que o tradicional modelo bipolar Estado-delinquente (baseado na ideia de um enfrentamento irreconciliável de interesses) desse lugar a um modelo triangular que incluía a vítima e fomenta a busca de um acordo entre todas as partes envolvidas no conflito social”.

<sup>15</sup> Cf. PABLO GALAIN PALERMO, “¿La Reparación del Daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)* 3, ano 2005, p. 187. Disponível em [www.unirioja.es](http://www.unirioja.es). Acesso em 04 de março de 2013.

<sup>16</sup> AUGUSTO SILVA DIAS. *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Proteção do Futuro*, p. 70/71 e 80.

Assim, apesar de o direito penal lançar mão de medidas persecutórias extremamente graves, quando necessário, para a prevenção de delitos, não se discute que a justiça criminal é um mal necessário e, por isso, se deva promovê-la<sup>17</sup>. José de Faria Costa chama a atenção para o fato de que a abolição total do direito penal e “sua substituição pela a situação-problema (Hulsman)”, não passa de “mera utopia”, além de que o desaparecimento do direito penal seria algo como o “desaparecimento da própria história”<sup>18</sup>. Diante disso, sugere o autor que se propugne um melhoramento, onde se “terá de defender o estreitar das margens da reação criminal, o que conduz, inversa e um pouco paradoxalmente, ao alargamento da reação hoje tida como informal”, desde que legalizada e orientada para a implementação de “*diversificadas estratégias de diversificação*”<sup>19</sup>.

Como dito acima, ainda que o direito penal seja indispensável para a vida do indivíduo em sociedade, não obstante isso, não deverá ser aplicada uma pena em todos os casos em que tenha ocorrido um crime, o que se verifica, por exemplo, nos casos em que há dispensa de pena<sup>20</sup>. Do mesmo modo, no que tange as críticas às instituições repressivas, merece destaque a prisão, como um dos dispositivos centrais do direito penal<sup>21</sup>, a qual sofre todo o

---

<sup>17</sup> Nas palavras de CLAUS ROXIN, “Tem Futuro o Direito Penal?” (tradução de Luís Greco), *Revista dos Tribunais*, Ano 90, v. 790, Agosto/2001, p. 460, “também aquele que deseja e profetiza um longo futuro para o direito penal terá de admitir que a justiça criminal é um mal talvez necessário, e, por isso, se deva promover, mas que continua sendo um mal. Ela submete numerosos cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico. Ela estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, consequências que não podem ser desejadas num Estado social de direito, que tem por fim a integração e a redução de discriminações”. Ainda, oportuno lembrar, nas palavras de WINFRIED HASSEMER, “Processo Penal e Direitos Fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. científica: Maria Fernanda Palma), Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 18, que o direito penal “é um instrumento da liberdade por meio da repressão”.

<sup>18</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA. “Diversão, desjudicialização e mediação: que rumos?”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, p. 64.

<sup>19</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit., pp. 64-65.

<sup>20</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O Processo Penal Português: Problema e Prospectivas”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. científica: Mário Ferreira Monte), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 815, fala, a propósito da necessidade de se lograr o “restabelecimento da paz jurídica” dos intervenientes do conflito e, com ela, a “restauração das expectativas comunitárias” postas em causa pelo crime, que o “novo modelo” de política criminal, com exigências de “consensualidade”, deve levar a uma substituição “em medida progressivamente mais ampla até ao limite possível, de uma justiça penal *sobretudo punitiva* por uma justiça penal *também restaurativa*”.

<sup>21</sup> Ainda na esteira de ANTOINE GARAPON, *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas* (tradução de Maria Luiza de Carvalho), 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 97, “a opção pelo

tipo de críticas dos estudiosos, porquanto, além de não evitar o crescimento das taxas da criminalidade, ainda tem o poder desumanizar o prisioneiro. Nesse sentido, Howard Zehr adverte que o ambiente prisional irá despir o preso de todo o seu “senso de valor e poder”. Refere que “todo o entorno carcerário é estruturado com o fim de desumanizar. Os prisioneiros recebem um número, um uniforme, pouco ou nenhum espaço pessoal. São privados de, praticamente, todas as oportunidades de tomar decisões e exercer poder pessoal”<sup>22</sup>.

A alta taxa de encarceramento mundial e sua evolução nos últimos anos servem para alertar acerca da realidade do processo penal e a necessidade de mudanças. Levantamento de dados referentes à população carcerária mundial, nos anos de 2005 e 2006, revela que são mais de oito milhões de encarcerados no mundo, sendo que só na Grã-Bretanha são 146 presos em cada 100.000 habitantes, na Espanha são 145, Escócia 141, Itália 102, Portugal 123, Alemanha 95, França 88, Holanda 127, Bélgica 88, Noruega 68, Suécia 78, Finlândia 75, Grécia 90, Dinamarca 77, além da cifra impressionante dos Estados Unidos da América com 738 presos em cada grupo de 100.000 habitantes, Rússia com 607, China 118 em cada grupo de 100.000 habitantes, o que resulta na enorme cifra de 1.548.498 de pessoas presas<sup>23</sup>. Discutindo este tema, Díez Ripollés destaca que o crescimento carcerário “não guarda relação com a evolução da delinquência [...] é reflexo de uma política criminal paralisada no que se refere ao desenvolvimento do sistema de sanções”<sup>24</sup>.

---

direito penal assinala um duplo fracasso: o das regulações sociais intermediárias, como a família, a comunidade ou o trabalho; e o das soluções, a justiça penal continuando a manter a prisão como um dos seus dispositivos centrais – basta constatar o aumento contínuo e incontável do número de detentos em todas as democracias, para que disto fiquemos convencidos”.

<sup>22</sup> HOWARD ZEHR, *Trocando as Lentes – Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça* (tradução de Tônia Van Acker). São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 37.

<sup>23</sup> Cf. RAMON SÁEZ VALCARCÉL, *La mediación reparadora em el Proceso Penal: reflexión a partir de una experiencia*, 2007, p. 11. Disponível em [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es). Consulta em 29 de Janeiro de 2013. A população carcerária do Brasil atingiu 550.000 presos em junho de 2012, consoante informação do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22552-populacao-carceraria-do-brasil-atingiu-550-mil-presos-em-junho>.

<sup>24</sup> DÍEZ RIPPOLLÉS, “*Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI*”, en la Revista Española de Investigación Criminológica, n.4, 2006, citado por RAMÓN SÁEZ VALCARCÉL, cit., p. 12.

Diante desse panorama, em que a ressocialização fracassou, principalmente em razão do meio utilizado para consegui-la, qual seja, o encarceramento<sup>25</sup>, fica a lição de Antoine Garapon para quem a justiça deve aprimorar-se, buscar espaços de consenso, formas dialogadas e participativas para garantir a ordem social, uma vez que “à justiça é solicitado que *antes de tudo* não seja violenta, quer dizer, que jamais considere a repressão como a primeira e principal resposta, mas prefira maneiras mais convencionais de garantir a autoridade do direito.”<sup>26</sup>.

Outro fator que despertou o crescente interesse sobre as práticas da justiça restaurativa foi a (*re*) descoberta da vítima. No que se prende com o passado mais recente, a partir da Segunda Guerra Mundial e logo depois do Holocausto, deram inícios diversos estudos acerca da situação das vítimas nos processos de violência, quando se originou o movimento chamado *vitimologia*, que está intimamente ligado ao movimento internacional pelos direitos humanos, podendo o primeiro ser visto como uma manifestação desse último. A temática da vitimologia, entendida como o estudo científico das vítimas de delitos, embora tenha importante papel<sup>27</sup> no sentido de chamar a atenção para as necessidades das vítimas, não se confunde com a reação ao modelo atual de justiça criminal, onde se fala em uma “justiça para as vítimas”, ou seja, a “vítima no centro das preocupações do sistema penal”<sup>28</sup>. Saéz Valcarcél lembra que a criminologia deve a Nils Christie o reconhecimento da exclusão das vítimas do processo penal, em sua famosa tese “*Conflicts as property*”, no

---

<sup>25</sup> Para ilustrar este entendimento, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”. In: *Cuadernos de Política Criminal* n° 7, 1979, p. 91 e ss.

<sup>26</sup> ANTOINE GARAPON, *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas* (tradução de Maria Luiza de Carvalho), 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 212.

<sup>27</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General: fundamentos de la estructura de la teoría del delito* (tradução Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal), vol. 1, Madrid: Editorial Civitas, 1997, §14, num. 15, sublinha que a vitimologia começou recentemente a irradiar sua influência sobre a Dogmática do direito penal.

<sup>28</sup> RAÚL ESTEVES, “A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* (outubro-dezembro de 2006), n.º 37, p. 58, nos dá uma visão abrangente acerca do papel primordial da vítima nas práticas de justiça restaurativa ao esclarecer que “(...) uma justiça para a vítima não pode ser confundida com a recentemente chamada “vitimologia” enquanto ramo que se destaca da criminologia. Não se trata de proceder a um qualquer estudo científico da vítima e do seu sofrimento derivado do fato criminoso. Também não se trata de repensar o modelo penal enquanto sistema apto a proteger e a reparar os danos que a vítima sofre com o crime, dando-lhe maior intervenção processual com vista a reclamar a sua composição patrimonial, nem tão pouco o estudo da sua individualidade enquanto elemento de ponderação da culpa do agente para efeitos de graduação da pena concreta. Uma justiça para a vítima significa tão somente transportá-la para o centro do drama jurídico que se inicia (...)”.

sentido de que os conflitos pertencem a quem os vive. Para o autor, a análise precisa e provocadora do criminólogo norueguês segue vigente e se encontra na origem do modelo de reparação pelo diálogo ou reconciliação<sup>29</sup>.

No âmbito das práticas de justiça restaurativa, a vítima desempenha um papel primordial, porquanto expõe sua versão dos fatos, relata seus sentimentos, seus medos, transmite suas expectativas, porquanto anseia por compreender o que lhe aconteceu, por obter informações claras acerca de seus direitos, possui necessidade de uma “experiência de justiça”<sup>30</sup>. Tratadas como prioridade periférica no processo, as vítimas são, no sistema atual de justiça penal, “nota de rodapé do processo criminal”<sup>31</sup>. Ivo Aertsen e Tony Peters chamam a atenção para o fosso que existe entre o sistema penal e a vítima, já que esta “é tratada antes como um problema suplementar que deve ser “gerido” da melhor forma”, onde “é preciso fazer alguma coisa por ela”, ao invés de se apelar à sua responsabilidade ativa<sup>32</sup>.

Diante desta realidade, onde a vítima não é chamada para a resolução da ofensa, embora tenha sofrido diretamente as consequências do crime, propõe-se o estudo acerca do proceder da justiça restaurativa, onde há reconsideração do papel da pessoa ofendida no processo. O movimento de justiça restaurativa tem sido bem acolhido pelos Estados, sendo uma das

---

<sup>29</sup> RAMON SAÉZ VALCARCÉL, cit., p. 17. Para ilustrar, o autor cita trecho de *Conflict as property*, na Espanha, traduzido para “*Los conflictos como pertenencia*”, de Nils Christie: “O elemento chave do processo penal é que se converte aquilo que era algo entre as partes concretas, em um conflito entre uma das partes e o Estado. Assim, no moderno processo penal, duas coisas importantes ocorrem. Primeiro, as partes estão sendo representadas. Em segundo lugar, a parte que é representada pelo Estado, denominada vítima, é representada de tal modo que, para a maioria dos procedimentos, é empurrada completamente para fora do cenário e é reduzida a mero provocador do assunto. A vítima é duplamente perdedora, primeiro, frente ao delinquente e, segundo – e de uma maneira mais brutal- ao ser-lhe negado o direito à plena participação naquilo que poderia ter sido um dos encontros ritualístico mais importante de sua vida. A vítima perdeu seu caso nas mãos do Estado” (tradução nossa).

<sup>30</sup> De acordo com HOWARD ZEHR, *Trocando as Lentas – Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça* (tradução de Tônia Van Acker). São Paulo: Palas Athenas, 2008, pp. 27-28, “aquilo que a vítima vivencia como experiência de justiça é algo que tem muitas dimensões, algumas das quais já esboçadas aqui. As vítimas precisam ter certeza de que o que lhes aconteceu é errado, injusto, imerecido. Precisam oportunidades para falar a verdade sobre o que lhes aconteceu, inclusive seu sofrimento. Necessitam ser ouvidas e receber confirmação. (...) Como parte integrante da experiência de justiça, as vítimas precisam saber que passos estão sendo tomados para corrigir as injustiças e reduzir as oportunidades de reincidência. Como observado antes, podem desejar indenização não só para os aspectos materiais, mas para os aspectos morais implícitos no reconhecimento de que o ato foi injusto, numa tentativa de corrigir as coisas”.

<sup>31</sup> HOWARD ZEHR. *Trocando as Lentas – Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça*, cit., p. 31.

<sup>32</sup> IVO AERTSEN; TONY PETERS. “As políticas europeias em matéria de justiça restaurativa”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out/Dez 2006, p. 44.

razões principais para isso a participação direta dos envolvidos na solução do conflito, onde se verifica que aos atores do conflito é atribuída uma parte do “poder”, “uma *experiência de justiça* conformada, uma parcela de autonomia que joga bem com a democracia”<sup>33</sup>.

Por último, o fator que contribuiu para a transcendência das ideologias repressivas e o crescente interesse sobre as práticas restaurativas é a exaltação da comunidade, uma vez que o princípio da comunidade “é valorizado como o lugar que recorda as sociedades tradicionais nas quais os conflitos são menos numerosos, melhor administrados e onde reina a regra da negociação”<sup>34</sup>. Ressalte-se que, também no contexto social dos grandes centros urbanos, as práticas restaurativas são aconselháveis, porquanto há distorções na comunicação que ensejam o surgimento dos conflitos<sup>35</sup>, havendo, por conseguinte, a necessidade de “mudar o equilíbrio entre o Estado e a sociedade civil em favor desta última”<sup>36</sup>.

Resta-nos, ainda, esclarecer que não só estes fatores antes citados são referidos pelos doutrinadores como aqueles que encorajaram o aparecimento da justiça restaurativa, modelo inicialmente associado ao movimento de descriminalização e abolicionismo, mas também agregam-se, neste complexo contexto cultural e social, as críticas ao modelo terapêutico; a crise no modelo tradicional de justiça; a crise do modelo de bem-estar social ou do Estado providência; a complexidade das relações sociais; o surgimento de uma sociedade civil, como forma de oposição ao poder estatal centralizado, com a

---

<sup>33</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE. “Justiça prêt-à-porter? Alternatividade ou Complementariedade da Mediação Penal à Luz das Finalidades do Sancionamento”, in Revista do Ministério Público, n.º 117, Jan-Mar/2009, p. 90. Como refere RAMON SAÉZ VALCARCÉL, cit., p. 8, “*Es el tiempo de las víctimas*”.

<sup>34</sup> MYLÈNE JACCOUD, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., p. 165. Apesar da importância da participação da comunidade no processo restaurativo, é com maior frequência, principalmente, no Reino Unido, Austrália e Nova Zelândia, sob a forma de conferências de grupo (*conferencing*), que a participação comunitária ocorre. Nesses países, verifica-se menor intervenção do Estado na vida dos cidadãos.

<sup>35</sup> Segundo RAUL ESTEVES, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* (outubro-dezembro de 2006), n.º 37, cit, p. 55, “a conceitualização contemporânea de realidade social acarreta a produção de um vocabulário encantatório e injuntivo para que as instituições possam funcionar. As comunidades pós-modernas interagem entre si e com as comunidades vizinhas, os indivíduos integram-nas, protegem-se mutuamente, adquirem e expressam sentimentos e emoções pelos outros, mas ... não se falam. A mediação surge então como instrumento de reconstituição de uma vivência pacífica centrada no frente a frente”.

<sup>36</sup> JAN FROESTAD; CLIFFORD SHEARING. “Prática da Justiça: o modelo Zwelenthemba de resolução de conflitos. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), p. 90.

fragmentação dos centros de decisões que remodelaram profundamente as relações entre os cidadãos e o Estado e renovaram o conceito de democracia, estruturado em princípios de participação, de coadministração em muitos setores da atividade social e de deliberação sob outras formas de expressão<sup>37</sup>.

## 1.2 Conceito e Características Fundamentais

Uma questão, que é muito debatida na doutrina especializada na temática da Justiça Restaurativa, diz respeito à tensão entre aqueles que consideram que a formulação de um conceito único de justiça restaurativa é necessária para o desenvolvimento de visões claras sobre o tema, como forma de identificar as práticas restaurativas e diferenciá-las das práticas retributivas e reabilitadoras e, de outro lado, entre aqueles que relutam em formular definições rígidas ou universais, sob o argumento de que poderiam limitar o desenvolvimento da justiça restaurativa<sup>38</sup>. Alguns autores consideram que o conceito de justiça restaurativa deve ser encontrado na dicotomia “justiça restaurativa *versus* justiça retributiva”<sup>39</sup>, enquanto outros consideram mais importante especificar os valores restaurativos centrais, como é o caso de John

---

<sup>37</sup> Neste particular, seguimos de perto AFONSO ARMANDO KONZEN. *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentidos no itinerário da Alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 77. Saliente-se que o autor tomou por base, tal como refere na sua nota 169, p. 77, as explicações, alternativa ou cumulativamente, que podem ser encontradas nos seguintes autores: Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, John Braithwaite, Leonardo Sica e Philip Oxhorn. Também LEONARDO SICA, “Bases para o Modelo Brasileiro de Justiça Restaurativa”. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* 12, Jan-Jun de 2009, p. 412, esclarece que o crescente interesse sobre a justiça restaurativa “(...) se insere no contexto político-institucional de *crises e déficits*: crise do modelo tradicional de justiça, do *Welfare State*, de legitimidade de uma ordem baseada em um discurso jurídico esvaziado, *déficit* de comunicação entre o sistema de justiça e as comunidades, *déficit* de participação popular na administração da justiça”.

<sup>38</sup> Nesse sentido, examinando a literatura referente ao tema, JAN FROESTAD; CLIFFORD SHEARING, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., p. 79.

<sup>39</sup> Precisamente no sentido de que “um marco simbólico de definição poderia ser *justiça restaurativa versus justiça retributiva*, já que a oposição entre os postulados de ambos os modelos é o traço marcante das aspirações que redundam na justiça restaurativa que, pela sua natureza polissêmica e multifatorial e pela pluralidade de técnicas e iniciativas que abarca, carece de definição monolítica. Procurar um conceito unívoco e simples poderia ensejar uma visão reducionista da proposta cuja riqueza está, justamente, na diversidade e na flexibilidade, o que permite a sua melhor adaptação a diferentes cenários sociais” (LEONARDO SICA, *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* 12, Jan-Jun de 2009, cit., p. 417).

Braithwaite. O autor argumenta ser necessário avaliar o que há de restaurativo nos processos e nos valores, para saber o quão restaurativo é um programa<sup>40</sup>.

Também elaborada com a intenção de enfatizar as qualidades dos processos restaurativos, é a conhecida definição de Tony Marshall para quem a justiça restaurativa “é um processo através do qual todas as partes interessadas em um crime específico se reúnem para solucionar coletivamente como lidar com o resultado do crime e suas implicações para o futuro”<sup>41</sup>. Por seu turno, Howard Zehr, autor da obra “Changing Lenses: A new focus for Crime and Justice” (no Brasil, “Trocando as Lentes – Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça”), seguidamente apontado como o fundador da Justiça Restaurativa, define que “a Justiça Restaurativa: 1. tem foco nos *danos* e consequentes *necessidades* (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor); 2. trata das *obrigações* resultantes desses *danos* (obrigações do ofensor, mas, também, da comunidade e da sociedade); 3. utiliza processos *inclusivos e cooperativos*; 4. envolve todos os que têm *interesse* na situação (vítimas, ofensores, a comunidade, a sociedade); 5. busca *corrigir os males*”<sup>42</sup>.

Analisando os conceitos, verifica-se que determinadas práticas, para serem identificadas com os valores da justiça restaurativa, devem, na observação de Elena Larrauri Pijoan<sup>43</sup>, apresentar três características fundamentais, quais sejam, importância do processo dialogal<sup>44</sup>, participação

---

<sup>40</sup> Cf. JAN FROESTAD; CLIFFORD SHEARING, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., p. 80.

<sup>41</sup> Citado por JAN FROESTAD; CLIFFORD SHEARING, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa* cit., p. 79.

<sup>42</sup> HOWARD ZEHR, *Trocando as Lentes – Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça*, cit., p. 257. Para ELIEZER GOMES DA SILVA; MARCELO GONÇALVES SALIBA. “Justiça Restaurativa, Sistema Penal e Democracia – Intercessões Ético-Discursivas”, RDP 52 (Out-Nov de 2008), p. 195, importa lembrar que “ o verbo *restaurar*, em algumas de suas acepções, significa *recuperar, consertar, restabelecer, reanimar*. Uma restauração envolve, portanto, uma atitude realista (de tomada de consciência de uma indesejável situação de um objeto, de uma pessoa, ou de uma instituição) e ao mesmo tempo otimista (de sincera crença de que o esforço da restauração “vale a pena”). Quando nos deparamos com a expressão *justiça restaurativa*, notadamente na seara da justiça criminal, essa dupla postura (de reconhecimento de que algo precisa ser *consertado, restabelecido, recuperado, reanimado*) acaba sendo potencializada pelo fato de a pretendida “restauração” não ter por objetivo tão-somente restabelecer um pretenso equilíbrio perdido com a própria realização de um ato ilícito, mas o próprio equilíbrio da operacionalidade do sistema de justiça criminal no estado democrático de direito”.

<sup>43</sup> ELENA LARRAURI PIJOAN, “Tendências Atuais da Justiça Restaurativa”, RDP 54 (Fev-Mar/2009), p. 171.

<sup>44</sup> Cf. BARB TOEWS; HOWARD ZEHR, “Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo”, in *Novas direções na Governança da Justiça e da Segurança Pública*, p. 424, na justiça

dos direta e indiretamente envolvidos e, ainda, busca de acordos restaurativos, os quais possibilitarão a paz social<sup>45</sup>. Além disso, um dos mais importantes traços caracterizadores da justiça restaurativa é a reconstrução da noção de crime, o qual deixa de ser considerado uma ofensa contra a ordem jurídica ou contra o Estado e passa a ser considerado uma ofensa contra indivíduos<sup>46</sup>, causadora de prejuízos e consequências<sup>47</sup>.

Ademais, Howard Zehr explica as dimensões da revolução jurídica e como alcançamos a mudança de paradigma com a justiça restaurativa. Afirma que, num primeiro momento, estava a ascensão da justiça pública sobre a justiça privada ou comunitária, porquanto os Estados emergentes tinham de monopolizar e exercer o poder, inclusive com o intuito de evitar a vingança privada<sup>48</sup>, para, posteriormente, diante da justiça restaurativa, realizar-se a adaptação de alguns valores, princípios e abordagens das antigas tradições, combinadas com o respeito aos direitos humanos<sup>49</sup>, para enxergarmos o crime através de “novas lentes”, como “uma violação de pessoas e relacionamentos”. O crime cria a “obrigação de corrigir os erros, a justiça envolve a vítima, o

---

restaurativa, as participações da vítima e do infrator estão inseridas em um “processo baseado na escuta e no diálogo”.

<sup>45</sup> Para MYLÈNE JACCOUD, in: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., pp. 170 e 179, o que é essencial para qualificar um modelo como restaurativo são as finalidades, as quais, para a autora, “podem ser atingidas tanto pelos processos negociados e voluntários como através de processos impostos”. A autora define justiça restaurativa como “uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito”.

<sup>46</sup> PABLO GALAIN PALERMO. “Mediação Penal como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: A Construção de um Sistema Penal sem Juizes”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 91, Julho/2011, vol. 91, p. 165.

<sup>47</sup> MYLÈNE JACCOUD, in: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005, *Justiça Restaurativa*, cit., cit., p. 170, acrescenta que “o crime não é mais um destruidor, mas se define por duas dimensões que não se anulam, mas sim, se somam: é por vezes uma transgressão a um código legal e um ato que acarreta algumas consequências”.

<sup>48</sup> Para HOWARD ZEHR, *op. cit.*, pp. 116 e 118, a mudança de uma justiça privada ou comunitária para uma justiça pública “começou pela abertura de possibilidades de denúncia por parte do Estado. Depois este colocou-se como parceiro, e mais adiante proprietário, até que afinal tinha o monopólio da justiça para todos os danos e males chamados crimes. (...) Em segundo lugar, concomitante a esse processo, a justiça foi sendo cada vez mais calcada na lei formal ao invés de nos costumes e na conveniência. (...) Em terceiro, a vingança era um possível resultado da justiça comunitária. O Estado assumiu essa opção, diminuindo a disponibilidade de outras possibilidades. A punição tornou-se normativa. Resoluções amigáveis e acordos passaram a ser raros e até ilegais. Como a norma fosse a punição e não a restituição, a importância da vítima individual dentro do processo diminuiu ou desapareceu. (...) Em quarto lugar, os diferentes conceitos de justiça trouxeram consigo novas maneiras de entender o crime e o criminoso. Em vez de uma violação ou conflito individual, certos comportamentos tornam-se violações coletivas ou sociais de ordem sobrenatural. A dimensão pública foi elevada acima da privada...”.

<sup>49</sup> HOWARD ZEHR, *Trocando as Lentes – Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça*, cit., pp. 256-257.

ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança”<sup>50</sup>.

Acrescenta John Braithwaite que a teoria da justiça restaurativa vê a reconciliação como um importante caminho para a prevenção<sup>51</sup>, uma vez que o sistema é dedicado à responsabilidade ativa<sup>52</sup>, aquela em que o agente responsabiliza-se por seus atos futuros. Aduz que os programas restaurativos envolvem uma “transição de uma cultura de culpa para uma cultura de aprendizado que confronta a prática de intimidação com compaixão e não punitivamente”<sup>53</sup>. Ainda, explica o autor que a norma do processo penal é a responsabilidade passiva, onde o agente responsabiliza-se pelos fatos que cometeu no passado, e que “a escolha por uma cultura de culpabilidade punitiva, nas instituições de justiça, é uma escolha por uma sociedade com maior índice de criminalidade”<sup>54</sup>.

Nesse sentido, John Braithwaite explica que a prevenção de crimes é alcançada com maior efetividade se o autor do crime for instado a assumir a responsabilidade ativa, pois considera que o “sistema da justiça criminal é um desastre institucional”, já que “a maioria dos crimes mais leves são ignorados pela autoridade e zombados pelos colegas, o que passa a mensagem de que não são importantes. Crimes graves e reincidentes são respondidos com punições severas, passando a mensagem de ser algo inadmissível. Esse sistema também costuma deixar os infratores com uma sensação de injustiça

---

<sup>50</sup> HOWARD ZEHR, *Trocando as Lentes – Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça*, cit., pp. 170-171. Segundo o autor, “a lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação de sua importância relativa e nosso entendimento do que seja um resultado adequado”. Para Howard Zehr o crime visto sob a lente retributiva “é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas”.

<sup>51</sup> JOHN BRAITHWAITE, “Entre a Proporcionalidade e a Impunidade: Confrontação, Verdade e Prevenção”. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na Governança da Justiça e da Segurança Pública*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006, p. 375.

<sup>52</sup> JOHN BRAITHWAITE, In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na Governança da Justiça e da Segurança Pública*, cit., p. 379.

<sup>53</sup> JOHN BRAITHWAITE, In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na Governança da Justiça e da Segurança Pública*, cit., p. 377. O autor sublinha que o perdão que a justiça restaurativa oferece não é a impunidade, “envolve a confrontação que pode ser emocionalmente dolorida, a reparação material que pode ser monetariamente dolorida ou dispendiosa de tempo (como no caso da prestação de serviços comunitários às vítimas de suas comunidades)” (p. 385).

<sup>54</sup> JOHN BRAITHWAITE, In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na Governança da Justiça e da Segurança Pública*, cit., p. 374.

baseada na percepção de que cometeram crimes repetidamente sem serem punidos e, no dia que o critério da gravidade passa a abrangê-los, eles sempre sentem que foram arbitrariamente vitimados”. Diante disso, aponta que “o caminho alternativo desenvolvido para a análise crítica e exames empíricos é que se consegue maior prevenção do crime quando ele é sempre confrontado, mas, assim agindo, com uma presunção de perdão (...) desde que participem de um processo (...) ao assumirem a responsabilidade ativa pelo mal causado”<sup>55</sup>.

Outro traço da justiça restaurativa consiste no fato de contribuir para a realização das finalidades do direito penal, qual seja, a finalidade preventiva, na medida em que as partes se reúnem não só com o objetivo de resolver e reparar as consequências daquela infração, mas a preocupação também será quanto às “exigências ligadas ao restabelecimento da confiança e da paz jurídicas abaladas pelo crime e de reabilitação do autor do crime”<sup>56</sup>.

No que diz respeito aos valores da Justiça Restaurativa, Chris Marshall, Jim Boyack, e Helen Bowen enunciam os valores fundamentais do modelo que consideram ser verdadeiramente restaurativo. Nesse sentido, elencam que devem ser estar presentes: “*Honestidade*: A fala honesta é essencial para se fazer justiça. Na justiça restaurativa, a verdade produz mais que a elucidação dos fatos e o estabelecimento da culpa dentro dos parâmetros estritamente legais; ela requer que as pessoas falem aberta e honestamente sobre sua experiência relativa à transgressão, seus sentimentos e responsabilidades morais; *Humildade*: A justiça restaurativa aceita as falibilidades e a vulnerabilidade comuns a todos os seres humanos. A humildade para reconhecer esta condição humana universal capacita vítimas e infratores a descobrir que eles têm mais em comum como seres humanos, frágeis e defeituosos, do que o que os divide em vítima e infrator (...); *Interconexão*: Enquanto enfatiza a liberdade individual e a responsabilidade, a justiça

---

<sup>55</sup> JOHN BRAITHWAITE, In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na Governança da Justiça e da Segurança Pública*, cit., p. 386.

<sup>56</sup> De acordo com ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A propósito da introdução do Regime de Mediação Penal no Processo Penal”, *Revista do Ministério Público* 105, Jan-Mar/2006, p. 131, “a reparação não se erige, pois, como uma nova finalidade do direito penal, antes é utilizada na medida em que constitui (e não só na medida em que constitui) um contributo (e, nesse caso, valiosíssimo) para a realização das finalidades tradicionais, preventivas, do direito penal”.

restaurativa reconhece os laços comunitários que unem a vítima e o infrator. Ambos são membros valorosos da sociedade, uma sociedade na qual todas as pessoas estão interligadas por uma rede de relacionamentos. A sociedade compartilha a responsabilidade por seus membros e pela existência de crimes, e há uma responsabilidade compartilhada para ajudar a restaurar as vítimas e reintegrar os infratores (...); *Responsabilidade*: Quando uma pessoa, deliberadamente causa um dano à outra, o infrator tem obrigação moral de aceitar a responsabilidade pelo ato e por atenuar as consequências. Os infratores demonstram aceitação desta obrigação, expressando *remorso* por suas ações, através da *reparação* dos prejuízos e, talvez, até *buscando o perdão* daqueles a quem eles trataram com desrespeito (...); *Empoderamento*: Todo ser humano requer um grau de autodeterminação e autonomia em suas vidas. O crime rouba este poder das vítimas, já que outra pessoa exerceu controle sobre elas sem seu consentimento. A Justiça restaurativa devolve os poderes a estas vítimas, dando-lhes um papel ativo para determinar quais são as suas necessidades e como estas devem ser satisfeitas. Isto também dá poder aos infratores de responsabilizar-se por suas ofensas, fazer o possível para remediar o dano que causaram, e iniciar um processo de reabilitação e reintegração; *Esperança*: Não importa quão intenso tenha sido o delito, é sempre possível para a comunidade responder, de maneira a emprestar forças a quem está sofrendo, e isso promove a cura e a mudança. (...) a Justiça Restaurativa alimenta esperanças – a esperança de cura para as vítimas, a esperança de mudança para os infratores e a esperança de maior civilidade para a sociedade”<sup>57</sup>.

Assim, devemos salientar que compartilhamos o entendimento daqueles autores que consideram desnecessária uma definição única de Justiça Restaurativa, porque o mais importante são as características e os valores do programa restaurativo, ou seja, o mais importante é o processo em si, o diálogo, a experiência do encontro entre vítima e infrator, com as finalidades de

---

<sup>57</sup> CHRIS MARSHALL; JIM BOYACK; HELEN BOWEN, “Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática: Uma Abordagem Baseada em Valores”. In: Slakmon, C., R. De Vito, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), pp. 271-272.

reparação dos danos causados à vítima e responsabilização ativa do autor da infração quanto aos atos que serão praticados no futuro.

Por último, quanto à natureza da justiça restaurativa, que diz respeito à discussão em relação à autonomia ou integração da Justiça Restaurativa no sistema de Justiça tradicional, salienta-se a existência de duas principais correntes doutrinárias sobre o tema, sendo que de um lado estão aqueles que defendem a perspectiva *minimalista* ou *purista* e, de outro lado, aqueles que defendem a perspectiva *maximalista*. Na abordagem *minimalista* ou “*diversionista do sistema judiciário principal*” a justiça restaurativa deve convocar exclusivamente voluntários, ou seja, que vítima, ofensor e comunidade concordem em participar voluntariamente nos processos de justiça restaurativa. Neste modelo, sustenta-se que o Estado deve ficar afastado da administração dos processos, os quais serão geridos unicamente pela comunidade. Isso porque, neste caso, a justiça restaurativa configura-se uma alternativa ao sistema de Justiça tradicional.

De outro lado, a tendência *maximalista* alarga esta visão da Justiça Restaurativa, ao considerar que a Justiça Restaurativa deve transformar profundamente o modelo retributivo e, para tal, deve ser integrada ao sistema de Justiça estatal, a fim de possibilitar sua aplicação aos delitos mais graves e a imposição de sanções restaurativas<sup>58</sup>.

Como mais adiante desenvolveremos a questão, em nossa perspectiva a Justiça Restaurativa deverá atuar em complemento à Justiça tradicional, de modo que não compactuamos com a concepção *maximalista* no que diz respeito à substituição completa do modelo retributivo pelo modelo restaurativo. Do mesmo modo, compartilhamos o entendimento doutrinário de que a voluntariedade deve se consubstanciar em princípio fundamental das práticas restaurativas. Assim, nossa preocupação encontra-se no termo médio, e é no sentido de que a Justiça Restaurativa atue mediante processos dialogados, participativos e voluntários, com consagração no ordenamento jurídico dos Estados e complementando o sistema de Justiça criminal.

---

<sup>58</sup> MYLÈNE JACCOUD, in: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005, *Justiça Restaurativa*, cit., pp. 172, refere que, na atualidade, a perspectiva *minimalista* é dominante, entretanto, a autora refere privilegiar a perspectiva *maximalista* de Justiça Restaurativa (p. 180).

### 1.3 Diversão e justiça restaurativa: modelo alternativo ou complementar?

Entendemos ser este o momento apropriado para avançarmos no estudo da diversão e a justiça restaurativa, a fim de esclarecer o que é diversão, uma vez que diversos autores referem, sobretudo, quando tratam da mediação penal, que estamos diante de verdadeira hipótese de diversão e desjudicialização<sup>59</sup>. Diante disso, faz-se necessário compreender o significado de cada uma das hipóteses e as consequências decorrentes do enquadramento das práticas de justiça restaurativa como espécie de diversão.

No tocante ao estudo da diversão, destaca-se, na doutrina portuguesa, o trabalho de José de Faria Costa, denominado “Diversão (Desjudicialização) e Mediação: Que Rumos?”, onde o autor esclarece que diversão e desjudicialização são conceitos equivalentes, sendo que a diversão “tem de ser entendida como a tentativa de solução do conflito jurídico-penal fora do processo normal da justiça penal: isto é, de um modo desviado, divertido, face àquele procedimento”<sup>60</sup>. O autor refere que a mediação, uma das manifestações da justiça restaurativa, tem em sua gênese a ideia de diversão, sendo que esta última possui a especificidade de se concretizar com a intervenção de um mediador<sup>61</sup>.

O autor tece, em seguida, maiores esclarecimentos acerca da distinção das hipóteses de diversão, descriminalização e despenalização, especificando que a descriminalização opera-se “quando o legislador subtrai uma determinada infração do mundo da dignidade penal ou mesmo a retira de alguns ramos do direito sancionatório que com aquela se cruzam” e a

---

<sup>59</sup> É o caso de ANDRÉ LAMAS LEITE, *Revista do Ministério Público* 117, Jan-Mar/2009, cit, p. 118. Note-se que o autor considera a mediação penal, na justiça portuguesa, hipótese de RAL (Resolução Alternativa de Litígios), complementar ao Direito e Processo Penal, quando diz que “o império de uma ‘justiça *prêt-à-porter*’ foi afastado, nos seus perigos fundamentais, pela adscrição do nosso sistema de mediação penal aos quadros do processo ‘tradicional’ e pela escolha atribuída ao MP –ao menos na maioria dos casos- dos pleitos em que se recorrerá a este mecanismo de RAL”.

<sup>60</sup> JOSÉ DE FÁRIA COSTA, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit, p. 5.

<sup>61</sup> JOSÉ DE FÁRIA COSTA, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit., p. 6. O autor esclarece que a diversão “só é admissível para a resolução de conflitos quando com ela se maximize a liberdade e dignidade humanas e se colime a reconciliação do infrator com a vítima e a sociedade. A diversão tem sempre de ser entendida, se a razão não nos desacompanha, como uma forma de pacificação de alguns vetores da sociedade” (p. 65).

despenalização ocorre quando há “uma diminuição da moldura penal abstrata ou com o remeter dessa mesma infração para, por exemplo, o direito de mera ordenação social”. Por fim, ressalta que descriminalização e despenalização não se confundem com o fenômeno da diversão, porquanto no último caso “a infração existe e tem dignidade penal, mas é solucionada *diversamente, divertidamente*, do processamento formal-regular; isto é, sem judicialização”<sup>62</sup>.

Na mesma linha, Francisco Amado Ferreira sugere que a diversão somente pode ocorrer quando estivermos diante de condutas que lesam ou ofereçam riscos aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico. Sublinha, ademais, que a diversão significará a “eleição de uma ou mais opções que se destinem a prosseguir uma via exclusivamente desviada ao sistema de Justiça *oficial*, na prevenção, gestão e resolução de determinados fatos penalmente relevantes”<sup>63</sup>. Note-se que o autor especifica que a diversão, embora sinônimo da desjudicialização, abrange “não só a transferência de competências de resolução de litígios para instâncias não judiciais, mas também a não submissão para essas últimas de questões que se mantenham à sua margem”<sup>64</sup>.

Ressalte-se, ainda, na esteira de Jorge de Figueiredo Dias<sup>65</sup>, que o movimento da diversão ou desjudicialização abarca o conjunto de processos usados pelas instâncias de controle com vista a alcançar uma solução aos conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da justiça penal, como é o caso da mediação<sup>66</sup>, sendo também possível ocorrer a “diversão com

---

<sup>62</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit., p. 24.

<sup>63</sup> FRANCISCO AMADO FERREIRA, *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 27-28.

<sup>64</sup> FRANCISCO AMADO FERREIRA, *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*. cit., p. 28. Além disso, o autor esclarece que “divergir significa a adoção e a prossecução de uma via verdadeiramente alternativa aos valores, princípios e fins que sobressaiam ao sistema clássico de realização da Justiça e não uma alternativa de tecnologias, de punições ou de medidas autoritariamente impostas pela autoridade judiciária, embora se mostre desejável a combinação de todas essas inovações substantivas, tecnológicas e processuais” (p. 29).

<sup>65</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS. *Direito Penal português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra Editora, 1993 – 3.ª reimpressão em 2011, p. 67.

<sup>66</sup> “Para que se verifique a diversão em sentido estrito é necessária a participação voluntária do infrator em uma qualquer forma de programa extrapenal”, cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit., p. 6.

intervenção”, hipótese em que há imposições de obrigações ao visado<sup>67</sup>. Isso significa a “possibilidade de a resposta ao crime não ser necessariamente dada pelo tribunal”<sup>68</sup>.

Mais adiante, José de Faria Costa indica que a diversão pode ocorrer em qualquer fase do processo penal, desde que antes da determinação ou declaração da culpa, ou, ainda, antes da determinação da pena<sup>69</sup>. Além disso, quanto às autoridades competentes para realizar a diversão, importa destacar que estas são variadas, tudo dependendo da previsão contida no ordenamento jurídico em que é realizada. De acordo com a classificação apresentada por José de Faria Costa, na diversão simples, por exemplo, o conflito é solucionado imediatamente pela polícia ou pelo ministério público, por outro lado, na diversão encoberta, o infrator deve praticar certos atos para não ser acusado pelo Ministério Público; já na hipótese de diversão com intervenção, o processo fica suspenso sob a condição de cumprimento de injunções e, por fim, quando ocorrer diversão por meio da mediação, haverá, necessariamente, a intervenção de um mediador<sup>70</sup>.

As diferentes hipóteses de diversão verificar-se-ão de acordo com o quadro da política criminal do país e a adoção prevalente do princípio da oportunidade ou da legalidade. Veja-se, por exemplo, alguns modelos que centram a diversão na fase em que o conflito se cruza diretamente com a instância formal da polícia, onde se destacam os programas restaurativos praticados no Canadá, caso do *Community Kit for the Development of an Adult Diversion Program* e, nos Estados Unidos, o *American Arbitration Association* e o *Institute for Mediation and Conflict Resolution*<sup>71</sup>. De outro lado, em alguns países da Europa, como é o caso da França, a mediação penal, introduzida no Código de Processo Penal, por meio da Lei n.º 93-2, de 04 de Janeiro de 1993,

---

<sup>67</sup> Cf. artigo 281º do Código de Processo Penal de Portugal e, no Brasil, artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95).

<sup>68</sup> TERESA LANCRY DE GOUVEIA DE ALBUQUERQUE E SOUSA ROBALO, *Justiça Restaurativa: Um Caminho para a Humanização do Direito*, cit., p. 45.

<sup>69</sup> Cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit., p. 5.

<sup>70</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit., pp. 21-23.

<sup>71</sup> De acordo com JOÃO PEDROSO; CATARINA TRINCÃO e JOÃO PAULO DIAS. *Por caminhos da(s) reformas da Justiça*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa – Centro de Estudos Sociais. Coimbra: 2008, p. 169. Disponível em <http://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf>. Acesso em 10 de Janeiro de 2013.

ocorre por atuação direta do membro do Ministério Público, por agente delegado ou mediador<sup>72</sup> e, em Portugal, a mediação em processo penal, prevista na Lei n.º 21/2007, ocorre em qualquer fase do inquérito, com o encaminhamento do caso pelo Ministério Público às oficinas de mediação<sup>73</sup>.

Assim, é importante que se diga, que o efeito político-criminal positivo que se espera do movimento de diversão é, antes de tudo, impedir o efeito estigmatizante, em alta medida criminógeno, da submissão ao sistema formal da justiça penal e, e, particular, da aplicação de sanções criminais<sup>74</sup>. O intuito é favorecer a socialização dos delinquentes, mantendo-se os níveis mínimos necessários de estabilização das expectativas comunitárias.

Desta sorte, após concluir que a mediação penal e as demais modalidades de justiça restaurativa configuram hipótese de diversão (e também de desjudicialização), resta ainda investigar sobre a complementaridade dos processos de justiça restaurativa em relação aos tradicionais processos penais, questão que, aliás, envolve certa polêmica na doutrina.

Importa destacar que alguns autores consideram as práticas de justiça restaurativa hipótese de diversão intraprocessual e, por isso, entendem que estão diante de técnica de resolução alternativa de litígio e complemento intraprocessual da justiça tradicional<sup>75</sup>. De outro lado, estão os autores que consideram que as práticas restaurativas poderão se efetivar por meios exclusivamente extrajudiciais, de forma autônoma e independente do processo penal e, diante disso, se posicionam no sentido de que a justiça restaurativa é

---

<sup>72</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a mediação penal na França e experiências comparadas, vide TERESA LANCERY DE GOUVEIA DE ALBUQUERQUE E SOUSA ROBALO, *Justiça Restaurativa: Um Caminho para a Humanização do Direito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 189 e seguintes, e JOÃO PEDROSO; CATARINA TRINCÃO e JOÃO PAULO DIAS, *op.cit.*, p. 182 e seguintes.

<sup>73</sup> Conforme art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 21 de 12 de Junho de 2007.

<sup>74</sup> JORGE DE FUGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, cit., p. 67.

<sup>75</sup> Nesse sentido, vide ANDRÉ LAMAS LEITE, *Revista do Ministério Público*, n.º 117, Jan-Mar/2009, cit, p. 126, ou, ainda, PABLO GALAIN PALERMO, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 91, Julho/2011, vol. 91, cit., p. 171.

modelo complementar extraprocessual da justiça tradicional<sup>76</sup>, (...) “na realização dos fins da política criminal que lhe são comuns”<sup>77</sup>.

Relativamente a este assunto, importa que se diga que estamos de acordo com Maria Leonor Assunção e Francisco Amado Ferreira, este último quando refere o princípio da *complementaridade*, ou *dupla complementaridade*, como sendo um daqueles que orientam a Justiça Restaurativa<sup>78</sup>. Refere o autor que nem sempre os mecanismos da Justiça Restaurativa evitarão um processo criminal, como nos casos da criminalidade grave, em que a justiça restaurativa será utilizada em complemento ao processo penal tradicional. Entretanto, em casos de menor gravidade, especialmente em crimes de natureza não pública, “deve ser legalmente prevista a possibilidade de as partes poderem requerer à autoridade judiciária competente, até a publicação da sentença de primeiro grau, a suspensão da instância e, concomitantemente, dos prazos prescricionais, enquanto as iniciativas de mediação ocorrerem”<sup>79</sup>. Esta última

---

<sup>76</sup> HOWARD ZEHR, cit., p. 204, salienta que “talvez não devemos sonhar em desmontar o sistema retributivo, mas sim desenvolver um sistema paralelo mantendo a escolha de qual deles usar”. Para CLÁUDIA SANTOS, “A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – Algumas Reflexões Suscitadas pelo Anteprojecto que Introduce a Mediação Penal “de Adultos” em Portugal”, Revista Portuguesa de Ciências Criminais 16, 2006, p. 90, o sistema social tem dimensões várias e os próprios conflitos interpessoais podem e devem ser objeto de intervenções diversificadas. Assim, “se a prática de um crime pode impor a intervenção da justiça penal para, sancionando o seu agente, se atingirem as finalidades de prevenção geral e especial, devemos admitir que o conflito interpessoal que o crime é *também* pode justificar um intervenção *outra, em alternativa ou cumulativamente com a intervenção penal*, vocacionada em outros moldes para a pacificação dos intervenientes e da comunidade, para a reparação dos males causados, para a reconciliação de cada sujeito com os outros ou de cada sujeito consigo próprio. Esta intervenção *outra* será sempre complementar da intervenção penal, ainda que casuisticamente possa tornar esta última desnecessária. Ou talvez se possa dizer que, pelo menos relativamente a alguma criminalidade, a intervenção penal passará a ser subsidiária”.

<sup>77</sup> MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, A participação central-constitutiva da vítima no processo restaurativo – uma ameaça aos fundamentos do processo penal estadual?, in *Que futuro para o Direito Processual Penal: Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coordenação científica: Mário Ferreira Monte), Coimbra Editora, 2009, nota n. 64, pp. 352-353.

<sup>78</sup> FRANCISCO AMADO FERREIRA, *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*, cit., p. 130-131, defende a perspectiva que encara os mecanismos de Justiça Restaurativa “não como substitutivos do sistema de Justiça oficial, mas como complementares nalguns segmentos criminais e alternativos noutros, nomeadamente: nas áreas da regulação social onde o interesse público na defesa de certos bens jurídicos se revela menos importante; o abalo provocado pela conduta nociva se mostra nulo ou diminuto e convoca uma ténue censurabilidade; em determinadas situações igualmente menos graves e onde estejam em causa relações afetivas intensas e de convívio desejável ou inevitável; em situações em que, apesar de sua relevância ao nível penal, se procura atender aos concretos interesses da vítima que se mostrem avessos à promoção ou à perseguição do processo criminal”.

<sup>79</sup> FRANCISCO AMADO FERREIRA, *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 39-40. Conclusão idêntica é salientada por LEONARDO SICA, *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* 12, Jan-Jun de 2009, cit., p. 419, ao referir que a mediação penal é “uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa, autônoma e complementar à justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão

hipótese é aquela que se verifica, atualmente, na mediação em processo penal prevista no ordenamento jurídico português (Lei n.º 21/2007), a qual somente tem lugar em processo por crime de natureza particular ou semi-pública e, quando realizado acordo entre autor do fato e vítima, há previsão de ser considerado equivalente à desistência da queixa, ou seja, hipótese de resolução extrajudicial definitiva do caso<sup>80</sup>.

Ressalte-se que, no caso dos crimes públicos, em que o legislador impede que a vítima decida acerca da persecução penal, entende-se que a resolução extrajudicial definitiva do caso, por meio da justiça restaurativa, está afastada, porquanto os interesses do Estado são considerados afetados em primeira linha. No entanto, mesmo nestes casos, entende-se que as práticas de justiça restaurativa poderão contribuir para que sejam alcançados os fins de reabilitação do agente, reparação da vítima e pacificação social, atuando em complementaridade ao processo penal tradicional<sup>81</sup>, a fim de que o conteúdo dos acordos seja tido em conta pelo juiz quando proferir a sentença do caso.

Por outro lado, tratando-se de matéria que envolve certa polémica, André Lamas Leite apresenta os motivos pelos quais considera as práticas de justiça restaurativa como técnica de resolução alternativa de litígio e complemento intraprocessual da justiça tradicional. Desde logo, refere o autor

---

relacional, cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social, cujo objetivo é superar o déficit comunicativo que resultou ou que foi revelado pelo conflito e, contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação de danos e na manutenção da paz jurídica”. No mesmo sentido, CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “A Mediação perante os Objectivos do Direito Penal”. In: A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 42, refere que “a mediação é diferente de todas as outras formas de diversão ou de afloramento do princípio da oportunidade (v.g. artigos 280º e 281º do Código de Processo Penal) e mesmo do processo sumariíssimo, que apela já ao consenso; e é-o porque assenta em diferentes agentes (os interlocutores são, aqui, a vítima e o delinquente) e porque rejeita a intervenção judicial, constituindo-se, portanto, como uma verdadeira alternativa. Só esta perspectiva – e correspondente liberdade de forma e ação – permite à mediação cumprir os seus mais fundos objetivos”.

<sup>80</sup> Cf. artigos 2.º e 5.º da Lei n.º 20/2007.

<sup>81</sup> Referindo-se ao âmbito da mediação penal, o jurista português CAETANO DUARTE, “Justiça Restaurativa”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* (outubro-dezembro de 2006), n.º 37, p. 51, manifesta-se pela coexistência do sistema tradicional de justiça criminal e o sistema restaurativo, Nesse sentido, assevera que “neste momento, a posição a assumir pela mediação penal terá de ser a dum meio paralelo de obter a recomposição do litígio com reflexos na decisão judicial criminal, mas que não deverá substituir este processo. Torna-se evidente que, havendo acordo pleno entre agressor e a vítima, esse fato não pode passar ao lado da decisão penal. Mas o simples fato de se exigir a adesão voluntária de ambas as partes no processo de mediação não permite que este processo substitua o processo criminal tradicional. Este teria sempre de existir para os casos em que não era possível efetuar mediação por falta de acordo entre as partes em se submeter à mesma. E nada impede que os dois processos funcionem simultaneamente por forma que a mediação penal possa conseguir a pacificação social com o acordo entre agressor e vítima, deixando para o processo criminal a questão entre o Estado e o agressor”.

que não concebe “nenhum *paradigma* apto a substituir a atual forma de administrar a justiça que não seja, *de per se*, capaz de responder à totalidade dos delitos e que não conte com um consenso alargado quanto aos traços fundamentais da sua própria noção e finalidades. A negociação, parte constante da vida de cada um de nós, nas mais variadas teias de relações que estabelecemos, não é o veículo adequado a resolver a totalidade dos conflitos penais, não só porque violações existem e refletem de um jeito indelével na estrutura comunitária vista como um todo, reclamando, por isso, uma resposta estatal e não consensualizada, mas, sobretudo, porque quem detém maior poder negocial não é, necessariamente, quem detém a razão”<sup>82</sup>.

Na mesma linha, Pablo Galain Palermo refere que os objetivos da justiça restaurativa podem ser alcançados na justiça *tradicional* “sem necessidade de desformalizar as instâncias processuais e nem prescindir da sentença de homologação judicial (agora homologação do Ministério Público). Deste modo, a mediação (ou a reparação) pode ocupar um lugar como uma consequência jurídico-penal, sem a necessidade de abandonar os fins, os princípios e as garantias que o direito penal assegura, dentre eles, a participação necessária do juiz para resolver o conflito da forma mais *justa*”<sup>83</sup>.

Importa destacar que não estamos de acordo com as construções de Pablo Galain Palermo e André Lamas Leite, no sentido de recusar a autonomia da mediação penal diante de outros institutos processuais de diversão alicerçados no consenso entre os sujeitos processuais, como é o caso da suspensão provisória do processo<sup>84</sup>. Com efeito, ainda que a mediação penal e o instituto da suspensão provisória do processo apresentem semelhanças formais de regime, uma vez que se configuram medidas alicerçadas no consenso entre os sujeitos processuais, não podemos olvidar a principal diferença entre eles, pois a mediação penal objetiva “não apenas a resolução do litígio, mas também e talvez sobretudo, a reconciliação e o restabelecimento das relações sociais entre os indivíduos e bem assim no seio da comunidade.

---

<sup>82</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, *Revista do Ministério Público*, n.º 117, Jan-Mar/2009, cit, p. 126.

<sup>83</sup> PABLO GALAIN PALERMO, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 91, Julho/2011, vol. 91, cit., p. 171.

<sup>84</sup> Cf. artigo 281.º do Código de Processo Penal Português.

A ideia de “restauração” está efectivamente presente na mediação. Todavia, estará ausente do processo penal”<sup>85</sup>.

Ademais, merece referência uma segunda questão que afasta a mediação penal do instituto da suspensão provisória do processo, qual seja, o fato de que a introdução de mecanismos de justiça restaurativa nos ordenamentos jurídicos dos Estados altera, efetivamente, o lugar que é destinado à vítima no processo penal. Com efeito, mediação penal, *sentencing circles* e *family group conferences*<sup>86</sup> podem render frutos muito mais benéficos do que a responsabilização do ofensor no sistema de justiça tradicional<sup>87</sup>. Isso porque a oferta de benefícios processuais ao ofensor, como a suspensão provisória do processo, foi concebida com a finalidade primordial de se obter a resolução do litígio de maneira célere e, na maior parte dos casos, é aceita

---

<sup>85</sup> ARTUR JORGE COSTA DOS SANTOS. *A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade*. Dissertação de Mestrado não publicada, 2012, p. 110. Ademais, esclarece que “restauração é um conceito diferente do de *reparação*, embora frequentemente se confundam. Assim, *restaurar* não se reconduz apenas ao ressarcir dos prejuízos sofridos pela vítima. Implica também amenizar o sofrimento dela, bem como a indignação que possa sentir, que não é de todo quantificável através de uma indenização. Aquilo que se pretende através da restauração é pois a reposição do estado inicial ou anterior à prática do crime mas, especificamente, de uma perspectiva emocional. A *restauração*, contrariamente à *reparação* tomada isoladamente, não pode, deste modo, ser imposta ou organizada com o objetivo de um determinado resultado, deve por seu lado ser promovida livre de tais desideratos pré-estabelecidos. Outra diferença assinalável entre os dois conceitos reside no fato de a necessidade de restauração não ser “exclusiva” da vítima, que é o que sucede na reparação. Na verdade, do lado do ofensor também pode existir a necessidade de repensar o crime e as consequências que o mesmo implica na sua vida”.

<sup>86</sup> Segundo CAETANO DUARTE, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* (outubro-dezembro de 2006), n.º 37, p. 47, a justiça restaurativa pode assumir outras formas, mas as mais divulgadas, além da mediação, são *sentencing circle*, ou grupos de decisão, como denominou o autor, e as *family group conference*, ou conferências de grupos de famílias. No caso dos *sentencing circles*, modalidade praticada no norte dos Estados Unidos e, principalmente no Canadá, onde os projetos tiveram origem nos valores das tribos aborígenes, há uma reunião entre os interessados para uma discussão sobre o dano, o que pode ser feito para repará-lo e como se pode prevenir novos conflitos, sendo que com base nas propostas do grupo, o juiz emite uma decisão, faz ordens e recomendações. No que respeita às *family group conference*, as quais tiveram origem na Nova Zelândia, há um encontro semelhante à mediação, entretanto ocorre a participação de familiares e amigos, além de elementos ligados à justiça criminal, como a polícia, com o objetivo de elaborar um plano de ação, com o intuito da restituição à vítima, sublinhar as causas do comportamento do agressor e prevenir novas agressões. Para mais desenvolvimentos sobre o tema vide TERESA L. ALBUQUERQUE E SOUSA ROBALO, *Justiça Restaurativa: Um Caminho para a Humanização do Direito*, cit., p. 67 e ss.

<sup>87</sup> No mesmo sentido AFONSO ARMANDO KONZEN, *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentidos no itinerário da Alteridade*, cit., p. 136, quando afirma que “no encontro judicializado, os sujeitos terceiros, proprietários do desencontro produtor de violência, sejam eles ofensor, partícipe, ofendido ou mero assistente, apresentam-se por representação. Ou sequer se apresentam. Como por exemplo, o titular do dano. Ou qualquer outro dos demais interessados. Se presentes, as suas falas serão apenas informativas, pois não é esse o lugar para cuidar das necessidades de outrem senão as do processado. O Estado desalojou-os do polo ativo”. (...) Na dialética do sistema acusatório da tradição retributiva, os sujeitos do desencontro produtor da violência, os sujeitos do conflito, não se falam”.

pelo ofensor como uma estratégia processual, hipótese em que “a discussão não se destina ao assumir de responsabilidades, mas para o livrar-se delas”<sup>88</sup>.

Diante disso, ao reconhecermos a autonomia da mediação penal, estamos de acordo com Jorge de Figueiredo Dias quando refere que as práticas de justiça restaurativas devem “correr à margem” do sistema processual penal, ainda que os resultados dos acordos restaurativos possam ser tidos em conta nos processos penais, através de “vasos comunitários”. O autor explica que as práticas restaurativas devem ter um “espaço próprio”, “separado do sistema de justiça penal”, para evoluir “longe dos defeitos do processo penal”, uma vez que o sistema penal foi inadequado para “responder a todas as necessidades da vítima e à plena reintegração comunitária do agente”<sup>89</sup>.

É evidente que a Justiça Restaurativa não pode ser um modelo contraditório à justiça tradicional, porquanto compartilha “não somente das definições normativas da primeira, como também do objetivo de determinar a responsabilidade do autor (ainda que se trate da assunção voluntária da culpabilidade) e das mesmas finalidades de reinserção (prevenção especial), de devolução da confiança no sistema e reafirmação da norma (prevenção geral positiva) e de proteção futura de bens jurídicos (prevenção geral negativa)”<sup>90</sup>. Mesmo assim, embora não contraditório, entendemos que a justiça restaurativa deve ser considerada modelo complementar e paralelo ao processo penal tradicional.

Note-se, por fim, que, para os defensores da justiça restaurativa, “a reivindicação de um modelo de justiça criminal menos autoritário, mais inclusivo, mais participativo, menos traumático, mais legítimo e eficaz (que a justiça restaurativa propugna) não pode, portanto, ser considerada como

---

<sup>88</sup> AFONSO ARMANDO KONZEN, *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentidos no itinerário da Alteridade*, cit., p. 137.

<sup>89</sup> JORGE DE FUGUEIREDO DIAS, “O Processo Penal Português: Problema e Prospectivas”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coord. científica: Mário Ferreira Monte), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 816.

<sup>90</sup> PABLO GALAIN PALERMO, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 91, Julho/2011, vol. 91, cit., p. 166.

simples modismo ingênuo, romântico ou passageiro”<sup>91</sup>. Diante disso, conclui-se que a justiça restaurativa deve ser acolhida como aquela que pode render frutos mais benéficos na busca por um processo mais participativo e dialogado, atuando como modelo complementar e paralelo ao processo penal tradicional.

#### 1.4 Vantagens e críticas apontadas à justiça restaurativa

Antes de discutirmos as críticas apontadas à justiça restaurativa, por parte da doutrina, as quais são importantes, porque contribuem indiscutivelmente para o debate, importa elencar as principais vantagens, sempre tendo como parâmetro o confronto com a justiça criminal tradicional. Segundo João Lázaro e Frederico Moyano Marques, as principais vantagens podem se resumir em quatro pontos: satisfação da vítima, oportunidade de reintegração do agente na comunidade, fortalecimento do sentido de comunidade e melhorias no sistema tradicional de justiça tradicional<sup>92</sup>. Nesse sentido, às vítimas, permite-se que conheçam o infrator e desmitifiquem a sua figura, o confrontem, expressem seus sentimentos, participem de forma mais ativa na solução do caso, recebam pedido de desculpas e, eventualmente, a reparação dos danos materiais e imateriais sofridos<sup>93</sup>. Aos infratores, contribui para a assunção de responsabilidades, oportuniza pedido de desculpas à vítima e justificção quanto aos motivos de seus atos, assim como, possibilita a reintegração social e que possam agir no futuro de acordo com a experiência adquirida. Ainda, para a comunidade, possibilita a aproximação dos cidadãos

---

<sup>91</sup> ELIEZER GOMES DA SILVA; MARCELO GONÇALVES SALIBA, *RDP* 52 (Out-Nov de 2008), cit., p. 174.

<sup>92</sup> JOÃO LÁZARO; FREDERICO MOYANO MARQUES; *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, cit, p. 67 e ss.

<sup>93</sup> Para MARK S. UMBREIT, “Justiça Restaurativa por meio da Mediação Vítima-Ofensor: uma avaliação a partir de várias experiências locais” (tradução de Francisco Schertel e Breno Zaban). In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Orgs.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – vol. 4*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. Disponível em [www.arcos.org.br](http://www.arcos.org.br). Acesso em 11 de janeiro de 2013, as vítimas são alienadas pelo nosso sistema atual de justiça, sendo que “para muitas dessas vítimas o encontro com o sistema de justiça leva a uma raiva e frustração crescentes, já que elas são amplamente ignoradas, não sendo muitas vezes nem informadas sobre o processo, sobre as mudanças de datas ou a resolução final do caso. Raramente os profissionais de justiça criminal utilizam seu tempo para ouvir as vítimas do crime, a fim de conseguir seu apoio e sua participação para responsabilizar de forma direta os ofensores”.

na realização da Justiça<sup>94</sup>, promove a pacificação social e contribui com maior sentimento de segurança, diante da realização das finalidades de prevenção geral e especial. Por fim, para o sistema tradicional de justiça criminal, contribui para melhorar a satisfação dos jurisdicionados, aproxima os cidadãos do sistema judicial, promove a justiça com celeridade e economia de recursos<sup>95</sup>, assim como, contribui para a individualização das respostas jurídico-criminais em face de cada caso concreto.

Deste catálogo de vantagens da justiça restaurativa, importa salientar que às principais vantagens, ou seja, a retomada do diálogo entre aqueles diretamente envolvidos no fato e a alteração do papel da vítima no sistema penal, diante de sua importância, dedicaremos tópico específico a seguir. Entretanto, desde logo destacamos a celeridade, mandamento reconhecido em nível constitucional, nos diversos ordenamentos jurídicos, e alçado ao patamar de direito nos textos internacionais, tais como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (arts. 5.º, n.º 3, e 6.º, n.º 1) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (arts. 9.º, n.º 3, e 14.º, n.º 3)<sup>96</sup>. Figueiredo Dias chama

---

<sup>94</sup> Tal como refere BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo, Cortez, 2007, pp. 23-24, é primordial a aproximação da comunidade com o sistema de justiça, sob pena de aumento da *procura suprimida*. Nesse sentido, assevera o sociólogo que “há uma demanda ou procura efetiva dos tribunais, que é a que se conhece, uma demanda ou procura potencial, que é aquela que se pode conquistar pelas reformas processuais. Mas, há também uma outra área, que é a da *procura suprimida*. É a procura daqueles cidadãos que tem consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados. Não é a filantropia, nem a caridade das organizações não-governamentais que procuram; apenas reivindicam seus direitos. Ficam totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial, sempre que contactam com as autoridades, que os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias, etc. Esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura invisibilizada. Para reconhecer a sua presença, precisamos daquilo que noutros trabalhos tenho designado por uma sociologia das ausências. A procura suprimida é uma área da sociologia das ausências, isto é, é uma ausência que é socialmente produzida, algo ativamente construído como não existente. A procura de direitos da grande maioria dos cidadãos das classes populares deste e de outros países é *procura suprimida*. É essa procura que está, hoje, em discussão. E se ela for considerada, vai levar a uma grande transformação do sistema judiciário e do sistema jurídico no seu todo, tão grande que fará sentido falar da revolução democrática da justiça”.

<sup>95</sup> Cf. LORENA BACHMAIER WINTER, “Acusatório versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal”. In: *Proceso Penal e Sistemas Acusatórios* (coord. científica: L. Bachmaier), Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 44, é “indiscutível que a redução de custos não pode erigir-se como fim último do sistema processual, nem tampouco pode definir-se como fim prioritário, creio que é irreal legislar ou defender um sistema sem levar em consideração as implicações económicas. Não podemos olvidar a realidade de uma situação de recursos limitados – ao menos essa é a experiência em matéria de administração da justiça – e, dentro desse contexto, há de tentar-se arbitrar sistemas que, dentro do respeito às garantias e direitos fundamentais, permitam canalizar os conflitos penais de maneira mais eficaz, tanto em termos económicos quanto em relação aos fins gerais e concretos do processo penal”.

<sup>96</sup> Cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Celeridade e Eficácia: uma opção político-criminal”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 41. No Brasil, o mandamento da celeridade está previsto na Constituição Federal de 1988, no art. 5.º,

a atenção para a importância das formas alternativas ao processo penal, que sirvam para simplificação, celeridade, desjudicialização e “consensualização do tratamento processual de certos tipos de criminalidade, sobretudo de pequena ou média gravidade”, sob pena de, nas próximas décadas, “assistirmos ao colapso, por insuportável *overloading* do sistema de justiça penal”<sup>97</sup>. Não obstante isso, Josefina Castro alerta que as práticas restaurativas não podem servir apenas como formas de acelerar procedimentos e lutar contra a lentidão e sobrecarga do sistema de justiça, com o intuito de se alcançar a celeridade a qualquer custo, porquanto “a mediação exige tempo, tempo que, como alguém disse, tome em consideração a dívida, a memória e o perdão: tempo de discussão, de compreensão, de comunicação e de decisão, de responsabilização e de reparação”<sup>98</sup>.

Outro aspecto importantíssimo, que merece destaque, diz respeito à vantagem da aplicação de medidas não privativas de liberdade ao autor da infração, haja vista que o leque de consequências a que o ofensor irá se sujeitar, por meio do acordo restaurativo, exclui medidas privativas de liberdade, evitando-se, assim, a aplicação da sanção penal e, por conseguinte, sua estigmatização, o que significa “evitar a manipulação e a adulteração de

---

inciso LXXVIII e, em Portugal, encontra-se na Constituição da República Portuguesa, no art. 32, n.º 2, *in fine*.

<sup>97</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, cit., p. 814. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, cit., pp. 40-41, já destacou a importância do mandamento da celeridade, afirmando que “não é, no entanto, apenas como fruto de uma lógica de produtividade e eficácia, mas também e sobretudo da própria lógica da justiça, que o mandamento da celeridade foi instituído. Ele encontra-se umbilicalmente ligado a obtenção do efeito de prevenção geral positiva ou de integração com a aplicação de sanções penais, à maior probabilidade de justeza da decisão proferida pelo tribunal e ao interesse do arguido, cuja demora no processo, para além de poder significar restrições ilegítimas ao seu direito, acabará por esvaziar de sentido e retirar conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência”. Acerca dos limites que devem ser respeitados pelo mandamento da celeridade, destacou que “a celeridade, entretanto, tem seus limites, em uma parte pelo irrenunciável respeito pelas garantias constitucionais e, noutra parte, derivados da função de legitimação da justiça estadual que é consubstancial ao processo”.

<sup>98</sup> JOSEFINA CASTRO, “O Processo de Mediação em Matéria Penal – Elementos de Reflexão a partir do Projeto de Investigação-ação da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto”, *Revista do Ministério Público* 105, Jan/Mar de 2006, p. 153. LEONARDO SICA, “Justiça Restaurativa: Críticas e Contra Críticas”, *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal* 47, vol. 8, Porto Alegre, Dez de 2007/Jan de 2008, p. 167, salienta que “a celeridade não está na pauta do projeto da Justiça Restaurativa. Pelo contrário, as sessões de mediação ou os círculos podem se multiplicar, sempre que o facilitador ou mesmo as partes verificarem essa necessidade”.

sua imagem e identidade advinda, quer do processo, quer da prisão”<sup>99</sup>. No mesmo sentido, Claus Roxin aduz acerca das vantagens de aplicação de medidas não privativas de liberdade, como aquelas decorrentes da diversão ou da pena de multa, porque são “meios mais humanos, baratos e, na esfera inferior da criminalidade, mais propícios à ressocialização, e não menos eficientes do ponto de vista preventivo que a privação de liberdade”<sup>100</sup>.

Ademais, o sentimento manifestado por parte daqueles que experimentaram práticas de justiça restaurativa é de que o diálogo proporcionado pelas modalidades de justiça restaurativa “humaniza o processo penal”, uma vez que “põe um rosto às partes, porque é possível escutar os protagonistas do conflito – o que é difícil para os penalistas, reconhecer que há protagonistas privados no delito, cujas expectativas e necessidades não se esgotam com o restabelecimento da ordem e da vigência da norma, na prevenção e na retribuição-, porque se pode atender conjuntamente as necessidades das vítimas e as necessidades dos agressores, ter um tempo para a reparação do dano e a reabilitação do infrator”<sup>101</sup>

De outro lado, não são poucas as críticas dirigidas ao modelo restaurativo, sendo que, neste tema em particular, seguiremos de perto a exposição feita por Alisson Morris<sup>102</sup>, destacando-se os aspectos que nos parecem mais importantes. Uma das principais críticas reside na afirmação de que, nos países aonde se experimentou o modelo restaurativo, como na Nova Zelândia, a Justiça Restaurativa *desjudicializa* a Justiça Criminal e *privatiza* o

---

<sup>99</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, cit., p. 48.

<sup>100</sup> CLAUS ROXIN, *Revista dos Tribunais*, Ano 90, v. 790, Agosto/2001, cit., p. 469. Acrescenta, ainda, o autor que todos os argumentos são, portanto, “favoráveis a uma suavização do direito penal”.

<sup>101</sup> RÁMON SAÉZ VALCÁRCEL, *La mediación reparadora em el Proceso Penal: reflexión a partir de una experiencia*, cit., p. 6.

<sup>102</sup> ALISSON MORRIS, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., p. 443 e ss. Também JESÚS MARIA SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos da la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed. Ampliada. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L. e B de F Ltda., 2011, p. 75-77, critica com veemência a mediação penal, a qual considera um modelo de “*justiça negociada*, em que a verdade e a justiça ocupam, quando muito, um segundo plano”. Acrescenta que a informalização pode resultar em déficit de legalidade ou de imparcialidade, pois o que se pretende é “contornar os estreitos atalhos dos princípios de igualdade e generalização para implantar uma ‘justiça do cádi’ que dê a cada situação a solução que seja ‘necessária’, sem vinculações externas” (tradução nossa).

Direito Penal<sup>103</sup>. A esse questionamento é oponível o argumento de que o processo restaurativo não é exercício privado, mas exercício comunitário e, portanto, também público, de uma porção do monopólio estatal da justiça penal<sup>104</sup>. Além disso, importa destacar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição não é revogado, ou seja, tanto a vítima, como o infrator, por meio de advogados, assim como o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, poderá questionar o acordo restaurativo em juízo.

Ademais, sublinhando que a ausência do Estado é “mais aparente do que real”, Lurrari Pijoan ressalta que o Estado participa no sentido de garantir os direitos fundamentais das partes envolvidas, mediante a elaboração de princípios e padrões legais que devem ser respeitados e também por meio da fiscalização judicial dos acordos celebrados. Ademais, acrescenta a autora que, em qualquer caso, “os defensores da justiça restaurativa não aspiram a prescindir do Estado, senão a conferir mais espaço à sociedade civil”<sup>105</sup>.

Importa ressaltar que a justiça restaurativa não deve ser entendida como uma forma privada de justiça. Diante das críticas feitas à excessiva publicização do direito criminal e a constatação da ineficácia do sistema tradicional de justiça penal, onde se verifica que “80% dos crimes nunca são

---

<sup>103</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, *Revista do Ministério Público* n.º 117, Jan-Mar/2009, cit., p. 98 assevera que é de “meridiana clareza a asserção de que os mecanismos de RAL, em particular a mediação penal, correm o risco de se transformarem em instrumentos de *vindicta* privada *se e na medida em que* a sua concreta regulamentação ‘devolver’ o conflito criminal de jeito irrestrito àqueles que concebe como *partes*”. Ainda, crítica quanto à possibilidade de o Estado renunciar à persecução penal de ofício, MERCEDES GARCÍA ARÁN, “Despenalización y privatización ¿tendencias contrarias?”, in: *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (Coord. L. Arroyo Zapatero, U. Newman y A. Nieto Martín), Colección Estudios, Ed. da Universidade de Castilla-La Mancha, Cuenca: 2003, p. 191 e ss. Sob prisma diverso, ALISSON MORRIS, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005, *Justiça Restaurativa*, cit., p. 441, aponta que “os sistemas de justiça convencional veem o crime principalmente (muitas vezes exclusivamente) como uma violação dos interesses do Estado – e as respostas a tal transgressão são formuladas por profissionais representando o Estado. Em contraste, a justiça restaurativa oferece decisões sobre como melhor atender àqueles que são mais afetados pelo crime – vítimas, infratores e comunidades interessadas nas quais se inserem (*communities of care*) -, dando prioridade a seus interesses. Assim, o Estado não mais possui o monopólio sobre o processo decisório; as principais personagens em tal processo são as próprias partes. (...) A justiça restaurativa, além disso, preocupa-se em lidar com o crime e suas consequências (para as vítimas, infratores e comunidades) de maneira significativa, procurando reconciliar vítimas, infratores e suas comunidades por meio de acordos sobre como melhor enfrentar o crime; e tentando promover, por fim, a reintegração e reinserção das vítimas e dos infratores nas comunidades locais, por meio da cura das feridas e dos traumas causados pelo crime e por meio de medidas destinadas a prevenir sua reincidência”.

<sup>104</sup> Nesse sentido, RENATO SÓCRATES GOMES PINTO. “Justiça Restaurativa – É possível no Brasil?”. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), p. 28.

<sup>105</sup> LARRAURI PIJOAN, *RDP* 54 (Fev-Mar/2009), cit., p. 176, apoiada em BRAITHWAITE.

punidos, e, no entanto, a sociedade sobrevive, convive com eles”<sup>106</sup>, o que se espera do Estado são novos rumos. Ou seja, novas abordagens ao problema criminal, um “recuo”, que não significa um retorno ao liberalismo, mas obediência aos princípios da democracia e do Estado de direito<sup>107</sup>. Diante disso, não se está diminuindo a importância do direito penal ou privatizando a justiça criminal, mas reconhecendo que o direito penal está apenas mudando de direção, ao privilegiar, cada vez mais, o princípio da intervenção mínima, devolvendo aos particulares uma parcela de poder, quando se estiver diante de conflitos que envolvam direitos individuais. Presenciamos, na realidade, a reorientação das preocupações do direito penal, diante do surgimento de novas incriminações, destinadas a punir comportamentos que ameaçam a sobrevivência da sociedade presente e das próximas gerações<sup>108</sup>.

Outra crítica importante diz respeito à afirmação de que a justiça restaurativa não protegeria os direitos do infrator, porquanto as salvaguardas processuais e garantias de defesa cairiam por terra no modelo restaurativo<sup>109</sup>, já que a participação do ofensor estaria condicionada à confissão do delito ou, ao menos, a assunção de responsabilidade no fato<sup>110</sup>. Entretanto, entende-se que tais críticas não merecem prosperar, porquanto um dos principais pilares da justiça restaurativa é o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Ocorre que “reconhecer o fato e eventualmente assumir responsabilidade (*accountability*) por suas consequências, não equivale a assumir a culpa jurídico-penal, até porque o ofensor pode aceitar que o fato ocorreu, entender que deve reparar as suas consequências e preservar o direito de alegar causas excludentes ou de justificação para sua conduta, o que só poderá ocorrer em juízo, já que o mediador não desenvolve qualquer atividade probatória e, no

---

<sup>106</sup> CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, *Despublicização do Direito Criminal*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, p. 63.

<sup>107</sup> Assim, CARLOTA PIZARRO ALMEIDA, *Despublicização do Direito Criminal*, cit., p. 64.

<sup>108</sup> Nesse sentido, CARLOTA PIZARRO ALMEIDA, *Despublicização do Direito Criminal*, cit., p. 66.

<sup>109</sup> Esta questão será desenvolvida no Capítulo IV, pelo que fazemos, desde já, uma remissão para essa sede.

<sup>110</sup> Cf. ALISSON MORRIS, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., pp. 444-445. Para PABLO GALAIN PALERMO, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 91, Julho/2011, vol. 91, cit, p. 169, “é difícil compreender como alguém que tem que ser em todo o momento considerado inocente pode chegar a um acordo de reparação, sob a condição de *assumir* a compensação de um delito que possivelmente não cometeu. Esta situação não pode evitar a realização de acordos sobre falsas *confissões* para evitar uma possível pena deixando sem argumento aqueles que defendem os processos de mediação como sendo a melhor forma de alcançar a paz social”.

mais, as discussões são confidenciais”<sup>111</sup>. Ademais, ressalte-se que, frustrando-se a autocomposição penal, por ausência de acordo entre as partes quanto à forma de resolução do conflito, o caso será devolvido ao Ministério Público para o prosseguimento do processo penal, mantendo-se o teor das sessões realizadas em sigilo, de modo que as declarações não podem ser valoradas como prova em processo penal.

Além disso, outra crítica, que se coloca, é a de que as sanções contidas no acordo restaurativo podem ser desproporcionais à gravidade do crime. Quanto a essa questão, concordamos com Elena Larrauri Pijoan<sup>112</sup> quando refere que o perigo de que o princípio da proporcionalidade seja vulnerado, quando da realização dos acordos restaurativos, pode ser evitado se houver uma regulamentação legal que determine quais as medidas que podem (ou que não podem) ser aplicadas por ocasião das práticas restaurativas e, do mesmo modo, se existir supervisão judicial quanto aos acordos alcançados.

Salientamos que a crítica mais contundente feita, entretanto, é a de que a Justiça Restaurativa falhou em reduzir a reincidência. Quanto a este aspecto, argumenta-se, na esteira de Alisson Morris, que, de um lado, o objetivo da justiça restaurativa não seria a redução da reincidência, mas, sim, a responsabilização efetiva dos infratores e a reparação das vítimas. De outro lado, já existe um considerável número de pesquisas que sugerem que a justiça restaurativa e seus processos podem efetivamente reduzir a reincidência<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> LEONARDO SICA, *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* 12, Jan-Jun de 2009, cit., p. 421.

<sup>112</sup> ELENA LARRAURI PIJOAN, *RD* 54 (Fev-Mar/2009), cit., p. 183. A autora, apoiada em VAN NESS, salienta que os acordos devem ser *razoáveis*, ou seja, que “guardem relação com o delito”, e *proporcionais* quanto à gravidade do dano (p. 181).

<sup>113</sup> Cf. ALISSON MORRIS, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., pp. 450-451. Relativamente às pesquisas, a autora sugere a consulta dos seguintes autores “Umbreit *et al.* (1994), que compararam quatro programas de mediação vítima-infrator nos Estados Unidos com programas em que não havia mediação ou que os infratores não eram direcionados pelas cortes; também a meta análise feita por Bonta *et al.* (1998) de programas que utilizam serviço comunitário, restituição e mediação comparados com os programas que não usam tais elementos; a avaliação feita por McCold e Wachtel (1998) de jovens aleatoriamente mandados para reuniões restaurativas ou para as cortes; a comparação de Maxwell (1999) entre 200 participantes de esquemas pilotos de justiça restaurativa na Nova Zelândia e infratores semelhantes levados somente às cortes criminais” (pp. 463-464). Relativamente à meta análise feita por NUGENT, UMBREIT, WIINAMAKI, and PADDOCK, que comparou quatro programas de mediação entre vítima e ofensor nos Estados Unidos, com casos em que os infratores não foram encaminhados pelos tribunais para os programas de

Dessa sorte, importa concluir, na esteira de Alisson Morris, que não obstante as críticas apontadas à Justiça Restaurativa, não se deve esperar que esta alcance os patamares que a Justiça tradicional alcançou e, tampouco, exigir que a justiça restaurativa resolva os problemas antigos que a Justiça tradicional não resolveu, porquanto as experiências de Justiça Restaurativa são relativamente recentes e necessitam de um tempo para que melhor sejam avaliadas. Por isso, “devemos, sim, contrastar o que a Justiça Restaurativa alcançou e, ainda, pode alcançar com o que os sistemas de Justiça convencional tem a oferecer”<sup>114</sup>. Ademais, “nenhum processo, não importa o quão inclusivo, e nenhum resultado, não importa o quão reparador, poderão magicamente desfazer os anos de marginalização e exclusão social experimentados por tantos infratores”<sup>115</sup>, fazendo-se necessária, sob a responsabilidade do Estado, a criação e manutenção de bons programas que tentem corrigir os problemas subjacentes ao crime e oferecer efetivo suporte e acompanhamento às vítimas. Importa, ainda, que cada vez mais seja possível a aproximação ao paradigma restaurativo, em detrimento do paradigma punitivo, sobretudo, quando se fala na resposta a ser dada à criminalidade não violenta.

### 1.5 O diálogo e o papel da vítima no sistema penal

---

mediação, a conclusão é no sentido de que, numa amostra total de 1298 jovens delinquentes, 619 que participaram dos programas entre vítima e ofensor, e 679 que não participaram, a taxa de reincidência entre os jovens delinquentes que participaram dos programas de mediação foi 32% menor em relação aos jovens que não participaram dos programa de mediação entre vítima e ofensor. Assim, MARK S. UMBREIT, BETTY VOS, ROBERT B.COATES e ELIZABETH LIGHTFOOT, “Restorative Justice in the twentyfirst century: a social movement full of opportunities and pitfalls”, *Marquette Law Review* 89, 2005, pp. 285-286. Disponível em <http://www.cehd.umn.edu/ssw/rip/>. Acesso em 27 de março de 2013 (tradução nossa). No mesmo sentido, LEONARDO SICA, “Justiça Restaurativa”, cit., p. 175, refere que na Austrália, o estudo mais importante feito sobre o impacto da Justiça Restaurativa na reincidência criminal é o RISE (*Recidivism patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments*) (Sherman; Strang; Woods, 2000), onde jovens envolvidos apenas em crimes violentos e cujos casos foram encaminhados ao projeto Rise, reincidiram 38% menos que o grupo de controle que praticou os mesmos crimes e foi submetido à justiça penal. Sublinha, ademais, que o dado mais interessante da pesquisa foi que a alta queda na reincidência só ocorreu especificamente nos crimes violentos, não sendo auferida, por exemplo, nos crimes de trânsito e outros. Sob outro prisma, ELENA LARRAURI PIJOAN, *RDP* 54 (Fev-Mar/2009), cit., p. 186, citando K. DALY, refere, quanto à redução da reincidência, que “o mais honesto seria afirmar que não se sabe e provavelmente nunca se saberá, pois comprová-lo implicaria investigações empíricas excessivamente custosas e eticamente questionáveis”, razão pela qual a autora sugere que essa questão seja levada em consideração na futuras investigações empíricas.

<sup>114</sup> ALISSON MORRIS, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., pp. 443-444.

<sup>115</sup> ALISSON MORRIS, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., p. 449.

Como já se afirmou, merece especial destaque a retomada do diálogo entre aqueles diretamente envolvidos na infração penal e a alteração do papel destinado à vítima no âmbito das práticas de justiça restaurativa. Sublinhe-se que a introdução dos mecanismos de justiça restaurativa nos sistemas jurídicos dos Estados altera, efetivamente, o lugar que é destinado à vítima no processo penal, porquanto devolve “um rosto à justiça e reata os laços de cada pessoa com o Outro”, além de colocar pessoas “de carne e osso, inteiras, frente a frente”<sup>116</sup>, informalmente, para que exponham seus pontos de vistas e encontrem formas de restaurar as relações rompidas e reparar os danos causados pelo delito<sup>117</sup>.

Como justamente salienta Maria Leonor Assunção, na maioria dos ordenamentos jurídico-penais há escassa participação da vítima no processo penal, ressaltando que compete à vítima, com a apresentação da queixa, “dar início, *abrir a porta* ao processo penal”, para, logo a seguir, ser “*neutralizada* – recusando-se-lhe a qualidade de sujeito do processo e atribuindo-se-lhe a qualidade de *objeto de prova*”<sup>118</sup>. Nesse sentido, a autora cita Jacques Derrida, o qual denominou de “*vitimização absoluta*” a privação do direito à palavra, a privação da própria palavra, a privação de qualquer manifestação, qualquer testemunho<sup>119</sup>, o que se verifica no sistema jurídico-penal.

Esta problemática da desapropriação da vítima do processo penal<sup>120</sup> fez com que inúmeros instrumentos normativos internacionais fossem elaborados com a finalidade de reconhecer um conjunto de direitos à vítima, tais como: direito a respeito e reconhecimento; audição e apresentação de provas; direito de receber informações; garantias de comunicação e assistência; reembolso de

<sup>116</sup> CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA. “A Mediação perante os Objectivos do Direito Penal”. In: A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 51.

<sup>117</sup> Para CLÁUDIA SANTOS, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* 16, 2006, cit., p. 90, “o potencial desta nova forma de encarar a infração parece-me radicar antes na *satisfação das necessidades individuais dos envolvidos* (vítima e agente) que pode propiciar, bem como na defesa de interesses da própria comunidade” (grifo nosso).

<sup>118</sup> MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, cit., p. 334. Para mais desenvolvimento sobre a alienação da vítima do processo penal ver p. 335 e ss.

<sup>119</sup> Cf. MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, cit., p. 334.

<sup>120</sup> Não só no processo penal, mas também no direito penal, se verificou “marginalização da vítima”. Sobre o estabelecimento do bem jurídico, como ponto de referência político-criminal e como objeto matéria do conceito de delito, ter conduzido a uma marginalização da vítima *vide* ALBIN ESER, “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima” (Tradução de Cancio Meliá), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol 18, fasc. III, 1998.

despesas; direito à proteção; bem como medidas de apoio antes ou depois do processo penal, que fossem suscetíveis de atenuar os efeitos do crime<sup>121</sup>. Não obstante isso, verificou-se a insuficiência destas medidas para dar à vítima a “sensação de ter sido ouvida, quanto mais não seja para permitir-lhe o luto”<sup>122</sup>, razão pela qual a justiça restaurativa foi cada vez mais ganhando espaço, ao promover a aproximação da vítima e do ofensor, a fim de que alcancem um acordo com vistas à reparação do dano causado pela agressão, contribuindo, assim, para a paz social<sup>123</sup>.

Nos processos restaurativos<sup>124</sup> há uma alteração radical de paradigma face ao “processo penal tradicional”, ou seja, há uma “alteração da estrutura, do espaço/tempo processuais – redistribuição de papéis, recriação do cenário, mudança do discurso, da retórica, e da própria linguagem. A *mise en scène* processual tradicional, formalizada, obedecendo estritamente a regras rígidas e a finalidades pré-definidas, dá lugar a uma *mise en scène* informal em que são distintas as regras e os fins, distintas as personagens, distintos os papéis e distinto o próprio texto. A finalidade primacial do processo penal, a *busca da verdade material* (processualmente válida), é substituída pelo fim conatural ao modelo restaurativo, a restauração das relações sociais deterioradas ou quebradas”<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> A Decisão-quadro do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001, relativa ao Estatuto da Vítima em Processo Penal, é um exemplo destes instrumentos. Para informações pormenorizadas acerca das Recomendações e Diretivas, emitidas no âmbito da União Europeia e do Conselho da Europa, onde a temática da vítima tem sido constante preocupação, ver PABLO GALAIN GALERMO, *La Reparación del Dãno a la Víctima del Delito*, cit., p. 129 e ss.

<sup>122</sup> ANTOINE GARAPON, *O Juiz e a Democracia: O Guardiã das Promessas*, cit., p. 207.

<sup>123</sup> Segundo PABLO GALAIN GALERMO, *La Reparación del Dãno a la Víctima del Delito*, cit., p. 128, “só recentemente a vítima começa a recuperar um lugar no sistema penal”, e isto se deve, em sua opinião, “à influência do direito penal Internacional e de uma nova concepção de justiça (justiça restauradora) (*tradução livre*).

<sup>124</sup> Cf. Resolução 2002/12, de 24 de Julho de 2002, da Organização das Nações Unidas, aprovada por ocasião da 11ª Reunião da Comissão da ONU sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal, “Processo Restaurativo significa qualquer processo em que a vítima, o agressor e/ou qualquer outro indivíduo ou membro da comunidade afetado pelo crime participam ativamente em conjunto na resolução dos problemas criados pelo crime, muitas vezes com a ajuda de uma terceira parte justa e imparcial. Exemplos de processo restaurativo incluem a mediação, o *conferencing* e os *sentencing circles*”.

<sup>125</sup> MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, cit., p. 354. Nas páginas 354-355, a autora acrescenta que “à vítima espoliada do conflito, objeto da prova, e representada, nem sempre nos seus interesses, pelo Procurador, sucede a vítima, mais do que sujeito do processo, a vítima pessoa, com um rosto e com uma voz e com um poder de codeterminar (poder recíproco ao do arguido), o *se* e o *como* do processo. Como o que parece estar consumada “uma reapropriação do conflito” pelos intervenientes diretos que participam e constitutiva e autonomamente na sua resolução”.

Nessa nova estrutura, que depende do consentimento livre das partes envolvidas, valoriza-se “mais o processo do que o resultado propriamente dito”<sup>126</sup>, não se pretendendo devolver a solução do conflito, exclusivamente, aos interessados, pois a preocupação centra-se “menos na *devolução* do conflito às vítimas e mais numa forma de *envolvimento* da mesma na resolução daquilo que também é seu”<sup>127</sup>. Trata-se, no modelo restaurativo, do protagonismo do autor do fato e da vítima na resolução do conflito, incumbindo ao Estado oferecer o ambiente adequado para discussão da melhor forma de restaurar as relações, sempre com observância e respeito aos direitos fundamentais.

---

<sup>126</sup> AFONSO ARMANDO KONZEN, *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentidos no itinerário da Alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 91.

<sup>127</sup> LUIZ ANTÔNIO BOGO CHIES, “É possível ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia”. In: CARVALHO, Salo de; WÜNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Jures, 2002, p. 193.

## CAPÍTULO II – EXPERIÊNCIAS COMPARADAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

### 2.1 A Mediação Penal na Europa

Quando nos referimos à mediação penal, estamos tratando da prática de Justiça Restaurativa com maior expressão na Europa. A análise comparada de experiências em contextos culturais e jurídicos diversos contribuirá, sobretudo, para que, conhecendo outras realidades, sejamos capazes de aperfeiçoar os mecanismos de justiça restaurativa existentes no direito nacional.

Os modelos de mediação penal existentes na Europa, inspirados, principalmente, no modelo americano *Victim Offender Reconciliation Program (VORP)*, que teve início em 1975, em Ontário, no Canadá, e, logo em seguida, nos Estados Unidos, em 1978, em Elkhart, Indiana, são basicamente três: o modelo “integrado”, aplicado com frequência em países onde há a prevalência do princípio da legalidade, a mediação penal funciona como uma alternativa ao procedimento criminal, aplicada normalmente em casos de menor gravidade; o modelo “parcialmente integrado”, onde o processo restaurativo e o procedimento criminal tramitam paralelamente, sendo que o acordo celebrado no processo restaurativo poderá ensejar a redução da pena a ser aplicada pelo juiz e, por fim, no modelo “independente”, o resultado da mediação penal, desenvolvida principalmente nos casos de crimes graves e no contexto prisional, não terá qualquer efeito legal no procedimento criminal, apenas é utilizada com fins de pacificação e reparação emocional da vítima e do ofensor<sup>128</sup>.

No que diz respeito à mediação penal na Europa, o desenvolvimento desta forma extrajudicial de resolução de conflitos teve início com experiências na área da justiça de menores e alguns projetos pilotos pioneiros no âmbito da Justiça de adultos. A seguir, veremos que a imposição supra-estadual do Conselho de Ministros, ao expedir a Recomendação R(99) 19, ensejou maior recurso à mediação penal por parte de alguns países da Europa<sup>129</sup>, mediante

---

<sup>128</sup> ARTUR JORGE COSTA DOS SANTOS. *A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade*, cit., pp. 33-34.

<sup>129</sup> Para informações sobre o desenvolvimento da mediação penal na Itália, onde se verifica que a mediação penal e a aplicação de sanções reparadoras ocorre, sobretudo, no âmbito do direito penal

diversificados programas, com objetivos de reparação dos danos causados à vítima e (ou) reintegração do agente na sociedade.

### 2.1.1 Noruega

O país europeu que deu início à utilização da mediação penal entre vítima e ofensor, de forma pioneira, foi a Noruega. Na área da Justiça de menores, após ter sido identificada pelo Governo a necessidade de implantação de medidas alternativas à prisão, em 1981, no Município de *Lier*, teve início projeto piloto denominado *Alternative to Imprisonment of Juvenilies*. Coordenado pelo Ministério dos Assuntos Sociais, o projeto foi desenvolvido pelo período de dois anos, sendo que, nos casos em que fosse constatado o envolvimento de jovens primários na prática de crimes, os respectivos procedimentos eram encaminhados aos serviços de mediação (*mediation and reconciliation service*), a fim de envolver a família do jovem e a comunidade, com o intuito de prevenção da criminalidade<sup>130</sup>.

Com o êxito do projeto, a partir de 1983, programas similares foram sendo desenvolvidos também no âmbito da Justiça de adultos, em mais de 80 municípios para, em 1990, a mediação penal ter sido introduzida no ordenamento jurídico da Noruega<sup>131</sup>. A regulamentação da lei do processo de mediação penal na Noruega ocorreu em 1991 (*The Act on Mediation from the 15th of Mach 1991*), e estabeleceu que os processos podem ser encaminhados aos serviços de mediação pelas autoridades policiais, procuradores do Ministério Público ou por iniciativa da vítima ou do ofensor. Os mediadores são

---

menorista, vide ALESSANDRO BERNARDI, *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Societé Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste* 30, cit., p. 94. Sobre a introdução, de forma tácita, da mediação no Direito Penal de adultos na Alemanha veja-se RODRIGO ALDONEY RAMÍREZ, “Sistemas Penais Comparados: Mediación Penal y Justicia Restaurativa – Alemania”, *Revista Penal* 15, 2005, pp. 185-189. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013.

<sup>130</sup> ARTUR JORGE COSTA DOS SANTOS, *A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade*, cit., pp. 35-36.

<sup>131</sup> De acordo com o estudo denominado “Algumas notas sobre Justiça Restaurativa: Perspectiva Comparada”, feito pelo Gabinete de Política Legislativa e Planeamento - Direção-geral da Administração Extrajudicial do Ministério da Justiça, “comparando o número de habitantes com o número de processos em que foi utilizada a mediação, segundo dados de 1998, pode concluir-se que a Noruega é o país europeu no qual a prática de mediação está mais desenvolvida, seguindo-se a Áustria, a Finlândia, a França, a Bélgica a Alemanha e o Reino Unido”. Disponível em [www.dgpj.mj.pt](http://www.dgpj.mj.pt). Acesso em 24 de março de 2013.

remunerados pelo Estado e coordenados pelo Serviço de mediação da Noruega (NMS)<sup>132</sup>.

### 2.1.2 Bélgica

No que diz respeito à mediação penal na Bélgica, destaca-se projeto piloto pioneiro, no âmbito da mediação penal para crimes graves, denominado “Mediação para a Reparação” (*Mediation for Redress*)<sup>133</sup>. Referido projeto piloto teve início em Janeiro de 1993, no distrito judicial de Lovaina, concebido no âmbito da Universidade Católica de Lovaina e criado em colaboração com a Procuradoria de Lovaina e os serviços de Reinserção Social.

No essencial, o Projeto Lovaina, inspirado em investigação vitimológica, trata-se de mediação reservada para os crimes mais graves e sua principal ferramenta é o diálogo entre vítima e infrator. Diante da peculiaridade do projeto, reservado para os crimes mais graves, não surpreende que a Mediação para a Reparação situa-se, integralmente, no processo da justiça criminal e não pode ser compreendida como uma espécie de diversão. Isso porque a mediação só tem cabimento naqueles casos em que o Ministério Público, constatando indícios de autoria e materialidade do crime, deliberou por acusar<sup>134</sup>.

Partindo da ideia de que a Mediação para a Reparação procura influenciar o processo de sentença “pela promoção e a introdução de pensamento e ações restaurativas”<sup>135</sup>, são selecionados, pela Procuradoria, os casos que serão remetidos à mediação, a qual se desenvolve fora do sistema de justiça criminal, para que, posteriormente, os resultados sejam transmitidos ao juiz, a fim de que os leve em consideração na sentença. Verifica-se, na hipótese, que a Mediação para a Reparação situa-se “entre a total

---

<sup>132</sup> ARTUR JORGE COSTA DOS SANTOS, *A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade*, cit., p. 36.

<sup>133</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a mediação para a reparação na Bélgica, vide IVO AERSTEN e TONY PETERS, “Abordagens Restaurativas do crime na Bélgica”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, pp. 25-36 e “Mediação para a Reparação: a Perspectiva da Vítima”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, pp. 9-36.

<sup>134</sup> Nesse sentido, IVO AERSTEN e TONY PETERS, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, cit., p. 10.

<sup>135</sup> IVO AERSTEN e TONY PETERS, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, cit., p. 10.

independência e o modelo de completa dependência” em relação ao sistema de justiça criminal Belga<sup>136</sup>.

Em síntese, o Projeto de Lovaina prevê que, na hipótese de prática de delitos graves, tais como agressões violentas, ofensas à propriedade e agressões sexuais, é possível o contato direto ou indireto entre vítima e agressor, a fim de que seja entabulado um diálogo mediado por um terceiro neutro, que é o mediador. De início, a oferta de mediação é feita por carta do Procurador para, em seguida, ser estabelecido contato telefônico do mediador com a vítima, em primeiro lugar e, depois, com o agressor. A partir daí, seguem-se encontros separados com cada um dos interessados (em média 2 ou 3), onde o mediador irá focar nas necessidades e questões individuais. Registre-se que é requisito essencial para o desenvolvimento do processo de mediação que o agressor tenha admitido o crime, evitando-se, com a negativa dos fatos perante a vítima, a vitimização secundária decorrente da conduta do autor da infração. De acordo com Ivo Aersten e Tony Peters, “negação, oportunismo ou falta de sinceridade por parte do agressor estão contra indicadas para o início de um processo de mediação para a reparação. Um agressor apático e desinteressado pode constituir igualmente uma experiência traumatizante para a vítima”<sup>137</sup>.

Dentre os princípios básicos que orientam o processo de mediação, destacam-se a participação voluntária da vítima e do autor do fato, a confidencialidade do conteúdo das conversas desenvolvidas na mediação e a imparcialidade, que deve orientar a postura neutra do mediador. Concluindo-se acerca da possibilidade de encontro direto entre vítima e agressor, ocorre o momento mais importante do processo, que é o momento do diálogo, do processo de comunicação, onde vítima e agressor poderão discutir os fatos, o contexto em que ocorreram, o significado pessoal dos fatos e suas consequências, as condições pessoais, sociais e familiares envolvidas no caso,

---

<sup>136</sup> IVO AERSTEN e TONY PETERS, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, cit., p. 11. Os autores explicam que o modelo independente é aquele em que os próprios cidadãos se dirigem aos serviços de mediação, enquanto que no modelo dependente, a mediação se desenvolve completamente no âmbito das estruturas do sistema de justiça criminal, o que se verifica na mediação penal praticada na Bélgica.

<sup>137</sup> IVO AERSTEN e TONY PETERS, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, cit., p. 19.

o prejuízo material e imaterial causado à vítima, as pretensões e as possibilidades de reparação ou compensação, a resposta que se espera do sistema de justiça criminal. Trata-se, portanto, do momento apropriado para que a vítima desmistifique a imagem do infrator e reelabore o acontecido<sup>138</sup>.

No “diálogo horizontal” estabelecido entre vítima e agressor, “os fatos são redefinidos e reinterpretados, alcançando proporções mais realistas”<sup>139</sup>. Ao final, é possível que vítima e agressor celebrem um acordo de reparação – o que ocorre em 50% dos casos selecionados-, onde há previsão de pagamento de prejuízos materiais e morais, além de pedidos de desculpas e, em alguns casos, são assumidos outros compromissos, como prestação de serviços à comunidade, por exemplo. Em grande parte dos casos, o acordo escrito “exprime uma ideia sobre a sanção penal desejável” e, dentro das possibilidades previstas em lei, será levado em consideração pelo Juiz<sup>140</sup>. A propósito, importa esclarecer que, no direito belga, o acordo celebrado por escrito entre vítima e autor da infração possui a natureza de um acordo civil e, por isso, é possível a execução de acordos de indenização pecuniária.

Com efeito, Ivo Aersten e Tony Peters mencionam que as entrevistas realizadas com agressores e vítimas, após o processo de mediação, resultaram em “elevado grau de satisfação” quanto ao procedimento. Narram que os participantes consideraram que o encontro direto resultou em diversos aspectos positivos, como para a vítima “a diminuição do seu medo do crime,

---

<sup>138</sup> IVO AERSTEN e TONY PETERS, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, cit., p. 14. Diante da impossibilidade de explicar, interpretar, exprimir emoções e sentimentos no âmbito do procedimento criminal formal, os autores propõem o seguinte questionamento: “como pode a sentença ligar-se à realidade social do crime quando não há preocupações acerca da troca de informação vítima-agressor, admissão dos fatos e suas consequências pelo agressor e reconhecimento da responsabilidade?” (IVO AERTSEN; TONY PETERS, “Abordagens Restaurativas do crime na Bélgica”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, p. 34).

<sup>139</sup> IVO AERSTEN e TONY PETERS, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, cit., p. 16.

<sup>140</sup> IVO AERSTEN e TONY PETERS, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, cit., p. 15. Sobre indicadores de êxito do processo de mediação, os autores referem que “atingir ou não um acordo é apenas um indicador parcial do êxito. Um importante resultado qualitativo da mediação para a reparação é o processo partilhado que cada uma das partes experimenta, dentro dos limites descritos. (...) fatos são colocados num contexto novo, redefinidos e reinterpretados. A imagem inicial é modificada e muitas vezes reduzida a proporções mais realistas. Isto é igualmente verdade para a imagem que cada um faz da outra parte, que não passa, normalmente, dum estereótipo” (p. 18).

uma maior probabilidade de o agressor pagar uma indenização e uma maior satisfação com o sistema de justiça criminal e o processo de decisão”<sup>141</sup>.

O êxito do projeto ensejou, a partir de 1º de Janeiro de 1996, que a mediação para reparação, tenha se tornado prática normal da justiça criminal, sendo que, atualmente, o programa é nacional, sua abrangência foi alargada a outros distritos judiciais da Bélgica e conta com financiamento do Ministro Federal da Justiça. Além disso, em 2000, foi iniciada a experiência “Mediação para a Reparação” no contexto prisional, com o objetivo de proporcionar a reintegração social ao apenado e a restauração das relações abaladas pelo conflito entre vítima, ofensor e comunidade.

Assim, em 1994, a mediação penal foi introduzida no ordenamento jurídico da Bélgica, quando o parlamento belga aprovou a Lei de 10 de Fevereiro, que criou o processo de mediação penal de adultos, referente às infrações punidas com pena não superior a dois anos de prisão, com o objetivo de descongestionar os tribunais. Referido diploma legal, introduziu o artigo 216<sup>ter</sup> ao Código de Instrução Criminal, que permitiu ao Ministério Público convocar a vítima e o infrator para uma sessão de mediação, momento em o infrator é instado a reparar o dano ou indenizar a vítima. No desenrolar da mediação, o Ministério Público pode sugerir tratamento médico ao infrator, em caso de dependência de álcool ou drogas, bem como trabalhos em favor da comunidade ou formação profissional, arquivando-se o processo em caso de cumprimento do acordo. Ressalte-se que os “*services des maisons de Justice*”, ligados ao Ministério da Justiça, podem auxiliar o Ministério Público nas diferentes fases da mediação penal. Mesmo assim, em todos os casos, a mediação é praticada no interior do sistema de justiça criminal belga, integrada ao processo penal<sup>142</sup>.

Mais recentemente, a Lei da Mediação (*Act of 22 June 2005*), de 22 de Junho de 2005, ampliou as hipóteses de cabimento da mediação penal, ao prever a mediação penal como um sistema complementar ao procedimento

---

<sup>141</sup> IVO AERSTEN e TONY PETERS, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, cit., p. 18.

<sup>142</sup> MARIA MANUEL BASTOS. “Breves considerações sobre a mediação penal”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out/Dez 2006, p. 86.

criminal, independentemente da fase em que se encontra o processo e cabível a todos os tipos de crimes. Na ocasião, foi introduzida, no Código de Processo Penal belga, a possibilidade de a mediação penal ser solicitada por qualquer pessoa que tenha interesse direto no processo, restando à sua disposição os serviços de mediação<sup>143</sup>. Além disso, acolhendo as orientações da Recomendação (R 99) do Conselho da Europa, bem como as determinações contidas na Decisão-Quadro de 2001 da União Europeia, relativamente à posição da vítima no processo penal, restaram consagrados os seguintes princípios orientadores do processo de mediação: livre consentimento, confidencialidade, participação ativa do autor do fato e da vítima e comunicação<sup>144</sup>.

### 2.1.3 França

A prática de Justiça Restaurativa mais desenvolvida na França é a mediação penal, a qual está, atualmente, regulamentada e integrada ao sistema tradicional de Justiça. Desde 1984, foram desenvolvidas as primeiras experiências de mediação penal, em Paris, as quais foram confiadas à equipe de mediadores do *Centre de Médiation et de Formation à la Médiation*. Posteriormente, em 1991, a *Association d'Aide Pénale* iniciou procedimentos de mediação quando houvesse a prática de delitos, sobretudo, por parte dos jovens<sup>145</sup>.

A mediação constitui uma resposta judicial a infrações como injúrias, violências ligeiras, furto, conflitos familiares menores ou de vizinhança, com a finalidade de reparação dos danos causados e (ou) a reintegração do agente na sociedade. A resolução dos conflitos por meio da mediação penal ocorre por iniciativa do Procurador da República e decorre num tribunal, numa associação ou em uma das casas de justiça (*maison de justice*).

---

<sup>143</sup> “Não estaremos longe de poder afirmar que esta lei consagra um verdadeiro “direito” à mediação, quer pela omnipresença no processo penal, sendo mesmo possível em sede de recurso e em algumas situações em que o arguido se encontra em prisão preventiva, quer pela representação de uma verdadeira justiça de proximidade com a participação ativa dos cidadãos” (ARTUR JORGE COSTA DOS SANTOS, *A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade*, cit., p. 36).

<sup>144</sup> MARIA MANUEL BASTOS, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out/Dez 2006, cit., p. 87.

<sup>145</sup> De acordo com JOÃO PEDROSO; CATARINA TRINCÃO e JOÃO PAULO DIAS. *Por caminhos da(s) reformas da Justiça*, cit., p. 172 e ss.

Sublinha-se que foi em 1993 que a mediação penal foi introduzida no Código de Processo Penal<sup>146</sup> e se desenvolveu com a contribuição das associações de apoio à vítima e de mediação, existindo, ainda, um movimento crescente das mediações de bairro para-judiciárias, em que Municípios e Ministério Públicos estão associados no modelo de gestão de conflitos.

### 2.1.4 Espanha

Já no que tange à experiência espanhola, verificou-se o desenvolvimento das experiências de Justiça Restaurativa de maneira mais avançada no âmbito da justiça juvenil, com desenvolvimento mais tímido quanto à mediação para adultos<sup>147</sup>. Em junho de 1992, foi publicada a *Ley Orgánica 4/1992*, sobre a reforma da lei reguladora da competência e do procedimento dos Juizados de Menores e, mais recentemente, em 2000, a *Ley Orgánica 5/2000*, reguladora da responsabilidade penal dos menores, estabeleceu que se houver a “conciliação” entre vítima e infrator, com vista à reparação do dano e ressarcimento da vítima, a equipe técnica responsável comunicará o Ministério Público, que pode desistir do processo<sup>148</sup>.

No âmbito das infrações penais praticadas por adultos, destacam-se experiências “de fato”, já que não há previsão da mediação penal na legislação penal ou processual penal espanhola. Em Valência, em 1993, a experiência de mediação penal se desenvolveu no âmbito do Juizado de Instrução nº 2, em convênio com a Oficina de Ajuda a Vítima de Delito. Nesse ano, iniciou um

---

<sup>146</sup> Dispõe o art. 41-1 do Código de Processo Penal Francês (*Code de Procédure Pénale*): “*se entender que uma tal medida é suscetível de assegurar a reparação do dano causado à vítima, de pôr fim ao conflito resultante da infração ou de contribuir para a reinserção social do autor dos fatos, o procurador da República pode, previamente à sua decisão sobre a ação pública, diretamente ou por intermédio de um agente da polícia judiciária, de um delegado ou de um mediador do procurador da República (...) 5.º) conduzir, com o acordo das partes, uma missão de mediação entre o autor dos fatos e a vítima*”. O *Code de Procédure Pénale* pode ser encontrado em [http://www.lexinter.net/PROCPEN/attributions\\_du\\_procurateur\\_de\\_la\\_republique.htm](http://www.lexinter.net/PROCPEN/attributions_du_procurateur_de_la_republique.htm). Acesso em 24 de março de 2013.

<sup>147</sup> A Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia (2001/220) assegurou prazo até 22 de Março de 2006 para que os Estados Membros colocassem em vigor as disposições legislativas necessárias para dar cumprimento ao disposto no Artigo 10, que trata da Mediação Penal no âmbito do Processo Penal. Segundo RÁMON SAÉZ VALCÁRCEL, *La mediación reparadora em el Proceso Penal: reflexión a partir de una experiencia*, 2007, p. 25, disponível em [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), consulta em 29 de Janeiro de 2013, não obstante tenha vencido este prazo, o governo espanhol entende que cumpriu o compromisso quando regulamentou a mediação juvenil.

<sup>148</sup> MARIA MANUEL BASTOS, “Breves considerações sobre a mediação penal”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out/Dez 2006, cit., p. 88.

programa de mediação de voltado aos infratores adultos, onde se tenha verificado, principalmente, a prática de infrações no âmbito familiar ou de vizinhança, tais como: delitos de coação, ameaças, lesões corporais, roubo com violência, apropriação indébita, prevaricação, furto, danos e outros. Nos casos em que envolviam relações familiares ou de vizinhança, se verificou a possibilidade de renúncia ou perdão do ofendido<sup>149</sup>.

Na Catalunha, as experiências de conciliação e reparação, relativamente aos jovens infratores, iniciaram em 1990. Todavia, importa ressaltar que os programas experimentais de mediação, sob o enfoque do direito penal de adultos, iniciaram em 1998, como experiência piloto, sob a coordenação da Direção Geral de Medidas Penais Alternativas e Justiça Juvenil. Da mesma forma, a comunidade autônoma de La Rioja, no ano 2000, iniciou programa experimental de mediação penal, mediante a assinatura de convênio do Governo autônomo e o Ministério da Justiça<sup>150</sup>.

Por última, no contexto da Capital espanhola, em Madri, destaca-se o desenvolvimento de Projeto Piloto de Mediação Reparadora, levado a efeito junto ao Juizado Penal n.º 20, desde 2006, com vistas ao encontro entre vítima e infrator, mediante a intervenção de um mediador voluntário. O objetivo da mediação é a reparação dos danos sofridos pela vítima, com possibilidade de que o acordo firmado sirva como atenuação da pena a ser aplicada pelo juiz (n.º 5 do artigo 21.º e n.º 2 do artigo 66, ambos do Código Penal), ou como pressuposto para suspensão da execução da pena (artigos 80.º e 83.º do Código Penal) ou como pressuposto para substituição da pena de prisão por pena não privativa de liberdade (artigo 88.º do Código Penal)<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> JOSEFINA GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, “Experiencias de mediación penal de adultos en España”, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. IV, n.º 3, Setembro-Dezembro de 2010, p. 145. Disponível em [http://www.vittimologia.it/rivista/articolo\\_garcia-cervigon\\_2010-03.pdf](http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_garcia-cervigon_2010-03.pdf). Acesso em 27 de março de 2013.

<sup>150</sup> JOSEFINA GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. IV, n.º 3, Setembro-Dezembro de 2010, cit., pp. 145-146. Disponível em [http://www.vittimologia.it/rivista/articolo\\_garcia-cervigon\\_2010-03.pdf](http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_garcia-cervigon_2010-03.pdf). Acesso em 27 de março de 2013.

<sup>151</sup> Para maiores informações sobre o Projeto de Mediação Reparadora, desenvolvido em Madri, vide RAMON SÁEZ VALCARCÉL, *La mediación reparadora em el Proceso Penal: reflexión a partir de una experiencia*, 2007. Disponível em [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es). Consulta em 29 de Janeiro de 2013 e JULÍAN CARLOS RÍOS MARTÍN, MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA; JOSÉ LUIS SEGOVIA BERNABÉ; MANUEL GALLEGU DÍAZ; PEDRO CABRERA; MONTSERRAT JIMÉNEZ ARBELO,

## 2.2 Experiências de Justiça Restaurativa nas Américas

### 2.2.1 Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, modernamente, destacam-se as experiências de Justiça Restaurativa baseada no *Victim Offender Reconciliation Program* (VORP), programas de reconciliação entre vítima e ofensor, iniciados no final dos anos 70. A mediação entre vítima e ofensor, uma das mais antigas e visíveis expressões da justiça restaurativa, é praticada, na atualidade, em mais de 290 comunidades espalhadas por todo o país<sup>152</sup>. Relativamente ao número de casos encaminhados aos serviços de mediação, o VORP destaca-se como o maior programa de mediação existente nos Estados Unidos, uma vez que conta com mais de 1.000 casos por ano enviados aos serviços de mediação.

A *American Bar Association* (ABA), associação composta pelos advogados dos Estados Unidos, que reúne mais de 400.000 profissionais, tem desempenhado, nas últimas duas décadas, um importante papel de liderança na área da mediação levada a efeito nos tribunais. Após anos de pouco interesse na mediação criminal e, talvez, um pouco de ceticismo, em 1994 a ABA passou a endossar completamente a prática da mediação entre vítima e ofensor e a recomendar o seu desenvolvimento junto aos tribunais criminais de todo o país<sup>153</sup>.

Importa ressaltar que a maioria dos mais de 280 programas de mediação entre vítima e ofensor, nos Estados Unidos, continua a ser administradas por agências sem fins lucrativos, baseadas, principalmente, em comunidades particulares. Trata-se de programas de mediação com reduzida intervenção dos poderes públicos, embora, em algumas cidades, seja importante o papel de mediador realizado pela polícia local, com atuação

---

“Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiencia (2005-2008)”. Disponível em [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es). Consulta em 04 de Fevereiro de 2013.

<sup>152</sup> A propósito da mediação entre vítima e ofensor nos Estados Unidos da América veja-se MARK S. UMBREIT, in *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – vol. 4*, cit., disponível em [www.arcos.org.br](http://www.arcos.org.br). Acesso em 11 de janeiro de 2013.

<sup>153</sup> MARK S. UMBREIT, in *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – vol. 4*, cit., disponível em [www.arcos.org.br](http://www.arcos.org.br). Acesso em 11 de janeiro de 2013.

dirigida, especialmente, aos autores de infrações contra o patrimônio, agressões verbais e físicas<sup>154</sup>.

Quanto ao processo de mediação entre vítima e ofensor<sup>155</sup>, verifica-se que a maioria dos programas emprega um processo de quatro fases que consistem em: (1) encaminhamento e entrada de casos; (2) preparação para a mediação, fase na qual o mediador se encontra separadamente com a vítima e o ofensor, de modo a ouvir suas histórias, explicar o programa, convidá-los a participar e prepará-los para o encontro face a face; (3) mediação, na qual um mediador treinado (na maioria das vezes um voluntário da comunidade) facilita o diálogo, que permite à vítima e ao ofensor conversarem sobre o impacto do crime em suas vidas e que possibilita a elaboração de um acordo escrito de restituição; e, por fim, (4) a fase de pós-mediação, que monitora os acordos de restituição, sendo que, se houver necessidade, novas sessões de mediação podem ser agendadas, caso surjam eventuais problemas<sup>156</sup>.

Durante os primeiros anos de desenvolvimento da mediação entre vítima e ofensor, que se verificou nos anos 70, a mediação surgiu no contexto do problema do uso exagerado do encarceramento no âmbito dos Estados Unidos e da necessidade de reduzir os custos associados ao encarceramento, razão pela qual era voltada, principalmente, à “criminalidade de massa”, como crimes contra a propriedade e lesões corporais leves. Todavia, com o passar dos anos, a vontade manifestada por um crescente número de vítimas de violência grave (assim como, a família sobrevivente ou amigos), que envolvem crimes como estupro, tentativa de homicídio e homicídio, no sentido de confrontar os

---

<sup>154</sup> Segundo refere Francisco Amado Ferreira, *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*, cit., p. 60.

<sup>155</sup> A mediação entre vítima e ofensor é conhecida nos Estados Unidos por *Victim-offender mediation*, mas é também chamada por “*victim-offender conferencing*”, “*victim-offender reconciliation*” ou “*victim-offender dialogue*”.

<sup>156</sup> MARK S. UMBREIT, in *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – vol. 4*, cit., disponível em [www.arcos.org.br](http://www.arcos.org.br). Acesso em 11 de janeiro de 2013. Segundo o autor, na maioria dos casos, é oferecida a mediação direta entre vítima e infrator, a qual é facilitada pelo trabalho de um, às vezes dois, mediadores. Ocasionalmente, o diálogo se dá por meio de uma terceira pessoa, que leva e trás informações, num processo conhecido como “*shuttle mediation*”. Nos encontros face a face, normalmente estão presentes parentes ou amigos da vítima e ofensor, a fim de lhes dar suporte emocional” (MARK S. UMBREIT, BETTY VOS, ROBERT B.COATES e ELIZABETH LIGHTFOOT, in: *Marquette Law Review* 89, 2005, p. 269. Disponível em <http://www.cehd.umn.edu/ssw/rjp/>. Acesso em 27 de março de 2013) (tradução nossa).

ofensores, mediante um diálogo mediado sobre o impacto do crime em suas vidas, ensejou o surgimento de programas de mediação pós-sentença.

Com efeito, apesar de existirem poucos programas em que a mediação é voltada para a restauração das relações que envolvem a prática de violência grave, a partir de 1994, foram iniciados programas pioneiros de mediação entre vítima e ofensor no contexto prisional. No primeiro programa, foi o Departamento de Justiça Criminal do Estado do Texas quem criou o programa de diálogo entre vítima e ofensor (*victim-offender mediation/dialogue*), onde é possibilitada a mediação no contexto prisional, conforme disposto na secção 56.13 do Código de Processo Penal do Texas<sup>157</sup>. Da mesma forma, em 1996, no Estado de Ohio, foi desenvolvido programa de mediação entre vítima e ofensor no contexto prisional, desenvolvido pelo Departamento de Reabilitação Prisional. Ressalte-se que, nos programas de mediação utilizados por ocasião do cumprimento da pena, o juiz, ao impor ao condenado o regime de prova, possibilitará, em alguns casos, encontros entre vítima e apenado, com o objetivo de reparação, que poderá ser feita, inclusive, mediante a prestação de serviços em favor da vítima, da sua família ou da comunidade.

Com efeito, importa sublinhar que, na atualidade, a mediação levada a efeito no contexto prisional já é uma realidade em cerca de dezenove Estados Americanos<sup>158</sup>, e é realizada com o intuito de contribuir para o *empowerment* do ofensor, para sua reinserção e assunção de responsabilidades perante a vítima e a comunidade, ao mesmo tempo em que contribui para que a vítima e seus familiares possam reelaborar a imagem que possuem do ofensor e do fato, com o intuito de superar o trauma sofrido. Com efeito, diante dos efeitos positivos obtidos com os programas de mediação, no contexto prisional<sup>159</sup>, nossa manifestação é no sentido de que tais experiências de mediação penal

---

<sup>157</sup> ARTUR JORGE COSTA DOS SANTOS, *A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade*, cit., p. 71.

<sup>158</sup> ARTUR JORGE COSTA DOS SANTOS, *A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade*, cit., p. 72.

<sup>159</sup> Relativamente à mediação penal no contexto penal, em Portugal, ver CÓDIGO DE EXECUÇÃO DE PENAS E MEDIDAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE, art. 47º, nº 4, aprovado pela Lei nº115/2009, de 12 de outubro. In *Diário da República, 1.ª série — N.º 197 — 12 de Outubro de 2009*. De acordo com a legislação citada, verifica-se que foi introduzido, no Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, a possibilidade do preso participar, com o seu consentimento, em programas de Justiça Restaurativa.

merecem ser incentivadas e levadas a efeito, em complemento à execução penal<sup>160</sup>.

### 2.2.2 Argentina

No que diz respeito às experiências de Justiça Restaurativa na América Latina<sup>161</sup>, foi sentida, principalmente na Argentina, a necessidade de “ampliação dos espaços democráticos e construção de novas modalidades de regulação social”<sup>162</sup>, destacando-se, primordialmente, dentre as práticas de justiça restaurativa, a mediação penal<sup>163</sup>. Pioneira na utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, desde a reforma do procedimento realizada em 1998, a Província de Buenos Aires, atualmente, conta com uma legislação específica sobre o tema, a Lei de Mediação Penal n.º 13.433, publicada em 19 de janeiro de 2006.

<sup>160</sup> No sentido de que a Mediação Restaurativa no meio prisional satisfaz os objetivos do direito penal (prevenção geral e especial) contribuindo também para uma justiça mais reparadora e participativa, ver JOSÉ HENRIQUE DUARTE, *Todo o Homem é maior que o seu Erro – A Mediação Restaurativa no Direito Prisional Português*. Coimbra: Edição de autor, 2012.

<sup>161</sup> No panorama da América Latina, importa ressaltar que o Chile levou a cabo diversas alterações em sua legislação processual penal, no ano 2000, com o intuito de introduzir mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Sublinhe-se que, ainda que tais reformas não façam menção expressa quanto ao acolhimento da mediação penal no ordenamento jurídico, a verdade é que a adoção do princípio da oportunidade (art. 170 do Código de Processo Penal), e dos acordos reparatórios entre vítima e autor da infração, representou uma séria mudança na perspectiva processual penal daquele país. Diante disso, com o intuito de possibilitar maior protagonismo da vítima no sistema processual penal chileno, a mediação penal foi implementada em diversas regiões do Chile, como por exemplo, na capital Santiago, onde o *Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial*, instituição independente do Ministério da Justiça do Chile, recebe causas *desviadas* do processo penal tradicional, para que seja realizada a mediação. Para mais informações sobre a mediação penal no Chile *vide* ULF CHRISTIAN EIRAS NORDENSTAHL, *Mediación Penal: de La Práctica a La Teoría*, 2ª Ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2010, p. 161 e ss.; FELIPE CABALLERO BRUN, “Sistemas Penales Comparados: Mediación penal y justicia alternativa – Chile”. *Revista Penal* 15, 2005, pp. 196-197. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013. Na Colômbia, sobre a aplicação do princípio da oportunidade e a introdução da mediação penal no Código de Processo Penal, ver ÁLVARO ORLANDO PERÉZ PINZÓN. “Sistemas Penales Comparados: Mediación penal y justicia alternativa – Colômbia”. *Revista Penal* 15, 2005, pp. 197-204. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013. Sobre os acordos reparatórios previstos no ordenamento processual penal da Venezuela e do Uruguai e o tímido acolhimento do movimento *restaurador*, *vide* JESÚS ENRIQUE RINCÓN RINCÓN. “Sistemas Penales Comparados: Mediación penal y justicia alternativa – Venezuela”. *Revista Penal* 15, 2005, pp. 227-234. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013; PABLO GALAIN PALERMO, “Sistemas Penales Comparados: Mediación penal y justicia alternativa – Uruguai”. *Revista Penal* 15, 2005, pp. 223-227. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013.

<sup>162</sup> LEONARDO SICA, *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* 12, Jan-Jun de 2009, cit., p. 434.

<sup>163</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a mediação penal na Argentina, *vide*, para tanto, ULF CHRISTIAN EIRAS NORDENSTAHL, *Mediación Penal: de La Práctica a La Teoría*, cit., p. 155 e ss.; LUIZ FERNANDO NIÑO, “Sistemas Penales Comparados: Mediación Penal y Justicia Restaurativa – Argentina”, *Revista Penal* 15, 2005, pp. 189-193. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013.

Encontrando-se as Oficinas de Mediação na órbita do Ministério Público, importa destacar que, na província de Buenos Aires, o Ministério Público é parte integrante do Poder Judiciário, enquanto que na cidade de Buenos Aires o Ministério Público não pertence ao Poder Judiciário, pois conta com independência. Não obstante isso, incumbem aos agentes do Ministério Público funcionar como os principais agentes de derivação dos casos para as Oficinas de Mediação, ressaltando-se que o formulário de encaminhamento do caso deve conter tão somente a descrição sumária dos fatos e a decisão de encaminhamento do caso para a mediação<sup>164</sup>. Segundo disposto no artigo 6.º da Lei da Mediação Penal n.º 13.433/06, consideram-se casos especialmente suscetíveis, de se submeter à mediação penal, os fatos praticados por motivos familiares, de convivência ou vizinhança, além das causas cujo conflito seja de conteúdo familiar. Todavia, conforme o disposto em lei, não se admitirá o trâmite da mediação penal sempre que a pena máxima, prevista em abstrato ao delito, ultrapassar 6 (seis) anos<sup>165</sup>.

Realizado o encaminhamento do caso para as oficinas de mediação, a fase seguinte será aquela da convocação da vítima e do infrator, a fim de que participem de entrevistas reservadas e individuais com o mediador. Nestas entrevistas, ocorre a chamada “personalização”, onde o mediador irá explicar, individualmente, o procedimento aos envolvidos, obter informações sobre o caso, identificar os intervenientes, ganhar confiança e, por fim, confirmar que a participação da vítima e do autor do fato ocorre atendendo ao requisito da voluntariedade. Na fase seguinte, uma vez que vítima e autor do fato concordaram livremente em participar da mediação, realiza-se o encontro direto entre vítima e infrator, a fim de que exponham seus sentimentos, discutam as origens e consequências do problema, debatam as propostas de solução do conflito e construção do acordo<sup>166</sup>. Nesse momento, o mais

---

<sup>164</sup> Cf. ULF CHRISTIAN EIRAS NORDENSTAHL, *Mediación Penal: de La Práctica a La Teoría*, cit., p. 83.

<sup>165</sup> Importa destacar que a Lei da Mediação Penal também prevê que não terá cabimento o regime da mediação penal nos casos em que: a) houver vítima menor de idade; b) os infratores sejam funcionários públicos, sempre que os fatos tenham sido praticados no exercício da função; c) houver a prática dos crimes dolosos previstos no Livro II do Código Penal, Título I (Capítulo 1- Delitos contra a vida); Título 3 (Delitos contra a integridade sexual); Título 6 (Capítulo 2 – Roubo); d) Título 10 –Delitos contra os Poderes Públicos e a Ordem Constitucional.

<sup>166</sup> Cf. ULF CHRISTIAN EIRAS NORDENSTAHL, *Mediación Penal: de La Práctica a La Teoría*, cit., p. 87 e ss.

importante “é a troca de informações – uns sobre os outros, sobre os fatos, sobre a ofensa, sobre necessidades. As vítimas querem respostas para as suas dúvidas quanto ao que aconteceu, por que aconteceu, e quem fez aquilo. Rostos precisam substituir estereótipos. Representações equivocadas precisam ser questionadas. Essa troca de informações é vital e, idealmente, ela deveria acontecer numa interação direta. Num contexto assim, é possível tratar do que aconteceu no passado e do que vai acontecer no futuro. Os resultados dessa interação devem ser registrados na forma de acordos possíveis de serem quantificados e monitorados”<sup>167</sup>.

Com efeito, caso o encontro direto entre vítima e autor do fato resulte na celebração do acordo restaurativo, o infrator pode comprometer-se com pedidos de desculpas, entrega de bens, pagamento de certa quantia em dinheiro, prestação de algum trabalho, realizar condutas ou evitá-las, abster-se da prática de atos de violência, desocupar imóvel, submeter-se a tratamento, prestar serviços comunitários, entre outros<sup>168</sup>. Realizado o acordo em que as partes declaram a satisfação completa de suas pretensões, o agente do Ministério Público, mediante simples despacho, procede ao arquivamento do caso<sup>169</sup>. Por último, registre-se que as oficinas de mediação realizarão a fiscalização acerca do cumprimento do acordo celebrado entre vítima e autor da infração.

### 2.2.3 Brasil

No Brasil<sup>170</sup>, além dos projetos pilotos desenvolvidos nos Municípios de Porto Alegre, no estado do Rio Grande do Sul<sup>171</sup>, São Caetano do Sul, no

---

<sup>167</sup> HOWARD ZEHR, *Trocando as Lentes – Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça*, cit., pp. 192-193.

<sup>168</sup> ULF CHRISTIAN EIRAS NORDENSTAHL, *Mediación Penal: de La Práctica a La Teoría*, cit., p. 96.

<sup>169</sup> Conforme previsto no art. 20 da *Ley de Mediación Penal* n.º 13.433/06.

<sup>170</sup> No Brasil, os valores e princípios da justiça restaurativa foram externados no documento denominado “Carta de Araçatuba”, enunciado durante o 1.º Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado na cidade de Araçatuba, interior de São Paulo, em abril de 2005. Posteriormente, os enunciados constantes da “Carta de Araçatuba” foram ratificados na Conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”, realizada em Brasília, em junho de 2005, na “Carta de Brasília”, quando restaram definidos os seguintes valores e princípios a serem observados nas práticas restaurativas e respectivas políticas públicas de apoio: “1. *plenas e precedentes informações sobre as práticas restaurativas e os procedimentos em que se envolverão os participantes*; 2. *autonomia e voluntariedade na participação em práticas restaurativas, em todas as suas fases*; 3. *respeito mútuo entre os*

estado de São Paulo<sup>172</sup>, e Brasília, no Distrito Federal<sup>173</sup>, em parceria com o Ministério da Justiça, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 7006/2006<sup>174</sup>, que propõe inúmeras alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei dos Juizados Especiais Criminais, com o objetivo de regulamentar a utilização de processos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal brasileiro. Não obstante o Projeto de Lei ainda não tenha sido apreciado pelo legislativo, o Brasil já avançou, ainda que, timidamente, em direção à implementação das práticas de justiça restaurativa, como se demonstrará com a análise do projeto piloto, denominado “Restaurando Justiça da Família e Vizinhança: Uma Parceria entre Justiça e Comunidade”.

O projeto piloto “Restaurando Justiça da Família e Vizinhança: Uma Parceria entre Justiça e Comunidade” teve origem em uma reunião do grupo de trabalho, em que estavam envolvidas autoridades de segurança pública e educação do Município de São Caetano do Sul, intencionado em desenvolver práticas de justiça restaurativa junto ao bairro Nova Gerty, bairro escolhido

---

*participantes do encontro; 4. coresponsabilidade ativa dos participantes; 5. atenção às pessoas envolvidas no conflito com atendimento às suas necessidades e possibilidades; 6. envolvimento da comunidade, pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação; 7. interdisciplinaridade da intervenção; 8. atenção às diferenças e peculiaridades socioeconômicas e culturais entre os participantes e a comunidade, com respeito à diversidade; 9. garantia irrestrita dos direitos humanos e do direito à dignidade dos participantes; 10. promoção de relações equânimes e não hierárquicas; 11. expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito; 12. facilitação feita por pessoas devidamente capacitadas em procedimentos restaurativos; 13. direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo; 14. integração com a rede de políticas sociais em todos os níveis da federação; 15. desenvolvimento de políticas públicas integradas; 16. interação com o sistema de justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com base comunitária; 17. promoção da transformação de padrões culturais e a inserção social das pessoas envolvidas; 18. monitoramento e avaliação contínua das práticas na perspectiva do interesse dos usuários internos e externos”.* Disponível em [www.restorativejustice.org](http://www.restorativejustice.org). Consulta em 8 de maio de 2012.

<sup>171</sup> Para mais informações sobre o Projeto de Justiça Restaurativa, denominado “Justiça para o século 21”, que se encontra em execução junto à 3.ª Vara do Juizado Regional da Infância e Juventude de Porto Alegre/RS, vide [www.justica21.org.br](http://www.justica21.org.br).

<sup>172</sup> Para mais informações sobre o Projeto de Justiça Restaurativa desenvolvido no Brasil, em São Caetano do Sul, vide EDUARDO REZENDE MELO, “Comunidade e justiça em parceria para a promoção de respeito e civilidade nas relações familiares e de vizinhança: um experimento de justiça restaurativa e comunitária. Bairro Nova Gerty, São Caetano do Sul-SP”. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, pp. 59-80 e EDUARDO REZENDE MELO; MADZA EDNIR; VÂNIA CURI YAZBEK, *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008. Disponível em [www.tjisp.jus.br](http://www.tjisp.jus.br). Acesso em 30 de Janeiro de 2013.

<sup>173</sup> Para informações sobre o Projeto de Justiça Restaurativa, desenvolvido no Núcleo Bandeirante, em Brasília/DF, ver [www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-justica-restaurativa-88/](http://www.premioinnovare.com.br/praticas/projeto-justica-restaurativa-88/).

<sup>174</sup> Dispõe o art. 1.º do Projeto de Lei: “Esta lei regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais”. Disponível em [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br). Consulta em 08 de maio de 2012.

porque apresentava um maior número de ocorrências policiais envolvendo delitos de vizinhança. Diante disso, realizou-se a capacitação de voluntários, para atuarem como facilitadores em círculos restaurativos, assim como foram treinados, para atuar segundo o movimento de justiça restaurativa, juízes, promotores de justiça, advogados, agentes comunitários de saúde e conselheiros tutelares. Assim, em 15 de julho de 2006, o projeto teve início com a implantação de um sistema de plantão de atendimento em uma escola do bairro Nova Gerty, em São Caetano do Sul.

A análise dos conflitos submetidos à competência do Juizado Especial Criminal permitiu verificar que, naqueles casos, havia insatisfação por parte dos usuários do sistema de justiça criminal, porquanto o mecanismo alternativo de resolução dos conflitos existente no âmbito da Lei dos Juizados Especiais “não conseguia sequer alcançar os princípios básicos norteadores da conciliação, qual seja, o de consideração das necessidades, desejos, interesses e temores dos envolvidos na situação de conflito, mantendo-se restrita apenas a uma conciliação de barganha de posições que, sabidamente, leva ao enrijecimento das partes, acirramento de ânimos e recrudescimento dos conflitos”<sup>175</sup>. Além disso, constatou-se que a recorrência de conflitos trazidos ao Judiciário de um mesmo grupo, seja familiar, seja de convívio de vizinhança, “é clara prova de que as soluções ditadas pela Justiça se mostram cada vez menos eficazes, com alternância entre aqueles que, em uma oportunidade, figuram como vítima, em outra como agressor”<sup>176</sup>.

Diante desta realidade, foi implementado o programa de justiça restaurativa e comunitária, no município de São Caetano do Sul, para atendimento dos delitos de natureza privada e semi-pública, desde que envolvendo violência familiar e de vizinhança, passíveis de atendimento

---

<sup>175</sup> EDUARDO REZENDE MELO, in SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.), *Novas direções na governança da justiça e da segurança*, 2006, cit., p. 59. Além disso, refere o autor que o sistema de justiça penal brasileiro é ineficiente porque está engessado, preso a respostas formais e calculadas, e sujeito à avaliação de sua eficiência meramente pelos resultados internos do serviço prestado (número de *acordos* alcançados, de audiências realizadas ou de sentenças proferidas) (p. 60).

<sup>176</sup> EDUARDO REZENDE MELO, in SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.), *Novas direções na governança da justiça e da segurança*, 2006, cit., pp. 59-60. No mesmo sentido, ELAINE CARAVELLAS; KARLA BUGARIB; LÉLIO FERRAZ DE SIQUEIRA NETO, “Justiça Restaurativa”, *Justitia* 64, Jul/Dez de 2007, São Paulo, p. 347.

igualmente pelo Juizado Especial Criminal, numa perspectiva interinstitucional, voltada a criar condições para o desenvolvimento social local e o encontro de soluções preventivas dos problemas vivenciados pela comunidade<sup>177</sup>.

De acordo com o projeto, os círculos restaurativos tem cabimento para os delitos de lesão corporal leve, ameaça, injúria e calúnia, desde que relacionados a situações de violência doméstica e conflitos de vizinhança, sendo que, durante a mediação, o processo penal será suspenso, a fim de que seja buscado o diálogo entre vítima e infrator. Conforme o programa de justiça restaurativa, os interessados poderão se dirigir diretamente aos círculos restaurativos ou, ainda, o caso poderá ser derivado do juizado especial criminal para os círculos, mediante esclarecimento do promotor de justiça aos envolvidos, quanto à possibilidade de suspensão do processo para participação no processo restaurativo. Realizado o acordo e verificando-se a proporcionalidade das obrigações estabelecidas, caso exista parecer favorável do Ministério Público, o juiz homologará o acordo, declarando extinta a punibilidade do autor do fato<sup>178</sup>.

Com efeito, diante da experiência de justiça restaurativa desenvolvida em São Caetano do Sul, com aplicação no âmbito dos delitos passíveis de atendimento pela Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9099/95), cabe discutir se a Lei n.º 9099/95, ao estabelecer a possibilidade de autocomposição penal, em crimes de menor potencial ofensivo, pode ser considerada mecanismo de consenso, conforme os valores da justiça restaurativa. Na realidade, a análise feita pela doutrina brasileira indica que a Lei dos Juizados Especiais “proporcionou ganhos quanto à desobstaculização de pauta e redução de crimes prescritos”, todavia, por ter falhado “i) em restauração nas relações sociais subjacentes à disputa; ii) em humanização das relações processuais; e

---

<sup>177</sup> EDUARDO REZENDE MELO, in SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.), *Novas direções na governança da justiça e da segurança*, 2006, cit., p. 63.

<sup>178</sup> Na hipótese do delito envolver violência doméstica, diante do disposto na Lei n.º 11.340/06, a qual dispõe que os delitos que envolvem violência doméstica, com vítima mulher, são delitos de ação penal pública incondicionada, a participação do infrator no círculo restaurativo, embora possibilite o tratamento do alcoolismo e drogadição, não importará a exclusão do processo, caso seja celebrado acordo restaurativo. Entretanto, o acordo será levado em conta pelo juiz, possibilitando a suspensão condicional do processo ou a consideração quando da fixação da pena. Nestes casos, embora não ocorra a exclusão do processo, a prática restaurativa “continua tendo o escopo de restauração das relações e oferta de novas possibilidades para resolução dos conflitos” (Cf. ELAINE CARAVELLAS; KARLA BUGARIB; LÉLIO FERRAZ DE SIQUEIRA NETO, *Justitia* 64, Jul/Dez de 2007, cit., pp. 348-349).

iii) em razão da ausência de técnica autocompositiva adequada”, afirma-se que os mecanismos existentes na Lei n.º 9099/095, como atualmente desenvolvidos no Brasil, não se caracterizam como instituto da Justiça Restaurativa”<sup>179</sup>.

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, realizando um balanço acerca dos efeitos produzidos pela implantação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no Brasil, seis anos após a entrada em vigor da Lei n.º 9.099/95, revela que, não obstante alguns avanços, como, por exemplo, a abolição do inquérito policial para os delitos de menor potencial ofensivo, que garantiu às vítimas o acesso ao Judiciário, “a estrutura cartorária e hermética do sistema judicial ainda permanece intocada”<sup>180</sup>. Refere o autor que a consequência indesejada desta dinâmica “é a enorme insatisfação da vítima, cujo objetivo da lei era incorporar ao processo penal, e que acaba, ao constatar a falta de preocupação com a resolução do conflito que está por trás do delito de menor potencial ofensivo, sentindo-se impotente e descrente da utilidade do sistema judicial. Resgatar a ideia original, de uma maior participação da vítima, não significa desconsiderar os direitos dos acusado ou submetê-lo a uma nova forma de vingança privada e, sim, o investimento no sistema na conciliação como forma de recomposição de laços sociais que foram rompidos”<sup>181</sup>. Além disso, destaca-se que o restabelecimento do diálogo entre vítima e autor do

<sup>179</sup> ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO. “O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine (Org.) *et al. Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005, pp. 137 e 141. LEONARDO SICA, “Justiça Restaurativa”, cit., p. 169, salienta que “tanto a transação penal e a conciliação da Lei nº 9.099/1995, como o *plea bargaining* do Direito anglo-saxão, são exemplos de justiça consensual que não se aplicam à Justiça Restaurativa, muito pelo contrário: esta procura distanciar-se daqueles instrumentos autoritários e/ou burocráticos, que impõem uma “negociação” forçada sob a ameaça de pena e processo, desvinculada de quaisquer preocupações com a restauração da paz jurídica e o restabelecimento da comunicação”.

<sup>180</sup> RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, “Conciliar ou Punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea”. In: CARVALHO, Salo de; WÜNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Jures, 2002, p. 72.

<sup>181</sup> RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, in: *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*, cit., 72-73. Nessa perspectiva, EDUARDO REZENDE MELO, in: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.), *Novas direções na governança da justiça e da segurança*, 2006, cit., p. 60, acrescenta que “a ineficiência do sistema, preso a respostas formais e calculadas, sujeito a uma avaliação de sua eficiência meramente pelos resultados internos do serviço prestado (número de acordos alcançados, de audiências realizadas ou de sentenças proferidas), deixa de considerar o impacto interinstitucional de situações de conflito recorrentes, mantendo os atores do sistema judicial criminal ainda atados a um modelo de atuação que o incapacita de perceber o caráter igualmente sistêmico e interdependente das várias esferas de atuação do serviço público e da rede de atendimento”.

fato, nota fundamental, quando se fala em justiça restaurativa, é mediado pelos juízes nos tribunais, local habitado pelos profissionais do direito, onde se verifica que o primordial é a decisão quanto à autoria e materialidade do fato delituoso e não o restabelecimento do diálogo<sup>182</sup>.

A análise específica dos mecanismos previstos na Lei n.º 9099/95, quais sejam, a transação penal<sup>183</sup>, a conciliação<sup>184</sup> e a suspensão condicional do processo<sup>185</sup>, indica que é no domínio da suspensão condicional do processo que encontramos terreno fértil para a implantação da mediação penal no Brasil, independentemente de alterações legislativas<sup>186</sup>. A transação penal e a

<sup>182</sup> Nesse sentido, RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, in: *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*, cit., pp. 75-76.

<sup>183</sup> Dispõe o art. 76 desta Lei: “*Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível”*

<sup>184</sup> Leia-se, a respeito, o art. 74 desta Lei: “*A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”*.

<sup>185</sup> Cf. art. 88 da Lei n.º 9099/95: “*Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal): § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos”*.

<sup>186</sup> RENATO SÓCRATES GOMES PINTO. “Justiça Restaurativa – É possível no Brasil?”. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça

conciliação, previstas na Lei dos Juizados Especiais, embora possam ser considerados mecanismos alternativos de resolução de conflitos, porquanto pretendem alcançar um resultado célere, foram instrumentalizados como “formas mitigadas de punição” e olvidaram de ampliar os “espaços de consensos e de participação do jurisdicionado na administração da justiça”. A transação penal, enquanto forma abreviada de aplicar uma pena, não impõe sejam levados em consideração a “integração social e participação da vítima”. Diante disso, a conclusão é de que os Juizados Especiais Criminais “pouco contribuíram para a remodelação do paradigma arcaico da justiça penal, não trouxeram nenhum progresso no campo da resolução dos conflitos e, mesmo em relação ao objetivo utilitário de celeridade e desobstrução do sistema de justiça, não se verificaram resultados expressivos”<sup>187</sup>.

Já no que diz respeito ao instituto da suspensão condicional do processo, medida de resolução alternativa de litígios, aplicável para os crimes cuja pena mínima é de um ano (por exemplo: homicídio culposo, aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, lesão corporal grave, extorsão indireta, apropriação indébita, estelionato, receptação simples, furto simples, falsidade ideológica, etc.), há previsão da reparação do dano (art. 89, parágrafo 1º, inciso I) como condição do acordo, cujo cumprimento resulta na extinção da punibilidade. Diante disso, sugere Leonardo Sica que, ao receber a denúncia, o juiz, ao invés de designar o interrogatório, para oferecer a proposta de suspensão condicional do processo, delegaria o caso para as oficinas de mediação, que se incumbiria de estabelecer o contato com a vítima e o autor do fato, informá-los da possibilidade de negociar uma solução, realizar as sessões de mediação e conduzir o diálogo que pode ou não resultar na

---

e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), p. 31, aduz que, não obstante vigorar o princípio da indisponibilidade no direito processual penal, o modelo restaurativo é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que as inovações da Constituição de 1988 e o advento da Lei 9.099/95 possibilitaram a abertura de uma “pequena janela, no sistema jurídico brasileiro, ao princípio da oportunidade, permitindo certa acomodação sistêmica do modelo restaurativo em nosso país, mesmo sem mudança legislativa”.

<sup>187</sup> Assim, a ideia de LEONARDO SICA, *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* 12, Jan-Jun de 2009, cit., p.429. Noutra perspectiva, RAÚL ESTEVES, *Revista Sub Iudice: Justiça e Sociedade* (outubro-dezembro de 2006), n.º 37, cit, p. 62, considera que “a experiência brasileira revela, sem alguma dúvida, o acerto na fórmula encontrada. Não se afastando em demasia do sistema jurisdicional – acaba por beneficiar desse amparo -, ao mesmo tempo que cria um mecanismo processual expedito, adaptado aos fins pretendidos, e onde a celeridade, e a composição face a face, provam, confirmam, a sua potencialidade como meios de resolução de conflitos de natureza penal”.

reparação do dano suficiente para a justiça penal homologar o acordo e decretar a extinção da punibilidade<sup>188</sup>.

Assim, diante do exposto, a conclusão é no sentido de que os mecanismos de resolução alternativa de conflitos existentes no Brasil, embora tenham representado um passo adiante, ao contribuir para que os juízes se dedicassem aos casos de maior gravidade, em face da desnecessidade de julgamento, na maior parte dos processos que envolvem delitos de menor potencial ofensivo, os esforços não foram suficientes para afastar o sistema de justiça criminal do paradigma punitivo. Nesse sentido, entendemos que o sistema criminal tradicional ainda precisa evoluir em direção às práticas restaurativas, a fim de se tornarem sistemas complementares, “sistemas que podem e devem caminhar lado a lado e sistemas que podem potencializar mutuamente os respectivos sucessos”<sup>189</sup>, possibilitando maior satisfação dos usuários dos serviços de justiça ao garantir o pleno exercício da cidadania, o diálogo e a pacificação social<sup>190</sup>. Com efeito, não é mais possível ignorar as demandas em favor de novas formas de controle social, sendo que, como vimos, diversos países e comunidades já implementaram práticas de justiça restaurativa em seus ordenamentos jurídicos, principalmente no domínio da pequena e média criminalidade, sendo que em um período relativamente curto de tempo “o fio de água se transformou num rio”<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> Cf. LEONARDO SICA, *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* 12, Jan-Jun de 2009, cit., p. 429. Neste caso, “as demais condições de suspensão (comparecimento mensal em juízo, proibição de ausentar-se da comarca, etc.) não poderiam ser aplicadas pelo juiz, a não ser que as partes, livremente, acordassem alguma daquelas, concebidas como forma de reparação simbólica e de recomposição da paz jurídica”.

<sup>189</sup> CLÁUDIA SANTOS, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* 16, 2006, cit., p. 91.

<sup>190</sup> Cf. LÊNIO LUIZ STRECK; LUCIANO FELDENS, *Crime e Constituição: A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*, 3.<sup>a</sup> ed. rev. e atualizada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 4, importa que, no atual estágio do Estado Democrático de Direito, o Direito não tenha apenas conteúdo “ordenador (Estado Liberal) ou provedor (Estado Social), mas, sim, potencialmente transformador”.

<sup>191</sup> HOWARD ZEHR, *Trocando as Lentes – Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça*, cit., p. 252.

## CAPÍTULO III - A MEDIAÇÃO PENAL

### 3.1 O regime da Mediação Penal de adultos em Portugal

Eis que chegou o momento de analisar o regime da mediação penal de adultos, instituído no ordenamento jurídico português, após a aprovação da Lei n.º 21 de 2007<sup>192</sup>, legislação, a propósito, sujeita aos mais diversos elogios e críticas por parte da doutrina<sup>193</sup>. Referido instrumento legal foi elaborado, sobretudo, para atender às exigências contidas na Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001, que assegurou prazo até 22 de Março de 2006 para que os Estados Membros envidassem esforços no sentido de promover a mediação nos processos penais relativos às infrações que consideram adequadas a este tipo de medida<sup>194</sup>, bem como assegurar que possam ser tidos em conta os acordos provenientes da mediação realizada entre vítima e autor da infração.

Nesse sentido, em 2001, o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra recomendou a introdução da mediação penal em Portugal. Da mesma forma, constou no Projeto de Resolução n.º 132/IX, da Assembleia da República, sobre os “Novos Rumos da Política Criminal – Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas e Mediação Penal”, em 2003, que “em relação à mediação penal, o Programa do Governo determina o alargamento dos meios de recurso a formas não jurisdicionais de composição de conflitos, através da mediação, conciliação e arbitragem”. Ainda, em 2004, a

---

<sup>192</sup> Publicada no *Diário da República*, 1ª Série - n.º 112 - 12 de Junho de 2007.

<sup>193</sup> Na doutrina portuguesa, destaca-se a crítica de PABLO GALAIN PALERMO, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 91, Julho/2011, vol. 91, cit, p. 171, para quem a mediação penal em Portugal somente duplicou as hipóteses de resolução alternativa de conflitos já existentes e as tornou mais supérfluas e confusas. Para o autor, o sistema penal português não precisa agregar novas formas alternativas de resolução de conflitos porque já “contempla a maioria dos postulados da JR, aceita o princípio da oportunidade e cumpre com as exigências normativas da União Europeia. Na verdade o problema é outro em Portugal e ele reside em como unir e aplicar corretamente todos os meios alternativos existentes que até hoje não tem sido aplicados de forma eficaz”. De outro lado, CLÁUDIA SANTOS, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* 16, 2006, cit., p. 113, ao analisar o anteprojeto da mediação penal em Portugal, concluiu que a iniciativa legislativa é “merecedora de um juízo global claramente positivo”, porquanto o Estado “que primeiro tenta proteger e que depois, ocorrido o mal, se ocupa de punir, reconhece desta forma uma outra dimensão da nossa vida em comum. Reconhece a necessidade de curar”.

<sup>194</sup> Ressalte-se que a edição da legislação portuguesa em mediação penal ocorreu mais de um ano depois do prazo previsto na Decisão-Quadro.

mediação penal também foi recomendada pela Comissão de Estudo e Debate da Reforma do Sistema Prisional<sup>195</sup>.

Ressalte-se que as experiências de mediação desenvolvidas, sobretudo, no contexto familiar e juvenil, em Portugal, incentivaram, em 2004, a elaboração do primeiro projeto-piloto de mediação penal de adultos, denominado “Projeto do Porto”. Naquela ocasião, reuniram-se a Escola de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, a Procuradoria-Geral Distrital do Porto e o Departamento de Investigação e Ação Penal (DIAP) do Porto, para celebrar um protocolo de intenções, que proporcionasse a mediação nos processos que envolviam crimes de natureza particular e semipública, em fase de inquérito, e desde que aplicável os institutos do arquivamento em caso de dispensa de pena (art. 280.º do Código de Processo Penal) ou da suspensão provisória do processo (art. 281.º do Código de Processo Penal). Referido projeto-piloto foi desenvolvido visando a possibilitar os acordos nos casos que envolvessem uma relação de proximidade (vizinhança) ou de parentesco entre a vítima e o ofensor, sempre com o objetivo de diminuir a litigiosidade entre os participantes<sup>196</sup>.

A mediação penal, realizada no âmbito do Projeto Piloto do Porto, dependia do encaminhamento do Inquérito pelo Ministério Público ao Gabinete de Serviços à Comunidade da Faculdade de Direito do Porto. Posteriormente, desde que presente o consentimento da vítima e do ofensor, as sessões de mediação ocorriam nas instalações da Faculdade, com o auxílio de mediadores voluntários. A avaliação realizada pelas autoridades envolvidas na experiência de mediação foi no sentido da pouca aplicabilidade do mecanismo alternativo de resolução de conflitos e da necessidade de consagração da mediação penal como um instituto autônomo. Isso se verificou porque grande parte dos delitos em que o instituto da suspensão provisória do processo era aplicável tratava-se de delitos sem vítima, além de que a dispensa de pena tinha pouca

---

<sup>195</sup> Importa ressaltar, igualmente, na categoria dos “impulsos difusos”, para que se legislasse em matéria de mediação penal, a posição assumida pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV), por meio dos seus associados Frederico Moyano Marques e João Lázaro, ao manifestarem que a mediação penal pode contribuir para que a vítima ultrapasse os efeitos resultantes do crime. Assim, TEREZA PIZARRO BELEZA; HELENA PEREIRA MELO, *A Mediação Penal em Portugal*. Lisboa: Editora Almedina, 2012.

<sup>196</sup> ARTUR JORGE COSTA DOS SANTOS. *A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade*. Dissertação de Mestrado não publicada, 2012, pp. 72-73.

aplicabilidade prática, devido ao cabimento restrito deste instituto (crimes punidos com pena de prisão não superior ou com pena de multa não superior a 120 dias)<sup>197</sup>.

Diante disso, em Fevereiro de 2006, foi feita pelo Ministério da Justiça a apresentação pública da proposta de lei para introduzir a mediação penal no ordenamento jurídico português. Na proposta de lei, a mediação penal é encarada como meio alternativo de resolução de litígios, integrada ao processo penal, e com previsão de ser implantado programa experimental, pelo período de dois anos, em um número limitado de Comarcas. Assim, em 12 de Junho de 2007, foi aprovada a Lei n.º 21, a qual introduziu no ordenamento jurídico português o regime da mediação penal de adultos<sup>198</sup>.

Na novel legislação, de modo a assegurar a eficiente proteção dos mais importantes bens jurídicos penais, foram excluídos do âmbito de aplicação da mediação penal os crimes públicos, os crimes com pena superior a 5 (cinco) anos de prisão, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, os processos em se trate de crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência, os crimes em que o ofendido seja menor de 16 (dezesesseis) anos e, também, os casos em que for aplicável o processo sumário ou sumaríssimo (art. 2.º, n.ºs 1 e 3, da Lei)<sup>199</sup>. Importa esclarecer que nos casos em que for aplicável o processo sumaríssimo, não terá lugar a mediação penal porque, de regra, o arguido se encontrará detido e, nos casos em que aplicável o processo sumário, como não

---

<sup>197</sup> ARTUR JORGE COSTA DOS SANTOS, *A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade*, cit., pp. 73-74.

<sup>198</sup> O regime da mediação penal e processo penal foi regulamentado por meio da edição de três Portarias, ns.º 68-A/2008, 68-B/2008 e 68-C/2008, todas de 22 de janeiro, as quais criaram e regulamentaram o Sistema de Mediação Penal (SMP). Em 23 de Janeiro de 2008, o Sistema de Mediação Penal, coordenado pelo Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL), e sob a supervisão do Ministério da Justiça, começou a funcionar em quatro comarcas (Porto, Oliveira do Barro, Aveiro e Seixal), para, posteriormente, a Portaria n.º 732/2009, de 8 de Junho, expandir o funcionamento do SMP para quinze comarcas, quais sejam, Barreiro, Braga, Cascais, Coimbra, Loures, Moita, Montijo, Porto, Santa Maria da Feira, Seixal, Setúbal e Vila Nova de Gaia, e nas comarcas-piloto de Alentejo Litoral, Baixo Vouga e Grande Lisboa Noroeste. Para mais informações sobre a introdução e regulamentação da Mediação Penal em Portugal *vide* ARTUR JORGE COSTA DOS SANTOS, *A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade*, cit., p. 72 e ss., e TEREZA PIZARRO BELEZA; HELENA PEREIRA MELO, *A Mediação Penal em Portugal*, cit., 2012.

<sup>199</sup> A propósito dos fatores que influenciam a decisão de tirar o caso do processo formal, HOWARD ZEHR, cit., p. 206, refere que alguns desses fatores já são usuais, como a gravidade da ofensa e a natureza do ofensor. Todavia, salienta que há variáveis singulares, como “a disposição do ofensor em reconhecer a culpa, expressar remorso e compensar a vítima, e a disposição da vítima em receber essa compensação e perdoar”.

será imposta pena privativa de liberdade, basta que o arguido cumpra certas injunções, o legislador entendeu que a mediação, nesse caso, não se aplicará diante da ausência de risco de estigmatização do autor da infração.

Estabelecendo que a mediação penal só tem cabimento para os crimes que dependam da acusação particular (todos os crime de natureza particular) ou de queixa, e estejam na fase do inquérito<sup>200</sup>, quando presentes indícios de autoria e materialidade, a lei somente possibilita a participação da vítima e do agressor no processo de mediação quando houver a anuência de ambos. Aliás, ao analisarmos a legislação portuguesa, concluímos que lá foram acolhidos os princípios gerais formulados nos principais instrumentos internacionais que tratam da mediação penal, como a necessidade de consentimento da vítima e do ofensor para participação na mediação, a garantia de confidencialidade e informalidade no processo, a mediação levada a cabo por terceiro imparcial, buscando-se um acordo de reparação dos danos causados pelo fato ilícito.

No que concerne ao procedimento, prevê a lei que preenchidos os requisitos no que concerne ao cabimento da mediação penal, será o caso remetido aos serviços de mediação, mediante iniciativa do Ministério Público ou por requerimento dos interessados. Assim, a seguir, o mediador fará contato com a vítima e o autor do fato, a fim de obter os seus consentimentos livres e esclarecidos quanto à participação na mediação. Iniciado o procedimento informal, flexível e confidencial, a lei prevê o prazo de três meses para que seja alcançado o acordo, podendo tal prazo ser prorrogável por no máximo dois meses, desde que seja verificada uma forte probabilidade de que as partes chegarão a um consenso quanto à resposta penal. Atendendo aos princípios da voluntariedade e informalidade, a legislação portuguesa contempla ampla liberdade à vítima e ao autor da infração para que estabeleçam o conteúdo do acordo<sup>201</sup>, desde que o cumprimento das injunções seja previsto com prazo

---

<sup>200</sup> Concordamos com os autores que se manifestam em sentido favorável à aplicação da mediação penal em todas as fases processuais, porquanto medida útil, que proporciona o diálogo entre vítima e infrator, e poderia ser proposta também pelo Juiz. Assim, J. O. CARDONA FERREIRA, *O Direito* 5, Lisboa-2007, cit., pp. 1013-1026.

<sup>201</sup> Para CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “A Mediação perante os Objectivos do Direito Penal”. In: *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 48, todas as medidas devem ser admitidas e deixadas a total disponibilidade das partes envolvidas, com exceção daquelas humilhantes ou ofensivas à dignidade do autor da infração. A autora afirma que mesmo a “proporcionalidade” deve ser entendida de forma muito ampla, porquanto a

máximo de seis meses para seu cumprimento e que sejam excluídas sanções privativas de liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do autor da infração. Celebrado o acordo restaurativo, sempre com vistas ao restabelecimento da paz, mediante a assunção de responsabilidades pelo autor da infração e reparação dos danos causados à vítima, incumbirá ao Ministério Público homologar a desistência de queixa, no prazo de cinco dias<sup>202203</sup>.

As respostas ao crime que podem resultar de um acordo restaurativo são, por exemplo, aquelas em que o agente se comprometa, voluntariamente, a indenizar a vítima pelos danos materiais e imateriais sofridos, a efetuar trabalhos em favor da comunidade, a visitar centros de reabilitação de vítimas de crimes semelhantes, a frequentar cursos profissionalizantes ou centros de tratamentos de dependência de drogas ou álcool e, conjuntamente, ou não, realizar um pedido de desculpas à vítima<sup>204</sup>. Ainda, quanto aos mediadores, destaca-se que o diploma legal abriga regras que regem o exercício da atividade do mediador penal, estabelecendo requisitos<sup>205</sup> e deveres para o exercício das funções de mediador penal (artigos 10º, 11º e 12º da Lei).

---

construção da resposta adequada a dois “assenta a ponte que vai levar à apaziguação dos intervenientes e reforça o cimento social, ultrapassando a ruptura produzida pelo crime”.

<sup>202</sup> Dispõe o art. 5.º da Lei n.º 21/2007: “1- Não resultando da mediação acordo entre arguido e ofendido ou não estando o processo de mediação concluído no prazo de três meses sobre a remessa do processo para mediação, o mediador informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal. 2 - O mediador pode solicitar ao Ministério Público uma prorrogação, até um máximo de dois meses, do prazo previsto no número anterior, desde que se verifique uma forte probabilidade de se alcançar um acordo. 3 - Resultando da mediação acordo, o seu teor é reduzido a escrito, em documento assinado pelo arguido e pelo ofendido, e transmitido pelo mediador ao Ministério Público. 4 - No caso previsto no número anterior, a assinatura do acordo equivale a desistência da queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido, podendo o ofendido, caso o acordo não seja cumprido no prazo fixado, renovar a queixa no prazo de um mês, sendo reaberto o inquérito. 5 - Para os efeitos previstos no número anterior, o Ministério Público verifica se o acordo respeita o disposto no artigo 6.º e, em caso afirmativo, homologa a desistência de queixa no prazo de cinco dias, devendo a secretaria notificar imediatamente a homologação ao mediador, ao arguido e ao ofendido. 6 - Havendo indicação de endereço eletrónico ou de número de fax ou telefone, a notificação referida no número anterior é efetuada por uma dessas vias. 7 - Os processos em que tenha havido mediação e em que desta tenha resultado acordo são tramitados como urgentes desde a recepção do acordo pelo Ministério Público até ao termo dos trâmites a que se referem os n.ºs 5 e 6. 8 - Quando o Ministério Público verifique que o acordo não respeita o disposto no artigo 6.º, devolve o processo ao mediador, para que este, no prazo de 30 dias, juntamente com o ofendido e o arguido, sane a ilegalidade”.

<sup>203</sup> Em sentido crítico quanto à homologação da desistência de queixa pelo Ministério Público está CARDONA FERREIRA, *O Direito* 5, Lisboa-2007, cit, p. 1025, ao afirmar que “para completude do edifício da mediação e concorrendo para se gerar harmonia e confiança no novo sistema, tudo justificaria que se fizesse intervir um Juiz no processo de validação do acordo mediado”.

<sup>204</sup> TERESA L. DE ALBUQUERQUE E SOUSA ROBALO, *Justiça Restaurativa: Um Caminho para a Humanização do Direito*, cit., p. 91.

<sup>205</sup> CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, cit., p. 46, refere que o mediador deve ser alguém exterior ao aparelho de justiça penal e sujeito a uma formação específica. Sustenta que os requisitos exigidos dos

Por último, temos ainda que referir os resultados da implantação do regime de Mediação Penal em Portugal. Da análise feita no período compreendido entre Janeiro de 2008 e Dezembro de 2011, conforme informações do Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios (GRAL) verificou-se o encaminhamento de 636 processos para a mediação, sendo que a mediação foi efetivamente realizada e concluída em 488 casos, com duração média dos processos de 110 dias. Importante destacar, ademais, a predominância dos casos remetidos à mediação que envolviam o crime de ofensa à integridade física simples, o que se verificou em 332 dos processos encaminhados.

Diante do exposto, é possível concluir que, de um lado, se é certo que as estatísticas revelam que o encaminhamento dos casos para a mediação, em Portugal, representa um número pouco significativo, de outro lado, também é certa a satisfação dos usuários dos serviços de mediação. Isso se verificou na avaliação de funcionamento dos serviços de mediação, realizada no período compreendido entre 23 de Janeiro de 2008 e 30 de Junho de 2011, pelo Sistema de Mediação Penal (SMP). Na ocasião, verificou-se que 88,89% dos cidadãos que responderam à pesquisa de opinião, num universo total de 126 inquiridos, recomendariam a utilização do SMP<sup>206</sup>. Assim, relativamente à mediação penal em Portugal, entende-se que o grau de satisfação dos usuários do serviço impõe sejam realizados novos investimentos pelo Estado, a fim de promover e divulgar a mediação penal junto aos cidadãos.

### **3.2 O papel das Organizações Internacionais no desenvolvimento da Mediação Penal**

Diversas experiências, que foram realizadas no interior de pequenas comunidades, nos últimos anos, despertaram o interesse internacional para essas novas realidades no âmbito da resolução de conflitos penais. Nas

---

mediador devem ter em conta uma figura que, basicamente, “constitua o elemento de ligação entre as partes envolvidas e entre estas e o Estado (pois que, na medida em que nos situamos no âmbito do direito penal, as necessidades de reinserção, de segurança e de pacificação social estarão sempre presentes)”.

<sup>206</sup> Para informações mais detalhadas sobre as avaliações e os resultados da implementação do Sistema de Mediação Penal em Portugal *vide* ARTUR JORGE COSTA DOS SANTOS, *A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade*, cit., p. 80 e ss., e [www.dgpj.mj.pt](http://www.dgpj.mj.pt).

modernas iniciativas de autocomposição de litígios penais, é dada prioridade àqueles que são mais afetados pelo crime, como a vítima, infrator e comunidade, permitindo-se o diálogo entre vítima e infrator, a fim de que seja encontrada a melhor forma de responsabilizar e reintegrar na comunidade o infrator e reparar os danos causados à vítima, com o fim de alcançar a paz social<sup>207</sup>. Diante dessas novas realidades, identificou-se “uma fresta na rigidez do sistema, um melhor *que ser* retributivo, com a percepção e a admissão de procederes em outras dimensões para responder ao desencontro gerador de violência”<sup>208</sup>.

No plano europeu e comunitário, as autoridades legais foram instadas a implementar respostas mais construtivas e menos repressivas ao crime, sendo que a mediação penal foi consagrada como a medida que é capaz de satisfazer os interesses de reparação material e imaterial da vítima e alcançar a reintegração e reabilitação do agente para o convívio em sociedade.

Com efeito, no mundo globalizado em que vivemos<sup>209</sup>, permeado por relações de cooperação entre os Estados, importa destacar os principais instrumentos normativos nacionais e internacionais, que tratam do tema Justiça Restaurativa e Mediação Penal, e o importante papel que as Organizações Internacionais, principalmente a Organização das Nações Unidas, a União Europeia e o Conselho da Europa, desempenharam para o desenvolvimento da mediação penal nos países europeus.

No âmbito da *Organização das Nações Unidas* (ONU), destacam-se da leitura da Resolução 2002/12, de 24 de Julho de 2002, aprovada por ocasião da 11ª Reunião da Comissão da ONU sobre Prevenção do Crime e Justiça

---

<sup>207</sup> Sobre os objetivos político-criminais da mediação, GERMANO MARQUES DA SILVA, “A Mediação Penal: em busca de um novo paradigma”, in: *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*, Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 98, refere que há certa polémica, mas que a doutrina costuma indicar três: “assegurar a reparação dos danos causados às vítimas, pôr termo à perturbação da ordem pública, contribuir para a ressocialização do agente da infração. Cumulativamente ou não, também não há acordo, mas em regra basta a persecução de um destes objetivos”.

<sup>208</sup> AFONSO ARMANDO KONZEN, *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentidos no itinerário da Alteridade*, cit., p. 138.

<sup>209</sup> “Em tempos em que se fala de uma “comunidade internacional” com função normativa, o Direito penal supranacional pode converter-se no motor do Direito penal do futuro, e nesse sentido, as Recomendações e Diretivas provenientes dos organismos supranacionais podem produzir uma harmonização de critérios penais até agora desconhecida” (tradução nossa) (PABLO GALAIN GALERMO, *La Reparación del Dãno a la Víctima del Delito*, cit., p. 128).

Criminal, os Princípios Básicos para o Desenvolvimento e a Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. No citado documento, há o reconhecimento de que houve aumento significativo das práticas de Justiça Restaurativa e que as iniciativas de tais práticas, geralmente, inspiram-se em formas tradicionais e indígenas de justiça, as quais enxergam, fundamentalmente, o crime como danoso às pessoas. Importa ressaltar a importância do documento elaborado pelas Nações Unidas, o qual trouxe verdadeira clarificação de conceitos relacionados à Justiça Restaurativa<sup>210</sup>, necessária para minimizar as imprecisões terminológicas existentes, permitindo intercâmbios entre os Estados Membros da ONU.

O desenvolvimento de projetos de Justiça Restaurativa e Mediação Penal na Europa ocorreu, sobremaneira, por iniciativa do *Conselho da Europa* que, após a aprovação da Recomendação R(85)11, sobre a posição das vítimas no quadro do Direito Penal e do Processo Penal, e da Recomendação R(87)21, relativa à assistência às vítimas e à prevenção da vitimação, em 15 de Setembro de 1999, aprovou a Recomendação n.º R (99)19 sobre Mediação Penal. A Recomendação sobre a mediação “vítima-agressor” influenciou o conteúdo dos Princípios Básicos elaborados pela ONU e as respostas normativas elaboradas pelos Estados Membros, estabelecendo conceitos e formulando princípios gerais e fundamentos jurídicos<sup>211</sup>. A mediação penal é

---

<sup>210</sup> Dentre os conceitos mais importantes, destacam-se aqueles referentes à terminologia, previstos na seção I, nos seguintes termos: “1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objective atingir resultados restaurativos. 2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles). 3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor. 4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo. 5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo”.

<sup>211</sup> Sobre a Recomendação R (99) 19 do Conselho de Ministros e como parece evidente que o texto acolhe no interior do sistema penal as perspectivas consideradas pelos abolicionistas alternativas à justiça penal, uma vez que tal documento teria posto em evidência a necessidade de permitir, no âmbito penal, uma participação ativa do réu, da vítima e da coletividade; o interesse da vítima em receber escusas públicas e um ressarcimento; a oportunidade de reforçar o sentido de responsabilidade do réu, oferecendo a ele a oportunidade concreta de ressocialização, vide ALESSANDRO BERNARDI, “La evolución de la política criminal italiana entre opciones represivas y soluciones minimalistas”, *Cahiers de défense*

definida na Recomendação R (99) 19 como “todo o processo permitindo à vítima e ao delinquente participar ativamente, se derem o seu consentimento livre, na solução das dificuldades resultantes do delito, com a ajuda de um terceiro independente (mediador)”<sup>212</sup>.

Estabelece, ainda, que a decisão de enviar um assunto penal aos serviços de mediação deve pertencer, exclusivamente, às autoridades judiciárias, sendo que deve ser concedido prazo razoável para conclusão do processo de mediação. Igualmente prevê que a mediação entre vítima e agressor deve ser conduzida de forma confidencial, com o auxílio de um mediador, recrutado em todas as categorias sociais e respeitador da dignidade das partes envolvidas.

Ainda, não só no âmbito da Organização das Nações Unidas e do Conselho da Europa, mas também no âmbito da União Europeia, o tema da proteção das vítimas de criminalidade e seu acesso à justiça, bem como a tutela de seus interesses no âmbito do processo penal, suscitou preocupação. Assim, em 15 de Março de 2001, foi emitida a *Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia*, que assegurou prazo até 22 de Março de 2006, para que os Estados Membros colocassem em vigor as disposições legislativas necessárias para dar cumprimento ao disposto no Artigo 10, que trata da Mediação Penal no âmbito do Processo Penal. Estabelece a Decisão-Quadro que “mediação em processos penais é a tentativa de encontrar, antes ou durante o processo penal, uma solução negociada entre a vítima e o autor da infração, mediada por uma pessoa competente”<sup>213</sup>, sendo que compete aos Estados Membros envidar esforços para promover a mediação nos processos penais relativos às infrações que consideram adequadas a este tipo de medida, bem como assegurar que possam ser tidos em conta os acordos provenientes da mediação realizada entre vítima e autor da infração<sup>214</sup>.

---

*sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste* 30, 2003, p. 89.

<sup>212</sup> Cf. Anexo – item 1, da Recomendação n.º R999)19, de 15 de Setembro de 1999.

<sup>213</sup> Artigo 1.º, alínea “e”, da Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001.

<sup>214</sup> Cf. Art. 10 da Decisão-Quadro antes citada.

### 3.3 Os Princípios da Mediação Penal

A mediação, uma das manifestações da justiça restaurativa que representa o envolvimento da vítima e do ofensor na resolução do conflito, também denominada no contexto internacional por mediação entre vítima e ofensor (*victim-offender mediation*), oferece ao sistema tradicional de Justiça criminal uma série de vantagens que recomendam sua utilização. Quanto a esse aspecto, Carlota Pizarro Almeida argumenta que a mediação penal oferece, em primeiro lugar, uma justiça individualizada, realizada pelo diálogo entre os indivíduos diretamente envolvidos no conflito. Em segundo lugar, apresenta-se como uma alternativa aos métodos repressivos, que não lograram evitar que a criminalidade atingisse proporções insuportáveis nos grandes centros urbanos. E, por último, proporciona uma pacificação social, conseguida através da reparação consensual para todas as partes envolvidas<sup>215</sup>.

Preocupado em distinguir mediação e conciliação, diante das diversas formas dialogadas existentes para resolver os conflitos, Ramón Saéz Valcarcél aponta características essenciais da conciliação e da mediação, referindo que na conciliação “o conciliador goza de poder, próprio ou delegado, de uma autoridade ou das partes”, desenvolvendo-se o debate em um “espaço vertical”, enquanto que na mediação “o mediador não tem mais poder do que aquele que as partes reconhecem, é independente” e o debate desenvolve-se em um “espaço horizontal”<sup>216</sup>. Ademais, o autor conceitua mediação reparadora como um “processo de comunicação ética” porque atende ao objetivo em que os protagonistas do diálogo “possam reconhecer-se um no outro, colocar-se no lugar do outro, diminuir a distância social e cultural”, sendo que o reconhecimento mútuo, proporcionado pelo diálogo, “descansa sobre uma ética da deliberação e da comunicação”<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> CARLOTA PIZARRO ALMEIDA, *Despublicização do Direito Criminal*, cit., p.55.

<sup>216</sup> RÁMON SAÉZ VALCARCÉL, *La mediación reparadora em el Proceso Penal: reflexión a partir de una experiencia*, cit., p. 30.

<sup>217</sup> RÁMON SAÉZ VALCARCÉL, *La mediación reparadora em el Proceso Penal: reflexión a partir de una experiencia*, cit., p. 31. Cf. MARK UMBREIT, citado por ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO, “O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine (Org.) *et al. Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005, pp. 141-142, mediação é “o processo que proporciona às

Com efeito, de modo a podermos alcançar uma visão mais completa sobre a temática da mediação penal, resulta importante conhecer os princípios fundamentais que orientam esta nova experiência no âmbito da resolução do conflito penal<sup>218</sup>. Não obstante a mediação seja um processo marcado pela informalidade, deve obedecer a um conjunto de princípios que garantam, não só a eficácia do processo, mas também a necessária proteção dos direitos fundamentais dos intervenientes. Assim, entre os princípios caracterizadores do processo de mediação destacam-se os princípios da voluntariedade, da confidencialidade, da imparcialidade e da informalidade, aos quais nos dedicaremos a seguir.

### 3.3.1 Voluntariedade

Em primeiro lugar, destaca-se um dos princípios mais importantes que orientam a mediação penal, que é o princípio da voluntariedade. Tal princípio impõe a realização de entrevistas individuais com a vítima e autor da infração, a fim de que seja colhida sua manifestação de vontade, livre e esclarecida, em participar dos encontros de mediação. A voluntariedade, referente a essa forma consensual de justiça, se concretiza não só no momento em que se coleta a manifestação de vontade dos interessados em participar na mediação, mas também no momento da celebração do acordo restaurativo. Ressalte-se que, não obstante a flexibilidade e informalidade do processo restaurativo, a

---

vítimas de crimes contra a propriedade (*property crimes*) e crimes de lesão corporal leve (*minor assaults*) a oportunidade de encontrar os autores do fato (ofensores) em um ambiente seguro e estruturado com o escopo de estabelecer direta responsabilidade dos ofensores enquanto se proporciona relevante assistência e compensação à vítima. Assistidos por um mediador treinado, a vítima é capacitada a demonstrar ao ofensor como o crime a afetou, recebendo uma resposta às suas questões e estará diretamente envolvida em desenvolver um plano de restituição para que o ofensor seja responsabilizado pelo dano causado”. Comentando essa definição, ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO refere que “a definição apresentada por Umbreit restringe a aplicação da mediação vítima-ofensor tão somente a alguns crimes de menor potencial ofensivo e a crimes contra a propriedade. Todavia, nota-se a tendência mundial retratada na Resolução n.º 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Organizações das Nações Unidas no sentido de se estabelecer estudos em políticas públicas referentes à aplicação dos princípios da Justiça Restaurativa em crimes de médio e acentuado potencial ofensivo” (p. 142).

<sup>218</sup> Para CARLOTA PIZARRO ALMEIDA, *Despublicização do Direito Criminal*, cit., p. 60, “o instituto da mediação levanta uma multiplicidade de questões, a que os países que o admitem tem tentado dar soluções, nem sempre no mesmo sentido e nem sempre bem sucedidas. Mas tal dificuldade é compreensível, tratando-se de uma abordagem nova do problema criminal, que tenta oferecer alternativas ao sistemas tradicionais, cuja eficácia levanta cada vez mais dúvidas. A mediação recoloca o delinquente e a vítima no centro da ação, como atores principais que empenhadamente procuram uma solução partilhada. Por certo não funcionará plenamente, e em certos casos será até completamente ineficaz. Mas, em direito penal, nada funciona plenamente, e valerá a pena tentar aperfeiçoar sistemas alternativos”.

liberdade na mediação não é total, uma vez que “todos os programas de mediação partem de uma espécie de constituição, um protocolo; em outras palavras, o processo, que todas as partes devem comprometer-se a respeitar antes de engajarem-se no diálogo. O acordo não podendo acontecer no início, o trabalho começa quase sempre por um consentimento prévio sobre a maneira pela qual ele será conduzido”<sup>219</sup>.

Na verdade, a voluntariedade também se traduz em consensualidade, ou seja, liberdade do autor do fato e da vítima em escolher participar da mediação, e liberdade durante o processo de negociação, diálogo e celebração do acordo restaurativo. Para isso, impõe o esclarecimento prévio da vítima e do autor da infração quanto ao processo de mediação, princípios orientadores, direitos e consequências advindas da celebração do acordo.

Por sua vez, Alisson Morris destaca que a consensualidade é uma premissa da justiça restaurativa, sendo que os elementos mais importantes na mediação são as partes envolvidas – vítimas, infratores e comunidade de apoio -, as quais devem concordar com a conclusão apropriada, restando o papel de coadjuvante para o Estado, que segue “participando do processo decisório por meio de seus representantes – por exemplo, a polícia ou o judiciário -, dependendo do lugar em que se encontra o processo da justiça restaurativa no âmbito do sistema judicial criminal. A diferença, no entanto, é que estes representantes não são os *principais* tomadores de decisões”<sup>220</sup>.

Todavia, para Lode Walgrave, um dos partidários da visão maximalista da justiça restaurativa, a voluntariedade não é considerada um valor em si, “ela

---

<sup>219</sup> ANTOINE GARAPON, *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*, cit., p. 228. Acerca do tema, ANTONIO DEL MORAL GARCIA, “Perspectivas de la mediación em el ámbito penal: reflexiones de um fiscal”, *Familia: Revista de Ciencias y Orientación Familiar* 38, 2008, p. 86, acrescenta que a voluntariedade para o autor da infração deve ser real, material e não formal. Ou seja, se o autor da infração recusar-se ao processo de mediação, tal fato não deve acarretar nenhuma consequência negativa, nem penal, nem extrapenal. A posição penal ou processual penal do delinquente, segundo esclarece o autor, não pode ser agravada diante da recusa em participar da mediação. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol consignou o entendimento de que a negativa do autor da infração penal em confessar os fatos ou em aceitar injunções trata-se do exercício de direito fundamental e, por isso, não pode trazer qualquer consequência negativa no âmbito do processo ou no momento da fixação da pena (*Sentencias 75/2007 e 76/2007*, ambas de 16 de abril, disponíveis em [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)). Acesso em 25 de Fevereiro de 2013.

<sup>220</sup> ALISSON MORRIS, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., p. 455.

representa um meio que aumenta a qualidade de uma possível reparação”<sup>221</sup>. Isso porque, de acordo com algumas experiências pontuais, lançadas em países como Bélgica, Alemanha, Áustria, Holanda, Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, os mecanismos restaurativos são obrigatórios, atuam como parte integrante do processo criminal e as sanções restaurativas podem ser impostas coercitivamente<sup>222</sup>.

Nessa temática, concluímos com Francisco Amado Ferreira, para quem a imposição do processo restaurativo poderá convertê-lo num “ato inútil e traduzível num puro desperdício de tempo e de recursos”<sup>223</sup>, já que corre-se o risco de que as partes envolvidas sejam manipuladas por ocasião da celebração dos acordos, o que leva a um maior descumprimento dos acordos e aumenta a sensação de insatisfação dos cidadãos com o sistema de justiça penal<sup>224</sup>.

### 3.3.2 Confidencialidade

Outro princípio que não pode deixar de ser referido aqui é o da confidencialidade. Com o intuito de criar confiança e possibilitar um diálogo mais livre entre os interessados<sup>225</sup>, autor do fato, vítima e mediador devem comprometer-se com o sigilo dos assuntos privados discutidos durante o processo de mediação. Diante disso, recomenda-se que o mediador, ao início da sessão de mediação, esclareça autor do fato e vítima acerca da oportunidade que terão de se manifestar e que os debates ocorridos, na mediação e sessões preliminares, serão considerados confidenciais e não

<sup>221</sup> LODE WALGRAVE, “Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime”, in SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 434.

<sup>222</sup> Para mais desenvolvimentos acerca de tais experiências com a visão maximalista da justiça restaurativa, vide FRANCISCO AMADO FERREIRA, *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*, cit., p. 30 e ss.

<sup>223</sup> FRANCISCO AMADO FERREIRA, *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*, cit., p. 31.

<sup>224</sup> Ademais, ao analisar espécie de mecanismo de diversão no direito belga, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já afirmou a voluntariedade na participação do arguido, entendendo que o fundamental é que a decisão de abdicar ao processo ocorra sob condições adequadas, ou seja, em circunstâncias que o acusado não seja coagido, forçado ou induzido a aceitar a proposta de discutir uma solução consensual – cf. o AC. Deweer c. Bélgica, Proc. n.º 6903/75, de 27-2-1980, acessível em <http://www.echr.coe.int>. Nesse sentido, LEONARDO SICA, “Justiça Restaurativa”, cit., p. 168.

<sup>225</sup> Cf. ELENA LARRAURI PIJOAN, *RDP* 54 (Fev-Mar/2009), cit., p. 175, a confidencialidade é importante para as práticas restaurativas porquanto possibilita a existência de um diálogo mais livre.

constarão na ata de mediação. Ademais, o conteúdo dos debates não poderá ser utilizado como prova em processos cíveis ou criminais, respeitando-se, assim, os princípios constitucionais do devido processo legal e do direito à ampla defesa em juízo. A respeito do sigilo que deve ser respeitado por parte dos mediadores, podemos citar, a título meramente exemplificativo, a legislação da Província de Buenos Aires, na Argentina, em que a Lei da Mediação Penal n.º 13.433, de janeiro de 2006, prevê o sigilo profissional devido pelos mediadores, referindo, no artigo 24.º, que “*los funcionarios entrevistadores actuarán bajo secreto profesional, por lo cual no podrán revelar ningún hecho a cuyo conocimiento hubieran accedido durante o em ocasión de su participación em este proceso, ni podrán ser citados a juicio por ninguna de las partes*”<sup>226</sup>.

Todavia, algumas exceções ao princípio da confidencialidade devem ser tomadas em consideração na mediação. Isso se verifica quando, durante o processo de mediação, restar evidenciada a prática de um ilícito penal ou quando estiver em causa manifestações que digam respeito a delitos cometidos contra crianças ou situações em que exista risco para elas<sup>227</sup>. Ulf Christian Eiras Nordenstahl apresenta hipótese de exceção ao princípio da confidencialidade, ao mencionar um caso real que teria ocorrido durante a mediação penal levada a cabo na Argentina: “o mediador estava anotando os dados do documento da autora da infração e pôde constatar que efetivamente a fotografia do documento oficial não correspondia a essa pessoa, e estava grosseiramente colada no documento. Logo após consultar com o assessor jurídico da Oficina de Mediação, ficou decidido que o mediador lavraria a ata e entregaria ao representante do Ministério Público, o qual iniciou um procedimento de investigação contra essa pessoa por uso de documento adulterado”<sup>228</sup>. No caso apresentado, a ponderação dos interesses em conflito

---

<sup>226</sup> Da mesma forma, dispõe o art. 10.º, n.º 3, da legislação portuguesa sobre mediação penal (Lei n.º 21/2007): “*O mediador penal tem o dever de guardar segredo profissional em relação ao teor das sessões de mediação*”.

<sup>227</sup> Nesse sentido, também J. O. CARDONA FERREIRA, “A mediação como caminho da justiça: a mediação penal, *O Direito* 5, Lisboa-2007, p. 1017, adverte que a confidencialidade, enquanto atributo, não é absoluto, porquanto devem ser ressalvados interesses de ordem pública, como para assegurar a proteção de crianças ou evitar a prática de qualquer ação delituosa.

<sup>228</sup> Nesse sentido, o caso prático citado por ULF CHRISTIAN EIRAS NORDENSTAHL, *Mediación Penal: de La Práctica a La Teoría*, cit., p. 63-65. Acerca do princípio da confidencialidade, dispõe a Recomendação n.º R(99) 19 do Conselho da Europa, no anexo, item 30 que “apesar do princípio da

impõe que o princípio da confidencialidade deve ceder diante do interesse público na investigação do crime.

### 3.3.3 Imparcialidade

Merece destaque, também, o princípio da imparcialidade, que diz respeito ao facilitador do processo autocompositivo penal. O mediador (ou facilitador) deve agir com imparcialidade e ter o cuidado de não favorecer nenhuma das partes envolvidas e não tomar partido no curso das discussões<sup>229</sup>. Ademais, não deve conhecer previamente o caso, as partes envolvidas e as circunstâncias ou o contexto do conflito, evitando que tais fatos comprometam sua imparcialidade.

Alisson Morris esclarece que a função de conduzir os trabalhos de autocomposição denomina-se, em alguns ordenamentos jurídicos, *facilitador*, como, por exemplo, na Nova Zelândia, e em outros, como nos Estados Unidos, denomina-se *mediador*. Para o autor, da conceituação desenvolvida na Resolução n.º 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, conclui-se que *facilitador* é “todo aquele que facilite de forma justa e imparcial a participação das partes em um processo restaurativo”, gênero do qual o *mediador* seria espécie. Tal fato é assim porque a mediação “vítima-infrator” consiste, tão somente, em um dos diversos mecanismos de Justiça Restaurativa<sup>230</sup>.

No que, em particular, diz respeito à importância dos mediadores para o sucesso da mediação penal, Antoine Garapon sublinha que os novos espaços descentralizados da justiça oferecem um *terceiro personagem*, que reúne,

---

confidencialidade, o mediador deve transmitir às autoridades apropriadas ou às pessoas a quem diga respeito toda a informação relativa à iminência de uma infração grave, de que venha a ter conhecimento no decurso da mediação”.

<sup>229</sup> O mediador “não está a serviço dos fins do processo, por isso se encontra desvinculado do compromisso de buscar a verdade segundo o método do contraditório - o que não deve entender-se como que seja indiferente à verdade- e dos demais requisitos da persecução penal. Ele também opera em um espaço de autonomia e responsabilidade, valores que há de promover” (cf. RAMÓN SÁEZ VALCÁRCEL, *La mediación reparadora em el Proceso Penal: reflexión a partir de una experiencia*, cit., p. 32).

<sup>230</sup> ALISSON MORRIS, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., p. 461, esclarecimento contido em nota.

dentro de certos limites, a ação das diferentes partes e as estimula a encontrar soluções, definindo objetivos e limites<sup>231</sup>.

### 3.3.4 Informalidade

Por último, no campo dos princípios fundamentais que orientam a mediação, destaca-se o princípio da informalidade, o qual impõe seja o ambiente apropriado ao diálogo informal e democrático, com flexibilidade cultural, mediante a utilização de linguagem acessível a todos os participantes. Entretanto, ressalte-se que a regulação jurídica das diversas experiências de justiça restaurativa é necessária, porque, apesar da flexibilidade ser vista como um valor que pode permitir uma melhor resolução de cada caso individual, os partidários das práticas restaurativas também são conscientes de que “a etiqueta de *justiça restaurativa* pode amparar práticas incompetentes ou pouco éticas, por isso, crê-se conveniente a assistência do Estado para regular princípios jurídicos que protejam os direitos e garantias das pessoas”<sup>232</sup>.

Diante disso, a informalidade identifica-se nos diversificados programas existentes de mediação penal, onde cada um tem sua própria história, suas regras, seu perfil adequado às particularidades locais. Ressalte-se que, quanto ao desenvolvimento das sessões, em alguns casos, a mediação ocorre dentro dos tribunais e, em outros casos, há independência dos programas restaurativos em relação às instâncias formais de justiça. Entendemos que o ambiente criado no tribunal não é o mais adequado para a realização dos

---

<sup>231</sup> ANTOINE GARAPON, *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*, cit., p. 230. Ademais, importa destacar que a interdisciplinaridade deve se fazer presente por meio de uma equipe de mediadores interdisciplinar, composta de advogados, psicólogos, assistentes sociais, etc., possibilitando que a complexidade do problema penal seja abordada mediante diferentes pontos de vista. Nesse sentido, LARRAURI PIJOAN, *RD* 54 (Fev-Mar/2009), cit., p. 181, destaca que os mediadores devem ser provenientes de todos os grupos sociais, inclusive com diversidade quanto à idade, minoria étnica e gênero, ter amadurecimento e serem preparados mediante aprendizado específico.

<sup>232</sup> LARRAURI PIJOAN, *RD* 54 (Fev-Mar/2009), cit., p. 179, citando VAN NESS. Ademais, destaca ALISSON MORRIS, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., p. 441, que a justiça restaurativa oferece um processo mais informal e privado, sobre o qual autor do fato e vítima exercem o controle. Todavia, alerta que “isso não significa, no entanto, que não existam regras a serem seguidas ou que não há direitos que devem ser protegidos. Ao contrário, significa que dentro de um quadro particular, há potencial para uma maior flexibilidade, incluindo a flexibilidade cultural”. Também JORGE DE FUGUEIREDO DIAS, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, 2009, cit., p. 814, refere que a busca por soluções de consenso com reflexos no processo penal deve “obedecer a regras jurídicas” e respeitar os princípios do processo penal, face ao império do “*rule of law*”.

processos comunicativos inerentes à mediação. Nesse sentido, Lode Walgrave explica que o juiz, ao término da sessão, irá decidir o tipo e o grau do tratamento a ser aplicado ao infrator, razão pela qual o confronto prevalecerá sobre a comunicação. Sublinha que “a mensagem moralizante não encontra ressonância nos ouvidos do infrator que, por sua vez, tenta se livrar com a punição mais branda possível”<sup>233</sup>.

Também Antoine Garapon explica que a mediação fora dos tribunais traz vantagens para esse novo modelo de justiça, restando ultrapassados os modelos de *justiça ritual* e de *justiça burocrática*. O autor aduz que a *casa de justiça* simboliza a justiça mais democrática, ao alcance de todos, e, não obstante esteja fisicamente distante dos tribunais, “essas novas instâncias estão em constante ligação com a justiça: o juiz se faz presente, porém através de sua “sombra” projetada, ou calculada. Trata-se de uma presença simbólica: fala-se nela, a ela faz-se referência, antecipam-se reações”<sup>234</sup>.

Apesar de a mediação ser um processo informal, é possível identificar diferentes fases em que se desenvolve esta prática de justiça restaurativa, sempre com respeito aos direitos e garantias fundamentais dos participantes. O objetivo principal será atender à necessidade de comunicação entre vítima e ofensor, promovendo o encontro e possibilitando a construção de soluções individualizadas ao conflito experimentado.

Com o intuito de colher a manifestação da vítima e do ofensor quanto à sua vontade livre de participar do processo de mediação, bem como prestar esclarecimentos quanto os princípios que orientam o processo de mediação, direitos e garantias dos participantes, inicia-se a denominada fase de *pré-mediação*. Assim, faz-se a convocação do ofensor para participar de uma sessão individual preliminar de mediação, e, posteriormente, desde que colhida

---

<sup>233</sup> LODE WALGRAVE, in SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*, 2006, cit., p. 437.

<sup>234</sup> Cf. ANTOINE GARAPON, *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*, cit., p. 228, “dois grandes modelos de justiça, formados por uma representação do direito, por uma concepção do sujeito de direito e, evidentemente, por uma prática judiciária, sucederam-se, historicamente. Passou-se de um modelo de *justiça ritual*, que correspondeu historicamente ao Estado liberal e que podemos assim chamar porque o essencial do papel da justiça acontecia na sala de audiência, a um modelo de *justiça burocrática*, no qual a justiça preocupava-se mais com os altos e baixos da audiência. Atualmente esse segundo modelo apresenta, incontestavelmente, suas limitações devido ao esgotamento do Estado provedor, ao qual era relacionado”.

sua concordância em participar do processo, faz-se a convocação da vítima para, em sessão separada, realizar entrevista individual com o mediador. Trata-se de encontros preparatórios, onde o mediador conversa separadamente com o ofensor e com a vítima. Em síntese, na sessão individual preliminar, o mediador abre os trabalhos com apresentações pessoais para, posteriormente expor o processo de mediação, seus princípios e suas diretrizes, ouve ativamente a perspectiva da vítima/ofensor e responde a eventuais questionamentos, identifica sentimentos para que estes possam ser adequadamente endereçados na mediação e estimula a parte a elaborar um roteiro do que será debatido na sessão conjunta ao elencar questões controvertidas e interesses<sup>235</sup>.

Ressalte-se que é fundamental o respeito à ordem de convocação dos participantes ao processo de mediação, a fim de que o ofensor seja contato em primeiro lugar e, somente depois de colhida sua concordância relativamente à mediação, seja convocada a vítima. Isso se explica porque a vítima pode estar sujeito à vitimização secundária, caso concorde em participar da mediação e, posteriormente, receba a notícia sobre a recusa do ofensor. É possível que a vítima crie expectativas em relação à resolução do conflito e, depois, com a recusa do ofensor em participar da mediação, esteja novamente exposta à sentimentos de raiva e frustração.

Se o mediador verificar que a vítima e o ofensor estão em condições de passar à fase das sessões de mediação conjuntas, ocorrerá a chamada mediação direta. Assim, a mediação terá início com a fase de *abertura*. Nas sessões de abertura do processo de mediação, recomenda-se sejam feitos os seguintes esclarecimentos pelo mediador à vítima e ao autor do fato: que o mediador não estará atuando como juiz – não competindo a este qualquer julgamento; que o processo de mediação é informal, contudo está sujeito a regras com o intuito de respeitar os direitos fundamentais dos participantes e de permitir que cada um tenha a oportunidade de se manifestar; que as partes envolvidas terão a oportunidade de apresentar perguntas umas as outras, bem

---

<sup>235</sup> ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO. “O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine (Org.) *et al. Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005, p. 146.

como, aos acompanhantes, que também poderão se manifestar, desde que não tirem o enfoque do contato direto entre vítima e ofensor; que as partes envolvidas, em seguida, terão a oportunidade de debater formas de resolver a situação e reparar os danos; que o acordo somente será redigido se vítima e autor do fato estiverem satisfeitas com tal resolução e sem que haja qualquer forma de coerção para isso por parte do mediador; que todos os debates ocorridos na mediação e nas sessões preliminares serão confidenciais e não poderão ser utilizados como prova em eventuais processos cíveis e criminais; que, caso haja advogado presente na mediação, estes serão importantes para a condução desse processo, na medida em que auxiliam o desenvolvimento da mediação e, por consequência, o alcance dos interesses de seu cliente ao apresentarem soluções aos impasses que eventualmente surjam em mediações; que, havendo necessidade, o mediador poderá optar por prosseguir com a mediação indireta, realizando sessões individuais (ou privadas) – nas quais vítima e autor do fato se encontram separadamente com o mediador; e, finalmente, que o papel da vítima e do autor do fato na mediação consiste em ouvir atentamente uns aos outros, escutar sem interrupções, utilizar linguagem não agressiva e efetivamente trabalhar em conjunto para encontrar a resolução do conflito<sup>236</sup>.

Em seguida, tem lugar a fase da *investigação*, momento em que o mediador realizará perguntas à vítima e ao autor da infração, com o intuito de colher informações e expectativas. Assim, com o progresso das conversas, a ênfase se dará na troca de informações entre os participantes, onde serão focados os seguintes pontos: discussão dos fatos, o decurso do processo e o contexto; o significado pessoal dos fatos e suas consequências para vítima e autor da infração; as condições pessoais, sociais e familiares dos envolvidos; o prejuízo material e imaterial causado à vítima; a percepção de cada um dos participantes em relação ao outro; as pretensões e possibilidades de reparação ou compensação e, ainda, as reações que esperam do sistema judicial<sup>237</sup>.

---

<sup>236</sup> Assim, COOLEY, UMBREIT E LIEBMAN *citado por* ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO, in: SLAKMON, Catherine (Org.) *et al. Justiça Restaurativa*, cit., Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005, pp. 146-147.

<sup>237</sup> Cf. IVO AERTSEN; TONY PETERS, “Mediação para a Reparação: a Perspectiva da Vítima”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, p. 14.

Por fim, durante a fase da *avaliação e criação de opções*, o mediador verifica a razoabilidade das opções criadas pelos participantes para a resolução do conflito, a fim de que seja terminada a mediação com o *acordo*. O documento escrito e assinado pelas partes intervenientes no processo de mediação é redigido pelo mediador e revisto em conjunto pelas partes. Tal documento, sob o ponto de vista jurídico, consubstancia-se em um contrato. Após a assinatura, submete-se o acordo à verificação de sua legalidade pelo membro do Ministério Público ou pelo Juiz<sup>238</sup>.

---

<sup>238</sup> A autoridade competente para realizar tal verificação dependerá da previsão contida na legislação que orienta o regime de mediação penal.

## CAPÍTULO IV - A MEDIAÇÃO PENAL E A SALVAGUARDA DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

### 4.1 A Mediação Penal e a Salvaguarda dos Princípios e Garantias Fundamentais

Analisando-se a doutrina que trata das práticas de justiça restaurativa, identifica-se grande preocupação quanto à possibilidade de enfraquecimento dos princípios e garantias de direito penal e processo penal, diante da informalização do procedimento e do significativo aumento do poder de disposição da vítima e do autor do fato quanto ao objeto do procedimento penal<sup>239</sup>. Diante disso, clara é a necessidade de estudarmos a temática da

---

<sup>239</sup> Assim, PABLO GALAIN PALERMO, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 91, Julho/2011, vol. 91, cit., p. 170. O autor refere que “O procedimento penal é entendido tradicionalmente como uma ferramenta auxiliar e necessária do direito penal, como um meio de esclarecimento da verdade que serve para demonstrar a culpabilidade ou a inocência de um indivíduo em relação a um delito. Nos últimos tempos, as sucessivas reformas processuais tem modificado substancialmente a função do processo penal, primeiro, recriando suas etapas e, em seguida, desviando algumas delas a instâncias informais. E isso de tal forma que poderia afirmar como finalidade atual perseguida pelo legislador justamente a não existência de processo penal (mesmo que isso não impeça algum outro modo de imputação ou uma renúncia a exercer um controle social)” (p. 164). No mesmo sentido desta preocupação, HASSEMER, *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra; seguido de A Segurança Pública no Estado de Direito*, cit., pp. 68-69, sublinha que o *acordo* ou a *conciliação* são reações do processo penal à sua saturação, a qual deve ser creditada à hipertrofia do direito penal material. Na visão crítica do penalista alemão, “os acordos desformalizam o processo penal, abreviam-no, tornado-o mais barato e aumentam a capacidade da justiça penal de processar maior número de casos. Os acordos têm uma série de princípios constitucionais e processuais fundamentais como inimigos evidentes: publicidade das audiências (porque a conciliação requer discricção e sigilo); juiz legal (porque a tendência para introduzir a participação de juízes leigos também nas audiências de julgamento está pouco desenvolvida); princípio da legalidade (porque, compreensivelmente, não será o conteúdo do direito penal material aplicável ao caso que guiará a decisão final, e sim a avaliação oportunista das perspectivas de desfecho do processo e da disposição dos *partners* para o acordo); princípio do inquisitório (porque o *grande achado* do acordo consiste exatamente em evitar investigações de outro modo inevitáveis); *nemo tenetur se ipsum accusare* (porque só faz sentido participar numa conciliação se se tem algo para oferecer); igualdade de tratamento (porque se deve proceder de tal modo que o acusado pouco disposto ou pouco capaz de cooperar seja, por esta mesma razão, tratado com mais rigor)”. Em sentido oposto, LEONARDO SICA, *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal* 47, vol. 8, Dez de 2007/Jan de 2008, cit., p. 164, manifestando-se que a construção aberta e mais flexível da mediação penal não significa que a atividade de mediação ocorra ao arpejo da lei e das garantias formais. Ressalta o autor, apoiado em CERETTI, que a “a mediação penal não compreende aplicar diretamente a lei violada, tarefa que permanece e deve permanecer nas mãos da justiça formal e propõe uma imagem de elaboração (mais do que resolução) dos conflitos que não se situa na lei, nem fora da lei, mas sob a insígnia da lei: a finalidade da mediação seria aquela de utilizar a lei como “ponto de referência” para favorecer a aproximação entre perspectivas diversas, operação que contribuiria, ao final, para reforçar a dimensão metafórica da mesma lei. Nisso, não há qualquer risco de revogação da ordem normativa vigente, pelo contrário, esta reforça-se legitimamente quando estabilizam-se as expectativas geradas pelo preceito penal”.

mediação penal e a salvaguarda dos princípios de direito penal e processo penal<sup>240</sup>.

#### 4.2 Princípio da Presunção de Inocência

De início, importa analisarmos o princípio da *presunção de inocência*, o qual é considerado um princípio cardinal da justiça criminal, próprio do Estado de Direito, tanto que previsto no plano internacional na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem; neste último, a base legal é o art. 6(2), o qual dispõe que “todo réu num processo penal é presumido inocente até que tenha sua culpa legalmente estabelecida”. Em Portugal, encontra-se consagrado no artigo 32º, n. 2, da Constituição da República Portuguesa e, no Brasil, encontra-se no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal<sup>241</sup>.

Rui Patrício refere que o princípio da presunção de inocência possui incidência primordial no âmbito probatório, articulado com o princípio do *in dubio pro reo*, ao isentar o acusado de provar sua inocência, mas também identifica outra importante incidência sobre o processo penal, ao impor que o arguido “seja titular de um estatuto e receba um tratamento e uma consideração próprios de alguém que é considerado inocente e que, portanto, está no uso do seu *jus libertatis* - pelo menos, até onde o exercício do *jus puniendi* do Estado o não restringir, por via dos mecanismos processuais considerados indispensáveis ao exercício desse *jus puniendi* (v.g., as medidas de coacção, a acusação, a pronúncia, a submissão a julgamento)”<sup>242</sup>. É nesse

---

<sup>240</sup> Nesse tópico, seguimos de perto a exposição de TERESA L. ALBUQUERQUE E SOUSA ROBALO, *Justiça Restaurativa: Um Caminho para a Humanização do Direito*, cit., p. 116 e ss.

<sup>241</sup> Para mais desenvolvimentos de direito comparado sobre o princípio da presunção de inocência vide MIREILLE DELMAS-MARTY, *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 623 e ss.

<sup>242</sup> RUI PATRÍCIO, “O direito fundamental à presunção de inocência: revisitado a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde”, Lisboa: 2005. Disponível em <http://www.mlgs.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/211.pdf>. Sobre as concretizações decorrentes do princípio da presunção de inocência, GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, 2007, p. 518, destaca as mais importantes: “(a) proibição de inversão do ônus da prova em detrimento do arguido; (b) preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo; (c) exclusão da fixação da culpa nos despachos de arquivamento; (d) não incidência de custas sobre o arguido não condenado; (e) proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares; (f) proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal; (g) natureza excepcional e de última instância das medidas de coacção, sobretudo as limitativas ou proibitivas da

sentido que Germano Marques da Silva assevera que “nenhum juiz há de condenar quando tiver dúvidas sobre a culpabilidade do acusado e, nem é tão grave assim, que mais um culpado não seja condenado quando a experiência mostra que são muitos mais os culpados pela prática de crimes vários que não chegam sequer a ser processados — e se apresentam perante a sociedade como os mais honestos e com quem convivemos no dia-a-dia sem qualquer rebuço — do que aqueles que são processados e condenados”<sup>243</sup>.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão n.º 179/2012, publicado no Diário da República em 19 de abril de 2012, sublinhou que a “constelação axiológica que ilumina o estatuto jurídico-processual do arguido em processo penal, com base na qual aquele surge como um autêntico sujeito processual, afasta assim deste horizonte as consequências típicas dos problemas de repartição do ônus da prova decorrentes da afirmação de um princípio da autorresponsabilidade probatória das «partes» construído de acordo com os cânones do processo civil, exigindo que uma decisão condenatória em matéria penal assente na demonstração positiva da culpa do arguido e seja obtida sem sacrifício do tríptico garantístico constituído pela presunção de inocência, pelo *in dubio pro reo* e pelo *nemo tenetur se ipsum accusare* e dos demais direitos que gravitam em torno do arguido”<sup>244</sup>.

No Brasil, também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal explicitou o conteúdo e alcance do princípio da presunção de inocência em diversos julgados, ao afirmar que: “o *postulado constitucional da Presunção de Inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível. A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5.º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.*

---

liberdade; (h) princípio *in dubio pro reo*, implicando a absolvição em caso de dúvida do julgador sobre a culpabilidade do acusado”.

<sup>243</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, “O Processo Penal Português e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, *Revista CEJ*, v.3, nº 7, Jan./Abr. de 1999.

<sup>244</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, *Diário da República*, I Série, nº 78, de 9.4.2012.

*Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecurável, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º., LVII) – presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário”<sup>245</sup>.*

Em outra decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se a importância do princípio da presunção de inocência: “(...) nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitado em julgado a condenação de cada qual”<sup>246</sup>.

Ora, com tudo que foi dito e diante da importância do princípio da presunção de inocência, surge o seguinte questionamento: “como permanecerá este princípio intocado com uma forma de diversão que assenta precisamente no reconhecimento dos fatos por parte do agente?”<sup>247</sup>. Na realidade, impõe-se seja dada a devida importância à manifestação de vontade do ofensor em

---

<sup>245</sup> Acórdão do Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.º 96.095-2/SP, relatado pelo Min. Celso de Mello. Julgado em 03 de Fevereiro de 2009. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 25 de Janeiro de 2013.

<sup>246</sup> Acórdão do Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.º 94.408-6/MG, relatado pelo Min. Eros Grau. Julgado em 10 de Fevereiro de 2009. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 25 de Janeiro de 2013. Além deste, destacam-se os seguintes acórdãos: HC-82.797-7/PR (DJ 02.05.2003), rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC-81.964/SP (DJ 28.02.2003), rel. Min. Gilmar Mendes; HC-81.468/SP (DJ 01.08.2003), rel. Min. Carlos Velloso; AG. REG. NO AGRADO DE INSTRUMENTO 604.041-7/RS (DJ 31.08.2007), rel. Min. Ricardo Lewandowski.

<sup>247</sup> Nesse sentido, o questionamento de TERESA L. ALBUQUERQUE E SOUSA ROBALO, *Justiça Restaurativa: Um Caminho para a Humanização do Direito*, cit., p. 117.

participar voluntariamente do processo de mediação. A assunção de responsabilidade pelo ofensor em relação à prática do delito, por sua livre iniciativa, não coincide com a assunção de responsabilidade jurídico-penal<sup>248</sup>. A opinião dominante, contida inclusive na Recomendação do Conselho da Europa, e com a qual compartilhamos, é no sentido de que a aceitação de responsabilidade pelo acusado<sup>249</sup>, quanto aos principais fatos, no âmbito do processo de mediação, não importará confissão de culpa, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência. Tanto é assim que se preserva o sigilo do teor das sessões de mediação, ao impedir que as conversas tidas no decurso da mediação, entre vítima e autor do fato, possam ser valoradas como prova em processo penal<sup>250</sup>.

Ademais, a exigência de que o infrator reconheça sua participação na prática do delito, pode ser também observada sobre um prisma garantista, na medida em que deste modo se evita que as conversas tidas nas sessões de mediação, tendentes a favorecer uma conciliação, se convertam em um meio

---

<sup>248</sup> Cf. IVO AERTSEN; TONY PETERS, “Mediação para a Reparação: a Perspectiva da Vítima”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, pp. 12-13, a negação dos fatos por parte do agressor traz, conforme a experiência realizada no Projeto-Piloto “Mediação para Reparação”, no distrito de Lovaina, na Bélgica, três consequências negativas para a prática da mediação, quais sejam: “primeiro, a vítima fica amarrada a sentir-se ignorada e ferida e todas as tentativas de mediação causam mais dor que alívio; segundo, qualquer conversa de mediação com uma parte que nega fica inevitavelmente sem substância e faltar-lhe-á um assunto com significado; terceiro, o magistrado encarregado do caso pode sentir-se tentado a tirar vantagem da mediação para obter informação e diligências judiciais tendentes a descobrir o que aconteceu exatamente”.

<sup>249</sup> “Cabe mencionar que na maior parte das legislações onde se reconhece a figura da mediação penal e, na prática comparada, existe o requisito prévio do reconhecimento dos fatos pelo autor ou, pelo menos, uma certeza probatória manifesta que indica sua responsabilidade neles” (LUIS GORDILLO SANTANA, “Los Principios Constitucionales y las Garantías Penales en el marco del Proceso de Mediación Penal”. *Revista Redur* 4, Dezembro de 2006, pp. 1-38. Disponível em [www.unirioja.es](http://www.unirioja.es). Acesso em 20 de março de 2013).

<sup>250</sup> Cf. FREDERICO MOYANO MARQUES; JOÃO LÁZARO, “A mediação vítima-infrator e os direitos e interesses das vítimas”. In: *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 35, a admissão de responsabilidade pelo infrator é uma das matérias mais polêmicas e enseja posições extremas. Referem que, de acordo com a posição majoritária, se houver o reenvio do caso para as autoridades judiciárias darem seguimento ao processo, a confissão de culpa no âmbito da mediação não poderá ser usada como prova em processo criminal. ANTONIO DEL MORAL GARCIA, *Familia: Revista de Ciencias y Orientación Familiar* 38, 2008, cit., p. 93, entende que, não obstante o processo de mediação não suponha atividade probatória, isso não significa que os atos externos desse processo (e não seu conteúdo) sejam totalmente neutros do ponto de vista probatório, restando, mesmo assim, preservado o princípio da presunção de inocência. O autor considera que o ato de aceitar em participar do processo de mediação não significa que se admita a culpa pelos fatos delituosos, mas tampouco se trata de uma conduta neutra sob a perspectiva da valoração global da prova. Na ideia de MORAL GARCIA, se o juiz valorar esses atos externos não estará violando o princípio da presunção de inocência, assim como não o faria se valorasse a recusa do arguido em se submeter ao exame de DNA, por exemplo.

de exercer pressões para obter uma confissão<sup>251</sup>. Do mesmo modo, se preservará a própria qualidade do procedimento de mediação, que não será instrumentalizado em função dos fins da investigação judicial<sup>252</sup>.

### 4.3 Princípio da Culpa

Em segundo lugar, importa destacar, já no que se refere ao princípio da *culpa*, que a essencialidade deste princípio consiste na seguinte definição “não há pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa”, ou seja, evidencia-se a consagração do princípio da culpa na “vertente unilateral de limite”, o que significa dizer que não há pena sem culpa, mas pode haver culpa sem que seja aplicada uma pena, o que dependerá, também, de exigências de prevenção, geral ou especial, positiva ou negativa<sup>253</sup>. Como salienta Figueiredo Dias, “a verdadeira função da culpa no sistema punitivo reside efetivamente numa incondicional *proibição de excesso*; a culpa não é *fundamento* da pena, mas constitui o seu *limite inultrapassável*”<sup>254</sup>.

Ademais, importa ressaltar que não obstante o princípio da culpa esteja explícito no texto constitucional, ele pode ser deduzido da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à liberdade<sup>255</sup>. Já no que respeita à mediação penal, importante que se diga, conforme previsto na no art. 6.º, n. 1, da Lei

<sup>251</sup> GUADALUPE PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*, Editorial Comares, Granada 1999, p. 177.

<sup>252</sup> Assim, GUADALUPE PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*, cit., p. 177.

<sup>253</sup> PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, cit., p. 24.

<sup>254</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 109. Também HANS-HEINRICH JESCHECK; THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General* (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., Granada: Comares, 2002, pp. 25-26, enfatiza a importância do princípio da culpa, asseverando que tal princípio serve, de um lado, para a necessária proteção do autor da infração contra todo o excesso na intervenção repressiva do Estado e, de outro lado, também garante que a pena seja limitada estritamente a uma censura pública daquelas ações que merecem um juízo de desvalor ético-social, com o que simultaneamente, enfatiza o compromisso do Direito Penal como um “mínimo ético”. MARIA FERNANDA PALMA, “As Alterações Reformadoras da Parte Geral do Código Penal na Revisão de 1995: Desmantelamento, Reforço e Paralisia da Sociedade Punitiva”, cit., pp. 27-28, saliente que à culpa é expressamente atribuída uma função *restritiva*, o que significa que “a culpa como censura da pessoa do agente (da sua vontade ou da sua orientação de conduta) não justifica a pena nem a sua medida judicial, mas apenas impede que as razões preventivas justifiquem uma pena não proporcionada (superior) à da culpa do agente”.

<sup>255</sup> Sobre a localização do princípio da culpa na Constituição Portuguesa, vide JOSÉ DE SOUSA E BRITO. “A Lei Penal na Constituição – artigos 29º, nºs 1, 2, 3 e 4; 167, alínea e”, *Estudos sobre a Constituição*, 2º volume, Lisboa: Petrony: 1978, pp. 197 e ss.

Portuguesa da Mediação Penal n.º 21/2007, que o conteúdo do acordo restaurativo celebrado será estabelecido livremente entre vítima e autor da infração penal, vedando-se a inclusão de sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a integridade do autor do fato delituoso<sup>256</sup>. Ademais, é o acordo do arguido quanto às injunções e regras de conduta que lhe são impostas que afasta a sua consideração como pena<sup>257</sup>. Diante disso, em não havendo a aplicação de qualquer pena quando da celebração do acordo restaurativo, entende-se que o princípio da culpa restará preservado.

#### 4.4 Princípio da Legalidade

Em terceiro lugar, no que diz respeito ao princípio da *legalidade*, importa saber se o acolhimento da mediação penal no sistema processual penal,

---

<sup>256</sup> WINFRIED HASSEMER *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra; seguido de A Segurança Pública no Estado de Direito*, cit., pp. 81-82, já referia a necessidade de *modernização*, do dever das ciências penais de refletir sobre alternativas ao direito penal. Nesse sentido, o autor assevera que “é certo que o direito penal tradicional continuará sempre a ter com o que se ocupar: com roubo, corrupção, violação. Aqui, não vejo ensejo para se falar em *modernização*. Neste campo nuclear do direito penal, é preciso continuar a proceder com seriedade, exatidão e prudência, caso contrário os direitos fundamentais dos protagonistas do conflito não serão devidamente salvaguardados”. Todavia, conclui o autor que o *direito moderno* “certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal: sem problemas de imputação, sem pressupostos da culpa, sem um processo metucioso – mas, então, também, sem a imposição de penas criminais”, que consideramos ser o caso dos acordos celebrados no âmbito da justiça restaurativa. De outro norte, admitindo a aplicação de *penas* nos acordos restaurativos, ALISSON MORRIS, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit, p. 442, refere que “qualquer resultado – incluindo o encarceramento –, pode ser, efetivamente, restaurativo, desde que assim tenha sido acordado e considerado apropriado pelas partes principais. Por exemplo, pode chegar à conclusão de que o encarceramento do infrator é o meio adequado, naquela particular situação, para proteger a sociedade, para representar a gravidade do crime ou mesmo para reparar a vítima”.

<sup>257</sup> Nesse sentido, MANUEL DA ANDRADE, “Consenso e Oportunidade – Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do processo e do Processo Sumaríssimo”. In: *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1991, pp. 348 e ss. Sublinha MANUEL DA COSTA ANDRADE que “não é correto falar de *pena* em relação a injunções e regras de conduta que o arguido pode aceitar ou não e a cujo cumprimento pode a todo o momento renunciar, nada excluindo, de resto, a possibilidade de ser ele a requerer a sua aplicação”. Explica que é a “*autonomia pessoal*, matriz do desempenho auto-referente (ou autopoietico) do indivíduo que fundamenta e legitima o consentimento na lesão – ou a renúncia à proteção – dos bens jurídicos ou dos direitos fundamentais, as liberdades incluídas” (p. 355). Em outra direção, considerando que, mesmo que exista a concordância do arguido quanto às injunções e regras de conduta impostas, está CARLOTA PIZARRO ALMEIDA, *Despublicização do Direito Criminal*, cit., p. 42, para quem a suspensão provisória do processo apresenta “duvidosa compatibilidade com os direitos e garantias da nossa ordem constitucional, nomeadamente se tivermos em conta a amplitude e cariz das injunções aí previstas”. A jurista prossegue afirmando que “mesmo exigindo a concordância do arguido, se entendermos que de verdadeiras sanções se trata, é difícil de aceitar (*nulla poena sine iudicio*) que sejam aplicadas sanções a alguém que não foi julgado e condenado e goza, ainda, portanto, presunção de inocência consagrada no artigo 32º/2 da CRP. Tal problema não pode ser torneado, como bem se compreende, nem pela introdução da figura do juiz de instrução, nem pela concordância do arguido”.

orientado pelo princípio da legalidade, implicará afastamento ou ofensa deste princípio<sup>258</sup>.

O princípio da legalidade, denominador dos sistemas de orientação romano-germânico, significa que o Ministério Público “deve proceder a inquérito e deduzir acusação sempre que se verifiquem os pressupostos jurídico-fáticos da incriminação e os requisitos de procedibilidade da ação penal” e, nesse contexto, pode dizer-se que o princípio da legalidade dirige-se ao Ministério Público sob um tríptico aspecto: obrigatoriedade de iniciativa ou promoção do processo penal, obrigatoriedade de persecução penal e obrigatoriedade de exercício da ação penal<sup>259</sup>.

No ordenamento jurídico português, o princípio da legalidade está consagrado no artigo 219.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e, em nível infraconstitucional, está consagrado nos artigos 262.º, n.º 2 e 283.º, do Código de Processo Penal<sup>260</sup>. Quanto à atuação do Ministério Público no processo penal, a quem compete o exercício da ação penal orientada por critérios de legalidade, Figueiredo Dias refere que “sua decisão de promover ou não um processo não pode em caso algum – logo, em nome do princípio democrático-constitucional da igualdade, que se julgava vincular à máxima da ação penal compulsória – ser comandado pela sua discricionariedade livre, ou pelas suas convicções, ou mesmo por (reais ou pretensos) comandos de sua consciência ética; mas pode e deve ser comandado pela sua discricionariedade *vinculada*, isto é, ainda pela sua *obediência à lei*, aos juízos de valor legais e, sobretudo, aos programas político-criminais democraticamente definidos e aos

---

<sup>258</sup> Isso porque “o princípio da legalidade imprime ao sistema jurídico onde vigora uma unidade e uma coerência formal que são fortemente rebeldes a qualquer forma de diversão” (Cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit., p. 39). No mesmo diapasão, WINFRIED HASSEMER, “La persecución penal: Legalidad y oportunidad” (Trad. de Cobos Gómez de Linares), *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 4, Setembro de 1988, pp. 9 e 10, assevera que “as razões em favor do Princípio da Legalidade são fortes, residem, pois, no âmbito da *justiça* na aplicação do Direito” e, por isso, “uma opção político-criminal deveria, portanto, ter em conta que a justiça é a meta, mas a finalidade é a condição restritiva para alcançar a meta. Expressado sucintamente seria: tanta Legalidade quanto possível; tanta Oportunidade (política e econômica na atualidade) quanto necessária” (tradução nossa).

<sup>259</sup> Cf. CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *Princípio da Oportunidade - Manifestações em Sede Processual Penal e sua Conformação Jurídico-Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, pp. 49-50. Sobre a história do princípio da legalidade no direito penal ver JOSÉ DE SOUSA E BRITO, *Estudos sobre a Constituição*, cit., pp. 202 e ss.

<sup>260</sup> No Brasil, o princípio da legalidade está consagrado na Constituição Federal de 1988, no artigo 129 e, em nível infraconstitucional, no Código de Processo Penal, no artigo 24.

quais o Ministério Público deve obediência estrita e pelos quais tem de prestar contas”<sup>261</sup>. Prossegue o jurista português afirmando que, na atualidade, legalidade e oportunidade não são mais princípios que mutuamente se excluem, não se constituem em alternativas, e a oportunidade passou a “representar uma só forma – tanto quanto possível legislativamente definida ou vazada em critérios legais – de realização de uma legalidade mais ampla, mais democrática e substancialmente mais igual. Uma legalidade que, deste modo, abarca a própria oportunidade discricionariamente vinculada”<sup>262</sup>.

Na mesma linha, João Conde Correia ressalta que a proporcionalidade e a subsidiariedade atualizam o conceito do princípio da legalidade, tornando-o mais flexível, além de que, em certos casos, “a renúncia à punição oficial ainda pode incluir-se no programa de defesa dos bens jurídicos tutelados e da ressocialização dos delinquentes”<sup>263</sup>. Já Mario Ferreira Monte aduz que da ponderação feita, quando do alargamento do princípio da legalidade, em direção a espaços de oportunidade, resultarão ganhos em termos de eficiência do sistema, mas que tais serão “consequências” e não “fundamentos” para legitimar tal opção<sup>264</sup>. Isso porque o Ministério Público, agindo com *discricionariedade vinculada*, sempre deve levar em conta a obediência à lei, os juízos de valores legais e às necessidades de prevenção da criminalidade,

---

<sup>261</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS. “Autonomia do Ministério Público e seu Dever de Prestar Contas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 17, 2007, p. 205.

<sup>262</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 17, 2007, cit., p. 205. Segundo CARLOTA PIZARRO ALMEIDA, *Despublicização do Direito Criminal*, cit., p. 24, a consagração do princípio da legalidade na Constituição da República Portuguesa não impõe a “obrigação” de promover a ação penal em todos os casos, trata-se, na verdade, “de uma delimitação de competências que, no entanto, permite ao Ministério Público exercê-las com maior ou menor discricionariedade, conforme determinação legal”. Da mesma forma, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. 1, 4ª ed. rev. e atualizada, Lisboa: Editorial Verbo, 2000, p. 75, acrescenta que tampouco o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei impõe necessariamente um sistema de legalidade processual estrita, porquanto “o que se busca é a proibição do arbítrio como postulado da justiça material”. No Brasil, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, ao comentar o artigo 42 do Código de Processo Penal, refere que “expressamente o legislador consagrou o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, seja ela incondicionada, seja condicionada. Uma vez ofertada a denúncia, com a sua efetiva entrega ao escrivão, o Promotor de Justiça não mais poderá dela desistir. Ao que parece, a Lei dos Juizados Especiais mitigou esse princípio, em se tratando de infrações de menor e médio potencial ofensivo, porquanto cometeu ao Ministério Público poderes para propor a suspensão condicional do processo, desde que satisfeitas as exigências legais. (*Código de Processo Penal Comentado*, vol. 1, 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 94)

<sup>263</sup> JOÃO CONDE CORREIA, “O Papel do Ministério Público na Mediação Penal”, *Revista do Ministério Público* 112, Out/Dez de 2007, p. 64.

<sup>264</sup> MÁRIO FERREIRA MONTE, “Do Princípio da Legalidade no Processo Penal e da Possibilidade de Intensificação dos Espaços de Oportunidade”, *Revista do Ministério Público* 101, Jan-Mar/2005, p. 75.

quando tomar a decisão de, por exemplo, *desviar* o processo para a mediação penal.

Claro que, desse modo, a conclusão será de que a mediação não se trata de simples afloramento do princípio da oportunidade, mas de verdadeira manifestação do princípio<sup>265</sup>, uma vez que o Ministério Público remeterá o caso para a mediação penal, quando cabível, conforme os requisitos legais e, realizado o acordo, ocorrerá uma ponderação de valores, onde o princípio da legalidade pode ceder frente ao princípio da oportunidade, concluindo-se pelo não prosseguimento do processo e homologação do acordo celebrado entre vítima e autor da infração.

Ademais, já se verificam no Código de Processo Penal Português, desde as alterações introduzidas em 1987, mecanismos legais reconhecidos como manifestações do princípio da oportunidade. Nestes casos, em que há “limitações ao princípio da legalidade no sentido da oportunidade”<sup>266</sup>, destacam-se os mecanismo do arquivamento em caso de dispensa de pena e da suspensão provisória do processo, em relação aos quais não se considerou que houve ofensa ao princípio da legalidade<sup>267</sup>. Isso porque a “atitude de legalidade persiste porém intocada ali, onde a lei permite ao Ministério Público omitir a acusação em casos e sob pressupostos legalmente determinados e em funções da realização das finalidades pré-estabelecidas, em homenagem às quais o poder discricionário é justamente conferido”<sup>268</sup>.

---

<sup>265</sup> Nesse sentido, TERESA L. ALBUQUERQUE E SOUSA ROBALO, *Justiça Restaurativa: Um Caminho para a Humanização do Direito*, cit., p. 125. Sobre a definição do princípio da oportunidade, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *Princípio da Oportunidade - Manifestações em Sede Processual Penal e sua Conformação Jurídico-Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, pp. 34-35, refere que não se encontra na doutrina e em sede legal tal definição e que o princípio da oportunidade tem seu tratamento “feito por referência ao princípio da legalidade, ou seja, releva na esfera do princípio da legalidade. (...) Embora objeto de discussão a sua admissibilidade, o princípio da oportunidade tem vindo a ganhar mais aceitação nas legislações da Europa Ocidental, quer seja entendido como *exceção* ou *limite* ao princípio da legalidade (grande número de ordenamentos jurídicos e de autores), quer como uma *manifestação interna* ou parte integrante e complementar deste último princípio”.

<sup>266</sup> JOGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* (Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligidas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra), ed. Policopiada, 1988-89, p. 96.

<sup>267</sup> Nesse sentido, *vide* acórdão n.º 7/87, de 9 de Janeiro, do Tribunal Constitucional de Portugal. *Diário da República, I Série, n.º 33, de 9.2.87*.

<sup>268</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1989, p. 25-26.

Diante disso, e em conformidade com o que foi antes referido, entendemos que, em homenagem ao princípio da intervenção mínima do Estado e por razões de conveniência político-criminal, o acolhimento da mediação penal no sistema processual penal não implicará afastamento ou ofensa do princípio da legalidade. O que se pretende, então, respeitando o princípio da legalidade, é um sistema de justiça penal cada vez mais “argumentativo, capaz de propiciar um diálogo livre e em condições de igualdade, de forma a que cada uma das partes possa defender os seus interesses e dar o seu contributo para a decisão”, possibilitando que a justiça penal ganhe “maior capacidade de trabalho (celeridade, deflação processual) e legitimidade”<sup>269</sup>.

#### 4.5 Princípio da Oficialidade

Maiores dificuldades surgem quando se analisa possível lesão ao princípio da *oficialidade*, sempre que a mediação penal for utilizada para resolução de conflitos que envolvem a prática de crimes de natureza pública. A legislação portuguesa, cautelosa quanto à extensão da aplicabilidade da autocomposição penal, prevê que a mediação penal somente terá cabimento quando estivermos diante de casos que envolvam crimes particulares ou semi-públicos, os quais demandam reduzidas exigências de prevenção da criminalidade. Assim, ainda que o princípio da oficialidade determine que “o Estado não tem unicamente a pretensão penal material, mas também o direito e a obrigação de perseguir penalmente”<sup>270</sup>, a fim de evitar a impunidade diante

---

<sup>269</sup> JOÃO CONDE CORREIA, “O Papel do Ministério Público na Mediação Penal”, Revista do Ministério Público 112, Out/Dez de 2007, p. 64. Escreve CARLOTA PIZARRO ALMEIDA, *Despublicização do Direito Criminal*, cit., p. 25, que o princípio da oportunidade “tem potencialidades muito mais vastas que garantir a rapidez na administração da justiça”. Prossegue afirmando que “a rapidez já é, de si, uma virtude apreciável, sabendo-se hoje que a eficácia da justiça e sua capacidade de prevenção dependem muito mais da celeridade na sua aplicação do que propriamente da severidade das penas”.

<sup>270</sup> CLAUD ROXIN, *Derecho Processal Penal* (tradução da 25.ª edição alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor), Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 83. Sublinha PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 57, que “o princípio da oficialidade dispõe que a iniciativa de investigar uma notícia do crime e a decisão de submeter o fato criminoso a julgamento cabe a uma entidade oficial, o Ministério Público (...). Contudo, não há um dever de investigar toda a notícia do crime, como não há uma reserva absoluta da decisão de submeter um fato criminoso a julgamento em benefício do Ministério Público, verificando-se quatro

da prática de fatos delituosos, a iniciativa e a persecução penal que incumbem, de regra, ao Ministério Público, será feita por meio de queixa ou acusação particular, quando se tratar de crimes de natureza particular ou semipública, restando o princípio da oficialidade, ainda assim, preservado.

Com efeito, ainda que admitíssemos que a mediação penal tivesse cabimento para os crimes públicos, mesmo nesses casos, entende-se que o princípio da oficialidade restaria preservado. Isso porque ao Ministério Público incumbiria a remessa dos casos aos serviços de mediação, entretanto, não teria poderes para homologar o acordo, o qual seria levado ao conhecimento do juiz da causa para que se verificasse a possibilidade de suspensão provisória do processo ou, caso não fosse possível, para que tivesse em conta o conteúdo do acordo celebrado quando da prolação de sentença.

A doutrina se divide quanto ao cabimento da mediação penal para os crimes públicos, diante da importância dos bens jurídicos tutelados pela lei penal. Maria Leonor Assunção pensa que o modelo restaurativo deve ser aplicável independentemente da natureza do crime e do momento processual, incluindo o momento da execução da pena<sup>271</sup>. Do mesmo modo, Carlota Pizarro de Almeida entende que a mediação não deve ser limitada a certos crimes ou direcionada a certo tipo de delinquentes, entretanto, a autora ressalta que “de início, talvez fosse preferível direcioná-la para crimes de menor gravidade (à semelhança, aliás, do que se sucede na maior parte dos países onde se encontra em funcionamento): não obrigatoriamente apenas a crimes semi-públicos e particulares, mas, de preferência, a crimes com pena até um certo limite (três, cinco anos – conforme a “ousadia” do legislador)<sup>272</sup>.

---

desvios: os crimes semi-públicos, os crimes particulares, os crimes públicos em que é admissível a ação popular e as denúncias anônimas sem indícios”.

<sup>271</sup> MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, in *Que futuro para o Direito Processual Penal: Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, cit., p. 350.

<sup>272</sup> CARLOTA PIZARRO ALMEIDA, “A Mediação perante os Objectivos do Direito Penal”. In: *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 42. ANTONIO DEL MORAL GARCIA, *Familia: Revista de Ciencias y Orientación Familiar* 38, 2008, cit., p. 96, analisando a legislação espanhola sobre o tema, considera “um dislate” a proibição absoluta de utilizar procedimentos de mediação penal nos casos de violência contra a mulher (cf. previsto no art. 44.5 da Ley Orgánica 1/2004). Segundo o autor, não há justificação suficiente para essa proibição, porquanto o procedimento de mediação seria útil se conduzido por mediadores que tomassem em consideração a situação de desigualdade eventualmente existente. Acrescenta o autor que

De outra banda, crítico quanto à aplicabilidade da mediação penal aos crimes públicos, está André Lamas Leite, para quem a indisponibilidade dos bens jurídicos protegidos no caso de crimes públicos impõe a intervenção do processo penal tradicional, devendo ser a mediação penal limitada a um “núcleo de ilícitos de pequeno e médio potencial ofensivo, sob pena de se fazer cair a defesa do ordenamento jurídico a cotas tão baixas que transformem a norma penal em simples tinta impressa em papel”<sup>273</sup>.

Concluimos com Teresa L. Albuquerque e Sousa Robalo no sentido de que a *diversão* do processo para a mediação penal deve aplicar-se independentemente da natureza do crime e da fase em que se encontra o processo, sendo que “a opção legislativa mais adequada será aquela que apenas permita a resolução tendencialmente definitiva da questão penal para crimes de natureza não pública”<sup>274</sup>. Isso porque, havendo o acordo em delitos de natureza semipública ou particular, será considerada hipótese de desistência da queixa ou da acusação e, assim, dar-se-á por terminado o conflito, quando cumpridas as injunções previstas no acordo. No caso dos crimes graves, a mediação procura influenciar o processo de sentença pela “promoção e a introdução de pensamento e ações restaurativos”<sup>275</sup>, podendo o juiz da causa levar em conta, quando da determinação da medida da pena, o acordo celebrado entre vítima e autor da infração. Já no que concerne ao momento processual para remessa do caso à mediação, a Recomendação n.º R(99)19 do Conselho da Europa dispõe que a mediação em matéria penal “deve ser possível em todas as fases do processo penal”.

#### 4.6 Princípio da Publicidade

---

somente quando há vítimas e agressores “concretos” é possível realizar-se a mediação e, por isso, nos delitos “sem vítima” e naqueles praticados contra a Administração Pública, não tem cabimento a mediação penal, entretanto, todos os demais em que há vítima concreta e identificável são idôneos, à primeira vista, para a mediação penal.

Na colocação do problema, ANDRÉ LAMAS LEITE, *Revista do Ministério Público* n.º 117, Jan-Mar/2009, cit., p. 116, adverte para os riscos da mediação penal se traduzir em um mecanismo de negociação, onde os mais abastados podem oferecer altas quantias ao ofendido, a fim de por termo ao processo, o que implicaria violação do princípio da igualdade.

<sup>274</sup> TERESA L. ALBUQUERQUE E SOUSA ROBALO, *Justiça Restaurativa: Um Caminho para a Humanização do Direito*, cit., p. 140.

<sup>275</sup> Cf. IVO AERTSEN; TONY PETERS, *Mediação para a Reparação: a Perspectiva da Vítima*, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, p. 10.

No que diz respeito ao princípio da *publicidade*, importa destacar que a publicidade é a regra no processo penal. Esta ideia fundamental está prevista no artigo 206.º da Constituição da República Portuguesa e nos artigos 5º, inciso LX e 93º, inciso IX, da Constituição Federal do Brasil. Não obstante o inquérito permanecer, na maior parte dos casos, em segredo de justiça para não atrapalhar o deslinde das investigações, o processo judicial é público, podendo ser decretado o segredo de justiça em casos especiais<sup>276</sup>.

O princípio da publicidade configura-se espécie de garantia fundamental do cidadão contra eventuais excessos que poderiam ser praticados pelo Ministério Público ou pelo Juiz, o qual possibilita o controle dos abusos por parte dos interessados e da sociedade em geral. Embora o princípio da publicidade não tenha aplicação absoluta, o significado essencial deste princípio reside em “consolidar a confiança pública na administração da justiça, em fomentar a responsabilidade dos órgãos da administração da justiça e em evitar que circunstâncias exteriores à causa influam no tribunal e, com isso, na sentença”<sup>277</sup>.

Ainda, importa sublinhar que a “crise do princípio da publicidade” no processo penal já era discutida na doutrina, independentemente da limitação ao princípio exercida pela mediação, diante das pressões exercidas pelos *media* e a necessidade de se preservar direitos fundamentais de

---

<sup>276</sup> O art. 206.º da CRP autoriza a derrogação da publicidade “para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública” ou para garantir o “normal funcionamento” da audiência. Semelhantes possibilidades existem no ordenamento judiciário alemão, para garantia da tutela de direitos da pessoa (§ 171, *b*, GVG), em particular dos menores de dezesseis anos (§172, n.º 4, GVG); no CPP italiano, na “aquisição de provas que possam causar prejuízo à reserva de intimidade” (art. 472, 2) e, durante a inquirição de menores de 18 anos (art. 472, 4); no norte-americano, não obstante o princípio da publicidade tenha um estatuto reforçado diante da VI Emenda da Constituição, está legitimada a exclusão do público para salvaguarda de um interesse superior; no direito inglês, há possibilidade de afastamento do público durante a prestação de depoimento por uma testemunha vulnerável, conforme previsto no *Youth Justice and Criminal Evidence Act* de 1999 (§ 25) (cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 99, em nota).

<sup>277</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho Processal Penal* (tradução da 25.ª edição alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor), Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 407. Por sua vez, sobre a publicidade em processo penal, escreve FARIA COSTA, “Os novos horizontes sobre os meios de comunicação social e a justiça (ou a vertigem de *Hermes*)”, in: *Direito Penal da Comunicação*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 123, “é bom que todos os membros da comunidade saibam que foi aplicada a justiça, que não desconheçam o modo como ela se realizou e, sobretudo, que assumam que ela é coisa de todos”. Nesse diapasão “o princípio da publicidade pretende que o julgamento seja público, que decorram os seus trâmites sob a possibilidade de serem presenciados pelo público em geral. Prestigiam-se assim as decisões a tomar, na medida em que obterão maior confiança e mais fácil aceitação na comunidade” (EDUARDO CORREIA, *Processo Criminal*. Coimbra: 1956, p. 190).

personalidade, como a honra<sup>278</sup>. Diante disso, no caso particular da mediação penal, o segredo de justiça, que na fase pré-processual garante sejam as investigações levadas a bom termo e preservados interesses públicos ou privados, como a honra, a intimidade e a vida privada dos intervenientes, é respeitado, quando houver previsão semelhante àquela contida na lei portuguesa, que disciplina o regime da mediação penal (art. 3º, 1, da Lei 21/2007), porquanto há remessa aos serviços de mediação de apenas “descrição sumária do objeto do processo”<sup>279</sup>. Ademais, também o segredo de justiça é preservado se existir o dever de confidencialidade do mediador e sua vinculação ao segredo profissional<sup>280</sup>.

A confidencialidade do teor das sessões de mediação e o dever de guardar segredo profissional, por parte dos mediadores, resultam em um processo “subtraído aos holofotes da publicidade”<sup>281</sup>, mas que, ainda assim, não é capaz de macular o princípio da publicidade. Isso porque a remessa do caso aos serviços de mediação pode ocorrer na fase do inquérito, ou seja, na fase tendencialmente sigilosa, diversa da publicidade que se exige durante o processo penal. Ademais, mesmo que a mediação penal ocorra na fase posterior ao Inquérito, acaso exitosa, será o caso de celebração de acordo restaurativo pelos intervenientes, sendo que as injunções lá previstas serão estabelecidas mediante consentimento livre e esclarecido das partes, com exclusão das sanções privativas de liberdade ou outras que ofendam a dignidade do ofensor, e tudo sob a fiscalização do Ministério Público e do Juiz.

#### 4.7 Princípio da Ampla Defesa

---

<sup>278</sup> Sobre a “reprivatização” do processo e a crise do princípio da publicidade no processo penal, diante das pressões exercidas pela imprensa e a necessidade de proteção dos direitos de personalidade, em especial o direito à honra, *vide* ALBIN ESER, “Un cambio en las máximas del proceso penal: hacia una “reprivatización” del proceso penal?” (tradução de María Luisa Villamarín López), in *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 23 e ss.

<sup>279</sup> Embora conste de forma equivocada, no título do artigo 3º da referida lei, a expressão “remessa do processo para mediação”.

<sup>280</sup> Há previsão expressa nesse sentido na legislação portuguesa (art. 10.º).

<sup>281</sup> A expressão entre aspas pertence a PETER HÜNERFELD, *citado por* ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Celeridade e Eficácia: uma opção político-criminal”, *cit.*, p. 49.

Assume importância, ainda, verificarmos se haverá alguma restrição ao direito ao recurso, garantia de defesa<sup>282</sup> e inerente ao direito de *ampla defesa* do acusado<sup>283</sup>, no âmbito da mediação penal. A adequada tutela desta garantia de defesa impõe que o acordo celebrado entre a vítima e o autor da infração não implique qualquer restrição ao direito fundamental de liberdade deste último. Ademais, caso ocorra o descumprimento do acordo, o caso deverá ser remetido ao Tribunal, onde poderá ser exercido pelo autor da infração o direito ao recurso.

Ademais, o direito a defensor<sup>284</sup>, corolário dos direitos fundamentais, foi reconhecido no ponto III, n.º 8, do Anexo à Recomendação n. R (99) 19 do Conselho da Europa. Nesse sentido, “o processo de mediação deve dispor de garantias fundamentais, em particular, as partes devem ter direito a apoio judiciário e, se necessário, a um serviço de tradução/interpretação. Os menores devem ter direito à assistência dos pais”. Assim, o apoio judiciário poderá ser efetivado por meio de advogado, o qual dará as informações e os esclarecimentos necessários para o autor da infração e para a vítima, a fim de que estes possam manifestar de forma livre seu consentimento, tanto para participar das sessões de mediação, quanto para celebrar acordos restaurativos. Todavia, tal como foi previsto na legislação portuguesa que trata da mediação penal (art. 8.º da Lei n.º 21/2007<sup>285</sup>), não há obrigatoriedade na presença de advogado nas sessões de mediação, porquanto estamos diante de mecanismo de autocomposição de litígio<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> O direito ao recurso está assegurado na Constituição da República Portuguesa no art. 32.º, n.º 1; na legislação brasileira está assegurado na Constituição Federal no art. 5.º, inciso LX.

<sup>283</sup> Ressalte-se que não obstante o Princípio da Ampla Defesa contemple vários corolários, iremos ressaltar aqueles que consideramos mais relevantes no âmbito do presente estudo, quais sejam, o Direito ao Recurso e o Direito a Defensor.

<sup>284</sup> O direito a defensor deve ser garantido em toda a sua extensão e desdobra-se em quatro facetas: direito à escolha de defensor, direito à nomeação oficiosa de defensor, direito à assistência de defensor e direito à comunicação com o defensor. Assim, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS. *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português*, vol. II. Lisboa: Universidade Lusíada, 1997, p. 259.

<sup>285</sup> Dispõe o artigo 8.º que “nas sessões de mediação, o arguido e o ofendido devem comparecer pessoalmente, podendo fazer-se acompanhar de advogado ou de advogado estagiário”.

<sup>286</sup> Ainda que o direito à assistência por advogado, durante o processo de mediação, tenha de que ser reconhecido e garantido, as conclusões de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Para uma revolução democrática da justiça*, São Paulo: Cortez, 2007, p. 51, sobre o estudo feito no Brasil, denominado, “Juizados Especiais Cíveis: estudo do Ministério da Justiça”, 2006, realizado em relação à justiça cível, convidam à reflexão. Refere o sociólogo português que “se é verdade que os juizados especiais têm um papel fundamental na construção de uma justiça de proximidade, também deve ser dito que o seu desempenho deve ser melhorado. Por exemplo, estudos recentes revelam que há poucos acordos nos

Ainda assim, como explica a jurista portuguesa Carlota Pizarro de Almeida, mesmo que a mediação se constitua “alternativa ao processo penal convencional, não pode esquecer-se que estamos perante uma ofensa criminal e, portanto, quer o delinquente, quer a vítima, devem ter acesso ao apoio judiciário”<sup>287</sup>. Diante disso, o apoio judiciário deve ser assegurado sempre que solicitado por qualquer dos interessados e será útil para a resolução extrajudicial dos conflitos, pois também por essa via “se atingem as pretensões dos cidadãos representados, os fins processuais e, em última análise, os próprios fins do Direito”<sup>288</sup>.

#### 4.8 Princípio da Reserva Estadual da Jurisdição

Resta ainda saber se o princípio da Reserva Estadual da Administração da Justiça restará de qualquer modo afetado diante das peculiaridades da mediação penal, quando se verifica que a resposta penal, naquele caso concreto, será deliberada pela vítima e pelo autor da infração, mediante consenso e diálogo, com o auxílio dos serviços de um mediador. A “reapropriação do conflito”, pelas partes, se verifica na decisão de colocar fim ao processo, que “será uma solução *inter partes* e não *supra partes*”, ocorrendo “uma óbvia restrição ao poder de decidir que é atribuído no processo penal ao tribunal”<sup>289</sup>.

Também vinculado ao princípio da jurisdição, podemos conceituá-lo como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso, apresentado em

---

juizados especiais e que a presença de advogado, quando ocorre, torna as coisas ainda mais difíceis. Neste caso, deve-se ter em atenção para o potencial conflito entre dois padrões de socialização profissional distintos: a filosofia idealizada pela lei dos juizados especiais e a formação profissional adversarial das profissões jurídicas”.

<sup>287</sup> CARLOTA PIZARRO ALMEIDA, “A Mediação perante os Objectivos do Direito Penal”, cit., p. 46.

<sup>288</sup> PEDRO TENREIRO BISCAIA, “O sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor: o papel dos advogados”. In: *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 92.

<sup>289</sup> MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, in *Que futuro para o Direito Processual Penal: Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, cit., p. 355.

concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)<sup>290</sup>. Ademais, ressalte-se que “a ideia de jurisdição está conexas à ideia de juiz imparcial”<sup>291</sup>, a qual entendemos não será violada, porque as partes serão tratadas com igualdade e imparcialidade pelo mediador, pelo Ministério Público e pelo Juiz, que ao final do procedimento analisarão o acordo celebrado.

Deve sublinhar-se que o princípio da Reserva Estadual da Administração da Justiça não significa que técnicas de diversão sejam capazes de afastá-lo, porquanto a mediação penal, tal como prevista na legislação portuguesa, autoriza a devolução do conflito às partes apenas nos crimes particulares e semi-públicos, ou seja, naqueles em que o titular do direito de queixa pode deixar de deduzi-la<sup>292</sup>. Também, no caso de mediação levada a efeito nos crimes públicos, pode ser dito que nesses casos “não se trata aí de verdadeira administração da justiça penal, visto que o direito penal tem como característica fundamental e específica a suscetibilidade de ser aplicada uma sanção penal”<sup>293</sup> e isso somente se verificará quando for proferida sentença pelo juiz, já que na mediação penal estamos diante da celebração de um acordo entre os interessados. Ressalte-se, por fim, que na hipótese de

---

<sup>290</sup> ANTÔNIO CARLOS DE A. CINTRA; ADA PELLEGRINI GRINOVER; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 147.

<sup>291</sup> Nesse sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. 1. 4ª ed. rev. e atualizada. Lisboa: Editorial Verbo, 2000, p. 52.

<sup>292</sup> Sobre o papel do Juiz e do Ministério Público na mediação penal, AFONSO ARMANDO KONZEN. *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentidos no itinerário da Alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 89, aduz que nesse sistema “teria o Estado-Juiz, assim como o órgão do Ministério Público, uma dupla função, nenhuma delas relacionada a qualquer ingerência direta na condução e no desenvolvimento do encontro. O papel consistiria em estimular a opção pela restauratividade como forma de solucionar o conflito e impedir as soluções abusivas”. Criticando essa solução, PABLO GALAIN PALERMO, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 91, Julho/2011, vol. 91, cit., pp. 190-170, aduz que “a nova política criminal em Portugal indica que os fins do direito penal são agora uma questão a ser determinada pelo Ministério Público, dentro de um sistema penal sem juízes que se orienta pela resolução mais rápida e efetiva de determinados conflitos penais”, alegando que é incompreensível ter a lei outorgado ao Ministério Público “o poder de extinguir um conflito penal (que previamente foi “informalizado” e devolvido às partes) quando o juiz é o único funcionário da administração da justiça que tem o poder de proferir uma sentença (mesmo que se trate de uma disposição de homologar um acordo entre as partes que se enfrentam em razão de um delito) e quando é o juiz quem tem a obrigação de ponderar que qualquer consequência jurídico-penal deve cumprir com o princípio da proporcionalidade e os fins da pena”.

<sup>293</sup> Cf. TERESA L. ALBUQUERQUE E SOUSA ROBALO, *Justiça Restaurativa: Um Caminho para a Humanização do Direito*, cit., p. 133.

insucesso da autocomposição penal, a resposta penal será dada pelo juiz, garantindo-se que a lei penal seja aplicada com imparcialidade e igualdade<sup>294</sup>.

Em suma, na esteira de Antoine Garapon, importa ressaltar que talvez o Estado social tenha ido longe demais, destituindo os cidadãos de “poderes sobre seu próprio destino”. Garapon, lembrando a profecia de Tocqueville, ao aduzir que o Estado, agindo dessa maneira, acabaria por nos “extrair completamente o transtorno de pensar e o valor de viver”. Diante disso, o autor explica o sucesso das formas alternativas de solução de conflitos na atualidade, aduzindo que tal situação se verifica porque o cidadão “procura recuperar a soberania sobre si mesmo”, “manter o controle da solução do conflito”, evitando, assim, que o crescente “distanciamento entre os sujeitos e seus representantes, devido ao tamanho, à complexidade e à especialização das sociedades modernas, possa levar, efetivamente, a esterilizar a democracia”<sup>295</sup>.

Em síntese, entendemos que a mediação penal deve ser vista “sob o signo da pós-modernidade”, uma vez que as mudanças que ocorreram nos valores da sociedade implicam a necessidade de “autoafirmação das normas por meio do diálogo”<sup>296</sup>. Messmer e Otto explicam que as necessidades, “ao invés de serem impostas em forma de ordens, devem ser também negociadas, pois, na sociedade atual, o lado comunicativo tornou-se o foco do problema”. Diante dessas considerações, a conclusão é no sentido de que a mediação é muito mais do que uma maneira de agir para “manter a ordem ou restabelecer a paz sob a lei: sua expansão na prática judicial pode estabelecer novas

---

<sup>294</sup> “O direito do acusado em não se declarar culpado e a negação de acesso à justiça não são argumentos absolutos. O acusado não se obriga a declarar-se culpado, é ele quem voluntariamente o faz, assistido de advogado. Aspecto que coincide plenamente com o enfoque da mediação penal, que não obriga o acusado a declarar-se culpado ou a confessar sua culpabilidade, é ele quem, com plena capacidade decisional e valorando os prós e contras de uma ou outra opção, decide assumir entrar no processo de mediação” (tradução nossa). Assim, LUIS GORDILLO SANTANA, *Revista Redur* 4, Dezembro de 2006, p. 19-20.

<sup>295</sup> ANTOINE GARAPON, *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*, cit., p. 210.

<sup>296</sup> HEINZ MESSMER; HANS-UWE OTTO. *Restorative Justice: steps on the way toward a good Idea*. In: *Restorative Justice on Trail. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation. International Research Perspectives*. Holanda, Kluwer Academic, 1992, p. 12, citado por LEONARDO SICA, “Justiça Restaurativa”, cit., pp. 414-415.

atitudes na direção do comportamento criminal, tanto nos controlados, quanto nos controladores”<sup>297</sup>.

Ademais, podemos afirmar ainda, no que toca à mediação penal e os princípios do direito penal e do processo penal, que a resposta penal será alcançada por meio do diálogo entre os intervenientes e não implicará imposição de pena, apenas a celebração de um acordo com o consentimento do autor do fato e da vítima, respeitando-se, é claro, os direitos fundamentais destes<sup>298</sup>. Além disso, entende-se possível harmonizar a mediação penal às garantias e princípios existentes no ordenamento jurídico<sup>299</sup>, desde que a mediação seja convocada sob a fiscalização do Ministério Público, guardião da legalidade, quando existir indícios de autoria e materialidade da prática de crime, evitando, com isso, o risco de que alguém seja injustamente responsabilizado pela prática de um delito.

---

<sup>297</sup> HEINZ MESSMER; HANS-UWE OTTO, Restorative Justice: steps on the way toward a good Idea. In: *Restorative Justice on Trail. Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation. International Research Perspectives*. Holanda, Kluwer Academic, 1992, p. 12, citado por LEONARDO SICA, “Justiça Restaurativa”, cit., pp. 414-415. Para RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO. “Conciliar ou Punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea”. In: CARVALHO, Salo de; WÜNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Jures, 2002, p. 77, “ainda estamos muito distantes de uma situação de maior acesso à justiça às vítimas de violência, de investimento na conciliação como forma mais adequada para o enfrentamento da conflitualidade social, e de instâncias judiciais efetivamente capazes de dar conta, de maneira satisfatória, da prestação de serviços judiciais essenciais ao exercício da cidadania e à pacificação social. Todos os problemas elencados, no entanto, não podem servir para desestimular a busca por um novo paradigma para o enfrentamento de situações que não se enquadram na lógica da responsabilização individual e punição do sistema penal tradicional, e que ao mesmo tempo não podem prescindir de uma intervenção estatal, já que envolvem a lesão a direitos fundamentais”.

<sup>298</sup> LEONARDO SICA, “Justiça Restaurativa”, cit., p. 170, apoiado em HALEY, explica que as proteções do processo para a cuidadosa determinação da culpa são mais importantes se houver a possibilidade de privação de liberdade. Refere o autor que se for eliminada a possibilidade de privação da liberdade, “torna-se possível trabalhar em outro nível de garantias, seguindo o conceito de Baratta, que afirmou a necessidade de pensar em termos de “garantias positivas” e não somente em “garantias negativas” dirigidas a limitar a ação estatal”. BARATTA, no prefácio de MOCCIA, citado por SICA, diz que “a experiência dos últimos tempos demonstrou que o garantismo é frágil, tanto como teoria, como prática, se agir somente como um limite, e não também como um projeto: se limita-se a dizer que coisa não se deve fazer, quais são os meios e fins do exercício da função punitiva [...] e não oferece também indicações positivas para uma política de proteção dos direitos”.

<sup>299</sup> Afinal, não se pretende “obter melhoras sensíveis para a vítima à custa de posições jurídicas do acusado, cuja obtenção fora trabalhosa. Pelo contrário, o objetivo das presentes considerações é de que se volte a alcançar um equilíbrio adequado na relação entre a vítima em concreto e os interesses gerais representados pelo Estado, eliminando certos desequilíbrios em favor destes que existem à custa daquele” (tradução nossa). Assim, ALBIN ESER, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol 18, fasc. III, 1998, cit., pp. 38-39.

## CAPÍTULO V – A JUSTIÇA RESTAURATIVA, A MEDIAÇÃO PENAL E AS TEORIAS SOBRE OS FINS DAS PENAS

### 5.1 Teorias sobre os Fins das Penas

Realizada breve análise de como a Justiça Restaurativa e a Mediação Penal podem contribuir para que a justiça penal alcance resultados mais construtivos e menos repressivos, mais dialogados e menos padronizados, importa, agora, deslocar o prisma de análise, no sentido de discutir sobre a temática dos fins das penas. Isso porque, no fundo, quase todas as direções que são seguidas, no que diz respeito à estrutura e evolução do sistema de justiça criminal, se relacionam, mais ou menos diretamente, com o problema dos fins das penas<sup>300</sup>. Pretendemos saber se a justiça restaurativa, enquanto modelo de resposta ao crime<sup>301</sup> é compatível com os fins e exigências do direito penal, pautado por exigências de prevenção da criminalidade e pacificação social.

Na realidade, a evolução histórica das respostas dadas ao problema dos fins das penas nos indica a existência de duas principais teorias dos fins das penas<sup>302</sup>, quais sejam, as teorias *absolutistas ou da retribuição* e as teorias

---

<sup>300</sup> Nesse sentido, PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO. *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, texto facultado nas *Jornadas de Direito Penal e Processual Penal*, ação de formação do Conselho Superior da Magistratura, Albufeira, 1.º de Julho de 2011. Disponível em [www.tre.pt](http://www.tre.pt). Acesso em 05 de Fevereiro de 2013. Segundo FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 66, “a razão de seu interesse e da sua persistência ao longo dos tempos este em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal”.

<sup>301</sup> Segundo ANTOINE GARAPON, *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*, cit., pp. 216-217, “a resposta substitui a sanção tradicional: o direito cessa de ser o inventário de medidas muito rígidas para se identificar com a civilidade. Aliás, o termo “resposta social” vem suplantando progressivamente o de pena. Graças ao tratamento sistemático de todos os casos elucidados, levado adiante pelo Ministério da Justiça, o magistrado de uma jurisdição deve estar em condições de oferecer de imediato uma primeira resposta judiciária, que, por isso, merece maior credibilidade e passa a ser mais tangível, tanto para o delinquente, que de outra forma continuaria acreditando poder prosseguir em seu comportamento delituoso com total impunidade, como para os serviços de investigação e para a opinião pública em geral. A maleabilidade dessa medida permite a previsão de reparações bem diversificadas, indo das simples desculpas a uma indenização ou à prestação de um serviço, seja para a vítima diretamente, seja para a comunidade”.

<sup>302</sup> A propósito da divisão das diversas teorias sobre as penas, elaboradas por filósofos e juristas, em dois grandes grupos, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, Cap. 1, §6, esclarece que tal divisão é feita por apelo à clássica formulação de Sêneca. Assim, “de um lado, alinham-se as doutrinas que justificam a pena na base do *quia peccatum est* e tomam em consideração o mal ou o

*relativas ou utilitaristas*, estas últimas analisadas em duas correntes, da prevenção geral e da prevenção especial<sup>303</sup>. Há, todavia, algumas variantes que pretendem a combinação das ideias de retribuição e prevenção, as quais são denominadas teorias *mistas ou* unificadoras. Dentre as principais ideias sustentadas nas teorias, destacam-se as absolutistas, as quais “concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como *castigo, reação, reparação*, ou, ainda, *retribuição* do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, ou seja, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento”, enquanto que as ideias de prevenção “consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização dos fins utilitários para a prevenção de futuros delitos”<sup>304</sup>.

Cabe, assim, brevemente, discutir o sentido e valor de cada teoria, as quais indicam diferentes pautas de valores e diferentes maneiras de responder à criminalidade, para que, ao fim e ao cabo, diante do sistema constitucional vigente, seja possível averiguar a compatibilidade ou não da justiça restaurativa, e de seus respectivos processos, com os fins das penas.

## 5.2 Teorias Absolutas ou Retributivas

Em perfeita consonância com o postulado de que a pena é uma “exigência ética natural de justiça”<sup>305</sup>, para as teorias absolutas, a pena situa-se numa lógica meramente retributiva, ou seja, pena, como um castigo merecido pelo agente, diante do mal causado por sua conduta. Nesse sentido, a pena é

---

fato criminoso cometido, dizendo, por isso, respeito ao passado; de outro lado, as que justificam a pena na base do *ne peccetur* e tomam em consideração o bem, o efeito (finalidade) que pode derivar da pena, dizendo, por isso, respeito ao futuro”.

<sup>303</sup> Como dito por JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal – Parte General* (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., Granada: Comares, 2002, p. 71, “ou a pena mira ao passado (a fato cometido) e busca com a imposição voluntária do mal ligado àquele conseguir uma compensação pela infração jurídica sucedida (“*malum passionis propter malus actionis*”), ou a pena mira ao futuro (ao perigo de comissão de novos delitos pelo próprio autor ou por outras pessoas) e busca influir sobre ele e sobre a comunidade com a finalidade de evitar a perpetração de delitos, com um “mal necessário” (“*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*”)” (tradução nossa).

<sup>304</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* (tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 205.

<sup>305</sup> PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 2.

a “justa paga” do mal causado pelo crime, é o “justo equivalente” ao sofrimento produzido pelo criminoso<sup>306</sup>.

A análise da evolução desta concepção de pena na história<sup>307</sup> permite verificar que “arrancado do antiquíssimo *princípio do talião* – “olho por olho, dente por dente” -, tendo-se deixado penetrar durante a Idade Antiga de representações mitológicas e durante a Idade Média de racionalizações religiosas, as teorias absolutas da retribuição louvam-se basicamente na ideia de que a realização da *Justiça* no mundo, como mandamento de Deus, conduz à legitimação da aplicação da pena retributiva pelo juiz como representante terreno da justiça divina”<sup>308</sup>. Já na Idade Moderna ou Contemporânea foi no iluminismo, com os filósofos Kant e Hegel, que as teorias absolutas encontraram seu fundamento filosófico<sup>309</sup>. O conhecido exemplo dado por Kant, na sua “*Metafísica dos Costumes*”, representa a ideia da pena como “imperativo categórico”, pois segundo o filósofo, se a sociedade civil, com o consentimento de todos os membros, se dissolvesse (por exemplo, se o povo que habitasse uma ilha decidisse se separar e se dispersar por todo o mundo), o último assassino que estivesse na prisão deveria ser executado, para que cada um tivesse a experiência do valor de seus atos e a culpa do crime não recaísse sobre o povo. Nesse caso, diante do fim daquela comunidade, não havendo, portanto, necessidade de prevenção e proteção dos interesses

---

<sup>306</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 68. CLAUS ROXIN, *Derecho Penal – Parte General: fundamentos de la estructura de la teoria del delito* (tradução Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal), vol. 1, Madrid: Editorial Civistas, 1997, pp. 81-82, aduz que “a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e espia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculando’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é reconhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito que o compense”.

<sup>307</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, cit., Cap. 1, §7, salienta que a evolução experimentada pelas concepções retributivas da pena na história do direito penal não correspondeu a uma noção unívoca de pena retributiva. Refere, ademais, que “o panorama das concepções que se podem reconduzir à retribuição da culpa foi, desde sempre, complexo e articulado”.

<sup>308</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 68.

<sup>309</sup> JOSÉ DE FÁRIA COSTA, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit., pp. 10-11, ao referir a problemática dos “modelos” de aplicação da justiça penal, sustenta que o chamado “modelo azul” surgiu com a vitória da burguesia contra o feudalismo, explicando que, em termos dogmáticos, a esta escola vai corresponder à escola clássica e, mais tarde, à escola neoclássica. Prossegue, asseverando que, ao nível do sistema, há três grandes linhas mestras: “a ideia de liberdade, a igualdade formal e a judiciarização”. Afirma que, nesta perspectiva, “o ordenamento jurídico-penal subscreve não só o ideário da retribuição mas, também, o da punição na sua vertente repressiva”.

futuros, ainda assim o responsável pelo crime deveria ser punido. Isso porque, nas palavras de Kant, “quando a justiça desaparece, a vida na terra deixa de ter valor”<sup>310</sup>.

Hegel, por sua vez, nos seus “Fundamentos da Filosofia do Direito”, defendeu uma “retribuição jurídica da pena”<sup>311</sup>. Assim, afirma Figueiredo Dias que o filósofo, aplicando o método dialético, “considera o crime como a negação do direito e a pena como negação da negação, como “anulação do crime, que de outro modo continuaria a valer” e, por isso, como “restabelecimento do direito”<sup>312</sup>. Desse modo, diante da violação do direito, a pena funciona como uma consequência de ordem lógica para o restabelecimento do direito (justiça), por isso, a consideração absoluta da pena não pode ter quaisquer fins de prevenção, porque isso seria igual a “levantar um pau contra um cão e tratar o ser humano, não segundo a sua honra e liberdade, mas como um cão”<sup>313</sup>.

Importa, ainda, destacar que a doutrina retributiva deixou contribuição para a temática da aplicação da pena, porquanto trouxe à tona o princípio da culpa, enquanto “máxima incontornável de todo o direito penal humano,

---

<sup>310</sup> Cf. PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 2. “Para Kant a pena não podia servir à proteção da sociedade nem, por tanto, à prevenção de delitos, porque isso faria com que se castigasse o delinquente em benefício da sociedade, o que encerraria uma instrumentalização inadmissível do indivíduo, concebido como «fim em si mesmo»” (tradução nossa) (cf. SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982, p. 26).

<sup>311</sup> AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO. *Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003, p. 74.

<sup>312</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 69.

<sup>313</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 69. “Segundo Hegel só a pena justa trata o homem como um ser «racional» e não como um animal, até o ponto em que aquela pena se converte em um «direito» para o delinquente” (tradução nossa) (cf. SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, cit., pp. 26-27). Todavia, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, cit., Cap. 1, §7, nota 51, adverte, em nota, que “não se pode pretender tirar conclusões sobre toda a doutrina penal de Hegel unicamente da análise das páginas de *Grundlinien* sobre o direito abstrato, concebidas com objetivos teóricos específicos e não para esgotar a complexa problemática ligada ao instituto da pena; quando, depois de ter tratado do *conceito puro de pena*, Hegel trata do *conteúdo*, o seu discurso é completamente diferente: aqui, são tomados em consideração, de fato, conceitos como perigosidade, danosidade social, emenda, que desmentem quase palavra a palavra as críticas não atentas à sua teoria penal”. Prossegue a autora, afirmando que “o que se pretende deixar claro é que, para Hegel, só conceitualmente é que a pena é retribuição, no sentido de que tem a pena a sua origem no próprio crime – qualquer outro fundamento da pena ofenderia a dignidade humana. Indo mesmo mais longe, o que se pode dizer é que a teoria hegeliana não é de entender como teoria retribucionista em sentido clássico, nem quando afirma a igualdade entre pena e crime – esta é, para Hegel, já o vimos, apenas uma consequência de ordem lógica, no sentido de que a pena, expressão do crime, é o seu exato contrário”.

democrático e civilizado”<sup>314</sup>. O pressuposto antropológico da teoria kantiana é considerar a pessoa humana como ser livre e, por isso, responsável. Trata-se de reconhecer a dignidade da pessoa humana, rejeitando a sua degradação a objeto, a meio ou instrumento. E, por isso, “o Estado estará a instrumentalizar a pessoa se utilizar a sua condenação para prosseguir um interesse da sociedade, para tal condenação servir de exemplo aos potenciais criminosos, intimidando-os. Só não se verificará essa instrumentalização, a degradação da pessoa de fim a meio, se a pena tiver uma base ética e não puramente utilitária, se corresponder à culpa concreta do agente, se esta culpa for pressuposto e medida dessa pena”<sup>315</sup>. Diante disso, importa ressaltar que “numa lógica utilitarista, poderia prescindir-se da culpa como pressuposto e como limite da pena se o interesse social assim o reclamasse. As necessidades de prevenção da criminalidade poderiam levar à punição de alguém que não fosse culpado, ou à punição para além da medida da pena, numa lógica puramente utilitarista, se tal fosse necessário para prevenir a prática de outros crimes pelo próprio agente (devido à sua perigosidade) ou por quaisquer potenciais criminosos (que deveriam ser intimidados através do exemplo que representa uma qualquer condenação). Numa lógica retributiva, que parte do princípio da culpa, tal não seria nunca possível”<sup>316</sup>.

Entretanto, não obstante a herança das teorias retributivas<sup>317</sup>, no sentido de aplicação incondicional do princípio da culpa, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana, enquanto teoria dos fins da pena, a doutrina da retribuição deve ser “recusada *in limine*”<sup>318</sup>. As críticas às teorias retributivas residem em

---

<sup>314</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 70.

<sup>315</sup> PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 2.

<sup>316</sup> PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 2.

<sup>317</sup> Escreve ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, cit., Cap. 1, §7, II, que “mais engenhoso, entretanto, é que ao mesmo tempo que assim se expulsou a ideia de retributiva da teoria da pena – privando-a da antiga e prestigiada função de fundamento da reação penal -, a orientação preventiva da pena lhe tenha aberto a porta de sua medida, atribuindo-lhe – ou, a mais própria e acertadamente, à culpa, de que a ideia retributiva é considerada expressão – a delicada função de *limite* do poder punitivo”.

<sup>318</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 70. Também PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 202, refere que “a pena e a medida de segurança só tem finalidade preventiva”, entretanto, destaca que FARIA COSTA, JOSÉ VELOSO E SOUSA E BRITO defendem a finalidade retributiva da pena. Segundo ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da*

que as penas devem existir apenas para proporcionar as condições de existência comunitária, por isso, quando se pergunta pelo fim da pena indaga-se de “efeitos relevantes *na e para a vida comunitária*”, enquanto que a compensação do mal causado pelo crime (função de retribuição, expiação) constitui “meios patentemente inidôneos e ilegítimos”<sup>319</sup>. No mesmo sentido, para Claus Roxin, “a teoria da retribuição já não se pode sustentar cientificamente hoje. Pois, (...) a finalidade do Direito Penal consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos, então, para o cumprimento desta finalidade, não é permitido utilizar-se de uma pena que, de forma expressa, prescindida de todos os fins sociais”<sup>320</sup>.

Com efeito, impõe esclarecer, por fim, que o princípio da culpa antes referido, somente admite, no direito moderno, a consagração do princípio da culpa na sua “dimensão unilateral de limite” e não na dimensão bilateral, ou seja, não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a culpa, todavia pode haver culpa sem a aplicação de uma pena<sup>321</sup>.

### 5.3 Teorias Relativas ou Utilitaristas

Nos seus traços essenciais, as teorias relativas ou utilitaristas destinam-se à prevenção da prática de crimes com o fim de proteger a sociedade, ou seja, “a pena se traduz num *mal* para quem a sofre”, entretanto, “como

---

*culpa e da prevenção*), cit., Cap. 1, §8, II, “nega-se, há decênios, que uma teoria absoluta da pena seja compatível com uma teoria do Estado laico e secularizado”. Ademais, “o golpe de misericórdia foi recentemente dado por aqueles que, no quadro de uma penetrante reflexão crítica sobre o problema das relações entre fé e o direito penal no moderno Estado de direito, reforçaram definitivamente a ideia de que, exatamente na perspectiva de uma visão cristã do mundo e da sociedade organizada, não pode conceder-se espaço a concepções punitivas ancoradas na ideia de retribuição”.

<sup>319</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 71.

<sup>320</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 84. Para SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, cit., p. 37, “fica descartada, no modelo de Estado que acolhe a Constituição, uma concepção da pena que funde seu exercício na exigência «ético-jurídica de retribuição» pelo mal cometido. No Estado social e democrático de Direito sancionado no artigo 1.º, 1, da Constituição, o exercício do poder e, portanto, do poder penal só pode conceber-se como exigências de uma «política social» a serviço dos cidadãos: o Direito penal só pode intervir quando resulte absolutamente necessário para proteger os cidadãos” (tradução nossa).

<sup>321</sup> PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 24. FIGUEIREDO DIAS *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 71, aponta para a rejeição da correspondência “biunívoca” entre pena e culpa, no sentido de que “nem toda a culpa supõe a pena, mas só aquela culpa que simultaneamente acarrete a necessidade ou carência de pena”, como por exemplo, nos casos de *dispensa de pena*, previsto no art. 74.º do CP Português, casos de crimes onde a culpa está presente mas não há necessidade de aplicação de pena por ausentes exigências preventivas. Diante disso, o autor afirma que a “culpa é *pressuposto e limite*, mas não *fundamento único da pena*”.

instrumento político-criminal destinado a atuar no mundo, não pode a pena bastar-se com essa característica (...), tem ela de usar desse mal para alcançar a finalidade precípua de toda a política criminal, precisamente, a *prevenção* ou a *profilaxia criminal*<sup>322</sup>. De acordo com Jescheck, as bases ideológicas das teorias relativas dos fins das penas situam-se nas teorias do Iluminismo, no reconhecimento da concepção determinista de todo o comportamento humano, na crença da capacidade educativa do adulto mediante adequada influência pedagógico-social, na recusa de qualquer tentativa metafísica de explicar o problema da vida social e no reconhecimento da justiça como necessidade básica da pessoa<sup>323</sup>.

Sublinhe-se que as teorias relativas dividem-se em teorias de prevenção geral e teorias de prevenção especial<sup>324</sup>. Enquanto que as teorias da prevenção geral (negativa e positiva) pretendem, com o exemplo da pena criminal, inibir a prática de crimes por parte dos demais membros da sociedade, as teorias da prevenção especial (negativa e positiva) visam a inibir a prática de novos delitos pelo próprio agente causador do crime, incide, por isso, sobre a pessoa do delincente.

### 5.3.1 Teorias da Prevenção Geral

Na vertente da prevenção geral negativa, a pena pode ser concebida como forma “estatalmente acolhida de intimidação das outras pessoas através do sofrimento que com ela se inflige ao delincente e que, ao fim, as conduzirá a não cometerem fatos criminais”<sup>325</sup>. Na lógica da teoria da prevenção geral negativa a pena “pretende dissuadir (intimidando) os potenciais criminosos”<sup>326</sup>.

---

<sup>322</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 73. De acordo com PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 7, “a pena não se justifica por si mesma («porque tem de ser», porque é um puro imperativo de justiça), mas tem uma finalidade relativa e circunstancial, uma utilidade. E essa utilidade traduz-se na circunstância de funcionar como obstáculo à prática de novos crimes”.

<sup>323</sup> JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 77.

<sup>324</sup> Segundo JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 78, a diferenciação de modo teórico e claro entre prevenção especial e prevenção geral se deve a FUERBACH (1775-1833), um dos maiores criminalista alemães da primeira metade do século XIX.

<sup>325</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 74.

<sup>326</sup> PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 7.

As críticas à teoria da prevenção geral negativa encontram-se, principalmente, centradas na coação psicológica, porquanto “de um ponto de vista pragmático e de eficácia, contrariando a ideia de que a criminalidade aumenta ou diminui em função da maior, ou menor severidade das penas, tem sido demonstrado que os destinatários das normas penais não se guiam, normalmente, pelo conhecimento que possam ter dessas normas (até as desconhecem, na maior parte dos casos), mas, antes, pela maior, ou menor, probabilidade de os seus atos virem a ser efetivamente detectados e perseguidos criminalmente”<sup>327</sup>. Com efeito, as doutrinas da prevenção geral, consideradas exclusivamente em seu cariz negativo, como formas de intimidação da generalidade dos cidadãos falham porque não será possível, empiricamente, determinar a quantidade de pena para atingir a finalidade da intimidação e, também, porque não se alcançando a erradicação da criminalidade, corre-se o risco de o Estado utilizar penas cada vez mais severas e desumanas, aproximando-se do *direito penal do terror*<sup>328</sup>.

De outro lado, cabe referir que tais críticas não alcançam as teorias da prevenção geral positiva, as quais visam à prevenção por meio da integração, se dirigindo à maioria dos cidadãos com a pretensão de reforçar a confiança destes quanto à validade e vigências das normas do ordenamento jurídico<sup>329</sup>. Incumbindo ao direito penal a função de proteção dos bens jurídicos, ocorre que “diante da violação da ordem jurídica, a consciência jurídica comunitária poderá ficar abalada e, se o sistema jurídico-penal não reagir, fechar os olhos a tal violação, tal confiança será posta em causa. A pena serve, pois, de interpelação social que chama a atenção (como sinal dirigido a todos) para a

---

<sup>327</sup> PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 8. WINFRIED HASSEMER, “História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra; seguido de A Segurança Pública no Estado de Direito” (tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos). Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1995, p. 49, critica a prevenção geral negativa, afirmando que “a intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além de que, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque a sua verificação real apoia-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como: - o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois, caso contrário, o direito penal não atingiria o alvo que se propõe) e; - a motivação dos cidadãos obedientes à lei para assim se comportarem precisamente em consequência da cominação e aplicação das penas (pois, caso contrário, o direito penal como instrumento de prevenção seria supérfluo)”.

<sup>328</sup> Nesse sentido, a ideia de FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 77.

<sup>329</sup> A propósito, importante destacar que não há um sentido “unívoco” de prevenção geral positiva. Assim, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, cit., Cap. 2, §12, I.

relevância do bem jurídico atingido pela prática do crime (a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio, a autoridade pública, etc.)”<sup>330</sup>.

Não podemos ignorar que uma parte da doutrina critica as teorias da prevenção geral positiva, por considerá-las “uma versão disfarçada” das teorias da retribuição, alegando que a reação do sistema penal diante da prática de um crime, na maior parte das vezes, será uma reação do tipo retributivo, a qual servirá para restabelecer a confiança dos indivíduos na vigência das normas do ordenamento jurídico e na proteção dos bens jurídicos<sup>331</sup>. Todavia, importa sejam esclarecidas as duas principais diferenças entre a doutrina da retribuição e a doutrina da prevenção geral positiva. De início, deve restar claro que a doutrina da prevenção geral positiva situa-se no âmbito das teorias relativas e não das absolutas, o que significa que a reação do sistema penal levará em conta o contexto temporal e espacial, assim como será variável conforme diferentes contextos sociais, culturais e históricos<sup>332</sup>. Ademais, já no que respeita ao significado da culpa, diversa perspectiva é encontrada se estivermos no âmbito das teorias retributivas, ou seja, a culpa como fundamento da pena, ou no âmbito das teorias preventivas, a culpa como *pressuposto* e *limite* da pena. Assim, “a culpa é condição necessária da aplicação da pena, mas não sua condição suficiente”, razão pela qual em certos casos, diante da pequena gravidade do delito, por exemplo, “a comunidade tolera um certo grau de renúncia à pena que seria adequada à

---

<sup>330</sup> PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 10. No mesmo sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., p. 4, “o procedimento judicial expressa inequivocamente, tanto para o autor como para a generalidade das pessoas, que o Direito se impõe, ainda que às vezes com atraso, e que se pode contar com que também o fará no futuro. Através do cumprimento da função repressiva de uma forma moderada, proporcionada e adequada à culpabilidade, o Direito penal desenvolve uma “força configuradora de condutas” que convence o conjunto da população da autoridade do Ordenamento jurídico, alcançando desta forma o efeito preventivo ao que se denomina prevenção general” (tradução nossa).

<sup>331</sup> Cf. PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 11. Nesse sentido, assevera ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, cit., Cap. 2, §11, que “bem se compreende que, assim fundamentada, a prevenção geral positiva seja passível da crítica de “racionalização de algo subjacente e inconsciente – impulsos, agressividade e emoções de caráter plenamente irracional” – e de que “as exigências de pena que a sociedade pode colocar (...) para manter a fidelidade ao direito e a sua segurança e confiança no mesmo podem ser muito superiores – e menos fundadas – do que as requeridas pelo estritamente imprescindível para a prevenção geral de intimidação”. Já baseada em uma abordagem teórico-sistêmica, outros autores ainda acusam-na de eliminar limites materiais liberais à intervenção penal. De qualquer modo, é com uma dimensão *positiva* que a prevenção geral hoje logra sobretudo reconhecimento”.

<sup>332</sup> Cf. PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 11.

culpa do agente, porque a consciência jurídica coletiva não se sente, com isso, abalada. E é assim porque a pena só poderá justificar-se por necessidades de prevenção, não por uma exigência absoluta de adequação à culpa do agente (uma vez que não é esta o fundamento da pena)”<sup>333</sup>.

### 5.3.2 Teorias da Prevenção Especial

Por último, já no contexto da pena, como instrumento de prevenção especial, fala-se em finalidade de “prevenção da reincidência”<sup>334</sup>, ou seja, na pena enquanto instrumento voltado ao delinquente, ora para ressocializá-lo, ora para neutralizá-lo<sup>335</sup>. Quando se fala em prevenção especial negativa, lembra-se de *separação, segregação, neutralização e inocuidade*, ou seja, a pena utilizada para atemorizar o delinquente a ponto dele não repetir no futuro a prática de novos crimes<sup>336</sup>. As principais críticas à utilização da pena apenas

<sup>333</sup> Assim, PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 11. Sobre as teorias da prevenção geral positiva, importa ressaltar a diferença entre a prevenção geral positiva de JAKOBS e a de ROXIN: enquanto Roxin considera que a finalidade de reforço da confiança jurídica da população existe para a proteção subsidiária de bens jurídicos (interesses essenciais à vida em comunidade que devem ser penalmente tutelados), Jakobs considera que o reforço da confiança jurídica dos cidadãos objetiva a estabilização e o reforço da ordem normativa. Cf. SANTIAGO MIR PUIG, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo 39, fasc. II, Jan-Abr/1986, pp. 53-57), devem ser rechaçadas as concepções de prevenção geral positiva que oferecem uma legitimação fundamentadora ou de ampliação da intervenção penal, como é o caso da formulação de Jakobs. Para MIR PUIG “parece progressivo em um Estado social e democrático de Direito a utilização limitadora do conceito de prevenção geral positiva. Um Estado social está empenhado na missão de proteger a sociedade e para isso deve se socorrer ao direito penal se for absolutamente necessário. (...) Um tal Estado há de restringir o direito penal mediante uma série de limites, e não só o da culpabilidade, mas também o da legalidade, humanidade, proporcionalidade e ressocialização e outros” (tradução nossa) (p. 57).

<sup>334</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 78. A prevenção à reincidência, enquanto finalidade da pena, pode ser localizada no artigo 43º, nº 1, do Código Penal Português: “A execução da pena de prisão (...) deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes”.

<sup>335</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit., pp. 14-15, prosseguindo na análise da problemática dos “modelos” de aplicação da justiça penal, sustenta que o chamado “modelo vermelho” tem seu ambiente histórico-filosófico caracterizado pelas lutas sociais do operariado, do século XIX, onde iremos encontrar, ao nível do subsistema penal, três princípios basilares: “ideias de prevenção especial, ressocialização e tratamento”. Época em que, quer ao nível do delinquente, quer ao nível da comunidade, se operou o “fenômeno da transferência de responsabilidade”, ou seja, “em termos esquemáticos e não rigorosos, a comunidade não via o problema criminal como coisa sua mas, antes, remetia-o para o Estado que, também nesta matéria, devia ser providente”. Prossegue o autor sublinhando que “fácil é também de compreender que este modo de conceber as reações penais entrou rapidamente em crise, sem que, no entanto, se não deixem de reconhecer os enormes contributos ou aberturas que nos legou”.

<sup>336</sup> Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 78. Segundo JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, cit., pp. 78-79, o autor que mais influenciou a geração de penalistas adeptos da prevenção especial foi Franz von LISZT, ao colocar o direito penal em relação a uma política jurídica orientada de acordo com pontos de vista racionais, em que a ideia de fim

no caráter preventivo especial negativo residem na negação da dignidade da pessoa humana, enquanto ser livre e responsável e também na possibilidade de negação do princípio da culpa, porquanto a pena seria medida em função da perigosidade do agente e não em função da culpa<sup>337</sup>.

Merecem finalmente referência as teorias da prevenção especial positiva, as quais pretendem que a pena seja utilizada como instrumento de regeneração, reeducação, ressocialização ou reinserção social do delinquente, sendo que cada um destes termos corresponde a diferentes versões da doutrina da prevenção especial positiva<sup>338</sup>. De certo modo, o que pretende a doutrina da prevenção especial é que o Estado crie as condições necessárias, auxiliando o delinquente para que este possa, no futuro, continuar a viver sua vida sem cometer crimes<sup>339</sup>. A doutrina *correcionalista* e a *teoria da emenda*, com origem especialmente na Península Ibérica, na segunda metade do século XIX, influenciaram diversos ordenamentos jurídicos com as ideias de utilizar a pena como instrumento de *regeneração moral* ou *reeducação*, atribuindo-lhe a

---

deve ser a portadora do avanço jurídico. JESCHECK assim expôs as ideias essenciais da teoria de v. Liszt: “a pena correta, isto é, a justa, é a pena necessária. A justiça em Direito penal e a observância do marco penal estabelecido, por meio da Ideia do fim. A missão da pena é, segundo o afirmado, dar um “escarmiento” (uma lição) ao delinquente ocasional não necessitado de correção para dissuadir-lhe de cometer mais delitos, ressocializar o delinquente habitual incorrigível através de sua educação durante a execução da pena e neutralizar o incorrigível submetendo-lhe por tempo ao “servidumbre” (à escravidão) da pena” (tradução nossa). Sobre a divisão dos delinquentes em três grupos, feita por v. LISZT, explica ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, cit., Cap. 2, §11, nota 25, “ocasionais, que exigem intimidação e não correção; habituais, que carecem de correção e dela são suscetíveis; e habituais, que não suscetíveis de correção e que deveriam considerar incorrigíveis. Corresponde-lhes a aplicação de penas com efeito diverso: para os ocasionais, a pena deve ser de “intimidação”; relativamente aos habituais corrigíveis, importaria “melhorá-los”; no que toca aos habituais incorrigíveis, a pena deveria torná-los “inofensivos”. Segundo von Liszt, a intimidação (*Abschreckung*), a correção (*Besserung*) e a inocuização (*Unschädlichmachung*) constituíam as finalidades imediatas da pena, cujos efeitos se deveriam exercer sobre os delinquentes”.

<sup>337</sup> Nesse sentido, PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 16, afirma que “do princípio da dignidade da pessoa humana decorre, também, como seu corolário, e como venho salientando, o princípio da culpa. Este funciona, pelo menos, como pressuposto e limite da aplicação das penas (se assim não for, a pessoa é reduzida a instrumento e objeto, contra o que impõe o respeito pela sua dignidade). Atribuir à pena uma função de simples prevenção especial negativa, se deste princípio se retirarem todas as suas consequências, levará a sacrificar o princípio da culpa”.

<sup>338</sup> Nesse sentido, MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 17. Com o objetivo da *neutralização* ou *inocuização do delinquente*, estava a Escola Positiva, que a partir do último quarto do século XIX, “partia de uma concepção determinista do comportamento humano e da conduta do delinquente e, conseqüentemente, defendia que a pena tinha uma finalidade preventivo-especial de neutralização ou inocuização do delinquente. E, nesta lógica, propunha que a categoria das penas fosse, pura e simplesmente, substituída pela categoria das medidas de segurança da sociedade” (AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO. *Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais*, cit., p. 75).

<sup>339</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 79.

função da prevenção especial positiva, buscando, com isso, a “regeneração interior do condenado”<sup>340</sup>. Mais recentemente, sucederam-se as correntes neopositivas, dentre as doutrinas mais influentes destaca-se a *Nouvelle Defense Sociale*, a qual influenciou, de certo modo, o Código Penal português vigente, com ideais diversos da doutrina correcionalista, porquanto pretende a *reinserção social* ou a *ressocialização*<sup>341</sup>.

Figueiredo Dias, analisando as variáveis da doutrina da prevenção especial positiva, conclui que, na atualidade, deve ser recusada “uma acepção de prevenção especial no sentido da correção ou emenda *moral* do delinquente, mesmo que seja só no sentido de substituir às suas concepções pessoais os juízos de valor e a *Weltanschauung* próprias do ordenamento jurídico”. Para isso, reflete o autor, “falece ao Estado, de forma absoluta, legitimação”. Do mesmo modo, apresenta-se como violação da liberdade de autodeterminação da pessoa e, conseqüentemente, do princípio da Dignidade da Pessoa<sup>342</sup>, o paradigma médico ou clínico da prevenção especial, razão pela qual somente o “*conteúdo mínimo da socialização* – a prevenção da reincidência – pode passar à prova de fogo de um direito penal próprio do Estado de Direito”, ainda, desde que a prevenção especial não atue como

---

<sup>340</sup> Cf. MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 17. FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 80, refere que penalistas portugueses, entre eles Levy Maria Jordão (1831-1876) e Ayres de Gouvêa (1828-1916), fizeram dessa concepção o seu estandarte.

<sup>341</sup> MARIA GODINHO VAZ PATTO, *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, cit., p. 17.

<sup>342</sup> Sobre o conceito de dignidade da pessoa humana, vide INGO WOLFGANG SARLET, *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 4.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60, para quem o conceito de dignidade da pessoa humana corresponde à “(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. Na doutrina portuguesa, ver JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO; VITAL MOREIRA, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 225 e ss., JORGE MIRANDA, “A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo: Quartier Latin Editora, 2008, p. 170 e ss. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Perfil Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções”. In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. 1, Coimbra: Almedina, 2008, p. 481 e ss., e JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da Republica Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 52 e ss.

finalidade única da pena, sob pena de estarmos diante de penas com tempo de duração indeterminado<sup>343</sup>.

Não obstante isso, Ferrajoli manifesta-se crítico em relação à finalidade ressocializadora da pena, ao entender que “com aquele valor da civilização que é o respeito da pessoa humana: destas, aquela da emenda, mesmo nas suas variantes mais atuais e edificantes da *reeducação*, ou *ressocialização*, ou *reabilitação*, ou, ainda, *recuperação social do réu*, contradizem, irremediavelmente, o princípio da liberdade e da autonomia de consciência”<sup>344</sup>. No mesmo sentido, HASSEMER critica a ressocialização como meio utilizado pelo direito penal e em íntima ligação com a execução penal, ao referir que “a ressocialização constitui uma atividade compulsória para o paciente, um tratamento imposto, uma tentativa de arrebatá-lo não apenas no corpo, mas também na alma. E mais: almeja exorcizar o seu estilo de vida e os modelos de comportamento, específicos da classe baixa a que pertence”<sup>345</sup>. Neste contexto de críticas às teorias analisadas até aqui, surgiram as teorias mistas ou unificadoras, com a intencionalidade de superar os problemas apontados pela doutrina, fazendo-se necessária breve análise destas teorias, com o intuito de melhor compreendermos a problemática dos fins das penas na atualidade.

#### 5.4 Teorias Mistas ou Unificadoras

---

<sup>343</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., pp. 81-82.

<sup>344</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* (tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 219. Em sentido diverso, MARIA FERNANDA PALMA, “As Alterações Reformadoras da Parte Geral do Código Penal na Revisão de 1995: Desmantelamento, Reforço e Paralisia da Sociedade Punitiva”. In: *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal* (Organização de Maria Fernanda Palma e Tereza Pizarro Beleza), Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1998, pp. 35-36, salienta que “a não afirmação do dever de reintegrar e de recuperar os infratores conduzirá à prevenção geral economicista, ao “sistema-máquina”, em que se regredirá ao modelo correccionalista (...). Naquele sistema, a contribuição do sistema penal para a concretização dos valores de justiça será nula”.

<sup>345</sup> HASSEMER, “História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra; seguido de A Segurança Pública no Estado de Direito”, cit., p. 53. No direito brasileiro, as críticas são dirigidas à orientação jurídica no sentido de que a pena seja fixada, em seu *quantum*, levando em conta a periculosidade do agente. Veja-se o artigo 59 do Código Penal: “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: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade”.

Nos seus traços essenciais, as teorias mistas ou unificadoras podem ser identificadas como aquelas que combinam as finalidades retributivas e preventivas, como a *doutrina diacrônica dos fins das penas*, ou, ainda, aquelas que combinam exclusivamente as finalidades preventivas das penas. A concepção básica da doutrina unificadora das penas, combinando finalidades retributivas e de prevenção, pode ser definida como “uma *pena retributiva no seio da qual procura dar-se realização a pontos de vista de prevenção geral ou especial*; ou diferentemente no que toca à hierarquização das perspectivas integrantes, para, todavia, se exprimir no fundo a mesma ideia, como o de uma *pena preventiva através de justa retribuição*”<sup>346</sup>. Diante disso, para as teorias de finalidades combinadas, em momentos diversos podem ser identificadas diferentes finalidades das penas, no seguinte sentido: no momento da ameaça abstrata da pena, identifica-se a pena como instrumento de prevenção geral; no momento da aplicação da pena, identifica-se, primordialmente, a finalidade retributiva e, por fim, no momento da execução da pena, prevalecerá a finalidade da prevenção especial da pena<sup>347</sup>.

Com efeito, importa destacar que as teorias unificadoras, que realizam a justaposição das finalidades de retribuição e de prevenção, não escaparam às críticas dos penalistas Claus Roxin e Figueiredo Dias, este último ao afirmar que “todo este grupo de concepções unificadoras é, porém, em definitivo, inaceitável”, isso porque traz para o problema das finalidades da pena a ideia de retribuição e “a retribuição ou compensação não é e nem pode constituir uma *finalidade* da pena”<sup>348</sup>. Seguindo a mesma lógica, o penalista alemão afirma que “a mera adição não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reação apto para qualquer realização. Os efeitos de cada teoria não se suprimem em absoluto entre si, antes se multiplicam, o que não só é

---

<sup>346</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 84. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção*, cit., Cap. 1, III, refere que “com o que hoje se depara é com o ressurgimento desta ideia retributiva “relativa”, que, entretanto, obedece, diga-se desde já, a uma justificação própria. O que o seu aparecimento significa é, face ao terreno ganho pelas ideias preventivas, uma preocupação de consolidar *limites* a essas finalidades e, de outro lado, uma resposta à crise do ideal ressocializador”. De acordo com essa perspectiva, conforme Anabela Miranda Rodrigues, estão Streng, Schaffstein, Jescheck e Haffke.

<sup>347</sup> Nesse sentido, a lição de FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 84.

<sup>348</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 84.

teoricamente inaceitável, como muito grave do ponto de vista do Estado de Direito”<sup>349</sup>.

Seguindo outro norte, encontramos as teorias da prevenção integral, as quais combinam exclusivamente as finalidades preventivas da pena, tanto as de prevenção geral, como as de prevenção especial, refutando qualquer possibilidade de a retribuição servir como finalidade da pena. Nesse âmbito, destacam-se penalistas como Liszt, Hassemer e Jakobs, os quais pretenderam “lograr a concordância prática possível das ideias da prevenção geral e da prevenção especial, a sua otimização à custa de mútua compressão, de modo a atribuir a cada uma a máxima incidência na persecução de um ideal de prevenção integral”<sup>350</sup>. Na base desse entendimento, pretendem os penalistas da teoria da prevenção integral negar que a concepção retributiva integre as finalidades da pena, recusando, com isso, o pensamento da culpa e do seu princípio enquanto limite do problema, porquanto substituem a culpa pela categoria da *perigosidade* ou, como modernamente ocorre, pelo princípio jurídico-constitucional da *proporcionalidade* ou, ainda, “por uma manipulação da ideia da culpa como mero *derivado da prevenção*”<sup>351</sup>. De outro lado, a concepção de Claus Roxin<sup>352</sup> não é passível desta crítica, já que a pena serve a finalidades de prevenção geral e especial, mas não recusa que a culpa é o

---

<sup>349</sup> CLAUD ROXIN, *Problemas Fundamentais de Direito Penal* (tradução de Ana Paula dos Santos, Luís Natscheradetz e outros), 3ª ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 26.

<sup>350</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., pp. 85-86.

<sup>351</sup> Na colocação deste problema, FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 86. AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO. *Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais*, cit., p. 77, sublinha que a construção de Jakobs parece “não ser mais do que uma neohegeliana consideração da pena como reafirmação da norma jurídica quebrantada pela infração deixaria a sorte da pessoa do delinquente inteiramente dependente das necessidades funcionais do sistema social; o que é liminarmente de se recusar”.

<sup>352</sup> Para CLAUD ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 101, “certamente a culpabilidade pressupõe o foro interno, a liberdade de comportar-se de uma ou outra forma. Mas quando a afirmação da culpabilidade humana serve somente para traçar uma fronteira a uma intervenção estatal necessária desde fundamentos preventivos, a legitimidade de seu reconhecimento como um dos meios de salvaguarda da liberdade cidadã não depende de sua demonstrabilidade empírica ou epistemológica. Sua aceitação é uma posição normativa, uma regra do jogo social, que não responde à pergunta de como está configurada em sua essência a liberdade humana, somente dispõe que o homem deve ser tratado pelo Estado como livre e capaz de responsabilidade. A pergunta relativa à existência real da liberdade de vontade pode e deve ser excluída devido a sua impossibilidade de decisão objetiva. Posto que o princípio da culpabilidade só serve como instrumento para restrição da prevenção, não prejudica os particulares, e sim os protege; também um determinista pode admitir semelhante princípio jurídico normativo, porque ele não afeta seu convencimento da condição real do curso do mundo” (tradução nossa).

limite inultrapassável da pena, referindo-se a uma *moldura de culpa*, dentro da qual será feita a aplicação da pena<sup>353</sup>.

### 5.5 A Justiça Restaurativa, a Mediação Penal e a compatibilidade com os fins e exigências de Direito Penal

E, com isso, entramos no último nível que pretendíamos salientar neste capítulo: a problemática da compatibilidade entre a Justiça Restaurativa e os fins e exigências do direito penal<sup>354</sup>. Pretendemos saber se a justiça restaurativa, enquanto modelo de resposta ao crime, é compatível com os fins das penas, pautados por necessidades de prevenção geral, positiva e negativa, e prevenção especial, positiva e negativa. Tal discussão se impõe uma vez que postular outro modo de tratar as respostas ao crime exige uma verdadeira “revolução no modo de pensar”<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 87. O autor ainda ressalta que a *moldura da culpa* não deixa de ser a ideia de “compensação da culpa, a ideia-mestra de retribuição, que reivindica – se bem que de forma “encoberta” e latente – o seu regresso às finalidades da pena, degradando os propósitos preventivos, que deveriam ser únicos, para meros “corretores” da fundamental correspondência entre culpa e pena”. Ademais, salienta MARIA FERNANDA PALMA, “As Alterações Reformadoras da Parte Geral do Código Penal na Revisão de 1995: Desmantelamento, Reforço e Paralisia da Sociedade Punitiva”, cit., p. 38, em nota, que “a perspectiva de Roxin de um papel diferenciado dos fins das penas nas diversas etapas de concretização do sistema penal – prevenção geral, na decisão do legislador; culpa, na determinação da medida da pena; prevenção especial na execução da pena), não considera, na verdade, a importância da culpa (censurabilidade social do fato, da conduta e do dano, na tipificação legal)”. No mesmo diapasão, para AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO. *Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais*, cit., pp. 77-78, posições como a de Claus Roxin também merecem ser rejeitadas, pois “diluem o princípio da culpa na categoria mais ampla da “responsabilidade” penal. Com efeito, uma tal posição, para além de colocar, sob o mesmo denominador comum (que é a proposta categoria da responsabilidade), entidades de natureza essencialmente diversa – a realidade ético-pessoal da culpa e as realidades sociais das naturezas preventivas-, acaba também por diluir o princípio da culpa nas necessidades preventivas da pena e, assim, por impedir que a culpa seja um consistente limite (máximo) à determinação da medida da pena”. Assim, nessa construção, segundo TAIPA DE CARVALHO, “a pessoa do infrator correria riscos de instrumentalização pelas necessidades sociais preventivas”.

<sup>354</sup> Prosseguindo na análise da problemática dos “modelos” de aplicação da justiça penal, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit., pp. 16-17, sustenta que o modelo que informa e envolve nosso tempo histórico é o que se pode chamar de “modelo misto”, ou seja, época em que se pode detectar um sensível aumento da chamada criminalidade violenta, o estreitamento das margens de tolerância, a estrutura vertical e unidirecional do diálogo punitivo.

<sup>355</sup> Nesse sentido, EDUARDO REZENDE MELO. “Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva”. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), p. 59. Nas palavras do autor, a justiça restaurativa, em contraposição à justiça retributiva, trata-se “da passagem de um modelo que parte de cima, da regra, para o mundo da conduta e dos sentimentos e sensações, para outra, que vem de baixo, justamente destas pulsões, paixões, ressentimentos, sensações,

Por um lado, pergunta-se se a opção pela via alternativa de resolução de conflitos, no lugar da forma habitual de imposição de uma pena, será capaz de dissuadir o potencial delinquente da prática de crimes. De outro lado, pergunta-se se as modalidades de justiça restaurativa que proporcionam a autocomposição do conflito e a reparação do dano são capazes de restabelecer a paz e recuperar a confiança social na vigência das normas e estabilidade do sistema normativo. Ora, a resposta dada a estes questionamentos pela doutrina não é pacífica e enseja uma reflexão sobre as finalidades tradicionais das penas e a reparação de danos<sup>356</sup>.

Anteriormente, concluímos que, não obstante as divergências existentes sobre o tema, a doutrina da retribuição deve ser rejeitada liminarmente como teoria dos fins das penas, porquanto “o direito penal só pode intervir para assegurar a proteção, necessária e eficaz, dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada. O direito penal só está, noutros termos, legitimado a servir valores ou metas imanentes ao sistema social e não fins transcendentais de índole religiosa, metafísica,

---

sentimentos que ditam as interpretações do mundo e nos levam a agir e a interagir. Por isso, neste espaço de vinculação com o vivido, mais do que a regra, o que importa é o processo de interpretação e de construção e de expressão desta regra: neles é que transparecem as condições de vida, os desejos, as paixões, as faltas de sentido e os sentidos equívocos, a falta de percepção do outro, dos limites da ação, a inadequação das respostas e a possibilidade de encontro de uma expressão mais adequada daquilo que se pretende viver. É neste espaço que poderemos chegar a uma elaboração do que se viveu e do que se vive, a uma composição equilibrada sobre os termos em que podemos viver, a uma efetiva construção do que é a justiça, fazendo com que responsabilidades sejam assumidas e novas possibilidades sejam entrevistas” (pp. 69-70).

<sup>356</sup> JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *O Caso Julgado Parcial – Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2002, p. 460, em nota, alerta que o «ressarcimento» dos danos não pode subverter, nem as finalidades do «processo» (transformando-o num mecanismo «coativo» de cobrança de dívidas), nem as da própria pena (ao ponto de a fazer perder a sua qualidade de «penal»). Assim, para o desenvolvimento do tema da compatibilidade da Justiça Restaurativa com os fins e exigências de direito penal não iremos ingressar na vasta discussão doutrinária sobre a reparação, exceto breves inserções que se fizerem necessárias ao adequado desenvolvimento do tema, sob pena de extravasarmos os limites deste capítulo. Assim, maiores esclarecimentos sobre o significado da reparação como “terceira via” (dritte spur) no sistema dos fins da pena podem ser encontrados em CLAUS ROXIN, “La reparación en el sistema de los fines de la pena” (tradução de Julio B. J. Maier e Elena Carranza). In: *De los Delitos y de las Víctimas*. Córdoba: Ad-Hoc R.S.L., 1992, pp. 130-156, JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO, “El Derecho Penal de la víctima”, *Revista Derecho y Humanidades* 10, 2004, p. 256 e ss., PABLO GALAIN PALERMO, “¿La Reparación del Daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)* 3, ano 2005, pp. 183-220. Disponível em [www.unirioja.es](http://www.unirioja.es). Acesso em 04 de março de 2013, e GUADALUPE PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*, cit., 1999.

moralista ou ideológica”<sup>357</sup>. Diante disso, na esteira da lição de Figueiredo Dias, a solução para o problema dos fins das penas é no sentido de que estes “só podem ter natureza preventiva”, seja esta de prevenção geral, positiva ou negativa, seja esta de prevenção especial, positiva ou negativa<sup>358</sup>.

Não obstante isso, ressalte-se que a prevenção da prática de crimes não deve ser alcançada somente com a aplicação das penas, mas poderá ser atingida mediante estratégia “pluridirecional e coordenada através de “programas finais”, orientados seletivamente para todos e para cada um dos fatores que concorrem no fenômeno criminoso, ora acentuando dialeticamente as dimensões da *culpa* e da *socialização* do agente, ora reafirmando a *validade social da norma*, ora promovendo o *roubo do conflito* ao sistema formal (tanto do ponto de vista do arguido como da vítima)”<sup>359</sup>. Verifica-se, assim, que as práticas de justiça restaurativa, que possibilitam o encontro direto entre vítima e agressor, para que, por meio do diálogo, encontrem uma resposta individualizada para o delito praticado, podem, assim como as penas (resposta tradicional do direito penal à prática de crimes), alcançar as finalidades preventivas almejadas pelo sistema de justiça penal.

---

<sup>357</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE. “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 2, fasc. 1, Jan-Mar/1992, p. 178. Para MIR PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites del ius puniendi”, in Estudios penales y criminológicos, XIV, Universidad de Santiago de Compostela: 1991, p. 205, “entre os limites que hoje se impõe ao *ius puniendi* do Estado, ocupa um lugar destacado o expressado pelo princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Se enfatiza a exigência de que o Direito penal castigue unicamente ataques a bens jurídicos. Isso é uma das manifestações de um enfoque político-criminal mais global: em que se parte da necessidade de postular o uso mais restritivo possível do Direito penal” (tradução nossa).

<sup>358</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, cit., p. 104. Nas palavras do autor, “o direito penal e o seu exercício pelo Estado fundamentam-se na necessidade estatal de subtrair à disponibilidade (a à autonomia) de cada pessoa o *mínimo* dos seus direitos, liberdades e garantias indispensáveis ao funcionamento, tanto quanto possível sem entraves, da sociedade, à preservação dos seus bens jurídicos essenciais; e a permitir por aqui, em último termo, a realização mais livre possível da personalidade de cada um enquanto pessoa e enquanto membro da comunidade. Se é assim – na sua ameaça, na sua aplicação concreta e na execução efetiva- só pode perseguir a realização daquela finalidade, *prevenindo a prática de futuros crimes*”. Para ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, cit., Cap. 1, § 9, III, “o princípio jurídico-constitucional legitimador primário da necessidade da intervenção penal tem sido, de resto, sobejamente pensado como critério político-criminal ao nível da punição, aí implicando assacar-lhe a finalidade de prevenção, geral ou especial. (...) É, definitivamente, a hegemonia preventiva”. Sublinha AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO. *Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais*, cit., p. 79, que a revisão de 1995, que a revisão de 1995 do Código Penal Português, de 1982 (Dec.-Lei n.º 48/95, de 15 de Março), consagrou a concepção “preventivo-ética da pena”, o que significa que “as finalidades da pena ( e da medida de segurança) são exclusivamente preventivas, desempenhando a culpa somente o papel de pressuposto (*conditio sine qua non*) e de limite máximo da pena”.

<sup>359</sup> CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *Princípio da Oportunidade - Manifestações em Sede Processual Penal e sua Conformação Jurídico-Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 56.

Com efeito, parte-se do pressuposto de que a finalidade primordial visada pela pena será a finalidade de prevenção geral positiva ou de integração, a qual pretende atingir a generalidade das pessoas, reforçando a confiança dos cidadãos quanto à validade das normas, com o fim de restabelecer a paz social<sup>360</sup>. Quanto à possibilidade de que as práticas de justiça restaurativa alcancem tal finalidade, Hans-Jürgen Kerner afirma que tais mecanismos oferecem ao delinquente e a vítima a “possibilidade de encontrar uma regulação para o conflito derivado do delito; solução que satisfaça as partes, que sirva à *paz social* e que *deste modo também fortaleça a validade do Direito*”<sup>361</sup>. Do mesmo modo, refletindo o paradigma da prevenção geral positiva, Emanuele Esposito considera que “a mediação comporta um *valor educativo e social*, vez que a recomposição do conflito entre a vítima e o agressor não só dá lugar a um benefício ao indivíduo, como *também a todo o sistema comunitário*. Por sua vez, o que é peculiar neste método consiste, entre outros matizes, que com ele se redefine o conflito entre autor do fato e vítima em termos de “reorganização relacional”, dando-se satisfação às expectativas do sistema social através de um programa de reparação e reconciliação com a parte prejudicada. Sobre dito valor de pacificação social realizável através da comunicação e da conciliação entre a vítima e o agressor

---

<sup>360</sup> A propósito, escreve ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*, cit., Cap. 2, § 11, “desde logo, quanto à prevenção geral, pela via negativa, enquanto no quadro normativo fundamental vigoram princípios como os da dignidade da pessoa humana, da culpa, da proporcionalidade, ou da proibição de tratamentos cruéis ou desumanos, Que, de resto, ao apontarem, da mesma forma, a finalidade de socialização à pena, impedem que esta seja incorretamente entendida, envolvendo uma qualquer coação sobre o indivíduo. O sentido não intimidatório da prevenção geral é ainda exigido, em face do nosso ordenamento, pelo princípio jurídico-constitucional da *necessidade* em que se fundamenta, a implicar que ela seja pré-ordenada à proteção de bens jurídicos *dignos* de proteção *penal* e em relação aos quais essa mesma proteção penal é *necessária*. O que, como veremos, pelo que diz respeito à pena, significa limitá-la na sua finalidade preventiva, mediante a exigência de *proporcionalidade*. Para já, pode dizer-se que, quanto mais as normas penais protegerem os bens jurídicos cuja tutela *penal é necessária*, tanto mais naturalmente os cidadãos estarão dispostos a respeitá-las e aceitá-las como regras de conduta; e que a obtenção desta finalidade – respeito pelas normas jurídico-penais – exige simplesmente que à sua violação se siga uma punição certa e rápida. Mas nada mais do que isso – isto é, nem ameaças penais terrificantes, nem aplicação de penas particularmente gravosas. (...) Também neste plano, pois, no dos efeitos da prevenção geral, um sistema de penas fundado na intimidação não é defensável”.

<sup>361</sup> HANS-JÜRGEN KERNER, “*Mediation beim Täter-Opfer-Ausgleich*”, citado por PATRICIA ESQUINAS VALVERDE, “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?”, *Revista Penal* 18, 2006, em nota, p. 77. Disponível em <http://www.uhu.es>. Acesso em 18 de fevereiro de 2012. Tradução nossa do espanhol.

individuais, está o encontro que transcende em sua eficácia o núcleo concreto e individual”<sup>362</sup>.

De outra banda, no que toca a ideia de que as práticas de justiça restaurativa estariam em conformidade com os fins clássicos das penas, a doutrina inclina-se no sentido de que a mediação prévia entre vítima e agressor, com fins de alcançar a reparação dos danos, possui *menor* eficácia intimidatória<sup>363</sup>, razão pela qual se entende, majoritariamente, que as práticas de justiça restaurativa deveriam ser recusadas como possibilidade única de político-criminal, como forma de substituição das penas. Reconhece Grazia Manozzi que, se queremos justificar e legitimar a mediação diante da finalidade da prevenção geral, devemos privilegiar a dimensão positiva desta finalidade, ou seja, de *integração e pacificação social*, ao invés da negativa, ou seja, de *intimidação*<sup>364</sup>. E é por tais razões, inclusive, que se considera que nem sempre os mecanismos da Justiça Restaurativa evitarão um processo criminal, como nos casos da criminalidade grave<sup>365</sup>, em que os mecanismos da Justiça Restaurativa serão utilizados em complemento ao processo penal tradicional. Entretanto, em casos de menor gravidade, justificar-se-á a utilização exclusiva das práticas de justiça restaurativa, como forma de evitar o processo e a aplicação da tradicional pena privativa de liberdade em detrimento de “formas de estabilização da ordem jurídica mais humanas e respeitosas com os direitos

---

<sup>362</sup> EMANUELE ESPOSITO, “*La mediazione penale minorile: aspetti, problemi e prospettive in una visione di tipo sistemico*”, citado por PATRICIA ESQUINAS VALVERDE, *Revista Penal* 18, 2006, cit., p. 77, em nota. Tradução nossa do espanhol.

<sup>363</sup> Referindo-se ao efeito intimidatório “muito pequeno e inferior” que a reparação surte em comparação com as penas privativas de liberdade e a multa, CLAUS ROXIN, In: *De los Delitos y de las Victimas*, 1992, cit., pp. 147-148, ressalta que o “centro de gravidade” da discussão atual reside na prevenção geral positiva.

<sup>364</sup> GRAZIA MANOZZI, “*Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*”, citado por PATRICIA ESQUINAS VALVERDE, *Revista Penal* 18, 2006, cit., p. 73. Também GUADALUPE PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*, cit., p. 215, “finalmente uma reformulação dos fins tradicionalmente atribuídos ao Direito penal como a retribuição e a prevenção geral de caráter negativo, pondo o acento na função positiva da reação penal frente à vítima e à sociedade” (tradução nossa).

<sup>365</sup> CLAUS ROXIN, in *De los Delitos y de las Victima*, 1992, cit., p. 156, salienta que não é possível reconstituir novamente a paz jurídica unicamente por intermédio da reparação nos casos de delitos graves, a qual só poderia provocar efeitos atenuantes da pena. Da mesma sorte, refere o autor que também no caso de infratores reincidentes há necessidade de que sejam adicionados efeitos preventivo especiais adicionais.

fundamentais do delinquente, e não necessariamente menos eficazes segundo tal perspectiva preventiva”<sup>366</sup>.

Importa salientar, ademais, que a finalidade da prevenção especial, em seu cariz positivo, trata-se de uma das principais finalidades, senão a principal, dos processos de justiça restaurativa. A pretensão das práticas de justiça restaurativa é a confrontação e o diálogo, entre vítima e autor da infração, para que se permita responder a três perguntas: “Qual é o dano? Que se deve fazer para repará-lo? Que é o responsável de fazê-lo?”<sup>367</sup>. Assim, de um lado, pretende-se que sejam atingidas as finalidades de prevenção especial positiva, ou seja, “para que o agente possa daí colher os devidos ensinamentos para o futuro, com um provável arrependimento pelos atos cometidos ao se aperceber das suas consequências para a vítima” e, de outro lado, para que a vítima “tenha a possibilidade de se exprimir e, assim, vocalizar as sua mágoas e angústias e, quiçá, a sua vontade de demonstrar ao agente o mal que este lhe causou”<sup>368</sup>.

O objetivo da reinserção social, enquanto imposição derivada do dever de solidariedade do Estado social<sup>369</sup>, pode ser alcançado por meio da mediação/reparação<sup>370</sup>. Nesse sentido, a doutrina considera que a atuação

---

<sup>366</sup> Assim, PATRICIA ESQUINAS VALVERDE, *Revista Penal* 18, 2006, cit., p. 80. Em relação a este tema, LARRAURI PIJOAN, *RDP* 54 (Fev-Mar/2009), cit., p. 168, chega a similar conclusão, ao afirmar que a “justiça restaurativa apresentou-se mais dialogante com a justiça estatal penal”, (...) discutiu o problema de quem e quando se derivam os casos à justiça restaurativa, (...) preocupou-se com os riscos de violação de direitos processuais (...) e admitiu que pode coexistir com a justiça penal”. Entretanto, quanto ao tipo de delitos que podem ser derivados para a justiça restaurativa, a autora entende que a preocupação devem ser igual para que não sejam derivados casos excessivamente graves e, tampouco, casos de menor importância ou de bagatela, em face da existência de critérios de derivação muito restritivos (p. 193).

<sup>367</sup> LARRAURI PIJOAN, *RDP* 54 (Fev-Mar/2009), cit., p. 171.

<sup>368</sup> TERESA L. ALBUQUERQUE E SOUSA ROBALO, *Justiça Restaurativa: Um Caminho para a Humanização do Direito*, cit., p. 29. LARRAURI PIJOAN, *RDP* 54 (Fev-Mar/2009), cit., p. 172, apoiada em BOTTOMS, refere que “em um tempo de relativismo moral, a natureza do dano pode ver-se mais claramente quando a pessoa se depara com uma vítima de carne e osso. Assim, a justiça restaurativa cumpre a função de esclarecer as normas vigentes baseando-se no sofrimento da vítima”.

<sup>369</sup> “O papel da justiça consiste também em reinscrever as pessoas que ela excluiu da vida civil num tecido social tradicional, o que talvez seja mais difícil do que condenar. (...) Nossas sociedades democráticas estão muito mais dispostas a organizar cerimônias de exclusão do que de reintegração. É a tendência natural qualquer sociedade: mas o papel da justiça não seria de ir contra a natureza? Não consistiria ele também em reintegrar os cidadãos que a justiça excluiu? O maior problema das sociedades democráticas que geram a exclusão não seria muito em breve a *reconciliação*?” (ANTOINE GARAPON, *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*, cit., p. 223).

<sup>370</sup> Na reparação decorrente da justiça restaurativa, visa-se “*apagar o mal* causado pelo crime, o que é bastante mais abrangente do que uma simples indenização (reconstitutiva ou monetária). E aqui está a “pedra de toque” que separa desde já, em abstrato, a sanção decorrente da justiça restaurativa e a responsabilização civil do agente”. Tanto é mais abrangente que o cível, que a reparação de danos no

reparatória do autor do fato, pós-delito e voluntária, pode ser um indício, independente e autônomo do próprio fato delituoso, que permitam o reconhecimento de sua regeneração, menor possibilidade de futura reincidência e de seu regresso voluntário à legalidade, com o que se concluiria pela menor necessidade preventivo-especial da pena<sup>371</sup>. Outrossim, faz-se referência à potencialidade admonitória e de dissuasão do delinquente quanto à reiteração da prática criminosa, quando utilizados mecanismos de justiça restaurativa, desde que, em relação a uma certa categoria de delinquentes, quais sejam, os primários e ocasionais, de escassa perigosidade futura e que não necessitam de ressocialização ou reinserção, motivo pelo qual carecia de utilidade o emprego das formas habituais de imposição de uma pena<sup>372</sup>.

Com efeito, vimos que a justiça restaurativa, enquanto modelo de resposta ao crime, é compatível com os fins e exigências do direito penal, tanto em relação às finalidades de prevenção geral, quanto às finalidades de prevenção especial. Ademais, é possível concluir no sentido de que o *novo paradigma* da justiça restaurativa identifica-se com parâmetros de prevenção especial e geral positivas, na medida em que “educa a sociedade em valores de coexistência pacífica e assegura ou afirma o *status quo* democrático e a ordem jurídica dos Direitos Fundamentais, com uma base social muito ampla, porquanto tende a implicar a comunidade (sobretudo, através de um maior protagonismo da vítima, do próprio agressor e de seus respectivos ambientes

---

processo penal seria óbice para que a vítima pudesse buscar uma indenização civil dos danos. (Cf. TERESA L. ALBUQUERQUE E SOUSA ROBALO, *Justiça Restaurativa: Um Caminho para a Humanização do Direito*, cit., pp. 92-93).

<sup>371</sup> Nesse sentido, ROXIN, in *De los Delitos y de las Victimas*, 1992, p. 153, como a favor dos efeitos ressocializadores da reparação. Ademais, explica ROXIN, cit., p. 473, que “quando o autor, em seu próprio interesse, se esforça no sentido de uma rápida reparação da vítima, tem ele de entrar em contato com ela, repensar consigo mesmo o seu comportamento e o dano a ela causado, e produzir uma prestação construtiva, já à primeira vista socialmente útil e justa, que pode contribuir bastante para a ressocialização, tendo assim grande utilidade do ponto de vista preventivo-especial”. Do mesmo modo, favoráveis aos efeitos ressocializadores da reparação, TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho Penal*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1998 e DE VICENTE REMESAL, Javier, *El comportamiento postdelictivo*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de León, 1985, ambos referidos por PATRICIA ESQUINAS VALVERDE, *Revista Penal* 18, 2006, cit., p. 80. Em sentido contrário, referindo-se à reparação, ainda que esta possa implicar também um efeito de reinserção social ou de intimidação do delinquente, isso será “uma feliz contribuição, mas não pode vir a justificar a reparação como uma resposta penal” (tradução nossa), ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “*La reparación en Derecho Penal y la atenuante del art. 23.5° CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación*”, citado por PATRICIA ESQUINAS VALVERDE, cit., p. 80.

<sup>372</sup> Assim, a ideia de PATRICIA ESQUINAS VALVERDE, *Revista Penal* 18, 2006, cit., pp. 71-72.

familiares)<sup>373</sup>. Por fim, resta salientar que reconhecer os limites da justiça restaurativa, especialmente quanto à dimensão negativa da finalidade de prevenção geral, não significa sua dispensabilidade<sup>374</sup>, se pretendemos ter uma justiça mais humana, democrática e participativa.

---

<sup>373</sup> PATRICIA ESQUINAS VALVERDE, *Revista Penal* 18, 2006, cit., p. 77.

<sup>374</sup> Cf. CLAUDIA SANTOS, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* 16, 2006, cit., p. 90.

## CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, cujo caminho percorrido esteve repleto de dúvidas e ambição por conhecimento, que a incursão em novos mecanismos culturais e jurídicos, distintos dos existentes no Brasil, trouxe maior profundidade e intensidade, passamos a apresentar nossas conclusões. Ao longo do presente estudo, procuramos investigar a possibilidade de aprimoramento da justiça penal por meio da Justiça Restaurativa e da Mediação Penal. Aprimoramento que proporcionasse, não só ampliação dos espaços de consenso, diálogo e participação na escolha da resposta mais apropriada ao conflito, mas também respeito aos direitos fundamentais, às garantias e princípios de direito penal e processo penal. E, concluiu-se que a Justiça Restaurativa e a Mediação Penal podem contribuir para que o sistema de justiça alcance tais aprimoramentos, atuando de forma mais humana e eficaz na prevenção da prática de crimes e restauração da paz social. Como salienta José de Faria Costa, é chegada a hora de o cidadão não se conformar, “consciencializar-se ativamente que o problema criminal não é só um problema estadual, mas é também seu”<sup>375</sup>.

Diante disso, sustentamos correta a eleição das práticas de justiça restaurativa em complemento ao processo penal tradicional, onde a resposta penal é orientada por critérios de reparação dos danos causados à vítima, e não por objetivos de punição, reabilitação ou de reeducação. Novas experiências no âmbito da resolução do conflito penal em que se verifica a participação ativa e direta da vítima, do infrator e da comunidade, por meio de diálogo, na busca por acordos restaurativos, com o objetivo de alcançar a paz social e a prevenção da criminalidade. Verificamos que os conflitos surgem da distorção da comunicação<sup>376</sup> e, por isso, a justiça restaurativa humaniza o

---

<sup>375</sup> JOSÉ DE FARIA COSTA. in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit., p. 20. Por sua vez, ANTOINE GARAPON, *O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*, cit., p. 233, aduz que “não é o bem-estar direto do indivíduo ou do bairro que se busca, nem somente a paz pública, como no Estado liberal, mas a *auto-regulação*, quer dizer, a responsabilização pelos problemas de segurança por parte dos próprios interessados. Essa vontade de restituir a administração da vida coletiva aos interessados independente da mediação exclusiva do Estado prova que se trata de uma transformação da democracia”.

<sup>376</sup> Cf. JÜRGEN HABERMAS (entrevistado); GIOVANNA BORRADORI (entrevistadora). *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Tradução de Roberto Muggiati. Rio

processo penal, quando possibilita que as vítimas sejam ouvidas e os infratores reabilitados.

Com efeito, sobre a problemática da justiça restaurativa, enquanto complemento ou alternativa ao processo penal, podemos concluir, apoiados em Figueiredo Dias, que as práticas restaurativas devem “correr à margem” do sistema processual penal, ainda que os resultados dos acordos restaurativos possam ser tidos em conta nos processos penais, através de “vasos comunitários”. Explicamos que as práticas restaurativas devem ter um “espaço próprio”, “separado do sistema de justiça penal”, para evoluir “longe dos defeitos do processo penal”, uma vez que o sistema penal foi inadequado para atender às necessidades da vítima, permitir a reintegração do agente na comunidade e prevenir a criminalidade<sup>377</sup>.

No entanto, de acordo com o que se pretendeu transmitir, a justiça restaurativa não representa hipótese de descriminalização ou de despenalização, já que a infração submetida às práticas restaurativas existe e tem dignidade penal e, em certas oportunidades, será possível evitar um processo criminal. Sublinhou-se que a *justiça doce*<sup>378</sup> irá intervir como complemento ao processo penal, no intuito de buscar a reparação dos danos causados à vítima, a responsabilização ativa do delinquente e a pacificação social<sup>379</sup>. No caso dos crimes públicos<sup>380</sup>, em que o legislador impede que a vítima decida acerca da persecução penal, entende-se que a resolução extrajudicial definitiva do caso, por meio da justiça restaurativa, está afastada, porquanto os interesses do Estado são considerados afetados em primeira

---

de Janeiro: Zahar, 2004, “os conflitos surgem da distorção na comunicação, do mal-entendido e da incompreensão, da insinceridade e da impostura. Quando as consequências desses conflitos tornam-se dolorosos o bastante, elas vão parar em um tribunal ou no consultório de um terapeuta. A espiral de violência começa como uma espiral de comunicação distorcida que leva, por meio da incontável espiral de desconfiança recíproca, à ruptura da comunicação”.

<sup>377</sup> JORGE DE FUGUEIREDO DIAS, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, 2009, cit., p. 816.

<sup>378</sup> Como BONAFÉ-SCHMITT definiu a mediação penal (*une justice douce*), citado por IVO AERTSEN; TONY PETERS, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, cit., p. 9.

<sup>379</sup> Nesse sentido, MYLÈNE JACCOUD, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (org.), 2005, *Justiça Restaurativa*, cit., p. 173, esclarece que “um sistema de justiça estatal que mude para valorizar a reparação dos danos causados à vítima convidando o ofensor a contribuir com isto em detrimento da pena. Este sistema não é mais retributivo, mas sim restaurativo. (...) Neste contexto, o termo “sistema penal” poderia ser substituído por “sistema de justiça”; em tal sistema, a verdadeira alternativa tornar-se-ia a sanção punitiva (o encarceramento), compreendida como uma última forma de sanção punitiva em casos onde o autor representa uma real ameaça para a sociedade”.

linha. Entretanto, mesmo nestes casos, entende-se que as práticas de justiça restaurativa poderão contribuir para que sejam alcançados os fins de reabilitação do agente, reparação da vítima e pacificação social, atuando em complementaridade ao processo penal tradicional, a fim de que o conteúdo dos acordos seja tido em conta pelo juiz, quando proferir a sentença do caso. Nesse caso, sublinhe-se que não haverá qualquer desrespeito ao princípio da oficialidade, já que o Ministério Público terá promovido a acusação. De outro lado, sustentamos que, em crimes de natureza não pública, a resolução do caso por intermédio da justiça restaurativa poderá ser definitiva, dependendo da vontade da vítima, do autor do fato e da celebração do acordo restaurativo.

Demais disso, não olvidamos elencar as principais críticas e vantagens atribuídas à justiça restaurativa e, apesar dos limites e contingências que impendem sobre esta, a perspectiva que defendemos é no sentido de que precisamos adaptar nossas instituições, a fim de que o sistema de justiça não funcione como a principal barreira para a democracia e que a gestão da criminalidade possa contar com maior participação popular<sup>380</sup>. Trata-se, no modelo restaurativo, do protagonismo da vítima e do autor do fato na resolução do conflito, incumbindo ao Estado oferecer o ambiente adequado para discussão da melhor forma de restaurar as relações, sempre com respeito aos direitos fundamentais, “ao invés de simplesmente oferecer aos infratores uma justiça formal ou positivada e, às vítimas, justiça alguma”<sup>381</sup>.

Outrossim, reputamos pertinente relatar as experiências comparadas de Justiça Restaurativa na Europa e nas Américas. Apresentamos as experiências pioneiras de Mediação Penal desenvolvidas na Noruega, assim como as experiências na França e na Espanha. Ademais, sublinhamos a importância do

---

<sup>380</sup> Nesse sentido, LEONARDO SICA, *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* 12, Jan-Jun de 2009, cit., p. 440, assevera que “poderíamos afirmar que existe uma profunda relação entre democracia e justiça penal, a partir de dois aspectos: a justiça como nova cena da democracia e como lugar de sua exigibilidade; o sistema de justiça como principal barreira à expansão da democracia brasileira. A gestão pública da criminalidade também é assunto que requer maior participação popular, sob a forma de ampliação das oportunidades de influir e discutir as decisões que habilitam o exercício do poder punitivo em cada caso. Isso é viabilizado pela mediação (desde que inserida no paradigma da justiça restaurativa) que assim tem como escopo legitimar a negociação da ordem sob a insígnia da lei, trazendo essa atividade para a luz de um espaço público, reconhecido e valorizado como tal”.

<sup>381</sup> ALISSON MORRIS, in Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (org.), 2005. *Justiça Restaurativa*, cit., p. 441.

Projeto “Mediação para a Reparação”, desenvolvido de forma pioneira na Bélgica, porquanto demonstrou que a justiça restaurativa também pode ser bastante eficiente e contribuir para o alcance dos fins do direito penal se aplicada aos casos que envolvem a prática de crimes graves. Ademais, revelamos que o número de casos encaminhados para os serviços de mediação penal, em Portugal, ainda é pouco significativo, mas que, diante do grau de satisfação dos usuários do serviço, do acréscimo das garantias de participação e de proteção dos direitos da vítima e do ofensor, impõe sejam realizados novos investimentos pelo Estado, a fim de promover e divulgar a mediação penal junto aos cidadãos.

Demais disso, no tocante às experiências de Justiça Restaurativa nos Estados Unidos da América, sublinhamos os efeitos positivos obtidos com os programas de mediação no contexto prisional e, diante disso, nossa manifestação foi no sentido de que tais experiências merecem ser incentivadas e levadas a efeito, em complemento à execução penal. No âmbito Brasileiro, verificamos que a Justiça Restaurativa ainda é pouco desenvolvida. No entanto, a análise da situação brasileira permitiu concluir que, embora o legislador pátrio já tenha aberto as portas para a solução amigável de conflitos na área criminal, com a Lei dos Juizados Especiais de 1995, ainda há largos passos a serem dados em direção à filosofia da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro<sup>382</sup>. Objetiva-se, assim, que o autor do fato seja estimulado a assumir a verdadeira responsabilidade<sup>383</sup> e, através do diálogo, seja possível obter-se a conciliação e a reparação da vítima, proporcionando-se pacificação social e maior satisfação dos usuários do serviço de justiça.

---

<sup>382</sup> Nesse sentido, LÉLIO BRAGA CALHAU, “Sistemas Penales Comparados: Mediación penal y justicia alternativa – Brasil”. *Revista Penal* 15, 2005, p. 195, disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es), acesso em 04 de março de 2013, assevera que “infelizmente, não há lei ainda que trate da Justiça Restaurativa no Brasil e o assunto ainda é desconhecido pela grande maioria de juízes, membros do Ministério Público, policiais e advogados que militam no campo criminal. Sua implantação só deverá ocorrer efetivamente em médio e longo prazo”.

<sup>383</sup> Cf. HOWARD ZEHR, *Trocando as Lentes – Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça*, cit., p. 41, a verdadeira responsabilidade “inclui a compreensão das consequências humanas advindas de nossos atos – encarar aquilo que fizemos e a pessoa a quem fizemos. Mas a verdadeira responsabilidade vai um passo além. Ela envolve igualmente assumir a responsabilidade pelos resultados das nossas ações. Os ofensores deveriam ser estimulados a ajudar a decidir o que será feito para corrigir a situação, e depois incentivados a tomar as medidas para reparar os danos”.

Ademais, de tudo quanto se falou, iniciando pela análise do importante papel desempenhado pelas Organizações Internacionais para o desenvolvimento da Mediação Penal, e passando pelo estudo dos princípios fundamentais que informam a mediação penal, tais como voluntariedade, confidencialidade, imparcialidade e informalidade, foi importante averiguar a solução para o intrincado problema da mediação penal e a salvaguarda dos princípios de direito penal e processo penal<sup>384</sup>. Vimos que a flexibilidade e informalidade da mediação penal não significa ausência de regras, importando seja obtido o consentimento livre e informado da vítima e do autor do fato, a fim de que seja possibilitado o diálogo, com conteúdo confidencial, auxiliado por um mediador imparcial e com aconselhamento jurídico prestado por advogado.

Diante disso, enfatizamos que a informalização do procedimento e o significativo aumento do poder de disposição da vítima e do autor quanto ao objeto do procedimento penal, no âmbito da mediação penal, não significa derrogação das garantias de direito penal e processual penal. Ressaltamos que a regra na mediação penal é a voluntariedade, o que importa dizer que o tradicional processo penal, considerado pela doutrina como direito constitucional aplicado, assim como o direito ao recurso, devem estar à disposição do infrator e da vítima, caso qualquer um destes não dê seu consentimento quanto à participação na mediação penal ou à celebração do acordo restaurativo. Nesse sentido, verificou-se que o legislador português agiu bem ao estabelecer como regra a obtenção do consentimento do arguido e do ofendido, em participar da mediação penal, sob pena de prosseguimento do processo penal (art. 3.º, n.º 6, da Lei n.º 21, de 12 de Junho de 2007).

Demais disso, sublinhamos que o princípio da legalidade, ainda que seja predominante nos sistemas jurídico-penal brasileiro e português, no sentido de que o Ministério Público deva promover a acusação, sempre que houver a notícia de um crime e estiverem preenchidos os pressupostos legais e fáticos e as condições de procedibilidade da ação, não se trata de um princípio absoluto.

---

<sup>384</sup> Importa salientar, na esteira da lição de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 1983, p. 121, que “a interpretação dos preceitos constitucionais não é a procura de uma vontade preexistente à qual o intérprete deve obediência, pois as normas respectivas não contém uma regulamentação concreta definitiva ou inequívoca, existindo apenas um problema normativo a resolver”.

Vimos que as limitações do princípio da legalidade em prol da oportunidade podem estar inscritas em programa estadual de defesa dos bens jurídicos tutelados e de ressocialização dos delinquentes<sup>385</sup>. Assim, o Ministério Público, agindo com *discricionariedade vinculada*<sup>386</sup>, levará em conta a obediência à lei, os juízos de valores legais e as necessidades de prevenção da criminalidade, quando tomar a decisão de, por exemplo, *desviar* o processo para a mediação penal.

Ainda, sublinhamos que a “crise do princípio da publicidade” no processo penal já era objeto de discussão na doutrina, independentemente da limitação ao princípio exercida pela mediação, diante das pressões exercidas pelos *media* e a necessidade de se preservar direitos fundamentais de personalidade, como a honra<sup>387</sup>. Não obstante isso, destacamos que o princípio da publicidade segue sendo a regra no processo penal, o qual entendemos não será maculado em razão da mediação. Isso porque a remessa do caso aos serviços de mediação ocorrerá, na maior parte dos casos, na fase do inquérito (como é o caso da Lei Portuguesa, art. 3º, n.º 1), ou seja, na fase tendencialmente sigilosa, momento diverso do processo penal, em que se exige a publicidade como regra. Ressalte-se que, ainda que a mediação seja levada a cabo em momento posterior ao inquérito, ideia que compartilhamos no presente estudo, o sigilo somente se fará presente nas sessões de mediação, preservando-se, assim, o conteúdo das conversas e o princípio da presunção de inocência do arguido. Ademais, como antes referido, não há aplicação de pena no acordo restaurativo e as injunções lá previstas serão estabelecidas mediante consentimento livre e esclarecido da vítima e do autor do fato, com exclusão das sanções privativas de liberdade ou outras que ofendam a dignidade do arguido, tudo sob a fiscalização do Ministério Público e do Judiciário.

Com efeito, ao apresentarmos a discussão sobre a compatibilidade dos fins das penas e exigências do Direito Penal, vigentes no atual Estado democrático e social de Direito, e a justiça restaurativa, foi possível

---

<sup>385</sup> Assim, JOÃO CONDE CORREIA, *Revista do Ministério Público* 112, Out/Dez de 2007, cit., p. 64.

<sup>386</sup> Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 17, 2007, cit., p. 205.

<sup>387</sup> ALBIN ESER, in *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, cit., p. 23 e ss.

compreender que a opção pela via alternativa de resolução de litígios penais não significa que os bens jurídicos mais importantes para a sociedade ficarão desprotegidos. Vimos que as práticas de justiça restaurativa são capazes de contribuir para o restabelecimento da paz, para recuperar a confiança social na vigência das normas e estabilidade do sistema normativo, bem como para dissuadir o delinquente da prática de novos crimes. Ainda que se tenha visto que a reparação dos danos, buscada pela vítima e infrator, no âmbito da mediação penal, tenha menor eficácia intimidatória que as clássicas penas privativas de liberdade e multa, foi possível reconhecer o potencial do *novo paradigma* da justiça restaurativa para produzir efeitos de prevenção geral e especial<sup>388</sup>.

Desta forma, partindo-se do entendimento de que a mediação penal, um dos diversos programas que pertencem ao conceito de justiça restaurativa, é instrumento hábil para que a Justiça alcance ideais de comunicação, solidariedade e reconciliação, fica a aspiração de evoluir para uma Justiça melhor, assim como já foi feito em outros países da Europa, no sentido de que a resposta penal, mais humana e eficaz, possa ser encontrada pelas partes diretamente envolvidas no conflito. Diante disso, fica a lição de Maria Leonor Assunção para que haja uma alteração de paradigma face ao processo penal estadual, a fim de que “ao contrário do combate, da peleja, do terçar armas, representado no processo penal tradicional (*adversary system*)” seja possível o encontro entre vítima e autor do fato, de forma voluntária, “privilegiando-se uma lógica de consenso, de reconciliação/pacificação<sup>389</sup>”.

---

<sup>388</sup> Cf. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, cit., pp. 19-20, “urge manter e intensificar o ideal de reabilitação e reduzir ao máximo a estigmatização individual. (...) e os caminhos para se atingirem aqueles propósitos passam, entre outras coisas, por uma ideia de desconcentração dos aparelhos atinentes à aplicação da justiça penal”. Por sua vez, ALESSANDRO BERNARDI, *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste* 30, 2003, cit., p. 88, refere que a reparação do dano e a mediação penal, esta última enquanto instrumento de superação do conflito interpessoal entre o autor do delito e a vítima, são mecanismos familiares às estratégias abolicionistas e resultam tendencialmente estranhos ao tradicional conceito de sanção punitiva, entretanto, apesar disso, “não se exclui que estes possam perseguir alguns efeitos preventivos tradicionalmente atribuídos à pena”.

<sup>389</sup> MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, in *Que futuro para o Direito Processual Penal*, 2009, cit., p. 355.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACÓRDÃO N.º 87/87 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Diário da República*, I Série, n.º 33, de 9.2.87.

ACÓRDÃO N.º 179/2012 DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Diário da República*, I Série, n.º 78, de 9.4.2012.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus n.º 96.095-2/SP, relatado pelo Min. Celso de Mello. Julgado em 03 de Fevereiro de 2009. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 25 de Janeiro de 2013.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus n.º 94.408-6/MG, relatado pelo Min. Eros Grau. Julgado em 10 de Fevereiro de 2009. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 25 de Janeiro de 2013.

**AERTSEN**, Ivo; **PETERS**, Tony. “As políticas europeias em matéria de justiça restaurativa”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out/Dez 2006, pp. 37-46.

\_\_\_\_\_. “Abordagens Restaurativas do crime na Bélgica”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, pp. 25-36.

\_\_\_\_\_. “Mediação para a Reparação: a Perspectiva da Vítima”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, pp. 9-36.

**ALBUQUERQUE**, Paulo Pinto. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2.ª Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.

**ALDONEY RAMÍREZ**, Rodrigo. “Sistemas Penais Comparados: Mediação Penal y Justicia Restaurativa – Alemanha”. *Revista Penal* 15, 2005, pp. 185-189. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013.

**ALEXANDRINO**, José de Melo. “Perfil Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções”. In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. 1, Coimbra: Almedina, 2008.

**ALMEIDA**, Carlota Pizarro de. *Despublicização do Direito Criminal*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

\_\_\_\_\_. “A Mediação perante os Objectivos do Direito Penal”. In: *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, pp. 39-51.

**ANDRADE**, Manuel da Costa. “Consenso e Oportunidade – Reflexões a propósito da Suspensão Provisória do processo e do Processo Sumaríssimo”. In: *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1991, pp. 319-358.

\_\_\_\_\_. “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, fasc. 1, Jan-Mar/1992, p. 173 e ss.

**ANDRADE**, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

**ASSUNÇÃO**, Maria Leonor. “A participação central-constitutiva da vítima no processo restaurativo – uma ameaça aos fundamentos do processo penal estadual?”. In: *Que futuro para o Direito Processual Penal: Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português* (coordenação científica: Mário Ferreira Monte). Coimbra Editora, 2009, pp. 333-357.

**AZEVEDO**, André Gomma de. “O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine (Org.) *et al. Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005, pp. 135-162.

**AZEVEDO**, Rodrigo Ghiringhelli de. “Conciliar ou Punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea”. In: CARVALHO, Salo de; WÜNDERLICH,

Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Jures, 2002, pp. 55-79.

**BACHMAIER WINTER**, Lorena. “Acusatório versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal”. In: *Proceso Penal e Sistemas Acusatórios* (coord. científica: L. Bachmaier), Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 11-48.

**BARATTA**, Alessandro. “La Política Criminal Y El Derecho Penal de La Constitución: Nuevas Reflexiones sobre El Modelo Integrado de Las Ciencias Penales”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 29, Janeiro/2000, p. 27 e ss.

**BARREIROS**, José António. *Sistema e Estrutura do Processo Penal Português*, vol. II. Lisboa: Universidade Lusíada, 1997.

**BASTOS**, Maria Manuel. “Breves considerações sobre a mediação penal”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out/Dez 2006, pp. 85-91.

**BELEZA**, Tereza Pizarro; **MELO**, Helena Pereira. *A Mediação Penal em Portugal*. Lisboa: Editora Almedina, 2012.

**BERNARDI**, Alessandro. “La evolución de la política criminal italiana entre opciones represivas y soluciones minimalistas”, *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste* 30, 2003, pp. 71-94.

**BISCAIA**, Pedro Tenreiro. “O sistema tradicional de justiça e a mediação vítima-agressor: o papel dos advogados”. In: *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, pp. 85-94.

**BRAITHWAITE**, John. “Entre a Proporcionalidade e a Impunidade: Confrontação, Verdade e Prevenção”. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Máira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na Governança da Justiça e da Segurança Pública*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006, pp. 371-387.

**BRITO**, José de Sousa e. “A Lei Penal na Constituição – artigos 29º, nºs 1, 2, 3 e 4; 167, alínea e)”. In: *Estudos sobre a Constituição*, 2º volume, Lisboa: Petrony: 1978, pp. 197 e ss.

**CABALLERO BRUN**, Felipe. “Sistemas Penales Comparados: Mediación penal y justicia alternativa – Chile”. *Revista Penal* 15, 2005, pp. 196-197. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013.

**CALHAU**, Lélío Braga. “Sistemas Penales Comparados: Mediación penal y justicia alternativa – Brasil”. *Revista Penal* 15, 2005, pp. 193-195. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013.

**CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, 4ª. ed. Coimbra Editora, 2007.

**CANOTILHO**, José Joaquim Gomes; **MOREIRA**, Vital. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

**CARAVELLAS**, Elaine; **BUGARIB**, Karla; **SIQUEIRA NETO**, Lélío Ferraz de. “Justiça Restaurativa”, *Justitia* 64, Jul/Dez de 2007, São Paulo, pp. 339-351.

**CARVALHO**, Américo A. Taipa de. *Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003.

**CASTRO**, Josefina. “O Processo de Mediação em Matéria Penal – Elementos de Reflexão a partir do Projeto de Investigação-ação da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto”, *Revista do Ministério Público* 105, Jan/Mar de 2006, p. 145-154.

**CHIES**, Luiz Antônio Bogo. “É possível ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia”. In: CARVALHO, Salo de; WÜNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Jures, 2002, pp. 161-219.

**CINTRA**, Antônio Carlos de A.; **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

**CORREIA**, Eduardo. *Processo Criminal*. Coimbra: 1956.

**CORREIA**, João Conde. “O Papel do Ministério Público na Mediação Penal”, *Revista do Ministério Público* 112, Out/Dez de 2007, p. 57-77.

**COSTA**, José Francisco de Faria. “Diversão, desjudicialização e mediação: que rumos?”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 61, 1985, p. 91 e ss.

\_\_\_\_\_. “Os novos horizontes sobre os meios de comunicação social e a justiça (ou a vertigem de *Hermes*)”. In: *Direito Penal da Comunicação*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

**CUNHA**, José Manuel Damião da. *O Caso Julgado Parcial – Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2002.

**DELMAS-MARTY**, Mireille. *Processos Penais da Europa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

**DIAS**, Augusto Silva. *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com a Proteção do Futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

**DIAS**, Jorge de Figueiredo. “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1989, pp. 3-34.

\_\_\_\_\_. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra Editora, 1993 – 3.<sup>a</sup> reimpressão em 2011.

\_\_\_\_\_. “Autonomia do Ministério Público e seu Dever de Prestar Contas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 17, 2007, p. 191-206.

\_\_\_\_\_. “O Processo Penal Português: Problema e Prospectivas”, in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal*

*Português* (coord. científica: Mário Ferreira Monte), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 805-819.

**DUARTE**, Caetano. “Justiça Restaurativa”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* (outubro-dezembro de 2006), n.º 37, p. 47-52.

**DUARTE**, José Henrique. *Todo o Homem é maior que o seu Erro – A Mediação Restaurativa no Direito Prisional Português*. Coimbra: Edição de autor, 2012.

**EIRAS NORDENSTAHL**, Ulf Christian. *Mediación Penal: de La Práctica a La Teoría*, 2ª Ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2010.

**ESER**, Albin. “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal - Tendencias nacionales e internacionales” (Tradução de Fabricio O. Guariglia y Fernando J. Córdoba). In: *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc-Verl., 1992, pp. 15-52.

\_\_\_\_\_. “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima” (Tradução de Cancio Meliá), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol 18, fasc. III, 1998.

\_\_\_\_\_. “Un cambio en las máximas del proceso penal: hacia una “reprivatización” del proceso penal?” (tradução de María Luisa Villamarín López). In: *Constitución y sistema acusatorio: un estudio de derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 51-92.

**ESQUINAS VALVERDE**, Patrícia. “La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable em España?”, *Revista Penal* 18, 2006, pp. 55-101. Disponível em <http://www.uhu.es>. Acesso em 18 de fevereiro de 2012.

**ESTEVES**, Raúl. “A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* (outubro-dezembro de 2006), n.º 37, p. 53-64.

**FELDENS**, Luciano. *A Constituição Penal: A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

**FERRAJOLI**, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* (tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

**FERREIRA**, J. O. Cardona. “A mediação como caminho da justiça: a mediação penal, *O Direito* 5, Lisboa-2007, p. 1013-1026.

**FILHO**, Fernando da Costa Tourinho. *Código de Processo Penal Comentado*, vol. 1, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

**FROESTAD**, Jan; **SHEARING**, Clifford. “Prática da Justiça: o modelo Zwelenthemba de resolução de conflitos. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), pp. 79-124.

**GALAIN PALERMO**, Pablon. *La Reparación del Dãno a la Víctima del Delito*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

\_\_\_\_\_. “Mediação Penal como Forma Alternativa de Resolução de Conflitos: A Construção de um Sistema Penal sem Juízes”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 91, Julho/2011, vol. 91, p. 161 e ss.

\_\_\_\_\_. “¿La Reparación del Daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxín”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)* 3, ano 2005, pp. 183-220. Disponível em [www.unirioja.es](http://www.unirioja.es). Acesso em 04 de março de 2013.

\_\_\_\_\_. “Sistemas Penales Comparados: Mediación penal y justicia alternativa – Uruguay”. *Revista Penal* 15, 2005, pp. 223-227. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013.

**GARCÍA ARÁN**, Mercedes. “Despenalización y privatización ¿tendencias contrarias?”, in: *Crítica y Justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (Coord. L. Arroyo Zapatero, U. Newman y A. Nieto Martín), Colección Estudios, Ed. da Universidade de Castilla-La Mancha, Cuenca: 2003, p. 191 e ss.

**GARCÍA-CERVIGÓN**, Josefina García. “Experiencias de mediación penal de adultos en España”, *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, vol. IV, n.º 3, Setembro-Dezembro de 2010, pp. 143-161. Disponível em [http://www.vittimologia.it/rivista/articolo\\_garcia-cervigon\\_2010-03.pdf](http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_garcia-cervigon_2010-03.pdf). Acesso em 27 de março de 2013.

**GARAPON**, Antoine. *O Juiz e a Democracia: O Guardiã das Promessas* (tradução de Maria Luiza de Carvalho), 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

**GORDILLO SANTANA**, Luis. “Los Principios Constitucionales y las Garantías Penales en el marco del Proceso de Mediación Penal”. *Revista Redur* 4, Dezembro de 2006, pp. 1-38. Disponível em [www.unirioja.es](http://www.unirioja.es). Acesso em 20 de março de 2013.

**HABERMAS**, Jürgen (entrevistado); **BORRADORI**, Giovanna (entrevistadora). *Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida*. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

**HASSEMER**, Winfried. “La persecución penal: Legalidad y oportunidad” (Trad. de Cobos Gómez de Linares), *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 4, Setembro de 1988, pp.8 e ss.

\_\_\_\_\_. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra; seguido de A Segurança Pública no Estado de Direito* (tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos). Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1995.

\_\_\_\_\_. “Processo Penal e Direitos Fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coord. científica: Maria Fernanda Palma), Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 16-25.

**JACCOUD**, Mylène. “Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa”. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.),

2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), pp. 163-186.

**JESCHECK**, Hans-Heinrich; **WEIGEND**, Thomas. *Tratado de Derecho Penal – Parte General* (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., Granada: Comares, 2002.

**KONZEN**, Afonso Armando. *Justiça Restaurativa e Ato Infracional: desvelando sentidos no itinerário da Alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

**LARRAURI PIJOAN**, Elena. “Tendências Atuais da Justiça Restaurativa”, *RDP* 54 (Fev-Mar/2009), pp. 166-197.

**LAUWAERT**, Katrien. “Quadro legal da mediação vítima-agressor na Europa continental”. In: *Resolução Alternativa de Litígios – Colectânea de Textos publicados na Newsletter DGAE, Lisboa, Agora Publicações, 2006, p. 102-113.*

**LÁZARO**, João; **MARQUES**; Frederico Moyano. “A mediação vítima-infrator e os direitos e interesses das vítimas”. In: *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, pp. 27-37.

\_\_\_\_\_. “Justiça restaurativa e mediação”, *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade* 37, Out-Dez/2006, p. 65-83.

**LEITE**, André Lamas. “Justiça *prêt-à-porter*? Alternatividade ou Complementariedade da Mediação Penal à Luz das Finalidades do Sancionamento”, *Revista do Ministério Público*, n.º 117, Jan-Mar/2009, p. 85-126.

**MAÑALICH RAFFO**, Juan Pablo. “El Derecho Penal de la víctima”, *Revista Derecho y Humanidades* 10, 2004, pp. 253-283.

**MARSHALL**, Chris; **BOYACK**, Jim; **BOWEN**, Helen. “Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática: Uma Abordagem Baseada em Valores”. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça*

*Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), pp. 269-280.

**MELO**, Eduardo Rezende. “Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva”. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), pp. 53-78.

\_\_\_\_\_. “Comunidade e justiça em parceria para a promoção de respeito e civilidade nas relações familiares e de vizinhança: um experimento de justiça restaurativa e comunitária. Bairro Nova Gerty, São Caetano do Sul-SP”. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, pp. 59-80.

**MELO**, Eduardo Rezende; **EDNIR**, Madza; **YAZBEK**, Vania Curi. *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008. Disponível em [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br). Acesso em 30 de Janeiro de 2013.

**MIR PUIG**, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982.

\_\_\_\_\_. “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo 39, fasc. II, Jan-Abr/1986, pp. 49-58.

\_\_\_\_\_. “Bien jurídico y bien jurídico-penal como limites del ius puniendi”, in *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Universidad de Santiago de Compostela: 1991, p. 205 e ss.

**MIRANDA**, Jorge. “A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, São Paulo: Quartier Latin Editora, 2008.

**MONTE**, Mário Ferreira. “Do Princípio da Legalidade no Processo Penal e da Possibilidade de Intensificação dos Espaços de Oportunidade”, *Revista do Ministério Público* 101, Jan-Mar/2005, p. 67-78.

**MORAL GARCIA**, Antonio del. “Perspectivas de la mediación em el ámbito penal: reflexiones de um fiscal”, *Familia: Revista de Ciencias y Orientación Familiar* 38, 2008, pp. 79-98.

**MORRIS**, Alisson. “Criticando os Críticos: Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa”. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), pp. 439-472.

**MUÑOZ CONDE**, Francisco. “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito”. In: *Cuadernos de Política Criminal* nº 7, 1979, p. 91 e ss.

**NIÑO**, Luiz Fernando. “Sistemas Penales Comparados: Mediación Penal y Justicia Restaurativa – Argentina”, *Revista Penal* 15, 2005, pp. 189-193. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013.

**NOVAIS**, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da Republica Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

**PALMA**, Maria Fernanda. “As Alterações Reformadoras da Parte Geral do Código Penal na Revisão de 1995: Desmantelamento, Reforço e Paralisia da Sociedade Punitiva”. In: *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal* (Organização de Maria Fernanda Palma e Tereza Pizarro Beleza), Lisboa, edição da A.A.F.D.L., 1998, pp. 25-51.

**PATTO**, Pedro Maria Godinho Vaz. *Os Fins das Penas e a Prática Judiciária – algumas questões*, texto facultado nas *Jornadas de Direito Penal e Processual Penal*, ação de formação do Conselho Superior da Magistratura, Albufeira, 1.º de Julho de 2011. Disponível em [www.tre.pt](http://www.tre.pt). Acesso em 05 de Fevereiro de 2013.

**PATRÍCIO**, Rui. “O direito fundamental à presunção de inocência: revisitado a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde”, Lisboa: 2005. Disponível em <http://www.mlgts.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/211.pdf>

**PEDROSO**, João; **TRINCÃO**, Catarina e **DIAS**, João Paulo. *Por caminhos da(s) reformas da Justiça*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa – Centro de Estudos Sociais. Coimbra: 2008. Disponível em <http://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf>. Acesso em 10 de Janeiro de 2013.

**PÉREZ SANZBERRO**, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿Apertura de una nueva vía?*. Granada: Editorial Comares, 1999.

**PERÉZ PINZÓN**, Álvaro Orlando. “Sistemas Penales Comparados: Mediación penal y justicia alternativa – Colômbia”. *Revista Penal* 15, 2005, pp. 197-204. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013.

**PINTO**, Renato Sócrates Gomes. “Justiça Restaurativa – É possível no Brasil?”. In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (Org.), 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), pp. 19-40.

**RINCÓN RINCÓN**, Jesús Enrique. “Sistemas Penales Comparados: Mediación penal y justicia alternativa – Venezuela”. *Revista Penal* 15, 2005, pp. 227-234. Disponível em [www.uhu.es](http://www.uhu.es). Acesso em 04 de março de 2013.

**RÍOS MARTÍN**, Julián Carlos; **MARTÍNEZ ESCAMILLA**, Margarita; **SEGOVIA BERNABÉ**, José Luis; **GALLEGO DÍAZ**, Manuel; **CABRERA**, Pedro; **JIMÉNEZ ARBELO**, Montserrat. “Justicia restaurativa y mediación penal. Análisis de una experiência (2005-2008)”. Disponível em [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es). Consulta em 04 de Fevereiro de 2013.

**ROBALO**, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. *Justiça Restaurativa: Um Caminho para a Humanização do Direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

**RODRIGUES**, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. “Celeridade e Eficácia: uma opção político-criminal”. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 39-67.

\_\_\_\_\_. “A propósito da introdução do Regime de Mediação Penal no Processo Penal”, *Revista do Ministério Público* 105, Jan-Mar/2006, p. 129-133.

**ROXIN**, Claus. “La reparación en el sistema de los fines de de la pena” (tradução de Julio B. J. Maier e Elena Carranza). In: *De los Delitos y de las Victimas*. Córdoba: Ad-Hoc R.S.L., 1992, pp. 130-156.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal – Parte General: fundamentos de la estructura de lateoria del delito* (tradução Diego Manoel Luzón Pena, Miguel Dias, Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal), vol. 1, Madrid: Editorial Civistas, 1997.

\_\_\_\_\_. *Problemas Fundamentais de Direito Penal* (tradução de Ana Paula dos Santos, Luís Natscheradetz e outros), 3ª ed. Lisboa: Veja, 1998.

\_\_\_\_\_. *Derecho Processal Penal* (tradução da 25.ª edição alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor), Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

\_\_\_\_\_, “Tem Futuro o Direito Penal?” (tradução de Luís Greco), *Revista dos Tribunais*, Ano 90, v. 790, Agosto/2001, p. 459-474.

**SÁEZ VALCARCÉL**, Ramon. *La mediación reparadora em el Proceso Penal: reflexión a partir de una experiência*, 2007. Disponível em [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es). Consulta em 29 de Janeiro de 2013.

**SANTOS**, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

**SANTOS**, Cláudia. “A Mediação Penal, a Justiça Restaurativa e o Sistema Criminal – Algumas Reflexões Suscitadas pelo Anteprojecto que Introduce a Mediação Penal “de Adultos” em Portugal”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais* 16, 2006, p. 85-113.

**SANTOS**, Artur Jorge Costa dos. *A Mediação Penal e o Princípio da Oportunidade*. Dissertação de Mestrado não publicada, 2012.

**SARLET**, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 4.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SENTENCIAS DO **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL** Nº 75/2007 e Nº 76/2007, ambas de 16 de abril, disponíveis em [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). Acesso em 25 de Fevereiro de 2013.

**SICA**, Leonardo. “Justiça Restaurativa: Críticas e Contra Críticas”. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal* 47, vol. 8, Porto Alegre, Dez de 2007/Jan de 2008, pp. 158-189.

\_\_\_\_\_. “Bases para o Modelo Brasileiro de Justiça Restaurativa”. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais* 12, Jan-Jun de 2009, pp. 411-447.

**SILVA**, Eliezer Gomes da; **SALIBA**, Marcelo Gonçalves. “Justiça Restaurativa, Sistema Penal e Democracia – Intercessões Ético-Discursivas”, *RDP* 52, Out-Nov de 2008.

**SILVA**, Germano Marques da. “O Processo Penal Português e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, *Revista CEJ*, v.3, nº 7, Jan./Abr. de 1999, pp. 84-92.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Penal*, vol. 1. 4ª ed. rev. e atualizada. Lisboa: Editorial Verbo, 2000.

\_\_\_\_\_. “A Mediação Penal: em busca de um novo paradigma”. In: *A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, pp. 95-108.

**SILVA**, Sandra Oliveira e. *A Protecção de Testemunhas no Processo Penal*. Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

**SILVA SÁNCHEZ**, Jesús Maria. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed. ampliada. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L. e B de F Ltda., 2011.

**STRECK**, Lênio Luiz; **FELDENS**, Luciano. *Crime e Constituição: A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*, 3ª. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

**TEIXEIRA**, Carlos Adérito. *Princípio da Oportunidade - Manifestações em Sede Processual Penal e sua Conformação Jurídico-Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

**UMBREIT**, Mark S. “Justiça Restaurativa por meio da Mediação “Vítima-Ofensor”: uma avaliação a partir de várias experiências locais” (tradução de Francisco Schertel e Breno Zaban). In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (Orgs.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – vol. 4*, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. Disponível em [www.arcos.org.br](http://www.arcos.org.br). Acesso em 11 de janeiro de 2013.

**UMBREIT**, Mark S; **VOS**, Betty; **COATES**, Robert B.; **LIGHTFOOT**, Elizabeth. “Restorative Justice in the twentyfirst century: a social movement full of opportunities and pitfalls”, *Marquette Law Review* 89, 2005, pp. 251-304. Disponível em <http://www.cehd.umn.edu/ssw/rjp/>. Acesso em 27 de março de 2013.

**WALGRAVE**, Lode. “Imposição da restauração no lugar da dor: reflexões sobre a reação judicial ao crime”. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, pp. 433-453.

**ZEHR**, Howard; **TOEWS**, Barb. “Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo”. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na Governança da Justiça e da Segurança Pública*. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2006.

**ZEHR**, Howard. *Trocando as Lentes – Um Novo Foco sobre o Crime e a Justiça* (tradução de Tônia Van Acker). São Paulo: Palas Athenas, 2008.