

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

YGOR PIMENTEL

**A (IM)POSSIBILIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL ATRAVÉS
DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

**VITÓRIA
2023**

YGOR PIMENTEL

**A (IM)POSSIBILIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL ATRAVÉS
DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para aprovação na disciplina de elaboração de TCC, orientada pelo Professor Anderson Burke Gomes.

VITÓRIA

2023

YGOR PIMENTEL

**A (IM)POSSIBILIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL ATRAVÉS
DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em ____, de _____, de 2023.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Anderson Burke Gomes
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof.
Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me guiado até aqui. Ele é digno de toda honra e glória.

“Porque dele e por ele, e para ele, são todas as coisas; glória pois a ele eternamente. Amém” (Romanos 11:36).

Aos meus pais, Sebastião e Scheyla, pelo amor incondicional e pelos ensinamentos e conselhos que me proporcionaram chegar até aqui.

À minha avó, Ercília, que em todos os momentos esteve comigo.

À minha irmãos, Yeda e Bernardo, que me proporcionaram alegrias em momentos difíceis.

À minha madrasta, Elizângela, e ao meu padrasto, Luís Cláudio, por todo apoio e palavras de conforto.

À toda equipe do escritório Passos Costa Advogados, por todo apoio e ensinamento.

Ao meu professor e orientador, Anderson Burke, por todas as contribuições que tornaram possível a realização desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a possibilidade da reforma do Direito Penal Brasileiro a partir do emprego da justiça restaurativa. A pesquisa se faz importante em razão da evidente ineficiência do sistema criminal, que pune o indivíduo com penas incompatíveis com os direitos fundamentais da pessoa humana, ao mesmo tempo em que afasta a vítima da resolução do conflito sem que essa tenha seu bem reparado. Nesse sentido, o trabalho visa investigar o contexto histórico das figuras da vítima e do ofensor, bem como dos fundamentos da pena privativa de liberdade, com a finalidade de identificar um novo sistema de justiça penal que devolva o protagonismo do conflito aos reais interessados e promova o entendimento das consequências dos atos criminosos para vítima e para sociedade. Para atingir sua conclusão, o estudo procurou analisar o surgimento da justiça restaurativa, assim como seus princípios e métodos. Por fim, o trabalho investigou acerca da possibilidade, ou impossibilidade, de se chegar ao abolicionismo penal por meio do instituto da justiça restaurativa.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the possibility of reforming Brazilian Criminal Law through the implementation of restorative justice. The research is important due to the evident inefficiency of the criminal system, which punishes individuals with penalties incompatible with the fundamental rights of human beings, while also failing to provide victims with resolution to the conflict and reparation for their harm. In this sense, the paper seeks to investigate the historical context of the victim and the offender, as well as the foundations of custodial sentences, in order to identify a new system of criminal justice that restores the protagonism of the conflict to the real stakeholders and promotes understanding of the consequences of criminal acts for victims and society. To reach its conclusion, the study examines the emergence of restorative justice, as well as its principles and methods. Finally, the paper explores the possibility, or impossibility, of achieving penal abolitionism through the institution of restorative justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL	08
1.1 FINALIDADES DO DIREITO PENAL	09
1.2 FINALIDADES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL	10
1.3 PARTES DO CONFLITO CRIMINAL	13
2 O PAPEL DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL	14
3 O PAPEL DO AGRESSOR NO PROCESSO PENAL	17
4 JUSTIÇA RESTAURATIVA	24
4.1 SURGIMENTO E OBJETIVOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	24
4.2 JUSTIÇA RESTAURATIVA NO PROCESSO PENAL	26
4.3 É POSSÍVEL A APLICAÇÃO EM TODOS OS CASOS?	28
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

O Direito Penal brasileiro visa regulamentar ações e fatos que são socialmente reprovados e que causam danos ou perigo de danos a bens juridicamente relevantes para o corpo social, seja danos contra a pessoa, contra o patrimônio, contra a ordem pública ou até mesmo contra o estado democrático de direito.

Nesse sentido, o Estado, por meio do sistema de justiça penal, pune aqueles que agem em desconformidade com o direito penal e com o considerado padrão social, tomando para si o monopólio da força.

Entretanto, com base na história recente do país e do mundo, é evidente que o poder punitivista estatal não pode ser ilimitado, uma vez que o mundo já não comporta e não aceita atrocidades como as cometidas por regimes totalitários experimentados ao redor no mundo.

No Brasil, por exemplo, se experimentou os horrores cometidos pela Ditadura Militar, que se iniciou na década de 60 e se estendeu até a década de 80, de modo que, para a redemocratização, seria impensável qualquer sistema penal que impusesse penas degradantes aos que porventura cometessem crimes.

Nesse passo, o constituinte de 1988 optou por criar uma série de princípios que deveriam reger o sistema penal brasileiro, mantendo as penas privativas de liberdade e as penas restritivas de direito.

As penas restritivas de direitos demonstram, no Brasil e no mundo, resultados animadores, com baixas taxas de reincidência e com custos mais baixos quando comparadas com as penas privativas de liberdade.

Assim, as penas restritivas de direito utilizadas no Brasil são: prestação pecuniária, perda de bens e valores, limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade, e interdição de direitos. Pois bem, é possível notar que todas essas penas possuem caráter punitivo ou com obrigações de fazer para com o estado e com

a sociedade, mas nunca visando indenizar a vítima pelos danos causados, sendo que essa é a real interessada no desenrolar do imbróglio.

É importante se verificar ainda que nem todos que cometem crimes são desamparados pelo Estado e, por sua vez, possuem condições sociais e econômicas de discernir o que é certo e errado, haja vista que foram dotados de sistemas educativos superiores aos oportunizados para maior parte da sociedade brasileira. Sob essa perspectiva, por exemplo, as penas restritivas de direito e privativas de liberdade pouco possuem efeitos na ressocialização desses indivíduos.

Não se pode negar que há também o instituto da reparação civil *ex delicto*, contudo, é uma prática pouco explorada e que pode dar margem à efeitos de duplicidade de pena, ou seja, de *bis in idem*, tendo pouca efetividade, haja vista que não gera nenhum ganho para reintegração social do sujeito que venha a cometer crimes.

Nesse diapasão, o presente trabalho de conclusão de curso visa entender o sistema penal brasileiro de modo geral, bem como propor uma forma que efetive a justiça penal, tanto para o ofensor, que poderá encontrar penas mais efetivas para o convívio social e menos degradantes do que as vigentes no Brasil, quanto para vítima, que poderá ter participação no processo penal e poderá ser devidamente indenizada pelos danos sofridos.

1 SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL

Para discussão do tema proposto acima, é de extrema importância analisar o sistema de justiça penal adotado no Brasil, de modo a entender seu contexto e seus mecanismos.

O sistema de justiça penal nada mais é do que toda organização do poder judiciário para enfrentar as questões criminais, possuindo como integrantes desse quadro as autoridades policiais, o Ministério Público, a Defesa dos acusados, o judiciário e o sistema prisional (FERREIRA e FONTOURA, 2008, p. 08).

Assim, para o funcionamento da justiça penal, na prática, há a necessidade de se instituir um direito penal que dialogue com o direito processual penal, sendo que esse deve se posicionar acerca dos bens jurídicos relevantes e que merecem estar amparados pela lei penal, bem como a aplicação de penas para quem os descumpre, o último, por sua vez, deve estar voltado para o rito a ser seguido para que ao final seja possível a aplicação de uma sentença condenatória ou absolutória, devendo sempre estar em conformidade com os direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório.

1.1 A FINALIDADE DO DIREITO PENAL

Feitas as considerações introdutórias, faz-se necessário entender o direito penal e suas finalidades. Assim, podemos defini-lo como campo do direito que visa proteger os bens jurídicos mais relevantes no contexto social, ou seja, aqueles que os outros ramos do direito não podem alcançar e que suas violações provocam graves danos à individualidade e até mesmo ao corpo social como um todo. Assim, Luiz Regis Prado (2018, p. 81) afere que:

O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade –, norteadas por princípios penais fundamentais.

Contudo, o direito como um todo está em constante mudança, uma vez que tende a se adaptar à cultura e ao tempo em que está inserido, como salienta o professor Nelson Camatta Moreira (2007, p. 179): “Daí se nota que o Direito possui sua existência vinculada ao tempo, estando ambos relacionados com a sociedade”.

Nessa toada, o direito penal também se faz adaptável à cultura e ao tempo, no sentido de que algo que há 50 anos atrás era crime, atualmente pode ter deixado de ser, ou aquilo que antes era tolerado, passou a ser considerado crime, ou seja, há uma alternância do que se considera bem jurídico relevante. Nesse mesmo entendimento, o professor Rogério Greco afirma que o bem jurídico não possui apenas valor socioeconômico, mas também político, de modo que são passíveis de mudança conforme a evolução da sociedade.

Com o direito penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do direito.

Quando dissermos ser político o critério de seleção dos bens a serem tutelados pelo Direito Penal, é porque a sociedade, dia após dia, evolui. Bens que em outros tempos eram tidos como fundamentais e, por isso, mereciam a proteção do Direito Penal, hoje, já não gozam desse mesmo status.

[...]

Em virtude dessa constante mutação, bens que outrora eram considerados de extrema importância e, por conseguinte, carecedores da especial atenção do Direito Penal já não merecem, hoje, ser por ele protegidos (GRECO, 2015, p. 2-3).

Por exemplo, podemos dizer que, sob a visão patriarcal, que dominou o mundo e que ainda reflete nos dias atuais, há alguns anos atrás um homem poderia matar sua esposa em legítima defesa da honra, o que claramente não é mais tolerado, outro exemplo é que, até pouco tempo atrás, a homossexualidade era considerada crime, o que hoje não pode ser mais aceito.

Sob essa perspectiva, é possível concluir que o direito penal visa proteger aqueles bens jurídicos que garantem o funcionamento da ordem social e, por não serem passíveis de aplicação de outras fontes do direito, aqueles que infringem a norma penal, são submetidos a sanções, como será demonstrado mais adiante.

Nessa linha, é importante frisar que o direito penal vem para funcionar como última *ratio legis*, ou seja, só se aplica em casos extremos, haja vista que a aplicação das penas restringe direitos fundamentais do indivíduo.

1.2 FINALIDADES DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Como visto no tópico anterior, ao passo que uma norma penal é infligida, surge para o estado o dever de estabelecer penas a quem praticou o ilícito, mas seria razoável a aplicação de sanções sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, fundadas na simples convicção do Estado?

Bom, não se faz racional aceitar que o Estado e todo seu aparato possa restringir direitos fundamentais de forma arbitrária, sendo necessária a imposição de limites à

poderosa máquina estatal. Dessa maneira, o processo penal surge como um meio de promover a garantia de direitos individuais previstos na Constituição Federal para justa responsabilização daqueles que, porventura, venham a cometer crimes.

Diante disso, o processo penal vem garantir à sociedade que, para aplicação de um castigo, deve ser observado um rito, que consiste na aplicação de atos jurídicos ordenados e que, dessa forma, se possa chegar a um objeto final, que no caso é a condenação ou a absolvição.

Guilherme de Souza Nucci (2023, p. 22) conceitua o direito processual penal da seguinte maneira:

O direito processual penal é o corpo de normas jurídicas com a finalidade de regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto. É o ramo das ciências criminais cuja meta é permitir a aplicação de vários dos princípios constitucionais, consagradores de garantias humanas fundamentais, servindo de anteparo entre a pretensão punitiva estatal, advinda do direito penal, e a liberdade do acusado, direito individual.

Nesse passo, se faz importante estabelecer que a existência do sistema processual penal brasileiro que conhecemos atualmente deriva de dois modelos processualistas, quais sejam o sistema acusatório e o sistema inquisitivo.

O sistema inquisitivo é um procedimento de busca pela verdade sem as garantias fundamentais, desprezando o contraditório e a ampla defesa. Tal sistema consiste na reunião de todas as funções do sistema processual penal (acusar, defender e julgar) em uma só pessoa. Nesse pensamento, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2018, p. 54) aferem que:

O princípio inquisitivo é caracterizado pela inexistência de contraditório e ampla defesa, com concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma figura única (juiz). O procedimento é escrito e sigiloso, com o início da persecução, produção de prova e prolação da decisão judicial pelo magistrado.

O sistema acusatório se caracteriza pelo embate entre o acusador e o acusado, de forma que um terceiro, denominado juiz, decide qual parte assiste razão. Nesse

modelo, como assevera Gustavo Henrique Badaró (2018, p.101-102), impera a existência do contraditório, oralidade, publicidade e presunção de inocência.

O sistema processualista brasileiro é indicado pela doutrina majoritária como um sistema misto. Apesar de concordarmos que é muito difícil a adoção de um sistema puro, ao observarmos as garantias estabelecidas na Constituição Federal, bem como o artigo 3-A do Código de Processo Penal (incluído pelo pacote anti-crime), chegamos à conclusão que o sistema processual brasileiro é o acusatório.

Todavia, não podemos negar que o direito processual brasileiro teve influência da corrente inquisitorial, pois veja, o nosso sistema, em fase inicial, há o inquérito policial, em que é instaurado o procedimento investigativo de indício de autoria e prova de materialidade, não sendo oportunizado o direito ao contraditório e à ampla defesa, podendo o advogado do investigado, apenas, acompanhar o interrogatório.

Assim, superada a fase supracitada, se evidencia a existência do sistema acusatório, no qual os indícios de autoria e provas de materialidade aferidos em sede investigativa são expostos, em juízo, ao contraditório e à ampla defesa, devendo se observar o devido processo legal.

Nesse momento, é possível se observar que as funções são bem definidas e separadas, ao passo que o poder de investigação, o poder de acusação e o poder jurisdicional são realizados por órgãos distintos e devem observar os direitos e as garantias constitucionais e processuais da Defesa. Diante disso, Aury Lopes Junior, em sua obra “Direito Processual Penal” (2023, p. 25), afirma que

(...) o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória, vista como a faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a existência de um delito, para ver ao final concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz através de uma pena ou medida de segurança(...).

Feitas todas as considerações, chegamos à conclusão que o direito processual penal é a trilha a ser seguida para que o Estado possa exercer o seu poder punitivo, devendo sempre observar os direitos e garantias existentes na Constituição Federal e no Código de Processo Penal.

1.3 PARTES DO CONFLITO PENAL

Para prosseguimento, faz-se necessário trazer para o debate os sujeitos envolvidos no conflito criminal, pois veja, como poderia punir alguém sem que este esteja envolvido no conflito? Ou, como poderia um bem jurídico ser atingido se este não pertence a ninguém?

O direito penal possui como um de seus princípios basilares o Princípio da Lesividade, ou seja, não se pode regular bens jurídicos em que o próprio detentor provoque dano ou perigo, não podendo este ser punido criminalmente. Nessa medida, o direito criminal visa proteger os bens de terceiro, seja ele coletivo ou individual.

Pois bem, o conflito penal, em regra, possui dois polos, o polo ativo e o polo passivo.

O polo ativo é aquele, pessoa física ou jurídica, que causa dano ou leva perigo de dano ao bem jurídico alheio, sendo este bem protegido pela norma penal. O professor Luiz Regis Prado (2018) afere que “Em princípio, o sujeito ativo (autor ou agente) é todo aquele que realiza a ação ou omissão típica, nos delitos dolosos ou culposos. Ou seja, é aquele cuja atividade se ajusta ao tipo penal incriminador”.

O polo passivo, por sua vez, denominado “vítima penal”, é aquele, pessoa física ou jurídica, que, sendo o titular de um bem jurídico relevante e protegido pela lei penal, tem seu patrimônio atacado injustamente por um terceiro, ao meio que o professor Anderson Burke, em sua obra “Vitimologia – Manual da vítima penal” conceitua como:

Vítima de infração penal é o grupo de indivíduos hipossuficientes e marginalizados que sofrem prejuízos em seus bens jurídicos essenciais, por uma conduta comissiva ou omissiva prevista pela lei penal como delituosa, e são mera fonte probatória na construção dos indícios de autoria para consubstanciar a ação penal. (BURKE, 2019, p. 26)

Nessa perspectiva, é possível concluir que em um conflito penal existem duas partes, o autor do ato ilícito e a vítima.

2 O PAPEL DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

A vítima penal, por ter seu bem jurídico atingido por fato ilegal provocado por terceiro, tem grande interesse na resolução do conflito, desejando ver reparado o dano e concretizada a justiça, assim, com o tempo a vítima penal teve diferentes papéis no decorrer da história do direito penal e processual penal, sendo impossível defini-la sem que antes se faça tal acompanhamento histórico.

Nesta toada, é necessário fazer uma análise temporal da atuação da vítima na história do processo penal, o qual pode ser dividido em três períodos distintos, o período do protagonismo, o período da neutralização e o período do redescobrimto da vítima. O período do protagonismo, ou Idade de Ouro da Vítima, não possui um marco inicial, pois se dá como a primeira forma de atuação da vítima em face de um direito que foi violado e, portanto, se tem pouco conhecimento de como era sua atuação.

Assim, nas palavras de Ana Sofia Schmidt de Oliveira (p. 1999, p. 19), “(...) é possível então falar do período identificado como a “Idade de Ouro” da vítima como sendo aquele que compreende desde os primórdios da civilização até o fim da Alta Idade Média”.

Podemos conceituar este período como a época em que se utilizava a autotutela para ver reparado o dano sofrido por terceiro, tendo em vista a ausência de regulamentação do convívio social. Deste modo que Guilherme de Souza Nucci indica que:

Se tivéssemos que definir num substantivo o termo “direito penal”, na era primitiva, poder-se-ia dizer que se tratava de sinônimo de *vingança*. Era a irmã gêmea do direito penal; nasceu com a humanidade e testemunhou parte do direito criminal tal como o conhecemos hoje (NUCCI, 2021, p. 27).

Bom, podemos chegar à conclusão da existência do período do protagonismo a partir de uma análise de materiais históricos e até mesmo do estudo sociológico, pois veja, é fácil aferir a indignação social diante de um ilícito penal, por exemplo, ao se abrir em uma rede social alguma notícia ou postagem acerca de um crime, veremos

diversos comentários indicando ódio e indignação perante a atitude reprovada, ou até mesmo contra a pessoa daquele que supostamente cometeu crime.

Nesse aspecto, podemos indicar que esse primeiro período consistia na autonomia privada em resolver o conflito, o que não raramente se estendia pelo corpo social, como por exemplo, para parentes e amigos das partes (BURKE, 2019, p. 55).

Por essa lógica, segundo Guilherme Costa Câmara (2008, p. 25):

O ataque lançado contra a vítima individual irradiava-se sobre toda sua estrutura comunitária, vitimizand-a emblematicamente, vindo, dessarte, a ativar fortes sentimentos de solidariedade grupal, em ordem a convolar a vingança em um verdadeiro 'direito-dever do grupo'.

Assim, resta evidente que a falta de regulamentação para esses conflitos refletia na utilização da vingança privada, o que gerava uma grande instabilidade entre as pessoas de determinado convívio.

Diante da incerteza e do medo de que a qualquer momento o indivíduo poderia se ver em uma guerra particular, foi necessário realizar o que Flaviane de Magalhães Barros, em "A participação da vítima no Processo Penal", chama de "transformar a guerra particular em guerra judiciária", de modo que, com o surgimento do Estado, este toma para si a função de regulamentar o direito e de aplicar punição a quem o transgredisse (BARROS, 2008, p. 10).

Nesse momento chegamos ao período histórico do confisco do conflito ou, como chamado pela doutrina, período de neutralização, que surge a partir da primeira ideia de Estado, possuindo como auge o absolutismo monárquico europeu. É aqui que o Estado afasta a vítima do processo penal, tomando para si o monopólio da força, para processar e punir na forma que julgar necessário.

O novo modelo político-criminal em que o *jus puniendi* irá mover-se será baseado na premissa de que a ameaça penal, *rectius* as funções de natureza intimidatória (geral ou individual) devem ter primazia em relação à satisfação dos interesses reparatório e punitivos das vítimas concretas. Pode, então, falar-se agora em uma criminalização do direito penal, de maneira a traduzir sinteticamente o processo de substituição de sanções privadas orientadas à reparação através de penosas sanções públicas.

Donde, o desaparecimento da vítima da ribalta punitiva resulta, em síntese bem apartada, da passagem de um direito penal de semblante acentuadamente privado, para um direito penal público (CÂMARA, 2008, p. 39).

A tomada da força punitiva pelo Estado, aqui debatida, não se dá pela preocupação com a vítima, mas apenas com a própria manutenção do Estado e a proteção da legitimidade do Rei, de modo que, o que realmente importava era que a determinação do Rei fosse cumprida, no sentido de que, o descumprimento de uma norma penal, não se atentava contra a vítima, mas contra o Rei.

Assim, nas lições de Foucault:

(...) A partir do momento em que o soberano ou seu representante, o procurador dizem: 'também fui lesado pelo dano', isso significa que o dano não é somente uma ofensa de um indivíduo a outro, mas também a ofensa de um indivíduo ao Estado, ao soberano como representante do Estado; um ataque não ao indivíduo mas à própria lei do Estado (FOUCAULT, 1999, p. 66).

Nesse diapasão, a vítima era apenas uma figurante no processo penal, tendo sido completamente retirada qualquer participação possível dela, sem que nada pudesse fazer para restabelecer o seu direito que havia sido violado.

A partir de acontecimentos ocorridos no decorrer do século XX, como o Holocausto, provocado pela Segunda Guerra Mundial, foi necessário retornar os olhares para a vítima, que ainda hoje sofre com profundos reflexos do confisco do conflito penal, de forma que por muitas vezes é vista como parte acessória do Direito Processual Penal. Esse cenário pós Segunda Guerra Mundial denomina-se período do redescobrimiento da vítima penal, isso se dá em virtude da necessidade de fazer valer os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

No Brasil, por exemplo, ocorreu a Ditadura Militar, que durante 21 anos provocou a violação de inúmeros direitos fundamentais, trazendo consigo atrocidades como a tortura de homens e mulheres de todas as idades.

Nesse contexto, com o advento da Constituição Federal de 1988, o constituinte buscou resgatar os direitos humanos, incluindo, portanto, os direitos das vítimas de

crimes, trazendo em seu artigo 245 que é função do poder público dar assistência às vítimas e seus familiares. *In verbis*:

Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

Com isso, hoje é possível encontrar no Ordenamento Jurídico brasileiro alguns institutos que visam dar às vítimas penais algum tipo de protagonismo, como por exemplo a ação civil *ex delicto*.

É possível aferir que há um movimento de retomada do protagonismo da vítima penal, mas que ainda se encontra muito embrionário, pois o Estado ainda toma para si a maior parte do conflito, tendo como um claro exemplo, o acordo de não persecução penal, no qual há a negociação entre o Ministério Público e o autor do crime para que a ação penal não prossiga, sem que a vítima seja ouvida.

3 O PAPEL DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL

O acusado é tratado, atualmente, como parte central do sistema penal, isso se dá pois é sobre ele que recairão as punições estipuladas pelo Estado, que por um longo período da história negligenciou direitos humanos e fundamentais do indivíduo.

Assim, é necessário entender o papel histórico do acusado no processo penal para que se possa buscar um ideal de ressocialização e diminuir a ocorrência de crimes.

Como visto anteriormente, os primeiros conflitos da humanidade eram resolvidos por meio da chamada vingança privada, não podendo se falar nesse momento em um processo penal de fato, vindo este a surgir na antiguidade com os primeiros movimentos de formação de sociedade, como por exemplo o Código de Hamurabi na Mesopotâmia, o Código de Manu na Índia e as leis helênicas.

Nesse período, as penas possuíam caráter de sanções físicas, de modo que eram aplicadas penas capitais, penas corporais ou penas infamantes, ou seja, tinham

intuito de promover a degradação daquele que havia cometido atos em desconformidade com os valores praticados por aquela sociedade (BITENCOURT, 2022, p. 606).

Na antiguidade, portanto, é possível verificar a ausência de penas privativas de liberdade como um fim. Aqui, a privação de liberdade se dava única e exclusivamente para manutenção física do corpo do acusado, para posteriormente ser submetido às penas corporais.

Na idade média, as penas continuaram a ter caráter punitivo e corporal, mas com um fator ainda mais degradante, com a espetacularização da pena. Os castigos eram aplicados em praças públicas, onde multidões se reuniam para assistir as formas mais cruéis de penas, consoante narra Bitencourt:

Durante todo o período da Idade Média, a ideia de pena privativa de liberdade não aparece. Há, nesse período, um claro predomínio do direito germânico. A privação da liberdade continua a ter uma finalidade custodial aplicável àqueles que foram submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico (BITENCOURT, 2022, p. 607).

Contudo, é na idade média que começam as primeiras ideias de penas privativas de liberdade, que, segundo Bitencourt em “Falência da pena de prisão”, se dividem em prisão de Estado e a prisão eclesiástica, na qual a primeira consistia na prisão de custódia, para aguardar um julgamento final, ou “como *detenção* temporal ou perpétua, ou ainda até receber o perdão real” (BITENCOURT, 2017, p. 14).

Por sua vez, a prisão canônica era mais humanizada e consistia na detenção de clérigos considerados rebeldes em mosteiros, submetendo-os à penitências e orações para que se arrependessem do erro cometido (BITENCOURT, 2017, p.14).

O início da idade moderna surge com um momento de grande instabilidade socioeconômica na Europa, como narra Hans von Hentig (apud BITENCOURT, 2017, p. 16):

Os distúrbios religiosos, as longas guerras, as destruidoras expedições militares do século XVII, a devastação do país, a extensão dos núcleos urbanos e a crise das formas feudais de vida e da economia agrícola haviam ocasionado um enorme aumento da criminalidade em fins do século XVII e início do XVIII. Acrescente-se a isso a supressão dos conventos, o aniquilamento dos grêmios e o endividamento do estado. Tinha-se perdido a segurança, o mundo espiritualmente fechado aos incrédulos, hereges e rebeldes tinha ficado para trás. Tinha de se enfrentar verdadeiros exércitos de vagabundos e mendigos. Pode-se estabelecer a sua procedência: nasciam nas aldeias incendiadas e nas cidades saqueadas, outros eram vítimas de suas crenças, vítimas atiradas nos caminhos da Europa. Era preciso defender-se desse perigo social, mas não era possível negar-lhe simpatia por razões religiosas ou sociais, diante dos danos que os exércitos estrangeiros tinham feito.

Concomitantemente a isso, surge na Europa o movimento iluminista, que buscava racionalizar as decisões, acabar com as monarquias absolutistas e consolidar os direitos individuais, como orienta Salo de Carvalho:

O programa iluminista estava direcionado ao desencadeamento de um processo civilizatório que pressupunha a desilusão com o fantástico e a superação dos mitos (irracionalidade) pela afirmação de uma racionalidade emancipatória. Na transposição do Medieval à Modernidade, caberia à razão esclarecida extirpar os restos bárbaros que ainda permaneciam latentes. O domínio da natureza, a organização legal e burocrática, a afirmação dos direitos civis e políticos, a produção e a circulação de bens de consumo estabeleciam um corte com o passado sombrio. (CARVALHO, 2022, p. 69).

Logo, não se fazia lógico a manutenção da aplicação de penas físicas para aqueles crimes patrimoniais, mas também havia a necessidade de promover uma punição que fosse aceitável para a população da época, assim, a pena de prisão se consolida.

Com tudo o que foi exposto, resta evidente que a pena sempre teve o intuito de promover o sofrimento e a degradação do indivíduo e, aquela violência que era privada (praticada por um indivíduo contra o outro), se tornou monopólio do Estado e o que era uma violência exposta, passou a ser velada, com a criação das penas privativas de liberdade, que tinham, sobretudo, o intuito de promover a segregação socioeconômica.

Nesse diapasão, surgem as teorias da pena, que visam justificar a punição praticada pelo Estado e, dentre as diversas existentes, são três que se fazem mais importantes: teorias retributivas, teorias relativas e as teorias unificadoras (BITENCOURT, 2017, p. 44).

Claus Roxin aponta que a teoria da retribuição da pena, defendida pelos filósofos Kant e Hegel, possuía apenas a ideia de retribuir o mal praticado pelo transgressor da norma penal com uma pena que seja equivalente ao mal praticado (ROXIN, 2007, p. 9).

Não obstante, Roxin aponta duas desvantagens, que são:

(...) Em primeiro lugar, ela exige, em nome da idéia de uma justiça - que, sobre a Terra, apenas pode ser concretizada de modo insuficiente -, uma pena correspondente à culpa mesmo nas situações em que, no caso concreto, a punição não é necessária para preservação da paz social, apresentando até mesmo efeitos socialmente nocivos, o que contraria a função do Direito Penal, que se limita a proteção de bens jurídicos. Em segundo lugar, a idéia da retribuição não transmite para execução penal nenhum conceito apropriado a possibilitar ao agente uma vida livre de pena no futuro, apenas conduz ao ressentimento e à insensibilização, favorecendo, portanto, a reincidência ao invés de preveni-la. Também nesse sentido, a abordagem puramente ideal, metafísica da teoria da retribuição contraria a função social da pena (ROXIN, 2007, p.10).

A justificativa da teoria retributiva é de que o mal praticado deve retornar ao ofensor, sem se preocupar com o retorno social do indivíduo, o que gera a violência pela violência.

A segunda teoria é a relativa ou preventiva, que, enquanto a teoria retributiva visa uma punição proporcional à prática cometida, a preventiva aponta para a não reincidência delitiva, que para Feuerbach divide-se em prevenção geral e prevenção especial (apud BITENCOURT., 2017, p. 50).

A teoria da prevenção geral possui justificativa na capacidade do indivíduo em analisar as consequências do delito antes de seu cometimento, verificando os ônus e os bônus da atividade praticada (CARVALHO, 2013, p. 66).

Nesse sentido, Claus Roxin faz uma análise entre a vantagens e as desvantagens dessa teoria:

(...) Sua principal vantagem está no fato de ela ter por escopo, desde o princípio, a paz jurídica da coletividade, cuja preservação constitui a principal função do Direito Penal. Da mesma forma, esclarece de forma primorosa por que razão não se pode simplesmente renunciar a pena, nem mesmo quando não existia o perigo de reincidência. A impunidade de crimes graves incita a

imitação por parte de outras pessoas e deve ser evitada por meio de uma punição.

Contudo, a essa vantagem também podem ser confrontadas duas importantes debilidades. Primeiramente, é muito duvidoso que a idéia da prevenção geral, da mesma forma que a da prevenção especial, não forneça uma limitação da medida da pena. A concepção “maior intimidação por meio de penas mais duras” pode facilmente levar as penas repressivas draconianas, inconciliáveis com os princípios de um Estado de Direito liberal. Em segundo lugar, uma execução da pena que objetive a intimidação da coletividade, a qual serve ao mesmo tempo a esta e ao condenado, poderia favorecer ainda menos a sua socialização do que uma execução de caráter retributivo. Ela infringiria até mesmo a dignidade humana e, por essa mesma razão, deve ser rejeitada (ROXIN, 2007, p. 12).

Nas brilhantes lições de Roxin, é notório que essa justificativa da pena tenta impor o medo, ou seja, não socializa por meios lógicos e não desconstrói as ideias que levaram o cometimento do crime, mas faz com que diminua a relação de confiança entre a sociedade e o Estado.

Por outro lado, a teoria de prevenção especial volta seus olhares para o indivíduo, ao modo que a pena deve ser direcionada ao ofensor, colocando ele como o centro do sistema penal.

Aqui a pena deve ter caráter pedagógico, tratando o criminoso como alguém desamparado e que precisa de ajuda para ser ressocializado, como nos ensina o professor Salo de Carvalho:

A sanção penal de caráter interventivo, no interior do **paradigma *penal-welfare*** (Garland), objetivará sobretudo a reforma moral do criminoso. Adquire, portanto, sentido essencialmente profilático (medicinal), pois o *homo criminalis*, objeto de intervenção do controle social formal, constitui-se como um indivíduo deficitário (*undersocialized*). Trata-se (o criminoso) de uma pessoa com marcantes carências de natureza orgânica ou moral, as quais se tornam passíveis de mediação, quantitativa ou qualitativa, por meio da intervenção do laboratório criminológico. A ciência criminológica objetiva, portanto, desenvolver um instrumental tecnológico capaz de diagnosticar estes déficits e supri-los por meio da pena criminal, cujo caráter e natureza são gradativamente aproximados aos das medidas de segurança (CARVALHO, 2013, p. 75-76, grifo nosso).

Há nessa teoria um enorme avanço social com o afastamento da teoria retributiva, centrando seu objetivo na ressocialização do indivíduo. No entanto, resta observar que o objeto meio para a concretização da finalidade perseguida se mantém com a pena restritiva de liberdade, ou seja, apesar de visar a reintegração social da pessoa,

não afasta o meio punitivo que viola direitos humanos e que se mostra incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Por fim, surge a teoria unificadora da pena, que funda-se nas críticas praticadas às demais teorias, bem como no aproveitamento do que se considera vantagem. Nas palavras de Bitencourt:

As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena. Sustentam que essa “unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem”. Esse é um dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional da pena. Assim, essa orientação estabelece marcante diferença entre fundamento e fim da pena.

Em relação ao fundamento da pena, sustenta-se que a sanção punitiva não deve fundamentar-se em nada que não seja o fato praticado, qual seja, o delito. Com essa afirmação, afasta-se um dos princípios básicos da prevenção geral: a intimidação da pena, inibindo o resto da comunidade de praticar delitos. E, com o mesmo argumento, evita-se uma possível fundamentação preventivo-especial da pena, na qual esta, como já vimos, tem como base aquilo que o delinquente “pode” vir a realizar se não receber o tratamento a tempo, e não o que já foi realizado, sendo um critério ofensivo à dignidade do homem ao reduzi-lo à categoria de doente biológico ou social (BITENCOURT, 2017, p. 57).

Esse sistema, que visa a punição por meio da privação da liberdade e ao mesmo tempo visa a ressocialização do criminoso, se estabeleceu como majoritário e principal meio de resolução de conflitos no mundo, sendo adotado, também, pelo Brasil, consoante pode se verificar do artigo 59 do Código Penal brasileiro:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (BRASIL, 1940).

Conforme o texto legal, a legislação brasileira aponta que, para aplicação da pena, deve ser analisado o grau de reprovação do ilícito cometido e a pena necessária para prevenção do crime, tendo o primeiro na origem da teoria retributiva e o segundo na teoria da prevenção.

Insta salientar que em todo o trâmite do processo penal brasileiro, desde a fase inquisitorial até o julgamento, o acusado não possui legitimidade para discutir uma forma de redenção pelo crime cometido, ou até mesmo de, junto aos órgãos públicos, buscar uma forma de entender o crime e os seus efeitos.

Nesse sentido, o processo penal é um neutralizador, tanto da vítima, quanto do acusado, de modo que, assim como no medievo, o objetivo é identificar o inimigo do Estado e afastá-lo do convívio social sob o argumento de que irá ressocializar o criminoso, o que não passa de uma “história para inglês ver”, como também concluem os ilustres professores Thiago Fabres de Carvalho e Raphael Boldt:

Assim, a função primordial da pena é a recordação da lei, é fazer, pela força real e simbólica do castigo, perceber que a há o dado e o instituído, ainda que essa função, no fundo, se reduza a caucionar a injusta e garantir a imposição da ordem pelos grupos dominantes (CARVALHO; ANGELO; BOLDT, 2019, p. 67).

Impera destacar que o problema do processo penal está exatamente em não conseguir amparar as partes da relação conflituosa, como bem destacam Rafael Boldt e João Maurício Adeodato (2015, p. 218):

Um dos principais problemas do processo penal como mecanismo de resolução (e não de eliminação) de conflitos repousa, não obstante as suas funções declaradas, exatamente na incapacidade de regenerar os laços feridos pelo crime e no processo de reificação que impõe tanto à vítima quanto ao autor do ilícito penal.

Conclui-se, portanto, que desde os primórdios faz-se necessário punir aqueles que agem em desconformidade com as normas penais, sendo a pena de prisão só mais uma forma de punir e violar direitos fundamentais, sob uma justificativa falida de tentar promover a ressocialização do indivíduo.

Frente a tais fatos, é necessário repensar o sistema de justiça penal, levando maior protagonismo às partes do conflito, de forma a estabelecer a justiça restaurativa no processo penal.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA

4.1 SURGIMENTO E OBJETIVOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Com o fracasso da pena privativa de liberdade na tentativa de promover a paz social, bem como na tentativa de devolver o protagonismo do processo penal para as partes do conflito, foi necessário buscar um novo sistema de justiça penal.

A justiça restaurativa tem origem, como nos ensina Howard Zehr (p. 238. 2018), nas tradições de diversos povos indígenas. A justiça restaurativa que se conhece atualmente possui muitas contribuições dos povos originários do que hoje são os Estados Unidos e Canadá e dos povos maoris da Nova Zelândia.

O autor acrescenta que:

(...) No entanto, a justiça restaurativa moderna não é uma simples recriação do passado, mas sim adaptação de alguns valores básicos, princípios e abordagens dessas tradições combinados com a moderna realidade e sensibilidade quanto aos direitos humanos (...) (ZEHR, 2018, p. 238).

Assim, a primeira experiência bem-sucedida de resolução de conflitos criminais a partir da nova ótica de justiça restaurativa ocorreu no Canadá, como nos mostra Braithwait (2002, p. 8-10 apud ACHUTTI, 2014, p. 53):

(...) O interesse pela justiça restaurativa no Ocidente surgiu a partir de um programa de reconciliação entre vítima e ofensor na cidade de Kitchener, Ontário (Canadá), no ano de 1974. Tratava-se de programas comunitários que buscavam mediar conflitos entre vítimas e ofensores após a aplicação de uma decisão judicial.

O termo “justiça restaurativa” possui muitas definições por diversos autores, mas a definição mais conveniente para o termo é dada por Zehr (2017, p. 54)

Justiça Restaurativa é uma abordagem que visa promover justiça e que envolve, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse numa ofensa ou dano específico, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de restabelecer as pessoas e endireitar as coisas na medida do possível.

Nesse viés a justiça restaurativa se constitui como um movimento social que tem o objetivo de proceder com a reforma da justiça penal por meio da devolução do protagonismo do conflito à vítima, além de promover a reparação dos danos causados e dar a oportunidade de o ofensor entender o mal cometido.

Em vista dos objetivos traçados por esse método, faz-se necessário identificar princípios e valores que devem reger o novo sistema de resolução de conflitos, que Braithwaite sugere a divisão em três grupos (BRAITHWAITE, 2002, p. 8 apud ACHUTTI, 2014, p. 67):

No primeiro, encontram-se os valores obrigatórios (*constraining values*), cuja inobservância pode comprometer de forma severa o caráter restaurativo dos encontros; no segundo, valores que devem ser encorajados (*maximising values*); e no terceiro, aqueles que podem ser considerados como resultado de um encontro bem-sucedido (*emerging values*), mas que não devem ser solicitados ou exigidos pelo mediador ou por qualquer uma das partes: devem emergir de forma natural dos participantes.

No primeiro grupo se trata daqueles valores que, caso não sejam empregados, geram a ausência por completo do caráter restaurativo do sistema de justiça penal, sendo eles: a não dominação, o empoderamento das partes, o respeito aos limites legais, a escuta respeitosa pelas partes, a igualdade de preocupação pelos participantes e *accountability/appealability* (a submissão do acordo restaurativo ao tribunal) e o respeito aos direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Declaração dos Princípios Básicos da Justiça para as Vítimas de Crime e Abuso de Poder (BRAITHWAITE, 2002, p. 9-11 apud ACHUTTI, 2014, p. 68-69).

Tratam-se de valores que tem como objetivo garantir o funcionamento do sistema em que as pessoas sejam respeitadas com igualdade e que todos tenham o direito de fala e opinião para, ao fim, se chegar a um denominador comum que respeite os valores e direitos humanos.

Os valores do segundo grupo podem ser compreendidos como o fim que se pretende chegar, isto é, "(...) a reparação dos danos materiais ou, dentro do possível, igualmente a minimização das consequências emocionais do conflito, a restauração da dignidade, a prevenção de novos delitos, dentre outros" (BRAITHWAITE, 2002, p. 11, apud ACHUTTI, 2014, p. 69).

Por fim, os valores oriundos do terceiro grupo, que consistem em:

(...) manifestações espontâneas das partes ao longo ou após o encontro, incluindo um pedido de desculpas, o sentimento de remorso pela injustiça causada, o perdão pelo ato, dentre outros. Trata-se, como se percebe de valores que buscam atingir com as práticas restaurativas, mas que não podem ser exigidas ou cobradas das partes, sob pena de comprometer o caráter espontâneo que exige de qualquer encontro restaurativo (...) (BRAITHWAITE, 2002, p. 11, apud ACHUTTI, 2014, p. 69).

Nessa perspectiva, é cristalino que a justiça restaurativa se mostra como uma alternativa democrática para resolução de conflitos penais, de modo que possui prerrogativas essenciais para sua prática e objetivos a serem atingidos, que são os de cunho patrimonial, com a reparação de danos, e de ordem social, que visam promover a empatia entre as partes para que a infração penal não volte a ocorrer.

4.2 JUSTIÇA RESTAURATIVA NO PROCESSO PENAL

Realizada a conceituação e os princípios da Justiça Restaurativa, passa-se a discutir neste momento como esse instituto pode ser vinculado ao processo penal como meio de promover justiça.

O instituto objeto do presente trabalho teve surgimento no ocidente a partir da década de 70 e, hoje, 50 anos após o surgimento, tem sido aceito por diversos países ao redor do mundo como uma forma garantista, tanto para vítima, quanto para o ofensor, de resolver conflitos criminais, principalmente após a realização da Conferência Internacional de Mediação aplicada ao processo penal (BEZERRA, 2016, p. 61).

Com a difusão no mundo, a justiça restaurativa precisou ser regulamentada internacionalmente, assim, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do Conselho Social e Econômico, criou a resolução nº 2002/12, o qual estabeleceu princípios básicos para aplicação deste método.

Com isso, a resolução estipula que para a prática da justiça restaurativa é necessário que se tenham indícios de autoria para apresentação de uma denúncia pelo órgão acusatório, além disso, é necessário que as partes concordem com fatos básicos

acerca do ocorrido e que queiram participar do programa restaurativo, sem prejuízo à eventual desistência no decorrer do procedimento.

A resolução indica, ainda, que as partes devem ser encorajadas ao debate e que o ofensor seja incentivado a reparar o dano para vítima e para comunidade, com a observância da razoabilidade e proporcionalidade entre ação de reparação de danos, os direitos fundamentais e o próprio dano, sendo direito das partes o aconselhamento legal anterior e posterior ao processo.

Sobre o processo, a norma indica que esse deve ser confidencial, a fim de que as partes possam realizar o debate sem receio de prejuízos posteriores.

Superada a regulamentação internacional e adentrando no ordenamento jurídico brasileiro, é possível se verificar que não há previsão legal para o processo da justiça restaurativa, sendo disciplinado pela Resolução 225/2016 do CNJ, que observa os princípios inerentes ao instituto e à Resolução 2002/12 da ONU.

Nesse sentido a Resolução do CNJ, em seu artigo segundo, estabelece os princípios que devem compor o processo restaurativo brasileiro:

Art. 2º. São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

Vale ressaltar que houve a tentativa de introduzir no Ordenamento Jurídico brasileiro uma Lei que regulamentasse a Justiça Restaurativa por meio do Projeto de Lei 7.006/2006, que ainda não foi aprovado.

O Projeto de Lei acima mencionado, entretanto, não enxerga a Justiça Restaurativa como uma regra a ser cumprida, mas sim como algo complementar, como narra o professor Anderson Burke (BURKE, 2019, p. 173):

O Projeto de Lei nº 7006/2006 objetiva a criação do instituto da Justiça Restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, com alteração no Código de Processo Penal e Lei dos Juizados Especiais, qual seja a Lei 9.099/95.

Fica-se claro que o intuito do legislador brasileiro é tornar a justiça restaurativa não como regra, mas sim um complemento, plenamente facultativo e voluntário às partes, na hipótese de crime ou contravenção penal.

Nesse passo, é evidente que o legislador brasileiro não pretende realizar uma reforma geral do direito penal e processual penal brasileiro, mas apenas adicionar a Justiça Restaurativa como um instituto possível em raros casos, mantendo o sistema retributivo como regra.

4.3 É POSSÍVEL A APLICAÇÃO EM TODOS OS CASOS?

É nítido que a pena de prisão restringe o direito fundamental da pessoa humana de viver em liberdade e o sistema penal dos dias atuais possui alta eficiência em retribuir o mal causado pelo crime, que por muitas vezes é aplicado desproporcionalmente ao delito, e com pouquíssima eficiência em ressocializar o indivíduo condenado por crime, mas seria possível a aplicação da Justiça Restaurativa em todos os casos de transgressão penal?

A verdade é que diversos autores conceituados acreditam que é possível se chegar ao abolicionismo penal mediante o emprego de técnicas da justiça restaurativa.

O abolicionismo penal é, como destaca Achutti (2014, p. 91) uma “corrente político-criminal” que desacredita e deslegitima a pena privativa de liberdade. Nesse sentido, o autor aponta que:

Os diferentes abolicionistas mencionam, resumidamente, que o sistema penal opera na ilegalidade; atua a partir da seleção de seus clientes, atribuindo-lhes rótulos estigmatizantes dificilmente descartáveis após o primeiro contato com o sistema; afasta os envolvidos no conflito e os substitui por técnicos jurídicos, para que busquem uma solução legal para a situação problemática; produz mais problemas do que soluções; dissemina uma cultura - punitiva - que propaga a ideia de que com um castigo (pena de prisão) é possível fazer justiça em eventos considerados oficialmente como crime (ACHUTTI, 2014, p. 92).

O principal nome do abolicionismo penal, Louk Housman, acreditava que as partes do conflito não possuíam participação decisória durante todo o processo criminal e que, além disso, poderiam haver diversas interpretações para os fatos, sendo a

rotulação de crime um limitador. Assim, Hulsman negava a existência de crimes, para ele, se tratam de “situações problemáticas”, os quais devem ser resolvidos pelos envolvidos nos conflitos, sendo dispensada a atuação estatal que ao invés de diminuir a violência, provoca ainda mais violência por meio das penas restritivas de liberdade (HULSMAN, 1997, apud ACHUTTI, 2014, p. 96-104).

O autor mencionado acima se constitui como um verdadeiro crítico ao sistema penal como um todo, acreditando se tratar de um sistema repressor, que determina a vida das pessoas e que não possui efetividade.

Daniel Achutti aponta para seis características da justiça restaurativa para o movimento abolicionista:

A justiça restaurativa, na perspectiva abolicionista, (a) não pode virar uma presa do sistema penal, para evitar que seja relegada ao papel de mero suplemento expansionista do poder punitivo; (b) exige a adoção de uma nova linguagem para o seu funcionamento, para que não seja colonizada pelas práticas e pelas noções tradicionais da justiça criminal; (c) não faz uma distinção preliminar entre ilícitos civis e ilícitos penais, de forma a permitir que os envolvidos decidam a maneira pela qual administrarão a situação; (d) não deve se deixar dominar pelos profissionais, sob pena de ser sugada pela indústria do controle do crime e pela lógica burocrática moderna; (e) deve refutar qualquer estereótipo sobre as partes, evitando a revitimização das vítimas e a estigmatização dos ofensores; (f) necessita ter o seu foco voltado para a satisfação das necessidades da vítima, do ofensor e das suas comunidades de apoio (communities of care), a partir do envolvimento coletivo na responsabilização pelo atendimento das condições estipuladas em acordo eventualmente realizado; e (g) deve, fundamentalmente, estimular a participação ativa das partes na resolução de seus casos, para que a decisão oriunda do encontro seja um produto das suas próprias propostas (ACHUTTI, 2015, p. 28).

O abolicionismo penal considera que os conflitos penais podem ser incorporados à área do direito civil, sem a necessidade de punir o ofensor. No entanto, o direito penal possui particularidades que não se vislumbram no direito civil. Nesse contexto, Lola Aniyar de Castro (2005, p. 142-143) afirma que

A eliminação do sistema penal implicaria o fim do debate sobre o direito de punir. O mais problemático, talvez, é que o atual princípio de legalidade ficaria nas mãos de quem define as “situações-problema”. Haverá situações que serão consideradas problema só por quem está diretamente implicado nelas; outras, enfim, que não serão definidas dessa maneira pelas partes, mas por organismos ou pessoas de fora. Nesse último caso, será preciso ser muito cauteloso para intervir. E será mais recomendável convencer do que

impor soluções, por exemplo, quando se detectam riscos que as partes não tenham percebido.

Em defesa do pensamento abolicionista de Hulsman, Natieli Giorisatto de Angelo, Thiago Fabres de Carvalho e Raphael Boldt (2019, p. 186-187) apontam que:

Não se desconhece, pois, os riscos e os desafios para a implantação de práticas restaurativas, sobretudo em sociedades marcadas por uma desigualdade abissal e pela produção do fenômeno de massa da subcidadania, como a brasileira. Contudo, não há de se ignorar que, também nesses países, as instituições penais modernas são abertamente genocidas e têm servido para a gestão dessa subcidadania, neutralizando os indivíduos percebidos como não-gente, e para a reprodução dos fenômenos da invisibilidade pública e da humilhação social. Além disso, tais instituições obstruem os canais de acesso ao reconhecimento intersubjetivo igualitário.

Dessa forma, a compreensão desse contexto específico, a partir de conscientização crítica, ao mesmo tempo em que evidencia as dificuldades à construção de práticas restaurativas fundadas precipuamente no diálogo, denuncia a estrutura do controle social e exige luta contra as formas ocultas de dominação, abrindo espaço para propostas de reorientação do controle social, na perspectiva dos direitos humanos.

(...)

Portanto, apesar dos desafios apontados para a aplicação do modelo de justiça proposto por Louk Hulsman, especialmente no contexto latino-americano, reconhece-se que as teorias abolicionistas permitiram a inserção de instrumentos alternativos à prisão, orientadas para a participação da vítima e para justiça restaurativa.

É nítido que o abolicionismo penal por meio da justiça restaurativa de Louk Hulsman trouxe avanços significativos para o movimento, no entanto, devemos pensar que o instituto da justiça restaurativa visa, sobretudo, trazer de volta o protagonismo do conflito à vítima e ver reparados os danos por ela sofridos.

Nesse diapasão, não se faz lógico colocar a vítima para debater e negociar a reparação de danos que afetaram de forma significativa o seu psicológico e o seu modo de vida, que nunca mais voltarão ao normal, como, por exemplo, nos crimes de homicídio, nos crimes de violação à intimidade e dignidade sexual, de tortura, entre outros.

O instituto da Justiça Restaurativa deve surgir não como um complemento ao processo penal, mas sim como regra, no entanto, em casos de impossível reparação do dano ou em que o emprego da justiça restaurativa seja insuportável para vítima ou

que não corresponda às expectativas sociais, deve ser empregado o uso da pena privativa de liberdade.

Entendemos que a pena de prisão não se faz como o meio mais adequado para promover a justiça criminal, contudo, não há uma opção melhor para a resolução de conflitos extremos, como os mencionados acima. Deste modo, o criminólogo norueguês Nils Christie, em sua obra *Limites à dor: O Papel da Punição na Política Criminal*, aponta que em casos extraordinários não é possível a aplicação da justiça restaurativa, ao modo que nem a vítima e nem a sociedade devem ser obrigadas a perdoar em todos os casos. *In verbis*:

(...) Deve a vítima em todos os casos ser autorizada a mostrar bondade, a perdoar? O que dizer dos crimes graves, tão perturbadores para a comunidade do entorno que eles - os vizinhos - insistiram que a dor tinha que ser usada. A mãe da criança assassinada perdoou o agressor, mas os vizinhos não. Quem deve ser ouvido?

Isso dependeria, nos casos concretos, de que tipo de sistema as partes eram membros. Se o sistema consistia de vítima e agressor e apenas estes dois, o problema seria inexistente, pelo menos para estes dois. No entanto, quanto mais membros o sistema tinha e quanto menos intimamente relacionados a vítima e/ou ao agressor eram para os outros membros, maior o problema da reação da comunidade se tornaria (CHRISTIE, 2022, p. 145-146).

Nesse sentido, o autor expõe que apesar de não ser adequada a punição por meio da dor, essa se faz necessária para casos específicos, entretanto, Christie afirmou o seguinte: “Não vejo outra posição que não seja lutar para reduzir a dor. Uma das regras seria então: na dúvida, não cause dor. Outra regra seria possível: inflija o mínimo de dor possível (CHRISTIE, 2022, p. 25).

Todos esses fatores evidenciam que a justiça restaurativa pode funcionar como uma regra para o processo penal, sobretudo nos crimes contra o patrimônio, que possuem números relevantes no sistema prisional brasileiro e podem facilmente ser reparados pelo ofensor.

Nessa toada, o estabelecimento da justiça restaurativa provocará um esvaziamento significativo das unidades prisionais, fazendo com que o Estado possa concentrar recursos na ressocialização de presos.

CONCLUSÃO

O Direito Penal é um ramo do Direito que visa a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para sociedade, no entanto, abarca, também, bens jurídicos políticos, ou seja, aqueles o quais são da cultura de determinada sociedade, estando passível de alteração com o decurso do tempo.

Para atingir sua finalidade, o Estado impõe sanções a quem transgrida as normas penais, mas para isso é necessário que os fatos sejam investigados e julgados à luz dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, devendo se observar um rito, que é regulamentado pelo processo penal. Assim, o processo penal é o meio pelo qual o Estado se utiliza para efetivar sua pretensão punitiva.

A punição estatal, no entanto, deve observar o princípio da lesividade, que se caracteriza pelo dano a bem jurídico alheio. Nesse viés, o conflito penal possui dois polos, o polo passivo e o polo ativo.

O polo passivo do composto pela vítima do crime, sujeito que teve seu bem jurídico danificado por conduta de outrem e, por isso tem grande interesse no deslinde do processo penal, bem como na reparação do dano.

A história da vítima no processo penal se divide em três momentos históricos, o primeiro é a era do protagonismo, que consistia na vingança privada, de modo que ao ter seu bem atacado, essa se utilizava da autotutela; o segundo momento se caracteriza pelo confisco do conflito, que teve seu auge no período medieval e a vítima era vista como apenas uma testemunha dos fatos e quem realmente era apontado como vítima era o poder real, pois teve sua ordem negligenciada e; por fim, o momento do redescobrimento da vítima, que se deu a partir da segunda metade do século XX, pois em meio às atrocidades cometidas pelos regimes totalitários, principalmente os ocorridos na Segunda Guerra Mundial, foi necessário dar maior atenção às vítimas de crimes.

No polo ativo do conflito, por sua vez, tem a figura do ofensor, aquele que pratica ato, comissivo ou omissivo, penalmente proibido e causa dano ou perigo de dano à outrem.

O ofensor também possuiu diversas fases na história do processo penal, tendo sua primeira fase, assim como a vítima, com a vingança privada, de modo que as próprias partes defendiam seus interesses por meio da autotutela; após, com a criação das primeiras civilizações, os ofensores passaram a sofrer punições como resposta aos atos praticados, que neste primeiro momento consistiam em castigos físicos, até mesmo com a morte. Na idade média os castigos permaneceram sendo físicos e agora com um novo elemento, a espetacularização dos castigos, que eram promovidos em praças públicas para que servissem que exemplo para outras pessoas.

As penas restritivas de liberdade, por sua vez, aparecem apenas a partir da idade moderna, com a grande crise econômica que acontecia na Europa, bem como com o advento das ideias iluministas que criticavam as penas físicas, e, desse modo, se mostraram como alternativa para punir aqueles que cometiam crimes patrimoniais.

Nessa toada, é evidente que tanto a vítima, quanto o ofensor, foram afastados da discussão penal, sendo a primeira vista apenas como um instrumento probatório e o segundo como um ser descartável, o qual poderia ter seus direitos fundamentais violados.

Diante disso, podemos concluir que é necessário trazer de volta o poder decisório do conflito para os reais interessados, vítima e ofensor. Desse modo, surge o instituto da justiça restaurativa, que consiste na identificação dos danos e das atitudes que podem ser tomadas para fins de reparação desses danos, por meio de métodos de debates entre as partes do conflito intermediado por um terceiro.

Assim, a justiça restaurativa se mostra como um instituto democrático que devolve o protagonismo para as partes do conflito, bem como oferece uma saída para o encarceramento em massa que é praticado, não só no Brasil, mas como no mundo inteiro.

No entanto, apesar de compreendermos que a pena privativa de liberdade não se mostra como um meio eficiente para ressocialização do indivíduo, existem casos excepcionais em que o emprego da justiça restaurativa não pode ser aplicado, como, por exemplo, nos crimes de homicídio doloso, crimes de tortura e crimes contra a intimidade e dignidade sexual, uma vez que o instituto deve ser viável para todas as partes do conflito e, nesses casos, em sua maioria, se caracterizam por provocar graves danos psicológicos à vítima, sendo impossível a prática de métodos restaurativos.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Abolicionismo penal e justiça restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal** / *Penal abolitionism and restorative justice: from idealist to realist criminal policy*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, [S. l.], v. 15, n. 1, p. 33–69, 2015. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/651>. Acesso em: 21 mai. 2023.

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BEZERRA, Virginia Rêgo. **Justiça restaurativa: novo paradigma de política judiciária nacional**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/21320>. Acesso em: 9 mai. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. *E-book*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral - arts. 1º a 120 (vol. 1) – 28. ed.** São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

BOLDT, Raphael; ADEODATO, João Maurício. O sistema de justiça penal entre a invisibilidade pública e o reconhecimento na modernidade periférica. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 209-223, mai./ago., 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38843>. Acesso em: 21 mai. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 mai. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Planalto, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 11 mai. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Planalto, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 26 mai. 2023.

BURKE, Anderson. **Vitimologia: O Manual da Vítima Penal**. 1. ed. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2019.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de Política Criminal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro: Fundamentos e Aplicação Judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Thiago Fabres de; ANGELO, Natieli Giorisatto de; BOLDT, Raphael. **Criminologia Crítica e Justiça Restaurativa no Capitalismo Periférico**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. 1 ed. Rio de Janeiro: ICC/Revan: 2005.

CHRISTIE, Nils. **Limite à Dor: O Papel da Punição na Política Criminal**. 1. ed. São Paulo: D'Plácido, 2022.

Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 225**, de 31 de maio de 2016. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, vol. 5, nº 123, p. 456-459, 31 maio 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em: 20 maio 2023.

FERREIRA, Helder; FONTOURA, Natália de Oliveira. **Sistema de Justiça Criminal no Brasil: Quadro Institucional e um Diagnóstico de sua Atuação**. Texto para Discussão nº 1330 – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2008. Disponível em: https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/07/IPEA_Justica_Criminal_e_Seguraca_Publica.pdf. Acesso em: 21 mai. 2023.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. – 2. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*.

MOREIRA, Nelson Camatta. A função simbólica dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 2, jan./dez. 2007. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/45>. Acesso em: 21 mai. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023. *E-book*.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt De. **A Vítima e o Direito Penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Organização das Nações Unidas. **Resolução nº 2002/12**, de 24/07/2002. Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Conselho Econômico e Social. Disponível em: www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf. Acesso em: 20 mai. 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. *E-book*.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. 2. ed. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: Justiça Restaurativa para o Nosso Tempo**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2018.