

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA OS
CRIMES DE MÉDIO E MAIOR POTENCIAL OFENSIVO**

MARCUS AXEL MAIA ROCCA

Rio de Janeiro
2019 / 2º SEMESTRE

MARCUS AXEL MAIA ROCCA

**A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA OS
CRIMES DE MÉDIO E MAIOR POTENCIAL OFENSIVO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves**.

Rio de Janeiro
2019 / 2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

R671a Rocca, Marcus Axel Maia
A aplicabilidade da justiça restaurativa para os crimes de médio e maior potencial ofensivo / Marcus Axel Maia Rocca. -- Rio de Janeiro, 2019.
60 f.

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Justiça Restaurativa. 2. Justiça Retributiva.
3. Direito Penal. 4. Direito Processual Penal. I. Gonçalves, Rodrigo Machado, orient. II. Título.

MARCUS AXEL MAIA ROCCA

**A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA OS
CRIMES DE MÉDIO E MAIOR POTENCIAL OFENSIVO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2019 / 2º SEMESTRE

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso pretende estudar um pouco sobre o fenômeno da justiça restaurativa. A partir das dificuldades que o cenário do atual modelo de administração de justiça penal, propõe-se a ampliação da aplicação do modelo restaurativo, principalmente no que tange aos crimes de médio e maior potencial ofensivo. Foi utilizado o método de pesquisa sistematizador e *lege data e lege ferenda*, para a realização da pesquisa. Com isso entendeu-se que esse modelo consensual de solução de conflitos possui adequação com a constituição federal e que é possível sua aplicação, porém existe a necessidade de uma mudança de paradigma, sair de uma lente retributiva para uma lente restaurativa. Desse modo, conclui-se que, com a existência de um sistema criminal com problemas muito sedimentados é sumário a proposição de outros meios não convencionais para solucionar os conflitos advindos da ocorrência de uma infração penal, assim como a justiça restaurativa.

Palavras-chaves: justiça restaurativa; justiça retributiva; modelo consensual; infração penal; potencial ofensivo; mudanças.

RÉSUMÉ

Ce travail de conclusion de cours propose une étude à propos du phénomène de la justice restaurative. À partir des difficultés présentées par le panorama actuel du modèle de gestion de la justice pénale, on propose l'augmentation de l'emploi du modèle restauratif, surtout, en ce qui concerne aux crimes de moyen et plus grand potentiel offensif. On a utilisé, pour le développement de ce travail, la méthode de recherche systématique et *lege data e lege ferenda*. Ainsi, on comprend que ce modèle consensuel de résolution de conflits est adéquat à la Constitution fédéral ainsi que la possibilité de son emploi. Pourtant, il faut avoir un changement de paradigme, il faut aussi changer la lentille retributive par la lentille restaurative. De cette façon, on peut conclure qu'avec l'existence d'un système criminel ayant des problèmes très établis, on a besoin de proposer d'autres moyens pas conventionnels pour solutionner les conflits dérivés d'une infraction pénale, telle que la justice restaurative.

Mots-clés: justice restaurative; justice retributive; modele consensuel; infraction pénale ; potentiel offensif ; changements.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	8
2 – NOÇÕES GERAIS SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA	10
3 – A CONGRUÊNCIA CONSTITUCIONAL DO MODELO RESTAURATIVO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
3.1 – Justiça Restaurativa como garantia da liberdade usada como regra.....	14
3.2 – Justiça Restaurativa como garantia da dignidade da pessoa humana.....	17
3.3 – A pertinência do modelo consensual com a Constituição brasileira de 1988	21
4 – JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO SOLUÇÃO PARA OS DESGATES DO MODELO PUNITIVO-CONDENATÓRIO	24
4.1 – Panorama geral do sistema acusatório brasileiro	24
4.2 – O desrespeito a dignidade do preso	25
4.3 – A ineficácia da função preventiva da pena.....	28
4.4 – Justiça Restaurativa como uma das soluções para os problemas	33
5 – APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA OS CRIMES DE MÉDIO E MAIOR POTENCIAL OFENSIVO	37
5.1 – Projetos e programas que usam práticas restaurativas já existentes no Brasil	39
5.2 – Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo	43
5.3 – Mudanças legislativas que permitiriam a aplicação da Justiça Restaurativa em paralelo ao atual modelo de administração de justiça penal.....	47
6 – CONCLUSÃO.....	55
7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 – INTRODUÇÃO

Diante do cenário que se nos apresenta nos dias de hoje, onde se vê a falência do atual modelo de administração de justiça penal, um modelo retributivo, que por sua vez se baseia na punição, mais especificamente, na pena privativa de liberdade e que não dá conta de resolver os conflitos gerados pelo crime, torna-se sumário a busca de novas formas de solução dos conflitos gerados pela ocorrência de fatos delituosos.

Todavia, apresenta-se bastante difícil propor mudanças na seara penal, tendo em vista a existência de um senso comum bem solidificado punitivista, tanto nas instituições como nas próprias pessoas. Ainda assim, com o passar do tempo e com a sedimentação dos problemas já existentes, torna-se mais latente essa necessidade de mudanças, por meio de propostas que rompam com esse paradigma retributivo.

Nesse seguimento, esse trabalho de conclusão de curso pretende estudar o fenômeno da justiça restaurativa, que é um modelo diferenciado de administração de justiça penal, que tem como base a consensualidade. O próximo capítulo visa explicar com um pouco mais de profundidade o assunto proposto.

No sentido de delimitar o tema, o que procura-se verificar com este trabalho, é a viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro de aplicação da Justiça Restaurativa para os crimes de médio e maior potencial ofensivo tentando identificar quais seriam os óbices para sua aplicação, tendo como parâmetro o direito como ele é atualmente.

Com isso, tendo sempre em vista a necessidade de buscar alternativas para os problemas do atual modelo, propõe-se algumas delas no desenvolvimento desta monografia.

No terceiro capítulo dessa trabalho, busca-se verificar a adequação da sistemática restaurativa com a Constituição Federativa da República do Brasil de 1988 (CRFB/1988), ou seja, entender se a carta magna brasileira e seus princípios norteadores possuem uma adequação lógica, com os modelos consensuais, com mais especificidade, a justiça restaurativa .

Em seguida, no quarto capítulo, objetiva-se analisar o atual cenário do modelo punitivo-condenatório brasileiro, com a intenção de demonstrar alguns dos graves problemas existentes e demonstrar como a justiça restaurativa, sem a intenção de resolver os problemas por completo, pode ajudar de alguma forma para pelo menos arrefecê-los.

Em última análise, no último capítulo do desenvolvimento do tema, pretende-se demonstrar como de fato é possível aplicar a justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, em um primeiro momento sem alterações legislativas e depois propondo algumas mudanças, principalmente no sentido de permitir que esse sistema seja aplicado para os crimes de médio e maior potencial ofensivo.

Por fim, para a realização da pesquisa foi utilizado o método de pesquisa sistematizador, para permitir, a compreensão do fenômeno restaurativo e sua futura aplicação de forma efetiva. Também no sexto capítulo foram propostas algumas mudanças e alguns acréscimos na legislação, utilizando-se, por consequência, do método de pesquisa *lege lata* e *lege ferenda*.

Dessa forma, realizados alguns comentários iniciais, passa-se a análise do problema de pesquisa apresentado, suas especificidades e suas soluções.

2 – NOÇÕES GERAIS SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Em primeiro lugar, cabe tecer alguns comentários gerais sobre a Justiça Restaurativa, sobre o conceito que será utilizado, sobre os princípios que devem nortear esse modelo e também demonstrar qual o seu principal objetivo.

Portanto, o conceito que guiará toda esta obra é o trazido por Howard Zehr, *ipsis litteris*:

“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.”¹

Percebe-se que Zehr cria um conceito bem amplo que não se restringe a soluções de conflitos criminais. Inclusive o autor vai além ao falar que Justiça Restaurativa não é apenas uma abordagem para resolver conflitos, mas sim um **modo de vida**, fundado em valores positivos, principalmente, no respeito, responsabilidade e relacionamento. (2015, p. 86), devendo-se, por consequência viver restaurativamente.

No entanto, esse entendimento não é unânime, Renato Sócrates traz um conceito um pouco mais restrito:

“A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos

¹ ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa – Howard Zehr ; tradução Tônia Van Acker. – São Paulo : Palas Athena, 2015. p. 54.

centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime."²

No entendimento de Sócrates, o conceito trazido se restringe às práticas de crimes. De fato, neste trabalho a aplicação do modelo restaurativo será focado para seara penal, todavia, é importante apontar que a justiça restaurativa não serve apenas para resolver conflitos oriundos do cometimento de uma infração penal.

Ultrapassado a conceituação, passa-se para os princípios norteadores da justiça restaurativa. Nessa parte, diferencia-se em dois tipos de princípios, os que norteiam esse sistema e os que devem ser seguidos durante um procedimento restaurativo.

O primeiro tipo apresentado diz respeito à própria justiça restaurativa, ou seja, em sua essência o que deve ser levado em conta. Esses princípios são três, são apresentados por Howard Zehr (2015, p. 38-41), quais sejam a existência de danos e necessidades, a existência de reconhecimento de obrigações e a necessidade de engajamento. Esses três pilares serão aprofundados no próximo capítulo.

Em seguida temos os princípios norteadores de um procedimento restaurativo, que são bem identificados no Projeto de Lei 7.006/2002, que por sua vez tentou legislar sobre a implementação da Justiça Restaurativa, como é possível observar a seguir:

“Art. 9º – Nos procedimentos restaurativos deverão ser observados os princípios da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinaridade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé.”³

² SÓCRATES, Renato. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? – Justiça Restaurativa, Coletânea de Artigos, Brasília, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>> p. 20.

³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=397016&f> Acesso em: 13 nov. 2019.

Nesse seguimento, vê-se que a maioria dos princípios são iguais aos trazidos pela Lei 9.099/1995 (Juizados Especiais) e também trazidos pela Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação), com algumas variáveis. Como nesse ponto não há grandes novidades não pretende-se aprofundar os princípios do processo restaurativo já que os mesmos são autoexplicativos.

Por derradeiro, traz-se à baila, o principal objetivo da Justiça Restaurativa, no qual Zehr, irá dizer que o cerne é endireitar na medida do possível as coisas, conforme observa-se no trecho abaixo transcrito:

“Em resumo, o esforço para corrigir os males é o cerne e o eixo da Justiça Restaurativa. A retificação dos males tem duas dimensões: 1) tratar os danos cometidos, e 2) tratar suas causas, inclusive os fatores negativos que contribuíram para o comportamento nocivo. Já que a justiça deveria endireitar as coisas, e uma vez que as vítimas sofreram os danos, a Justiça Restaurativa deve começar por aqueles que foram vitimados e suas necessidades. No entanto, a Justiça Restaurativa se preocupa, em última instância, com a restauração e reintegração de todos que sofreram danos, daqueles que causaram e o bem-estar da comunidade como um todo. A Justiça Restaurativa procura distribuir igualmente o cuidado por todas as partes envolvidas.” (ZEHR, 2015, p. 48-49)

Desse modo, encerra-se, de forma reduzida, o panorama geral a respeito da justiça restaurativa, o que facilita o desenvolvimento do tema em questão sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro e suas aplicabilidades.

3 – A CONGRUÊNCIA CONSTITUCIONAL DO MODELO RESTAURATIVO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nesse primeiro capítulo, pretende-se verificar a adequação do modelo restaurativo com a Constituição Federal brasileira e observar se os pilares da justiça restaurativa se enquadram com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988)

Nesse sentido, ao analisar a Constituição brasileira, percebe-se que ela, de forma efetiva, constitui pilares claramente democráticos e portanto prevê uma série de garantias individuais no sentido de proporcionar um mínimo de dignidade ao ser humano. Entretanto, verifica-se que em muitos casos tal caráter democrático, garantidor de direitos, não é necessariamente traduzido no ordenamento jurídico.

Um exemplo dessa afirmação é o processo penal brasileiro que foi criado em um contexto ditatorial e que mesmo sofrendo inúmeras reformas, manteve uma série de resquícios inquisitoriais, como é possível observar na não regência principiológica da ampla defesa e do contraditório na fase de Inquérito Policial, entendimento esse, que por sua vez já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. É importante salientar que em um Estado Democrático de Direito não deveria ser admitido em nenhuma hipótese a existência de um modelo inquisitivo, mesmo sendo em uma fase pré-processual.

Portanto, chega-se a uma primeira conclusão, um sistema pode estar vigente no ordenamento jurídico brasileiro e não possuir coerência com a Constituição Federal. O que nos leva a uma necessidade de procurar alternativas, que por sua vez se amoldem de forma mais adequada a nossa Norma Fundamental.

Nessa linha pretende-se verificar se a justiça restaurativa, mesmo não sendo reconhecida de forma expressa pela ordem jurídica do Brasil, tem adequação com os ditames constitucionais.

3.1 – Justiça Restaurativa como garantia da liberdade usada como regra

Um dos princípios que tem natureza global no ordenamento jurídico brasileiro e se encontra no caput do artigo 5º da Constituição é o da liberdade. Nesse contexto, em seus incisos, do artigo citado, existem vários obstáculos que impedem o exercício do direito de punir do Estado e portanto o poder de privar a liberdade de um indivíduo.

Por exemplo, o inciso LIV, dirá que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, além desse, tem o inciso LVII, onde se garante que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre outros.⁴

Tal entendimento é ratificado pelo Pacto de San José da Costa Rica, no seu artigo 7, em que diz ser garantido o direito à liberdade pessoal a todos, inclusive para aqueles que supostamente cometeram um crime.

Portanto, o processo penal deve servir como uma barreira para o exercício do *jus perseguendi* e o *jus puniendi*. Nesse sentido, percebe-se que a CRFB/1988, já em um contexto democrático, possui claramente um viés libertário, em que a liberdade deve ser tratada como a regra e a sua privação deve ser tratada como exceção.

No atual modelo de administração de justiça penal o que se enxerga é que se está caminhando exatamente para o lado oposto desse viés libertário-constitucional, pois cada vez mais se vê prisões provisórias sendo aplicadas de forma exagerada e a ampla discussão sobre a possibilidade do início do cumprimento da pena após condenação em segunda instância.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Lex:** Vade Mecum Saraiva Compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – 20. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

Um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) demonstrou que cerca de 90 mil presos provisórios são absolvidos ou são condenados a penas alternativas.⁵

Além disso, verifica-se a importância do destaque da possibilidade que o STF trouxe da prisão após condenação em segunda instância, que além de ferir o princípio da presunção de inocência, também fere o direito à liberdade pois aumenta a possibilidade da aplicação da pena restritiva de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, afrontando claramente a Constituição, que trata a liberdade como regra. Anote-se julgado recente que confirma o entendimento:

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. **Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.** 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.”^{6 7}

⁵ AGÊNCIA BRAISL (EBC). Brasil faz uso abusivo de prisão preventiva, diz estudo. 2014. Disponível em: <[Acesso em: 13 nov. 2019.](https://agenciabrasil-ebc-combr.cdn.ampproject.org/v/agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2014-11/cadeias-brasileiras-abrigam-90-mil-presos-provisorios?amp_js_v=a2&_gsa=1&_usqp=mq331AQEKAFwAQ%3D%3D#aoh=15688165917423&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&_tf=Fonte%3A%20%251%24s&share=http%3A%2F%2Fagenciabrasil.etc.com.br%2Fgeral%2Fnoticia%2F2014-11%2Fcadeias-brasileiras-abrigam-90-mil-presos-provisorios.>></p></div><div data-bbox=)

⁶ ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016

⁷ Destaca-se que durante a elaboração deste trabalho de conclusão de curso o entendimento do Supremo Tribunal Federal mudou após o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, no dia 07/11/2019,

Em contrapartida, respeitando esse ideal constitucional, a justiça restaurativa, diferentemente do modelo punitivo-condenatório, não possui ênfase na aplicação de uma pena privativa de liberdade, seu foco é resolver os conflitos gerados pelo fato delituoso e em seguida de reparar o dano gerado. Portanto, concretiza o princípio libertário constitucional já que seu objetivo central não é a privação da liberdade.

Howard Zehr, como já afirmado, diz que o modelo restaurativo se encontra consubstanciado em três pilares, o foco nos danos e necessidades, o foco na reparação dos danos e o foco no engajamento (ZEHR, 2015, p. 38)

Em primeiro lugar, o foco no dano cometido, esse pilar traz a importância de focar nos danos sofridos pela vítima e permitir que ela defina quais são suas necessidades. Isso acontece em dissonância com o sistema punitivo-condenatório, que de forma clara deixa a vítima em um papel secundário, fazendo com que o Estado assuma o papel de vítima e defina quais são as necessidades, oriundas dos conflitos gerados pela ocorrência da infração penal.

O segundo pilar foca na importância da reparação dos danos. Diferentemente do que diz o senso comum, a justiça restaurativa enfatiza a imputação e a responsabilização daqueles que causam danos. Todavia, tal responsabilização advém da tentativa de fazer o ofensor compreender o dano que ele causou e que, por sua vez, existe a necessidade de repará-lo. Cabe destacar que no atual sistema de administração de justiça penal não é comum que o ofensor, ao final do processo, no caso de uma sentença condenatória, realize a reparação civil pelo dano causado, já na restauratividade essa reparação é um dos focos principais.

Por último, o terceiro pilar é o engajamento. Ele dirá que, ao contrário da justiça tradicional, que todas as partes afetadas pelo delito devem estar envolvidas no processo

prevalendo o entendimento de que o início do cumprimento da pena apenas ocorrer após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Todavia, se manteve essa jurisprudência tendo em vista que os reflexos dela ainda são percebidas na realidade.

judicial, ou seja, devem participar de forma ativa na tomada de decisão e qual caminho será escolhido para solucionar o conflito.

Destaca-se que a justiça restaurativa não é necessariamente uma alternativa ao aprisionamento, de fato em muitos casos pode-se chegar a conclusão que a melhor forma de gerir o conflito não é a privação da liberdade, todavia é completamente crível que seja aplicada uma abordagem restaurativa em conjunto com a privação da liberdade. Em sustento ao afirmado Howard Zehr dirá que de fato a Justiça Restaurativa pode ser uma alternativa à prisão, diminuindo a dependência do sistema prisional, no entanto não elimina a necessidade de alguma forma de encarceramento em alguns casos. (ZEHR, 2015, p. 26).

Dessa forma, percebe-se que o modelo restaurativo põe de forma efetiva em prática o direito à liberdade, já que apenas aplicará uma pena restritiva de liberdade de forma excepcional ao contrário da justiça retributiva que possui esse tipo de pena como um dos seus objetivos.

3.2 – Justiça Restaurativa como garantia da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é outro princípio corolário da Constituição brasileira, pois é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme o inciso III, do artigo 1º da CRFB. Nesse sentido, sua regência deve atingir todo o ordenamento jurídico pátrio.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é:

“[...] Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade , implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem 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 os demais seres humanos”(SARLET, 2002, p. 62)⁸

Portanto, esse princípio confere a todos os seres humanos, independentemente de sua situação, inclusive a de encarceramento, a proteção contra qualquer ato de degradação de sua humanidade.

Em reforço ao já afirmado salienta-se que o Brasil ratificou a Convenção de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992, o Pacto de San José da Costa Rica, que em seu capítulo II, artigo 5.2, diz o que segue: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

No tocante a seara penal, o modelo de administração de justiça penal vigente, a priori, aos apenados é garantido uma série de direitos que visam um tratamento digno, por exemplo o respeito à integridade física e moral dos presos, previsto no inciso XLIX, do artigo 5º, da Constituição.

Todavia, o que na prática se percebe é que no modelo atual o preso é tratado da pior forma possível, onde há a violação dos seus direitos mais elementares. Pretende-se aprofundar tal assunto no capítulo que versará sobre a possibilidade da justiça restaurativa ser um alternativa para superar severos desgastes que o modelo punitivo-condenatório enfrenta na atualidade.

Ainda nessa linha, o modelo atual vai além no que tange ao desrespeito à dignidade da pessoa humana, pois deixa a vítima em um papel secundário, afrontando de forma drástica o princípio em questão.

No modelo acusatório, o Estado toma o lugar da pessoa que de fato foi vítima do crime e fica com a responsabilidade de buscar indícios suficientes e de autoria e ocorrência do

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humano e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

fato delituoso. É bem verdade, que caso não houvesse a atuação do Estado em muitos casos seria bem difícil que o *ius persecuendi* fosse realizado de forma privada. Porém, nem sempre o fato de encontrar o culpado consegue dar conta de resolver os conflitos gerados pelo crime. Os traumas gerados costumam não ser resolvidos apenas com a sensação de que foi feita a justiça e o ofensor está pagando pelo delito que cometeu, é preciso algo a mais.

Isso ocorre, porque, para a vítima, o crime pode ser devastador e ultrapassar os danos materiais e morais. Corroborando com esse entendimento, Howard Zehr ao ser questionado sobre o porquê do crime ser tão devastador e tão difícil de superar, responde:

“Porque o crime é essencialmente uma violação do ser , uma dessacralização daquilo que somos, daquilo em que acreditamos, de nosso espaço privado. O crime é devastador porque perturba dois pressupostos fundamentais sobre os quais calcamos nossa vida: a crença de que o mundo é um lugar ordenado e dotado de significado, e a crença na autonomia pessoal.(ZEHR, 2008, p. 32)”

O autor ainda dirá que para a vítima superar o crime, de fato, é necessário encontrar os porquês, dando assim sentido naquilo que ocorreu, resolvendo o primeiro pressuposto ordenando novamente o mundo e dando significado para ele. Possibilitando assim a retomada da autonomia pessoal, rompida pelo crime, resolvendo o segundo pressuposto. (ZEHR, 2008, p.34)

Nessa linha, a justiça comum apenas dá conta da dimensão pública e deixa praticamente de lado a dimensão privado do crime. Conforme ensina Howard Zehr (2015, p. 26) que, a ênfase na esfera pública, praticamente esquece os aspectos pessoais, interpessoais e comunitários do crime. Enquanto a justiça restaurativa, ao valorizar esse aspecto, consegue alcançar um maior equilíbrio e permite que se encontre um sentimento de justiça.

Ocorre que, ao deixar a vítima em segundo plano o atual modelo de administração de justiça penal não dá conta de resolver os danos causados pelo crime e nem de restaurar esses pressupostos. Assim sendo, chega-se a conclusão que esse modelo não dá um tratamento

digno para a vítima e, portanto, fere gravemente um dos pilares da nossa Constituição democrática.

Em contraponto, o modelo restaurativo em primeira análise pretende dar um tratamento digno ao ofensor, pois como já foi anteriormente explicitado o foco da justiça restaurativa não é de aplicação de uma pena restritiva de liberdade, que no Brasil se dá de forma completamente desumana. No entanto, também pretende dar um tratamento digno à vítima, pois, ao contrário do modelo atual, possui como um dos seus objetivos restaurar os conflitos gerados pela ocorrência do crime, inclusive os conflitos internos acima descritos.

Nessa linha, percebe-se que para solucionar esses traumas é preciso atentar para a vítima e suas necessidades, portanto, é preciso que em cada caso seja tratado conforme suas peculiaridades e não uma fórmula para todos os casos que se pareçam. Para que isso ocorra, a vítima precisa desempenhar um papel principal no processo. Diferentemente do atual modelo, a justiça restaurativa prevê esse tipo de tratamento. Corroborando com o dito, o autor Daniel Achutti dirá, *in verbis*:

“Como o foco principal deixa de ser a averiguação dos fatos para posterior punição do acusado, um serviço de apoio à vítima, conforme o autor (Walgrave, 2008, pg. 32), deve ser a primeira e mais importante condição para fazer justiça. Uma vez que as estatísticas demonstram que a maioria dos ofensores não é preso ou condenado, a justiça restaurativa precisa ser oferecida mesmo sem a presença do ofensor. Com um sistema de atenção à vítimas, pretende-se demonstrar (à vítima e à comunidade) que há interesse público com a situação de vitimização e em buscar minimizar as consequências da ação sofrida. Geralmente, este tipo de serviço funciona de forma meramente auxiliar ao sistema de justiça criminal, mas na justiça restaurativa deve ser considerado de fundamental importância, ocupando posição de destaque. Pelas palavras do autor (2008, p. 33), apoiar e oferecer as condições adequadas para o máximo possível de restauração para as vítimas deve ser a primeira preocupação da

intervenção pública apos a ocorrência do crime, e não um adendo ornamental.”⁹

Dessa forma, chega-se a conclusão, no que tange a observância do princípio constitucional-democrático da dignidade da pessoa humana, que a justiça restaurativa tem muita mais êxito em comparação ao atual modelo de administração de justiça penal.

3.3 – A pertinência do modelo consensual com a Constituição brasileira de 1988

Em primeira análise, é importante destacar o Preâmbulo da CRFB de 1988, *in verbis*:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e **comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”¹⁰

Percebe-se que já na introdução da Constituição, um dos objetivos da mesma é a solução pacífica das controvérsias. Entretanto, o que se observa ainda em grande parte da cultura judicial é um incentivo grande da litigiosidade, principalmente na seara penal.

⁹ ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa e abolicionismo penal : contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil / Daniel Silva Achutti – 2. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2016. p. 80.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Lex: Vade Mecum Saraiva Compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – 20. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

Ao longo do texto constitucional a adoção de um modelo consensual fica explícito em seu artigo 98, I, em que é previsto a criação de juizados especiais cíveis e penais, nos quais o modelo de administração de justiça adotado é o consensual.

Nesse ponto é preciso reconhecer, que na prática, a política criminal trazida pela Constituição trata a consensualidade como exceção, restrita aos juizados especiais criminais, que por sua vez, tratam dos casos que envolvam os delitos de menor potencial ofensivo, na forma da Lei 9.099/95, da Lei 10.259/01 e também com a mais recente Lei de Mediação, a Lei 13.140/16.

Todavia, quando algo é previsto pela Constituição de um país, todo seu ordenamento jurídico deveria sofrer uma adequação. Reitera-se que o preâmbulo da Carta magna prevê a modelo consensual como um dos seus objetivos. A exemplo disso, o Código de Processo Civil de 2015, trouxe várias mudanças para se adequar a nova realidade da justiça brasileira. Uma delas foi a obrigação, via de regra, das audiências de conciliação e mediação em todos os processos, portanto, o modelo consensual se tornou regra.

Percebe-se, que o Código de Processo Civil introduz o princípio do consenso, como princípio geral do processo. Salienta-se que os princípios gerais de direito são fonte subsidiária do Código de Processo Penal, conforme prevê o artigo 3º, deste diploma penal. Sendo, nesse sentido, plenamente viável aplicação da consensualidade no processo penal. Destaca-se que a aplicação do artigo 3º do CPP que prevê essa subsidiariedade, ela deve ser coerente com os objetivos do processo penal e dos ditames constitucionais.

Entretanto, na área penal, além de não ter ocorrido uma reforma no processo penal, que por sua vez se demonstra muito necessária, tendo em vista a existência de muitos aspectos incoerentes com um Estado Democrático de Direito, essa política não foi aplicada. Nessa linha, o que se percebe é a necessidade de mudança da política criminal, mais especificamente, a mudança das próprias leis, destaca-se que esse ponto será tratado com mais profundidade no capítulo que versará sobre a aplicação da justiça restaurativa para os crimes de médio e maior potencial ofensivo.

Desse modo, no final deste capítulo, chega-se a conclusão que, sendo um dos objetivos da CRFB/1988 a solução pacífica de conflitos, os modelos consensuais, inclusive a

justiça restaurativa, possuem embasamento constitucional para existirem no ordenamento jurídico brasileiro, devendo-se, portanto, buscar meios de expansão desses modelos no Brasil – sem dúvida essas mudanças apenas ocorrerão com a mudança da política criminal.

4 – JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO SOLUÇÃO PARA OS DESGATES DO MODELO PUNITIVO-CONDENATÓRIO

Neste capítulo, pretende-se demonstrar como o atual modelo de administração de justiça penal brasileiro se encontra muito desgastado e necessita de profundas mudanças. Nesse seguimento, não com o objetivo de acabar com o problema, o modelo restaurativo pode trazer contribuições ao ser inserido no modelo atual e diminuir alguns de seus problemas.

Com isso, em primeiro lugar é preciso entender como se encontra o atual modelo no Brasil, para saber onde é preciso mudar e aperfeiçoar.

4.1 – Panorama geral do sistema acusatório brasileiro

Nesse ponto, é importante destacar que o modelo adotado pela Constituição brasileira é o acusatório. No entanto, é bem verdade que existem muitos resquícios inquisitoriais que ainda são aplicados, principalmente no que tange a separação entre o juiz e as partes, que por sua vez é a característica central do modelo acusatório, assim como explica o jurista Aury Lopes Junior, *in verbis*:

“O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre o juiz e as partes, que assim deve se manter ao longo de todo processo (por isso que nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.) para garantia da imparcialidade (juiz que vai atrás da prova está contaminado, prejuízo que decorre dos pré-juízos, como veremos no próximo capítulo) e efetivação do contraditório.”(LOPES, 2018, p. 44)¹¹

Portanto, de fato o Brasil tem um modelo acusatório, mas não o põe em prática no seu ordenamento de maneira efetiva, como demonstra a seguir Aury:

¹¹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

“A posição do julgador é fundada no *ne procedat iudex ex officio*, cabendo às partes, portanto, a iniciativa não apenas inicial, mas ao longo de toda a produção da prova. É absolutamente incompatível com o sistema acusatório (também violando o contraditório e fulminado com a imparcialidade) a prática de atos de caráter probatório ou persecutório por parte do juiz, como, por exemplo, a possibilidade de mo juiz decretar a prisão preventiva de ofício (art. 311); a decretação, de ofício, da busca e apreensão (art. 242); a iniciativa probatória a cargo do juiz (art. 156); a condenação do réu sem pedido do Ministério Público, pois isso viola também o Princípio da Correlação (art. 385); e vários outros dispositivos do CPP que atribuem ao juiz um ativismo tipicamente inquisitivo”¹²

Portanto, percebe-se que o atual modelo acusatório brasileiro não é aplicado de maneira correta. Um dos fatores que contribuem para isso é a falta de renovação das leis penais. Destaca-se que o Código de Processo Penal é de 1941, desse modo, não está de acordo com os ditames constitucionais. É bem verdade que houve várias mudanças do CPP, ainda assim, como se pode observar, não foram suficientes para suprir os resquícios inquisitoriais.

Nesse sentido, é de suma importância o advento de um novo Código de Processo Penal. Todavia, tal fato não é objeto desse trabalho acadêmico. O que se pretende ao demonstrar o panorama do atual modelo de administração de justiça penal brasileiro, é que os desgastes existentes no modelo vêm, não apenas da má aplicação do direito, mas também, da sua própria estrutura e que isso faz com que se aplique mal o direito, principalmente no que tange ao respeito da dignidade do preso.

4.2 – O desrespeito a dignidade do preso

É de conhecimento geral que no Brasil a situação do preso é muito precária, pois há um encarceramento em massa, o que gera superlotações nos presídios, péssimas condições

¹² Id. Ibid.

das celas, entre outras circunstâncias que não permitem que os detentos tenham um mínimo de dignidade.

Portanto, além de serem julgados por um sistema criminal inadequado, após serem condenados, são tratados da pior forma possível, sem nenhuma dignidade. Destarte, mesmo tendo sua liberdade restringida, sua dignidade deveria ser respeitada. Cabe, nesse ponto, lembrar o inciso XLIX, do artigo 5º, que prevê o respeito a integridade física e moral do preso.

Nessa linha, o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo, com uma quantidade elevada de presos provisórios, acima de 35%, sem, no entanto, possuir capacidade para acomodar esse número de pessoas em suas prisões. O déficit já está perto de alcançar 300 mil. A seguir observa-se imagem de infográfico feito pelo sítio eletrônico do G1, com informações muito relevantes sobre a população carcerária no Brasil.

Figura 1 – Infográfico sobre população carcerária



Fonte: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>

Com isso, uma pergunta surge, como é possível dar um tratamento digno para os presos sendo que há uma superlotação de quase 70% nas prisões brasileiras ? Não é possível. Portanto, é de suma importância a busca de mecanismos que permitam viabilizar um tratamento digno ao preso e também para que exista um ambiente favorável para que a pena exerça suas funções de forma efetiva. Abaixo, apenas como uma forma de ilustrar a realidade do sistema carcerário, vê-se celas de uma prisão superlotada:

Figura 2 – Foto de prisão superlotada



Fonte: <https://oglobo.globo.com/brasil/fim-da-superlotacao-em-presidios-custaria-42-bilhoes-6880202?versao=amp>

4.3 – A ineficácia da função preventiva da pena

Existem três teorias sobre a função da pena, que buscam identificar como essas devem reagir em relação ao delito.

A primeira é a Teoria Retributiva, ou Absoluta, em que a pena se justifica em si mesma e sua principal função é punir quem transgrediu a lei. Portanto, se alguém infringiu um mal a alguém, a resposta a essa ação é de infringir um mal contra quem o cometeu. Com isso, busca subsídios na máxima kantiana do imperativo categórico ou seja, se alguém, não importa quem seja, foi contra a moral universal, ela deve ser punida independente das circunstâncias. Segundo Nilo Batista e Raúl Zaffaroni (2006, p. 522), Kant justifica a existência da pena como proteção da visão do homem como fim em si mesmo:

“Kant não encontrou outra forma de resolver essa inevitável contradição, ao procurar dar à pena o caráter de um meio que garantisse o próprio imperativo categórico: quis demonstrar que, sem a pena, a garantia do ser humano como fim em si mesmo acaba imediatamente. [...] Daí a necessidade da pena, que não mediatizaria o ser humano porque justamente era a

única garantia de seu tratamento como humano.” (*apud* MORGADO, 2018, p. 64)

Por conseguinte, tal teoria não se importa em prevenir o crime. Necessário, portanto, uma crítica relevante à teoria em questão, é que a mesma não dá conta de conter a criminalidade.

A segunda é a Teoria Preventiva, ou Relativa da pena, na qual se busca impedir a ocorrência de novos delitos, se subdividindo em prevenção geral e especial. Logo, ao contrário da teoria antecedente a pena deve servir como um meio de política criminal para a tentativa de diminuir a criminalidade.

A prevenção geral se dá em relação a sociedade que ao perceber que a pena é grave e é aplicada com efetividade, fica coagida a realizar aquela transgressão.

Já a prevenção especial, diz respeito ao agente, ou seja, a pena deve servir para evitar que esse indivíduo venha a cometer novamente delitos e se dá em sua forma negativa e positiva. A negativa é o aspecto de segregar o indivíduo da sociedade para que ele não cometa novos crimes. Já a positiva tem a intenção de buscar a ressocialização do indivíduo na sociedade.

Por último, temos a Teoria Mista, ou Unificadora, que entende que as duas teorias anteriores por mais que tenham grandes diferenças, são passíveis de coexistência.

No ordenamento jurídico brasileiro a teoria adotada foi esta última, conforme previsto no artigo 58, *caput* parte final, do Código Penal, *ipsis litteris*:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, **estabelecerá, conforme seja**

necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.¹³

De acordo com os juristas Ana Pinto e Florestan Prado essa teoria mista é aplicada da seguinte forma:

“O ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, apresenta características próprias da teoria unificadora, relacionando em uma única norma fins preventivos (prevenção geral e especial) assim, como os retributivos (principalmente quanto à dosimetria da pena). Influenciado pelo caráter humanitário da sanção, defendido por Beccaria, o ordenamento nacional enfatiza a aplicação do princípio da proporcionalidade quando da cominação da pena. Decorrente das teorias de prevenção, a individualização da pena também contribuiu para o aperfeiçoamento da aplicação desse princípio.” (PINTO e PRADO, 2014, p. 11)

No que tange ao aspecto retributivo da pena não há o que falar, pois é bem claro que no ordenamento jurídico brasileiro ela é posta em prática, talvez até de forma exagerada. Todavia, o mesmo não pode ser dito em relação ao aspecto preventivo.

Assim, como diz PINTO e PRADO (2014), em tese a legislação penal brasileira apoia o aspecto ressocializador da pena, principalmente ao aplicar a progressão de regime que aos poucos vai colocando o indivíduo de volta para a sociedade e também na a aplicação substituição da pena restritiva de liberdade pela pena restritiva de direitos.

Na prática, destarte, no momento da aplicação da pena, tal função é desvirtuada:

¹³ BRASIL. Código Penal de 7 de dezembro de 1940. Lex: Vade Mecum Saraiva Compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – 20. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018

“As críticas ao ordenamento jurídico brasileiro surgem com maior frequência em relação à aplicação prática, ou seja, a execução (cumprimento) da pena. A função da pena é desvirtuada nesse momento em razão de diversos fatores, sendo um dos principais a falta de estrutura dos órgãos responsáveis pela execução da pena. A ausência de casas de albergado para o cumprimento do regime aberto é exemplo típico dessa falta de estrutura. Assim, o indivíduo é condenado e durante o período em que fica encarcerado exercita apenas a finalidade retributiva da pena. Afinal, apesar de existirem poucas políticas criminais que incentivem programas e condutas visando a ressocialização, estas são dificilmente efetivadas. Ademais, não se pode sequer imaginar uma função preventiva, considerando que o criminoso não se intimida diante do atual sistema prisional, nem mesmo aquele que já cumpriu pena.” (PINTO e PRADO, 2014, p.12)

Logo, frente a ineficácia do sistema e de seu aparato, os aspectos preventivos existentes no ordenamento jurídico pátrio são totalmente ofuscados. Sendo totalmente pulverizados, tendo em vista que a pena não gera mais nenhuma intimidação para o criminoso. A verdade é que na grande maioria dos casos muitos detentos após cumprirem suas penas voltam para a sociedade prontos para cometerem crimes ainda piores em relação aos que foram apenados.

Nessa linha, o resultado final deste cenário, é a reincidência criminal e, portanto, a ineficácia da pena, principalmente no que tange sua função preventiva. Um estudo do IPEA¹⁴, de 2015, afirma que no Brasil a taxa de reincidência é de 70%

¹⁴ IPEA. Reincidência Criminal no Brasil. 15 jul. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/porta/index.php?option=com_content&view=article&id=25590&Itemid=6>. Acesso em: 28 out. 2019

e a tendência é que esse percentual não diminua tendo em vista a inexistência de políticas criminais que busquem superar tal ineficácia.

Isso se dá, na medida em que as pessoas que não são afetadas por essa precarização do sistema carcerário, tendem a achar que esses indivíduos não merecem o devido respeito a sua dignidade, sob o argumento de que apenas os ditos “cidadãos de bem” são merecedores de direitos inerentes a humanidade. Por consequência, entendem que essas pessoas que cometeram delitos devem sofrer com as mazelas do cárcere.

Para piorar a situação, percebe-se que esse discurso em várias circunstâncias é apoiado pelo Estado, portanto esse entendimento ganha robustez tendo em vista que possui grande representatividade na política brasileira. Com isso, percebe-se que a probabilidade de ocorrer alguma mudança para que se tende dar mais efetividade na função preventiva da pena se torna bem pequena. Entretanto, existem meios de retomá-la.

Não há dúvidas que para as mudanças ocorrerem, também é necessário que exista uma mudança na política criminal. Para isso, é preciso que se reconheça que o modelo não dá mais conta e que é preciso uma mudança de perspectiva e de abordagem. Mudar o entendimento de que para resolver o problema da criminalidade é preciso de penas mais duras, diminuir a possibilidade de defesa do réu, etc. Vê-se que infligir mais dor ao ofensor não resolve em nada os problemas existentes.

Howard Zehr, nesse sentido diz:

“Estudos feitos sobre a pena de morte não conseguiram encontrar provas de que a pena máxima coíba o crime. Algumas evidências mostram que o exemplo da pena de morte na verdade leva algumas pessoas a cometer assassinato. Aparentemente, a mensagem que potenciais ofensores recebem não é a de que matar é errado, mas sim que aqueles que cometem erros merecem morrer. A mensagem de que os ofensores devem pagar, e que o pagamento é a punição, pode

ensinar uma lição bem diferente daquela que pretendemos.”
(ZEHR, 2008, p. 82)

Portanto, uma decisão de endurecer o sistema de combate ao crime, pode sem dúvida passar a mensagem errada e fazer com que se tenha o resultado oposto do objetivado.

Dessa forma, é necessário que a solução seja algo bem diferente do que se vem tentando na atualidade. Nesse sentido, a justiça restaurativa, objeto desse trabalho de conclusão de curso, aplicada da maneira correta, pode oferecer mudanças substanciais.

4.4 – Justiça Restaurativa como uma das soluções para os problemas

Diante de todo exposto, não há dúvidas sobre a necessidade de mudanças. Nessa linha, o modelo restaurativo pode trazer soluções, por meio do seu modo diferente de encarar a administração da justiça penal. Com certeza, a restauratividade não representa uma panaceia, todavia, pode trazer mudanças efetivas que ajudem a diminuir os problemas apontados nos capítulos anteriores.

Em primeiro lugar, tem-se o problema dos vastos resquícios inquisitoriais do nosso modelo acusatório, este último que está bem fundamentado na Constituição pátria, porém no ordenamento é aplicado de forma inadequada. A justiça restaurativa em seu cerne quebra de fato com o modelo acusatório em que se tem o papel do acusador e do julgador bem distintos. Entretanto também rompe com o inquisitorial.

Essa quebra com esses dois modelos se dá porque o Estado deixa de ter papel fundamental no processo de decisão, pois quem são os protagonistas do processo são o ofensor, a vítima e a sociedade. O papel da Estado seria de zelar pela legalidade do processo e de que os direitos de cada parte serão resguardados. Salienta-se que para resolver esse entrave em sua totalidade apenas ocorreria com uma reforma no direito penal, na qual todos esses institutos inquisitoriais sobreviventes fossem retirados do ordenamento, tema este que não pretende-se aprofundar nesta obra monográfica.

Portanto, a justiça restaurativa, por ser um modelo bem flexível consegue se adequar bem ao modelo acusatório, pois, diferente do modelo inquisitorial, que são opostos, segundo Zehr (2015, p. 81), ambos os modelos possuem o mesmo objetivo, qual seja o de acertar as contas por meio da reciprocidade, as únicas diferenças são as propostas de como igualar o placar. A restauratividade pode muito bem conviver com o modelo retributivo acusatório, assim como prevê Zehr:

“Talvez não devamos sonhar em desmontar o sistema retributivo, mas sim desenvolver um sistema paralelo mantendo a escolha de qual deles usar. Herman Bianchi argumenta que na Idade Media a existência de caminhos paralelos – justiça estatal e justiça da Igreja – foi positiva em certos aspectos. A existência de dois caminhos oferecia escolhas para as partes em certos casos. Além disso, cada caminho servia como verificação e juízo crítico do outro.” (ZEHR, 2008, p. 220).

Ademais, é plenamente viável que dentro do sistema acusatório, a aplicação de práticas restaurativas, sem que se use um modelo diferente. Como por exemplo, a existência de rodas de conversas e outras atividades semelhantes, em que, mesmo o ofensor estando preso, ele é convidado a refletir sobre a ofensa que causou e é convidado a reconhecer sua responsabilidade. (ver tópico 5.1)

Em segundo lugar, observa-se o problema da falta de respeito à dignidade do ofensor e também da vítima, ambos no atual administração criminal tem grandes dificuldades de terem seus interesses levados em conta. Conforme o já exposto, a justiça restaurativa busca dar protagonismo a ambos agentes e entender suas necessidades, sem, no entanto, deixar de responsabilizar o ofensor por seus atos.

Também pode trazer resultados, no que diz respeito à superlotação das penitenciárias, pois na justiça restaurativa a pena restritiva de liberdade não é o objetivo a ser alcançado, por mais que não seja impossível de ocorrer dentro do processo restaurativo. Mas de fato, o processo restaurativo pode trazer alternativas à prisão.

Por último, temos o problema da ineficácia da função preventiva da pena, que por sua vez desencadeia em um alto índice de reincidência criminal. De antemão, é importante salientar que o principal objetivo da Justiça Restaurativa não é prevenir que outros crimes aconteçam. Seu principal objetivo na verdade é endireitar as coisas e resolver o conflito gerado pela ocorrência do fato delituoso.

Entretanto, é bem verdade, que no modelo restaurativo, por existir um foco na tentativa de que o ofensor reconheça seus erros e busque entender suas responsabilidades, a tendência é que o mesmo não volte a cometer os mesmos erros. Nesse sentido leciona Zehr:

“Há bons motivos para acreditar que tais programas reduzem de fato a criminalidade. As pesquisas realizadas até o momento são bastantes animadoras em relação a esse quesito. No entanto, a redução da reincidência não é o motivo pelo qual se devam promover os programas de Justiça Restaurativa. A redução da reincidência é um subproduto mas a Justiça Restaurativa é praticada, em primeiro lugar, pelo fato de ser a coisa certa a fazer.”

Assim sendo, percebe-se que o sistema restaurativo pode trazer respostas positivas para alguns dos problemas do atual modelo de administração de justiça penal. Todavia, como já foi dito anteriormente, a Justiça Restaurativa não é uma resposta para todos os problemas, Zehr confirma isso ao dizer:

“A Justiça Restaurativa não é, de modo algum, reposta para todas as situações. Nem está claro que deva substituir o sistema judicial, mesmo num mundo ideal. Muitos entendem, que, mesmo que a Justiça Restaurativa pudesse ganhar ampla implementação, algum tipo de sistema jurídico ocidental (idealmente orientado por princípios restaurativos) ainda seria necessário como salvaguarda e defesa dos direitos humanos fundamentais.”

Dessa forma, passa-se nesse momento para o último capítulo de desenvolvimento, no qual serão abordadas possibilidades de aplicação da justiça restaurativa dentro do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no tocante aos crimes de médio e maior potencial ofensivo.

5 – APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA OS CRIMES DE MÉDIO E MAIOR POTENCIAL OFENSIVO

Antes de passar para as possibilidades de aplicação do modelo restaurativo no Brasil é importante salientar que no país, a efetiva aplicação desse sistema ainda é bem restrito.

Ao consultar a pesquisa realizada pelo CNJ¹⁵, sobre o mapeamento dos programas de Justiça Restaurativa, 44 dos 47 Tribunais que responderam a pesquisa afirmam que possuem algum tipo de programa, projeto ou ação restaurativo, conforme tabela abaixo:

Figura 3: Tribunais com ou sem programa/projeto/ação de Justiça Restaurativa

TRIBUNAIS	QUANTIDADE DE RESPONDENTES
NÃO POSSUEM PROGRAMA/PROJETO/AÇÃO	
TJRR	1
TRF-2ª	1
TRF-5ª	1
TOTAL	3
POSSUEM PROGRAMA/PROJETO/AÇÃO	
TJAL	1
TJAM	1
TJAP	1
TJBA	1
TJCE	1
TJDFT	1
TJES	1
TJGO	6
TJMA	1
TJMG	1
TJMS	1
TJMT	1
TJPA	1
TJPB	1
TJPE	1
TJPI	2
TJPR	1
TJRJ	1
TJRN	1
TJRO	1
TJRS	1
TJSC	4
TJSE	5
TJSP	1
TJTO	2
TRF-1ª	1
TRF-3ª	1
TRF-4ª	3
TOTAL	44
TOTAL GERAL DE RESPONDENTES	47

Fonte: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>

¹⁵ CNJ. Seminário de Justiça Restaurativa – Mapeamento do Programas de Justiça Restaurativa. Brasília. Junho de 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>> Acesso em: 07 de nov. de 2019.

De fato, percebe-se a existência de inúmeros projetos difundidos pelo país, mas a mesma pesquisa indica que a maioria dos projetos estão em fase muito inicial e quase sem nenhum tipo de infraestrutura para se firmar.

Destarte, grande parte desses tribunais desenvolvem esses projetos para outras áreas sem ser a penal e as que são nessa área são vinculados aos delitos considerados de menor potencial ofensivo, julgados nos Juizados Especiais Criminais, conforme a Lei 9.099/1995, em Brasília e na Justiça da Infância e Juventude, em Porto Alegre e em São Caetano do Sul, por exemplo.

No entendimento do jurista *Renato Sócrates Gomes Pinto*, a Justiça Restaurativa tem perfeita adequação aos crimes que são julgados sob a égide da Lei 9.099/95, quais sejam, os delitos de baixo potencial ofensivo. (SÓCRATES, 2017, pg. 29)

Destaca-se, que não há uma previsão expressa na Lei 9.099/95, sobre a utilização de um procedimento restaurativo. No entanto, realmente existe uma adequação lógica entre o procedimento da lei 9.099 com o restaurativo, visto que ambos são modelos consensuais.

Um crítica que pode ser feita ao jurista supracitado citado é que o mesmo não enfrenta a possibilidade de utilização da justiça restaurativa para os crimes de médio e alto potencial ofensivo.

Tal afirmação é de suma importância pois os problemas mais sérios do sistema retributivo ocorre no âmbito dos crimes mais graves e não nos crimes de menor gravidade. Portanto, para que a justiça restaurativa seja uma solução para o modelo falido de administração de justiça penal, é preciso enfrentar a possibilidade do seu uso para crimes de médio e maior potencial ofensivo.

Corroborando desse entendimento, Howard Zehr, diz:

“Talvez seja mais fácil conseguir o apoio da comunidade a programas que lidam com os chamados “casos de menor

gravidade”. No entanto, a experiência tem demonstrado que as abordagens restaurativas podem produzir maior impacto nos casos de crimes mais graves. Além disso, se os princípios de justiça Restaurativa forem levados a sério, a necessidade dessas abordagens fica mais clara no tocante aos casos mais graves. As perguntas balizadoras da justiça Restaurativa (ver. p. 55) podem ajudar a criar respostas judiciais sob medida para situações muito difíceis.” (ZEHR, 2015, p. 23/24)

É importante salientar que esse autor não é brasileiro, claro que o mesmo não se refere de forma direta ao ordenamento brasileiro. Todavia é necessário entender que a justiça restaurativa na seara criminal tem um adequação perfeita a crimes considerados mais graves.

Entretanto, é imperativo reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro não se encontra preparado para receber a justiça restaurativa para casos de crimes considerados mais graves da forma que ele é hoje. Nessa linha, é de suma importância a delimitação de estratégias e mudanças legislativas para que esse modelo seja aplicável no Brasil.

Antes disso, além de propor mudanças na lei, também é possível a aplicação de práticas restaurativas em concomitância com o processo criminal comum, sem que haja a necessidade de alterações legislativas.

5.1 – Projetos e programas que usam práticas restaurativas já existentes no Brasil

Como já foi dito, o ordenamento, tal como acontece atualmente, não está pronto para receber a justiça restaurativa, mas é possível a existência de práticas que possuem a restauratividade como fundamento e que podem existir em paralelo com a aplicação da justiça criminal comum.

Mesmos que restritos, existem alguns projetos que tentam estimular a ressocialização do preso. Existe, por exemplo, a Fundação Santa Cabrini¹⁶, que por sua vez trabalha com a gestão do trabalho prisional no Estado do Rio de Janeiro, em conjunto com a Secretaria de Estado de Trabalho e Renda (SETRAB). Essa instituição trabalha com a reinserção do preso, dando oportunidades de emprego para essas pessoas.

Ao entrevistar uma ex-presidiária, que passou pela Fundação Santa Cabrini, a mesma afirmou que sem o trabalho da instituição ela não teria as mesmas oportunidades que teve. A entrevistada, conseguiu, por meio da fundação, um trabalho no setor de limpeza da Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE), companhia estadual do Rio de Janeiro que fornece água e saneamento básico, para vários lugares do estado. Atualmente, depois de cumprir toda sua pena, continua na empresa, mas não pela Fundação Santa Cabrini, conseguiu uma oportunidade de trabalhar na área administrativa, diretamente para CEDAE.

Percebe-se a restauratividade nesse exemplo, pois evidentemente tal projeto consegue mudar a realidade de detentos e de forma efetiva reintegra esses indivíduos na sociedade, com dignidade e respeito, com uma perspectiva de uma nova vida.

Esse exemplo de mudança também pode ser observado em outro projeto, a Associação Cultural de Desenvolvimento do Apenado e Egresso (ACUDA), que é uma associação que em conjunto com o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na capital Porto Velho, desenvolve um trabalho de reinserção do preso, por meio de várias atividades que permitem que o detento consiga observar seus erros, seus problemas, reconhecê-los e mudar sua perspectiva de vida para não cometê-los novamente.

O acesso a esse projeto foi através da reportagem do canal Globo, no programa Profissão Repórter, sobre Justiça Restaurativa que foi veiculado na

¹⁶ A descoberta sobre a Fundação Santa Cabrini aconteceu por meio de uma oportunidade de estágio na Companhia Estadual de Águas e Esgotos (CEDAE), que por sua vez aderiu a esse projeto e possui funcionários advindos da fundação. A oportunidade de entrevistar uma ex-presidiária, surgiu pois tinha uma funcionária, que havia passado pela Fundação Santa Cabrini e trabalhava no mesmo setor no qual era realizado meu estágio.

televisão em 31 de outubro de 2018. À época da reportagem, a associação atendia um pouco mais de 100 detentos. O programa mostrou o exemplo de um detento que cometeu vários homicídios e que estava passando pelo programa da ACUDA e mostra o processo de transformação desse indivíduo depois de passar pelas atividades da associação. Ao falar com a repórter o que mais marca é a frase: “quando eu volto ali pra dentro (ACUDA) eu não volto como detento, eu volto como ser humano”.

Portanto, percebe-se que esse projeto ao demonstrar que o detento é importante, faz com que ele se sinta um ser humano novamente e que merece respeito e que pode retornar diferente para sociedade. O diretor-geral da ACUDA, Rogério Araújo, diz, na reportagem, em relação a realidade da justiça criminal:

“Sair da cadeia todos vão, isso é fato. Agora sair do crime é outro processo. Porque fazer a desconstrução desse indivíduo que entrou no sistema carcerário falido como a gente conhece, que vai reforçar isto que já está nele, que é o crime. [...] não é um processo fácil.”

Nesse sentido, vê-se que com a aplicação da restauratividade, conseguiu mudar a realidade daquele detento, já que ele ao retornar para sociedade, não possui a intenção de retomar a rotina de crimes, que por sua vez é um dos grandes problemas de hoje em dia, a reincidência.

Também, na mesma reportagem sobre justiça restaurativa, mostra-se os Círculos de Paz, em que se coloca, a vítima, o ofensor e a sociedade em um círculo para que as pessoas que foram afetadas pela ocorrência do delito possam falar e construir algo novo a partir do diálogo.

Uma das precursoras dos processos circulares, Kay Pranis, em sua obra, explica como funcionam tais círculos:

“Os participantes se sentam nas cadeiras dispostas em roda, sem mesa no centro. Às vezes se coloca no centro algum objeto que tenha significado especial para o grupo, como

inspiração, algo que evoque nos participantes valores e bases comuns. O formato espacial do círculo simboliza liderança partilhada, igualdade, conexão e inclusão. Também promove foco, responsabilidade e participação de todos.”¹⁷

Esses círculos permitem que a comunidade, em conjunto com a vítima e o ofensor fortaleçam vínculos e reconheçam suas necessidades e obrigações. Pranis ainda sobre os círculos, afirma:

“Os círculos se valem de uma estrutura para criar possibilidades de liberdade: liberdade para expressar a verdade pessoal, para deixar de lado as máscaras e defesas, para estar presente como um ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas, para conseguir reconhecer erros e temores e para agir segundo nossos valores mais fundamentais.”¹⁸

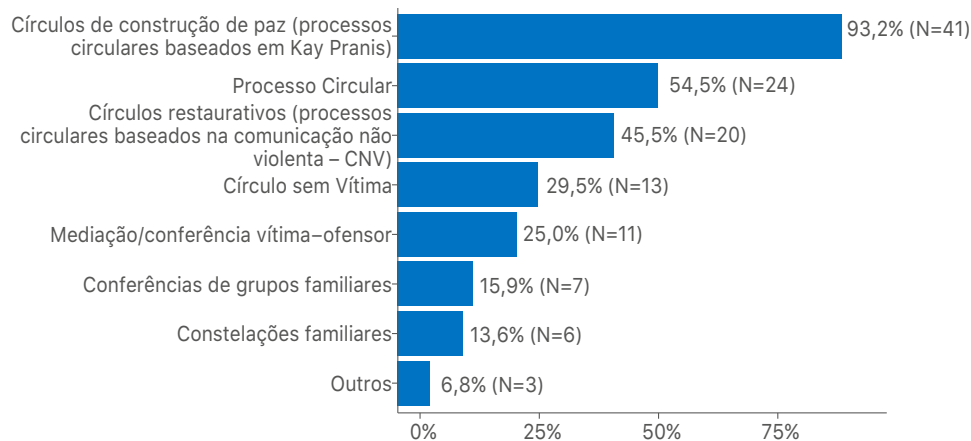
Nesse sentido, a reportagem do Profissão Repórter, acima referenciada, ao mostrar um Círculo de Paz, traz um caso em que o ofensor em uma briga de bar tentou matar com um facão a vítima, sem sucesso, o ofensor foi preso por tentativa de homicídio. Durante o cumprimento de sua pena, esse caso foi submetido a um procedimento circular e na reportagem mostra a vítima, o ofensor e a comunidade, composta por vizinhos e pelas famílias, tanto da vítima como do ofensor. Todos falam de que forma foram afetados pelo ocorrido. O resultado foi de que a pessoa que cometeu o crime pediu desculpas e a vítima aceitou e também a família do ofensor ficou responsável de ajudar a vítima com seu problema de alcoolismo.

Além disso, a pesquisa realizada pelo CNJ, mostrou que grande parte dos programas existentes no Brasil se utilizam da metodologia dos Círculos de construção de Paz de Kay Pranis e outros tipos de processos circulares, para atuar na área restaurativa (CNJ, 2019, p. 39), conforme tabela abaixo:

¹⁷ PRANIS, Kay. Processos Circulares de construção de paz / Kay Pranis ; redução de Tônia Von Acker. – São Paulo : Palas Athena, 2010. p. 25

¹⁸ Id. Ibid.

Figura 4 – Metodologia dos procedimentos restaurativos adotados



Fonte: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>

Dessa forma, percebe-se que essa experiência restaurativa trouxe resultados impossíveis de alcançar por meio da mera justiça comum. Além disso, deu grande importância para a vítima que se demonstra uma das grandes dificuldades do processo criminal que deixa de forma evidente essa personagem em segundo plano. No entanto, esses projetos ainda enfrentam um grande problema, o de não conseguir atender uma quantidade razoável de casos, portanto, mesmo dando grandes resultados não dão contas de mudar a realidade de todo sistema criminal que possui problemas muito enraizados.

5.2 – Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo

Como já salientado, o atual modelo de administração de justiça penal adotado pela política criminal brasileiro é o retributivo. O que se propõe nesse trabalho é uma mudança de perspectiva. Conforme leciona Howard Zehr:

“A justiça retributiva define o estado como vítima, define o comportamento danoso como violação de regras e considera irrelevante o relacionamento entre vítima e ofensor. Os crimes, portanto, estão em outra categoria, separados de outros tipos de danos. A lente restaurativa identifica as pessoas como vítimas e reconhece a centralidade das dimensões

interpessoais. As ofensas são definidas como danos pessoais e como relacionamentos interpessoais. O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos.”

Portanto, para que de fato ocorra mudanças é de suma importância que, como propõe Zehr, aconteça uma mudança de lentes. Essa nova proposta traz a consensualidade como regra e, portanto, incentiva medidas que a ampliem.

Conforme já relatado nesta obra, a política criminal brasileira, por meio da Constituição de 1988, escolheu, com o artigo 98, I, da CRFB, aplicar o modelo consensual apenas para as infrações penais de menor potencial ofensivo, de maneira excepcional, *in verbis*:

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”¹⁹

Nesse sentido, sua aplicação foi inaugurada com o advento da lei 9.099/1995, que por sua vez foi a lei que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Em contrapartida, o Código de Processo Civil de 2015, adotou a consensualidade como regra e portanto tornou a tornou um princípio geral do processo e pode e deve ser aplicado de forma subsidiária do processo penal, na forma do artigo 3º do CPP.²⁰

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Lex**: Vade Mecum Saraiva Compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – 20. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

²⁰ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Na seara penal para que o modelo consensual seja a regra é de suma importância a aplicação do direito penal mínimo, na qual apenas as condutas consideradas mais graves deveriam passar pelo crivo penal, pois a maioria dos bens jurídicos não devem ser protegidos pelo direito penal, que por sua vez deve configurar como a *ultima ratio*. Entretanto, atualmente, observa-se exatamente ao contrário e Carolina Paladino adverte no mesmo sentido:

“A *ultima ratio*, portanto, legitima o Direito Penal somente quando fracassam as políticas sociais, quando se torna impossível a vida social. Nesses casos, o Direito Penal intervém para fazer cessar a violência (QUEIROZ, 2002, p. 69). Mas o que se percebe é um movimento contrário: qualquer conduta é penalizada hodiernamente. Questões tributárias, de trânsito, delitos de perigo, enfim: tudo passou a ser albergado pelo Direito Penal. Assiste-se a uma enxurrada de legislações penais e processuais penais cada vez mais severas, sem qualquer preocupação com uma uniformidade no sistema.” (PALADINO, 2010, p. 62).

Com essa mudança de perspectiva, mudanças ficam mais viáveis. Nessa linha, uma mudança que está de acordo com esse entendimento seria a ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo.

Prima facie, pode-se considerar isso um pouco ousado demais, entretanto não é, pois no ordenamento jurídico brasileiro isso já ocorreu. A redação original do artigo 61, da Lei 9099/1995, considerava infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes que a lei cominasse pena máxima não superior a 1 (um) ano.

A partir do advento da lei 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito federal, houve uma mudança do entendimento de

infração de menor potencialidade ofensiva, para os crimes que a lei comine a pena máxima não superior a 2 (dois) anos. Não seria proporcional aplicar esse conceito de uma forma para a justiça federal e de outra para a justiça estadual.

Logo, começou-se a aplicar o entendimento da lei 10.259/2001. Para não restar dúvidas, foi editada a lei 11.343/2006, que por sua vez colocou fim nesse impasse, alterando o artigo 61 da lei 9.099/1995, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”²¹

Portanto, percebe-se que já houve uma ampliação no entendimento desse conceito. O que se propõe é que se amplie novamente, para que os crimes com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos sejam consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo.

Tal proposta se fundamenta na realidade de que hoje em dia, via de regra, as pessoas que são condenadas à pena restritiva de liberdade não superior a 4 (quatro) anos tem sua pena substituída por penas restritivas de direitos, por força do artigo 44, I, do Código Penal, *ipsis litteris*:

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;”²²

²¹ BRASIL. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. **Lex:** Vade Mecum Saraiva Compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – 20. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

²² BRASIL. Código Penal de 7 de dezembro de 1940. **Lex:** Vade Mecum Saraiva Compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – 20. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

Nesse sentido, é totalmente crível e bem mais proporcional submeter esses tipos penais ao rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais, que por sua vez aplicarão as medidas despenalizadoras cabíveis.

Com essa mudança, já se ampliariam as possibilidades de aplicação de justiça restaurativa, que atualmente apenas consegue atuar no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, sem realizar grandes mudanças legislativas e o mais interessante é que essas mudanças já possuem precedentes no ordenamento pátrio.

5.3 – Mudanças legislativas que permitiriam a aplicação da justiça restaurativa em paralelo ao atual modelo de administração de justiça penal

Nesta última parte deste capítulo, o que se pretende é propor uma forma mais ousada de aplicação da Justiça Restaurativa, que para de fato ser viável necessitariam de mudanças um pouco mais drásticas tanto no entendimento sobre o direito penal, como na própria legislação.

Salienta-se que por mais ousado e diferente do que será proposto, não é nada impossível, pois apenas é necessário que se faça uma escolha de como enxergar o modelo de justiça criminal. Nesse sentido, Helena Morgado, ensina com clareza:

“Por tudo o que foi exposto até aqui, assume-se como pressuposto que não existe um modelo apriorístico de resolução de conflitos. O sistema de justiça criminal vigente não é exclusivo nem inevitável, e sim uma construção humana – portanto, uma escolha. Não há nada que impeça o desenvolvimento de um novo modelo, desvinculado da lógica centrado no castigo e na punição, como pretende o paradigma restaurativo.”²³

²³ MORGADO, Helena Zani. Direito penal restaurativo : em busca de um modelo adequado de justiça criminal / Helena Zani Morgado – 1 ed. – Rio de Janeiro : Revan, 2018.

Ressalta-se que não é a proposta desse trabalho propor a substituição do atual modelo de administração de justiça criminal pelo restaurativo. Talvez em uma situação ideal a justiça restaurativa poderia ser aplicada como o único modelo. Entretanto, entende-se que com a realidade atual é pouco crível que tal fato ocorra. A proposta central é de fato reconhecer no ordenamento, a possibilidade de aplicação desse modelo em paralelo com a justiça comum já aplicada.

Uma das primeiras características que levaria a essa idéia de aplicação paralela é a necessidade da justiça restaurativa ser uma escolha, ou seja, apenas se as partes estiverem dispostas, elas devem passar por um procedimento restaurativo. Portanto, se a vítima ou ofensor não quiserem, não será possível a aplicação desse modelo, o que geraria a necessidade de aplicação do processo penal comum.

Corroborando desse entendimento, o Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas (ONU) na Resolução 2002/12, diz no seu artigo 12, “c”:

“Nem a vítima nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo.”²⁴

Outro fator de suma importância, são as mudanças legislativas necessárias para a aplicação do sistema restaurativo. Caso contrário, pode-se cair no erro de não respeitar um procedimento correto, para que de fato proteja todas as partes envolvidas sem suprir nenhum de seus direitos e garantias fundamentais.

Destarte, é preciso reconhecer que apenas mudanças na legislação não são o suficiente para a aplicação de forma efetiva. Daniel Achutti, ao falar sobre as experiências sobre as Leis 9.099/1995 (Juizados Especiais) e 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), afirma:

²⁴Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf> Acesso em: 11 nov. 2019.

“Resultados positivos, por sua vez, não serão alcançados caso a opção seja *apenas* através de edição de uma lei específica: a trajetória das Leis 9.099 e 11.340 demonstra que, em ambos os casos, apesar de formalmente instituídas, verificou-se que não foram satisfatoriamente implementadas, em função da ausência de uma melhor preparação dos operadores jurídicos para lidar com os seus mecanismos e da necessária estrutura (física e humana) para fazê-las operar como se esperava. Ainda, deve-se considerar que há muita se sabe que o caminho da mera edição de novas leis não é o mais adequado caso esforços subseqüentes não seja, realizados para dar concretude à previsão normativa.” (ACHUTTI, 2016, p. 184)

Nesse sentido, é imprescindível que se invista na formação de facilitadores, mediadores e também dos operadores do direito – advogados, membros do Ministério Público, defensores e magistrados – para que possam efetivar da maneira correta os princípios restaurativos nos casos concretos.

Por mais ousada que seja a proposta acima apresentada, importante apontar que não é algo totalmente inédito no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a existência do Projeto de Lei (PL) 7.006/2006²⁵, que por sua vez, tentou implementar o sistema restaurativo no Brasil, infelizmente tal projeto foi arquivado. Essa PL, previa várias mudanças nas leis penais, quais sejam, o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei 9.099/1995.

Uma das características desse PL que merece realce é a inexistência de restrição em relação a gravidade do delito para a aplicação desse procedimento, como se observa com a leitura do seu artigo 1º: **“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.”**

²⁵ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=397016&f> Acesso em: 11 nov. 2019.

Essa questão, a princípio deve ser considerado algo positivo tendo em vista que, conforme o que já foi dito anteriormente, a sistemática restaurativa pode alcançar resultados ainda melhores para os crimes considerados mais graves. Porém, é importante destacar, que existe a possibilidade dessa mesma previsão tomar um sentido inverso. Como os casos que seriam levados aos núcleos restaurativos seriam de acordo com a discricionariedade do juiz, pode ser que alguns apenas encaminhem os casos de menor potencialidade ofensiva.

Desse modo, talvez fosse melhor que um novo projeto de lei sobre o tema incluísse os tipos de infrações que poderiam ser submetidas ao processo restaurativo. Ressalta-se que o critério de escolha dos tipos penais, em nenhuma circunstância deveria ser a gravidade do delito.

Nessa proposta de mudança na legislação brasileira, os primeiros artigos trazem algumas considerações iniciais sobre o que deve ser considerado como justiça restaurativa, que o mesmo deve ser facultativo, como deve ser a organização administrativa dos núcleos de práticas restaurativas, fala sobre os princípios, etc. Após essas considerações, passa-se para as mudanças nas leis penais.

A principal mudança apresentada pelo projeto de lei supracitado, no Código Penal é o acréscimo de mais um tipo de excludente de punibilidade, prevista no artigo 11 da PL 7.006/2006: Art. 107. “Extingue-se a punibilidade [...] **X – pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo.**” Nesse sentido, após homologado e cumprido o acordo restaurativo, a punibilidade será extinta, chegando-se, com isso, no fim do procedimento restaurativo.

Também são realizados acréscimos no Código de Processo Penal, nos artigos 10, e 24 e cria-se o artigo 93-A, abaixo transcritos, respectivamente:

“Art. 13 - É acrescentado ao artigo 10, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, o parágrafo quarto, com a seguinte redação:

§ 4º - A autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo.

Art. 14 - São acrescentados ao artigo 24, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, os parágrafos terceiro e quarto, com a seguinte redação:

§ 3º - Poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo.

§ 4º - Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo.

Art. 15 - Fica introduzido o artigo 93 A no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

Art. 93 A - O curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas.”

Além desses acréscimos no CPP, também cria-se o procedimento restaurativo, que por sua vez fica no lugar dos artigos 556 a 562, que foram revogados. Em síntese, o procedimento funcionaria da seguinte forma.

Nos casos em que foram indicados o uso da Justiça Restaurativa, o juiz, com a anuência do Ministério Público encaminharia a demanda para um Núcleo de práticas restaurativas. Enquanto isso, destaca-se, que a ação penal ficaria suspensa enquanto durasse o procedimento, que por sua vez seria conduzido por um facilitador.

Ressalta-se que tanto a vítima como o ofensor, podem desistir a qualquer tempo do processo restaurativo e o facilitador pode fazer o mesmo se entender que não há possibilidade de prosseguimento do feito. Nesses casos, se retornaria com a demanda para a justiça comum.

Por fim, chegando-se a um acordo, o juiz deverá homologar, sendo que o mesmo fará uma análise se aquele acordo restaurativo atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e se atende as necessidades individuais e coletivas dos envolvidos.

Uma crítica importante a esse projeto de lei, trazida por Daniel Achutti, é que ela não prevê a possibilidade das partes requererem o encaminhamento da demanda para o procedimento restaurativo, *in verbis*:

“Nesse sentido, a ausência de menção à possibilidade de as partes solicitarem diretamente à autoridade competente o encaminhamento do caso aos núcleos de justiça restaurativa contraria a necessária autonomia das partes no sistema restaurativo. Além disso, caso os encaminhamentos realizados pela polícia e pelo promotor de justiça dependam da anuência do juiz, ter-se-á novamente um quadro em que a decisão sobre a pertinência de enviar ou não um caso aos núcleos restaurativos seguirá os moldes da justiça comum, ou seja, será tomada exclusivamente pelo juiz.” (ACHUTTI, 2016, p. 237)

Em último lugar, é proposta mudanças na Lei 9.099/1995, que por sua vez trazem alterações no sentido de prever nos Juizados Especiais Criminais, explicitamente a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa. Pois não seria razoável promover o processo restaurativa para os crimes de maior potencialidade ofensiva e não fazer o mesmo para os de menor.

Em análise ao Projeto de Lei 7.006/2006, percebe-se que ele traz com clareza a essência da restauratividade, destarte, com algumas falhas e omissões. Nesse seguimento, acredita-se que poderiam acrescentar mais alguns detalhes para tornar o procedimento mais democrático e amplo.

Nessa linha, acrescentar-se-ia na Lei 10.259/2001, de forma explícita a possibilidade da Justiça Restaurativa nos Juizados Especiais Criminais Federais, apenas por uma questão de lógica sistemática do ordenamento.

Ademais, também é de suma importância o acréscimo no procedimento restaurativo a participação mais efetiva do Ministério Público (MP), tendo em vista que o mesmo é titular ordinário da Ação Penal e, portanto, deve zelar pela mesma e também atuar como *custos legis*, ou seja, como fiscal da legalidade democrática. Destaca-se que o membro do MP não atuaria em nenhum sentido como acusador.

Também, haveria a necessidade de acréscimo de algo que na verdade seria lógico, todavia, na tentativa de criar um processo claro seria importante. A previsão expressa que para o encaminhamento para o núcleo de justiça restaurativa é imprescindível que o Ministério Público dê sua *opinio delicti* positiva, ou seja, há a necessidade de existência de indícios suficientes de autoria e ocorrência do fato delituoso para o uso do procedimento restaurativo.

Uma última mudança, que é algo que não foi enfrentado pelo projeto de lei 7.006/2006 é a possibilidade de, mesmo se chegando em um acordo restaurativo, a aplicação de uma pena restritiva de liberdade. Como já enfrentado, de fato esse tipo de processo há a tentativa de não aplicação desse tipo de pena, todavia, é crível que em certos casos ainda se entenda que exista a necessidade de aplicação.

Portanto, seria interessante que se acrescentasse essa circunstância, porém com a ressalva de que nos casos submetidos aos procedimentos restaurativos, a pena restritiva de liberdade deve ser utilizada excepcionalmente e sempre aliada com outras estratégias restaurativas, que permitam que de fato se alcance os objetivos que esse tipo de procedimento de propõe.

Por fim, traz-se à baila algo que não precisa estar necessariamente escrito na lei, porém deve ser aplicado na prática para garantir que o procedimento seja o mais correto possível. O juiz, nesse procedimento, apenas deve atuar no início ao designar a demanda a um núcleo de Justiça Restaurativa e no final para homologar o acordo e intervir apenas, nesse momento, caso se perceba a existência de alguma ilegalidade.

Essas são apenas algumas propostas de mudanças, com certeza, em momento posterior de real aplicação desse modelo, com a existência de amplos debates, surgiriam novas necessidades para que se adequasse a restauratividade a realidade já existente, no sentido de garantir a permanência de um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, percebe-se que a justiça restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro de formas diferentes e em graus distintos. Por meio de projetos já existentes e também de mudanças legislativas que por sua vez, incluem os crimes de médio e maior potencial ofensivo. Contudo, é preciso que se faça uma mudança de perspectiva, saindo do paradigma retributivo para o restaurativo.

6 – CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a análise sobre a viabilidade da justiça restaurativa para os crimes de médio e maior potencial ofensivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Com isso pode-se observar com ainda mais clareza sobre a grande relevância do tema, pois além de ser um tema de pessoal interesse, também observou-se a existências de grandes problemas que estão sem nenhuma perspectiva de mudança no cenário jurídico atual. Sendo assim, chegou-se a algumas conclusões durante esse trabalho.

Em primeiro lugar, pode-se observar que o fenômeno restaurativo possui adequação com a Constituição Federativa da República do Brasil de 1988, estando de acordo com os princípios norteadores da Carta Magna.

Principalmente no que diz respeito ao princípio libertário, que por sua vez trata a liberdade como regra e sua privação como exceção. Tal fato ocorre, pois diferente do modelo retributivo, o sistema restaurativo trazem as penas privativas de liberdade como algo excepcional.

É importante ressaltar, também, a garantia que o sistema estudado traz para a dignidade da pessoa humana. Para a justiça restaurativa os protagonistas do processo são o ofensor e a vítima, portanto eles são respeitados em sua máxima dignidade. O que, em contrapartida, não ocorre atualmente, já que os presos são tratados de forma desumana de maneira reiterada e a vítima assume papel insignificante durante o processo.

Em última análise sobre a adequação, viu-se que a Constituição traz a resolução pacífica dos conflitos como um dos seus objetivos no preâmbulo, logo o não uso do modelo consensual como regra não passa de uma política criminal, passível de mudanças. Na seara cível, por exemplo, adotou-se esse sistema como regra com o advento do Código de Processo Civil de 2015 com a obrigatoriedade das audiências de mediação e conciliação.

Além disso, concluiu-se que a justiça restaurativa pode ajudar a minimizar alguns dos problemas existentes no atual modelo de administração de justiça criminal, sem a intenção de ser uma panaceia. Pode ajudar na quebra dos resquícios inquisitoriais do atual modelo, traz mais dignidade ao ofensor e à vítima e possui grande potencial de diminuir a reincidência e portanto a criminalidade, já que trabalha de forma bem mais efetiva a função preventiva da pena.

Por último, observou-se que existe aplicabilidade da justiça restaurativa, no ordenamento pátrio, principalmente no que tange aos crimes de médio e maior potencial ofensivo.

Primeiro, ao observar a existência de projetos e programas que possuem práticas restaurativas, como a Fundação Santa Cabrini e a ACUDA, viu-se a necessidade de expansão desses programas e a criação de outros, pois atualmente essas ações trazem ótimos resultados, entretanto alcançam uma parcela muito pequena da população carcerária.

Depois, propôs-se a ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo, no sentido de aumentar os delitos que poderiam ser submetidos aos processo sumaríssimo, realizado nos Juizados Especiais Criminais e, por consequência aumentar a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa, já que atualmente ela se encontra restrita aos Juizados.

Por fim, foi proposta a implementação da Justiça Restaurativa de forma paralela e opcional à justiça comum. Utilizou-se como parâmetro o Projeto de Lei 7.006/2006, além de acrescentar algumas mudanças que não estavam na proposta de lei.

Destaca-se que, em relação às mudanças propostas, elas ainda não estão prontas para serem implementadas, pois para isso seria de suma importância um estudo ainda mais aprofundado sobre o tema, além de maiores debates, o que ultrapassa as barreiras impostas por um trabalho de conclusão de curso.

Ademais, para que de fato houvesse a ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e para que o sistema restaurativo fosse implementado, seria imprescindível uma mudança de perspectiva. Com uma lente retributiva, conceito trazido por Howard Zehr (2008), sempre se entenderá que a justiça restaurativa não é viável no Brasil. Com certeza, a possibilidade de mudanças apenas é observada, por meio de uma lente restaurativa, que não tem a punição como um dos seus objetivos. Talvez seja uma missão difícil, mas o questionamento faz-se imperativo.

Para concluir, traz-se a baila um trecho do livro trocando as lentes de Howard Zehr, que sintetiza bem o parágrafo anterior:

“A justiça retributiva está profundamente cravada em nossas instituições políticas e em nossa psique. Talvez seja esperar muito pensar que ela possa mudar a partir de suas bases. Mesmo assim, devemos reconhecer a importância dos paradigmas que usamos e ter a liberdade de questioná-los. Também podemos começar a usar uma nova lente para dar forma àquilo que decidimos que vale a pena fazer. E podemos começar a usar outra lente naquelas áreas da nossa vida onde temos algum controle: na família, na comunidade religiosa, na vida diária.” (ZEHR, 2008, p. 230).

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa e abolicionismo penal : contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil – Daniel Silva Achutti – 2. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2016

AGÊNCIA BRAISL (EBC). Brasil faz uso abusivo de prisão preventiva, diz estudo. 2014. Disponível em: < [BRASIL. \[Leis, etc.\]. Vade Mecum Saraiva Compacto / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – 20. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.](https://agenciabrasil-ebc-combr.cdn.ampproject.org/v/agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2014-11/cadeias-brasileiras-abrigam-90-mil-presos-provisorios?amp_js_v=a2&_gsa=1&&usqp=mq331AQEKAFwAQ%3D%3D#aoh=15688165917423&referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com&_tf=Fonte%3A%20%251%24s&share=http%3A%2F%2Fagenciabrasil.etc.com.br%2Fgeral%2Fnoticia%2F2014-11%2Fcadeias-brasileiras-abrigam-90-mil-presos-provisorios.> Acesso em: 13 nov. 2019</p></div><div data-bbox=)

CNJ. Seminário de Justiça Restaurativa – Mapeamento do Programas de Justiça Restaurativa. Brasília. Junho de 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf> > Acesso em: 07 de nov. de 2019.

DE CARVALHO, Salo; WUNDEWRLICH, Alexandre. Diálogos sobre a Justiça Dialogal – Teses e Antíteses sobre os Processos de Informatização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro : Ed. Lumen Júris. 2002

IPEA. Reincidência Criminal no Brasil. 15 jul. 2015. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25590&Itemid=6>. Acesso em: 28 out. 2019

LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 15. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MORGADO, Helena Zani. Direito penal restaurativo : em busca de um modelo adequado de justiça criminal / Helena Zani Morgado – 1 ed. – Rio de Janeiro : Revan, 2018.

PALADINO, Carolina Freitas. POLÍTICA CRIMINAL : DIREITO PENAL MÍNIMO X DIREITO PENAL MÁXIMO – Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 61-82, dez. 2010. Disponível em:< <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/189-742-5-pb.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2019.

PINTO, Ana Caroline Espinhosa e PRADO, Florestan Rodrigo do. AS FUNÇÕES DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Disponível em: < <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4344/0>>2014. Acesso em: 28 out. 2019.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais / Geraldo Prado – Rio de Janeiro. 3ª Edição; Ed. Lumen Júris. 2005.

_____. Transação Penal / Geraldo Prado – Coimbra. Ed. Almedina. 2015.

PRANIS, Kay. Processos Circulares de construção de paz / Kay Pranis ; redução de Tônia Von Acker. – São Paulo : Palas Athena, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SÓCRATES, Renato. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? – Justiça Restaurativa, Coletânea de Artigos, Brasília, 2005. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2019.

ZEHR, Howard. Justiça Restaurativa – Howard Zehr ; tradução Tônia Van Acker. – São Paulo : Palas Athena, 2015.

_____. Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo – Howard Zehr, tradução de Tônia Van Acker – São Paulo: Palas Athena, 2008.