



Um diálogo entre os fins da pena e a justiça restaurativa

A dialogue between purpose of punishment and restorative justice

Claudio José Langroiva Pereira *

Renan Azevedo Leonessa Ferreira **

REFERÊNCIA

PEREIRA, Claudio José Langroiva; FERREIRA, Renan Azevedo Leonessa. Um diálogo entre os fins da pena e a justiça restaurativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 48, p. 64-90, abr. 2022. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.113293>.

RESUMO

Apesar de dotados de finalidades distintas, direito penal e processo penal devem confluir harmoniosamente no Estado Democrático de Direito, para uma efetiva proteção das garantias fundamentais do indivíduo. Assim, ganha relevância a análise da teoria dos fins da pena à luz do processo penal, considerando seu caráter institucionalizador. Após uma exposição acerca das principais teorias referentes à finalidade da pena e tomada de posição, busca-se apontar que a adoção da Justiça Restaurativa, como política criminal alternativa e complementar, é o melhor caminho na compatibilização das garantias e direitos fundamentais no processo penal. No presente estudo optou-se pelo método de investigação indutiva, por meio da obtenção do conhecimento discursivo diante de evidências concretas gerais, bem como pelo método dedutivo, obtendo conhecimento a partir de premissas genericamente aplicadas a situações concretas identificadas.

PALAVRAS-CHAVE

Fins da pena. Processo penal. Justiça restaurativa.

ABSTRACT

Despite their different purposes, criminal law and criminal procedure ought to harmoniously converge within the Democratic State for an effective protection of the individual's fundamental guarantees. Thus, the analysis of the theories of the purpose of punishment becomes relevant in the light of criminal procedure, considering its institutional character. After an exposition about the main theories regarding the purpose of the punishment and taking a position, it is sought to point out that the adoption of restorative justice, as alternative and complementary criminal policy, is the best path to match guarantees and fundamental rights in criminal procedure. In the present study, one applied the inductive method of investigation, by acquiring discursive knowledge considering general concrete evidences, as well as the deductive method, based on abstract premisses further applied into concrete circumstances.

KEYWORDS

Purpose of punishment. Criminal Procedure. Restorative justice.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Teorias justificadoras da pena e seus reflexos no processo penal. 3 Teorias da pena à luz da Justiça Restaurativa. 4 Conclusão. Referências. Dados da Publicação.

* Mestre e Doutor em Direito, PUC-SP.

** Mestrando em Direito Penal, PUC-SP.





1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal é orientado a partir das teorias dos fins da pena. De outro lado, o Processo Penal, como ciência independente, visa a limitação a uma automática imposição de pena pelo Estado, impondo um procedimento formal assegurador de garantias e liberdades individuais, a luz de um devido processo legal.

Na atualidade, persiste uma tentativa de dissociação entre esses ramos, como influência do período de codificação, que gerou exacerbação da autonomia científica de diversas vertentes do direito. No entanto, uma divisão estanque se mostra impraticável e pernicioso, considerando-se como finalidade última de ambas a limitação do poder estatal.

Assim, em verdade, este fundamento reside na preservação da dignidade humana do suposto autor do fato, de modo que a natureza material ou processual de determinado instituto não deve desempenhar papel essencial nesse cenário. Por essa razão, Sanches (2017, p. 831-833) sustenta o sincronismo entre as normas penais e processuais penais, que devem se voltar a assegurar as garantias fundamentais do indivíduo. Nesse cenário emerge a relevância da avaliação da justiça restaurativa.

Sob a ótica do direito penal, a teoria dos fins da pena não se vincula estritamente aos termos do previsto no Código Penal. Impõe-se uma práxis penal global, inserindo-se o direito processual como desenvolvedor de elementos em prol da observância aos Direitos Humanos no Estado de Direito, relativamente a todos os agentes envolvidos, sejam funcionários, o réu, testemunha e a vítima (HASSEMER, 1999, p. 327).¹

A seu turno, também é inegável o reconhecimento de um caráter punitivo em toda coerção processual. Referida realidade não pode ser ignorada, sob pena de se inserir em uma trincheira retórica que viabilize reiteradas violações aos direitos humanos (ZAFFARONI, 2000, p. 10). Afinal, é de pouca valia um direito penal garantista quando inserido em um processo penal inquisitivo. Nessa linha, deve-se reconhecer o estigma e a angústia que acompanham o

¹ Nesse sentido, segundo Nucci (2015, p. 63), inexistiria o devido processo legal caso se aceitasse a condenação de alguém, com base em tipo penal excessivamente aberto, desrespeitoso ao princípio da taxatividade. Do mesmo modo, formando paralelo com a intervenção mínima e seus consequenciais princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e ofensividade, não há que se aceitar a tipificação de conduta considerada penalmente insignificante, visto ser o Direito Penal a *ultima ratio* do Estado Democrático de Direito. Por isso, considerando-se atípico o fato, por configurar bagatela, afasta-se a necessidade do processo criminal, mas se consagra o devido processo legal na sua forma substantiva.





réu durante e após a marcha processual,² pois a submissão a um processo implica em ampla ingerência estatal sobre disposição de bens, inviolabilidade do domicílio e a própria dignidade do réu. Como afirma Lopes Júnior (2016, p. 76): “A marca essencial da pena é ‘por quanto tempo?’. Isso porque o tempo, mais que o espaço é o verdadeiro significante da pena.”

Essa inter-relação entre ambas as ciências, contudo, é orientada pelo autor do fato delitivo, o que se iniciou historicamente desde a neutralização da vítima no processo de controle criminal. Porém, como aponta Hassemer (2013, p. 45-46), um Direito Penal e Processual futuros levarão – bem como devem levar – mais em consideração a vítima.

À luz dessa dinamicidade e interdependência, faz-se mister perquirir os reflexos da teoria dos fins da pena no curso do processo penal, com vistas a torná-lo uma ferramenta que não obste, mas que auxilie a consecução das finalidades do direito penal, sem abdicar das necessárias e inderrogáveis garantias individuais.

Neste quadro, estabelecida resta a concepção de política criminal, a partir dessa interlocução de áreas jurídicas, desencadeando decisões valorativas político-criminais que invariavelmente adentram ao sistema jurídico penal (penal e processual penal), com fundamentos legais, legitimação e lucidez, afastadas as contradições, não restando limitadas pelo formalismo sistêmico,³ já que decorrentes de uma consciência judicial desencadeada pelo valor jurídico individualizado, ora apreciado, inspirados por motivação político-criminal (ROXIN, 1972, p. 33-34).

Os fins da pena e do Direito Penal, estabelecidos a partir do direito fundamental à proteção jurídica eficaz, encontram na figura dos transgressores a manifestação física das garantias constitucionais, demonstrando que à falta de funcionalidade do sistema penal surge o instrumental Processo Penal como caminho a ser percorrido. Neste contexto, visa-se a delinear que a conformação da teoria dos fins da pena aponta como salutar a implantação da Justiça Restaurativa no bojo e, inclusive, a par do processo, o que fomenta e incrementa as finalidades dos ramos penal e processual nas ciências criminais.

² Conforme já expunha Beccaria (2005, p. 104), “um homem acusado de um delito, encarcerado e depois absolvido, não deveria trazer consigo nenhuma nota de infâmia [...] Na prática, porém, atiram-se indistintamente à mesma masmorra os acusados e os convictos; porque a prisão é mais um lugar de suplício que de custódia do réu.”

³ Como o idealizado por Franz v. Liszt (ROXIN, 1972, p. 17).





2 TEORIAS JUSTIFICADORAS DA PENA E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL

As teorias retribucionistas, também conhecidas como teorias absolutas, encontram-se desvinculadas de uma finalidade social, todavia não se pode desconsiderar seu essencial papel de desvinculação da noção de vingança privada, característica dos primórdios do direito penal, ao estabelecer a proporcionalidade da pena na medida da culpabilidade do autor (ROXIN, 2001, p. 84-85).

Dentro das teorias absolutas merecem destaque, dada sua relevância nos dias atuais, as teorias defendidas por Kant e Hegel. Para aquele filósofo, justiça e retribuição são leis inviolavelmente válidas, devendo prevalecer sobre interpretações utilitaristas. Conforme discorre Kant (2013, p. 230-232), a lei penal é um imperativo categórico, vedada qualquer instrumentalização do indivíduo, de modo que seu fundamento reside exclusivamente na idéia de justiça, segundo as leis da razão.⁴ Por outro lado, Hegel (1997, p. 94-98) interpreta o delito como negação do direito, e a pena como negação dessa negação, consubstanciando-se a anulação do delito. Assim, a importância da pena residiria no restabelecimento do direito lesado (síntese), como produto do conflito entre a vontade geral (tese) e a conduta delitiva (síntese).⁵

O mérito das teorias absolutas reside na imposição de limites ao poder punitivo estatal, ao delimitar a magnitude da pena com fundamento na culpabilidade do agente e, portanto, em respeito à dignidade humana. No entanto, conforme aponta Roxin (2001, p. 84), são cientificamente insustentáveis. Afinal, a finalidade precípua do direito penal deve ser pautada pela tutela de bens jurídicos, de modo que a pena deve se vincular aos fins sociais. Não se pode negar que a teoria retributiva de Kant pressupõe finalidades preventivas e úteis para a preservação da sociedade (RENZIKOWSKI, 2022, p. 17-18). Afinal, uma retribuição pura e simples também seria contraproducente para a generalização imposta pelo imperativo categórico. No entanto, sua teoria não se desgarra de ideias metafísicos de justiça.

Voltando-se à ciência penal pátria, não podemos deixar de destacar o papel desempenhado pela confissão feita pelo réu, à luz das teorias retribucionistas que, originalmente atrelada à expiação do pecado, atualmente desempenha papel relevante na mensuração da

⁴ No entanto, o integral cumprimento do imperativo categórico conduz ao clássico exemplo da ilha diante de certa e futura dissolução do contrato social, devendo-se cumprir, de qualquer modo, todas as penas de morte impostas aos condenados. No tocante à aplicação concreta da pena, recorre a uma noção talional (SOUZA, 2019, p. 436).

⁵ Sua teoria, apesar de superada em sua concepção original, obtém novo destaque atualmente com a teoria sistêmica proposta por Jakobs, lastreada na finalidade preventiva geral fundamentadora da pena.





culpabilidade do agente, para fins de individualização da pena. No mais, conforme destaca Renzikowski (2022, p. 10), a retribuição é a própria essência da pena, consistente na dor infligida ao agente, de modo que deve guardar relação com o fato e o autor concretamente analisados, sendo apta a trazer a noção de proporcionalidade.

Sob outro aspecto, com vistas a finalidades socialmente úteis, emergem as teorias preventivas, voltadas à coletividade, ao corpo social em geral. Em um primeiro momento, mereceu destaque a prevenção geral, impulsionada pela Escola Clássica do direito penal, em que se vislumbra uma busca por penas certas e fixas em resguardo à segurança jurídica e proporcionalidade. Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria (2005, p. 62), já fazia referência à prevenção geral negativa no sentido de dissuasão da coletividade de cometer crimes.

Contudo, um efetivo impulso da vertente negativa ocorreu com o advento da teoria da coação psicológica de Feuerbach (1989), segundo o qual a lesão jurídica é contrária ao objetivo do próprio Estado que espera que não exista lesão a bem jurídico, assim, a dissuasão da coletividade pressupõe ameaçar os indivíduos com a imposição de um mal superior à abstenção da prática delitativa. Segundo sua teoria, o indivíduo indeciso precisa de um incentivo para resistir a seus impulsos delitivos, os quais podem ser suprimidos diante da certeza de imposição um mal inevitável consistente na pena (ROXIN, 2001, p. 89-90).

Ocorre que há limitado conhecimento das regras jurídico-penais na sociedade, inexistindo um cálculo inerente de “homo economicus” (REIS, 1989) no momento da prática delitativa. Conforme pontua Roxin (2001, p. 91), como poucas pessoas efetuam um cálculo sobre a pena, os efeitos sob a ótica preventivo-geral negativa são dificilmente verificáveis. De fato, segundo o autor, não a quantidade de pena, mas apenas a certeza de imposição de pena, poderá exercer alguma influência sobre o juízo de valoração individual.⁶

Em sua vertente positiva, a prevenção geral promove uma finalidade predominantemente pedagógica e de reafirmação da norma. Subdivide-se em duas linhas

⁶ Trata-se, portanto, de uma teoria que não encontra justificativa por si só, servindo tão somente como limite para obstar excessos nas demais teorias preventivas (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 334). Afinal, se aplicada como reitora das finalidades da pena, conduz a uma teoria de ameaça penal capitaneada por um processo penal inquisitivo e de intimidação inerente a regimes autoritários (ROXIN, 2001, p. 91). Como notório exemplo no ordenamento pátrio, pode-se citar a condução dos diversos inquéritos e ações penais desencadeados pela Operação Lava-Jato, permeados por notórias violações a garantias processuais, com vistas a uma punição irrestrita e fomentada pela mídia. Torna-se, com isso, um mecanismo de ameaça penal a determinados setores vistos como corruptos pela sociedade.





principais: fundamentadora (cujo maior expoente é Jakobs)⁷ e limitadora (representada por Hassemer e Roxin).⁸

Por meio da prevenção geral positiva fundamentadora, permite-se e inclusive impõe-se a pena independentemente de proteção ao bem jurídico protegido. Para Welzel, mais importante que a efetiva proteção a bens jurídicos é a garantia de vigência dos valores, de modo que o Estado cumpre uma função ético-social e garante fidelidade do cidadão ao direito. Jakobs, a partir do funcionalismo sistêmico, aprofunda-se na vertente fundamentadora em reforço à busca fidelidade ao direito. Porém, para ele, a única meta é garantir a função orientadora das normas jurídicas, transformando a pena em instrumento de estabilização social. Nesse contexto, Jakobs resgata a teoria de Hegel, ao compreender a pena como um reforço do direito, reafirmando a vigência da norma violada (JAKOBS; CONTRERAS, 1997).

Essa teoria não pode ser acolhida em um Estado Democrático de Direito, em respeito à autonomia moral, lastreada na dignidade humana do indivíduo, a obstar um juízo impositivo de consciência ético-social e fidelidade ao direito. Com efeito, a adesão ao direito deve ser ética e, portanto, voluntária. Qualquer busca por imposição de valores morais leva a uma perigosa e indesejada aproximação com teorias de ameaça penal, marcadas por notáveis violações a garantias individuais e processuais do indivíduo (como aquela verificada na vertente geral negativa). Deve-se acrescentar, ainda, a carência de legitimidade material, porquanto referida teoria não encontra lastro na necessária função do direito penal de proteção de bens jurídicos (MIR PUIG, 1985, p. 53).

Por esses motivos, merece guarida a vertente limitadora da teoria preventivo-geral positiva, em que se estabelecem balizas para o poder punitivo estatal no Estado de Direito. No entendimento de Roxin (2001, p. 91-92), há três principais efeitos, em regra inter-relacionados: aprendizagem por meio de motivação sociopedagógica dos indivíduos; reforçar a confiança no direito penal; pacificação social, almejando solução ao conflito deflagrado com o delito. Nesse sentido, complementa Hassemer (2005, p. 426): “A prevenção social não se reduz à adaptação, senão pode ser compreendida como forma de uma relação humana com o desvio, como proposta de co-responsabilização social face aos delinquentes.”

Trata-se da solução mais adequada dentre as finalidades preventivo-gerais, porquanto não abdica do respeito à autonomia do indivíduo e busca inculcar os valores normativos de forma voluntária na sociedade. Não se podem desconsiderar, por outro lado, algumas deficiências que

⁷ Cf. Jakobs; Contreras (1997).

⁸ Cf. Hassemer; Conde (1989); Roxin (2001).





emergem na utilização isolada da teoria preventiva integradora. Afinal, não fornece elementos seguros para delimitar a duração da pena, correndo o risco de se imporem penas elevadas para o bem da coletividade, subvertendo a lógica democrática em prol de um utilitarismo apto a instrumentalizar o autor (ROXIN, 2001, p. 92).⁹

Por conseguinte, no entendimento de Mir Puig (1985, p. 57-58), é necessário exigir que a pena, além de prevenir delitos, respeite os limites do Estado Democrático de Direito, de modo a harmonizá-la com a culpabilidade, proporcionalidade, ressocialização e legalidade. Assim, deve-se reconhecer o papel protagonista desempenhado pelo processo penal na consecução preventiva geral integradora, trazendo em seu bojo respeito às garantias individuais, notadamente, mediante a restrição de prisões cautelares a hipóteses excepcionais.

Ademais, não se pode olvidar que o princípio da duração razoável do processo repercute diretamente sobre as finalidades preventivas, porquanto um processo excessivamente longo traz a noção de desconfiança no tocante à aplicação da norma penal. Trata-se, portanto, de uma linha extremamente tênue, buscando-se evitar um processo sumário e violador de garantias e, por outro, seu exacerbado protraimento ao longo do tempo.

As teorias da prevenção especial voltam-se à prevenção de cometimento de crimes pelo sujeito concretamente inserido no sistema penal. Encontram eco em várias escolas penais, como a defesa social de Marc Ancel¹⁰ e a escola correcionalista da Espanha.¹¹ Contudo, o primeiro autor a trazer uma melhor delimitação foi Von Liszt, por meio do programa de Marburgo.¹² Para esse autor, aqueles que não necessitam de ressocialização (delinquentes ocasionais) devem ser intimidados; os incorrigíveis (delinquentes habituais), por outro lado, devem ser neutralizados. A correção seria ressocialização do delincente passional (ROXIN, 2001, p. 85-86).

Em sua vertente direcionada aos delinquentes habituais, trata-se de verdadeiro cancelamento,¹³ inocuidade, do indivíduo. Desde sua origem com Franz von Liszt, depreende-

⁹ Conforme pondera Silva Sánchez (2002, p. 241), é possível que surja um dilema entre os princípios do Estado de Direito e a consecução dessa finalidade integradora. Nesse conflito, devem preponderar as garantias individuais plasmadas na Constituição, ainda que isso signifique certa mácula à pacificação ou desconfiança social.

¹⁰ Cf. Ancel (1979).

¹¹ Cf. Dorado Montero (1973). No entendimento de Hassemer (2006), uma justificativa da pena privativa de liberdade como correção do autor apenas se fundamenta caso o Estado preencha o seu tempo, mediante oração e trabalho. Essa teoria recebeu forte impulso no século XIX, com a orientação empírica atrelada ao positivismo, baseado na crença da intervenção técnica como apta a influenciar empiricamente a conduta desviante. Por fim, para o autor, atualmente trata-se de meio de fuga da crise de legitimação estatal.

¹² Cf. Liszt (2003).

¹³ A partir de uma cultura oriunda da anulação/inocuidade do ser humano na sociedade, os meios de comunicação social, especialmente definidos como mídias sociais, assumiram o termo “cancelamento”, para identificar pessoas, marcas, empresas, rejeitadas, ou que devem ser rejeitadas, pelo público em geral, em razão





se essa solução para os indivíduos entendidos como não merecedores de reinserção social. Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 104) apontam que a neutralização do indivíduo é o reconhecimento do fracasso da vertente positiva, impedindo comportamentos mediante imposição de penas arbitrárias, o que leva a uma necessária violação à dignidade humana. Segundo esse autor, em tom irônico, há de se reconhecer que o efetivo êxito dessa teoria ocorre com a morte do autor, assegurando-se que não voltará a delinquir. Conforme Silva Sánchez (2000, p. 185), trata-se de uma lógica de segurança tendente ao punitivismo, a qual leva a uma restrição das possibilidades de aplicação de medidas de flexibilização jurídico-penal inspiradas em critérios de ressocialização.

Os reflexos de fins de neutralização do indivíduo ganham destaque dentro da seara processual penal, mediante imposições desenfreadas de prisões cautelares, sobretudo quando voltadas ao resguardo da ordem pública, conceito excessivamente fluido e usualmente lastreado no histórico criminal do indivíduo ou em uma concepção de desassossego social.

É possível verificar em nosso sistema um questionamento constante sobre o excessivo prolongamento de prisões cautelares, que passam a indicar um pseudointuito de inocuização do indivíduo custodiado¹⁴. Conforme Dias (2009), essa lógica atinge seu ápice diante da viabilidade de aplicação do regime disciplinar diferenciado por tempo indeterminado também em face do preso cautelar (artigo 52, § 1º, da Lei de Execuções Penais).

Por se constatar uma violação à dignidade humana, com a finalidade preventivo-especial negativa, em um Estado Democrático de Direito merece guarida apenas sua vertente positiva, em busca de integração do indivíduo, levando-o a compreender a importância daquela norma tutelada. Segundo Roxin (2001, p. 87), a prevenção especial positiva cumpre com a função do Direito Penal, pois estabelece proteção do indivíduo e da sociedade, e simultaneamente busca a auxiliar o autor: não expulsá-lo ou marcá-lo, mas integrá-lo.

No ordenamento processual pátrio, diversos institutos repercutem e fomentam o reforço no indivíduo sobre a confiança da norma. Pode-se citar, a título exemplificativo, a suspensão condicional do processo, a transação penal, composição civil dos danos (a qual também demonstra um aceno à justiça restaurativa) e o acordo de não persecução penal. Trata-se de medidas adotadas no bojo do processo, que buscam alternativas à condenação do indivíduo a uma pena privativa de liberdade, incentivando-o à conscientização acerca de sua conduta e à

de atos, ações e discussões que atentem contraposições ligadas à defesa de minorias e grupos discriminados, dentre outros (DA SILVA, 2021).

¹⁴ Cf. Sanguiné (2010).





reparação do dano gerado. Não se pode olvidar, contudo, que invariavelmente também incidirá a indivíduos inocentes, que sequer necessitem de ressocialização. No entanto, trata-se de medidas menos gravosas, devendo sempre pressupor elementos concretos e seguros acerca da materialidade e autoria delitivas.

Apesar de sua compatibilidade com estados democráticos, não se pode olvidar as críticas lançadas sobre a teoria. Afinal, não fornece uma solução satisfatória para autores que não necessitam de ressocialização, notadamente em crimes ocasionais e culposos, em que se denota pouca probabilidade de voltar a delinquir (BITENCOURT, 2013, p. 152).

A seu turno, Roxin (2001, p. 88-89) contesta a noção de ressocialização, porquanto não se pode estipular uma meta ou resultado concreto a ser atingido com esse postulado. Nesse sentido, Silva Sánchez (2002, p. 55) destaca criminosos econômicos, os quais possuem educação avançada e estão profundamente inseridos na sociedade, sendo difícil perquirir o ideal de integração. Do mesmo modo, Hassemer (2005, p. 378) aponta para o contrassenso do cárcere ao buscar a ressocialização do indivíduo mediante seu isolamento da sociedade. Segundo o autor: “ele é levado a um ambiente social que o mantém afastado dos problemas, nos quais ele fracassou fora do estabelecimento.”

Uma consciência social contemporânea não pode recepcionar o Direito Penal retributivo; não deve se submeter a adoção de um consenso abstrato, que tem que ser colocado sob questionamento, com base em uma análise do delito perpetrado na sociedade, a qual deve vir inundada dos conceitos de releitura do modelo de prevenção especial ressocializadora, quando se pretende tratar do transgressor (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 15).

No Brasil se mostra uma falácia a defesa da ressocialização nos moldes atuais do sistema penal. Afinal, o “estado de coisas inconstitucional”, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, demonstra a absoluta impossibilidade de eficácia da teoria preventiva especial positiva.

Na prática, verifica-se uma trincheira retórica, porquanto o Estado possui uma perspectiva de inocuidade do indivíduo, ao menos durante o período em que se encontra encarcerado. Acolhe-se uma imposição simbólica da pena, empregada como instrumento intimidador, afastando a visão de encarceramento como meio socialmente adequado, para um meio convenientemente adotado, considerando-a como castigo, como contraprestação, sem importar-se com fins readaptadores. Conforme aponta Bechara (2018, p. 4), não se pode dizer que houve uma efetiva evolução em relação ao postulado iluminista clássico, tendo em vista que tais ideais passaram a conferir maior legitimidade simbólica e formal ao sistema penal, enquanto materialmente se manteve a crueldade das penas.





Apesar das adversidades de todas as teorias, uma conjugação entre a prevenção geral positiva limitadora e a especial positiva é aquela que se mostra de acordo com o Estado de Direito, de modo que guarda forte adesão dentre as teorias ecléticas dos fins da pena. Deve-se observar, contudo, que não se trata de mera justaposição de finalidades distintas, sendo requerida uma harmonização.

No entendimento de Roxin (2001, p. 103), a partir de uma teoria unificadora dialética, há foco na prevenção especial no tocante à execução da pena, conferindo-se primazia à ressocialização em observância ao postulado da dignidade humana. A finalidade geral preventiva é mais marcante em momento prévio e abstrato de cominação, todavia, domina, por si só, caso não haja qualquer finalidade de prevenção especial, visando ao reforço da confiança da sociedade na validade do Direito. Nesse contexto, aponta o professor de Munique a necessária contribuição oriunda da teoria retributiva da pena, rechaçando-a como fundamentação da pena, porém impondo uma baliza máxima necessária às finalidades preventivas.¹⁵

Atento à crise de legitimidade dos fins da pena na atualidade, Silva Sánchez (2002, p. 289) propõe uma conjugação de fatores para um Direito Penal legítimo na atualidade. Para tanto, sustenta o autor que a pena deve ser eficaz para as finalidades preventivas, causar um mal menor àquele que busca evitar (logo, o mal causado pela pena deve ser inferior ao mal gerado pela prática delitiva), sempre se pautando pelo postulado da subsidiariedade. Disso se depreende a importância do princípio da proporcionalidade, devendo o Direito Penal se pautar pelo postulado de estrita proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais (SOUZA, 2019, p. 444-445), afastando-se ulteriores interpretações de cunho utilitarista, suscetíveis a manobras governamentais de viés autoritário. Assim, a opção garantista é uma síntese da evolução dos fins da pena, com vistas a potencializar o respeito a garantias individuais, com enfoque sobre a prevenção geral dos delitos, sob um programa que propugna segurança jurídica, proporcionalidade, humanização e previsibilidade, caminhando, portanto, em rumo a um direito penal mínimo (PEREIRA, 2006, p. 8-9).

Aplicando essas noções ao ordenamento pátrio, verifica-se que o Código Penal brasileiro adotou as teorias preventivas e retributiva da pena em seu artigo 59. Por outro lado, a Lei de Execuções Penais traz primazia à ressocialização do condenado. No entanto, o

¹⁵ Dessa forma, ainda que para fins preventivos seja recomendada uma pena mais elevada, apenas poderá ser aplicada na medida da culpabilidade do agente. A seu turno, caso não seja necessária para fins preventivos, a pena poderá se manter aquém à culpabilidade do autor.





constituente originário silenciou quanto às finalidades da pena, direcionando esforços na limitação do poder punitivo. Superado o regime militar, houve maior preocupação em assegurar as garantias individuais, buscando-se minimizar o sofrimento imposto ao condenado, em uma notória política de redução de danos. Emblemática nesse contexto é a vedação de pena de morte, prisão perpétua, penas cruéis ou de banimento (CARVALHO, 2007, p. 94-95).

Referidos postulados convergem para a construção das bases do Estado Democrático de Direito, dentro dos postulados de um direito penal mínimo, em que as teorias das penas buscam a prevenção delitiva ao passo em que buscam a preservação das liberdades individuais. Esses postulados ecoam dentro de um processo penal de garantias do investigado ou acusado, em que se busca assegurar o devido processo legal. A sistemática político-criminal, assim, deve ser inserida na estrutura da teoria do delito, afastando-se um sistema fechado delineado pelo positivismo. São necessários vasos comunicantes com a realidade social (PEREIRA, 2006, p. 2).

Ocorre que essas idealizações encontram forte contraste com a aplicação prática das teorias das penas no país, verificando-se verdadeira subversão das finalidades penais, que passam a se tornar a mera inocuidade de indivíduos marginalizados, verificada com uma superlotação de presídios, inapta a incutir na sociedade e nos custodiados quaisquer finalidades preventivo-geral e especial positivas. Conforme pondera Bechara (2018, p. 23), o instituto da individualização da pena, não tem se voltado à gravidade concreta do delito cometido mas, em verdade, a generalizações naturalistas para sedimentar estereótipos de periculosidade como uma “questão de verdade moral”. Por essa razão, aliás, verifica-se que muitos institutos processuais despenalizadores não são aplicáveis a crimes praticados pelas classes marginalizadas, como é o caso do tráfico de drogas.¹⁶ Soma-se a isso a desenfreada persecução desencadeada pela Lava-Jato e chancelada pelo Poder Judiciário em prol do combate à corrupção, que passa a reverberar sobre todo o sistema penal.

Cabem a esta realidade as observações de Hassemer (1984, p. 357) sobre a institucionalização, já que a mesma sempre constrói uma idéia equivocada de que estamos diante de um sistema educacional, destinado à retomada da liberdade por meio de sua própria privação. Defende-se que um isolamento da convivência social (e até íntima), afastaria o delinquente de problemas que geraram seu fracasso social. Mas em verdade este ser humano acaba por ser institucionalizado em um sistema que adota técnicas próprias de convívio social,

¹⁶ No tráfico de drogas, é vedada a suspensão condicional do processo, transação penal, bem como o Ministério Público adota postura refratária à concessão de acordo de não persecução penal.





muitas delas alijadas da própria legislação de execução penal que as impõe, criando um “novo homem”, não necessariamente melhor, pois acaba por assumir problemas e crises deste novo mundo, submetendo-se a regulamentos legais (e extralegais – frutos do ambiente comprometido em que é colocado), legítimos ou não.

Uma vida na penitenciária leva o delinquente ora institucionalizado a uma nova ordem social. Tudo está distante da realidade comunitária em que vivia. Submetido a uma legislação administrativa penitenciária, é absorvido pela denominada “lei do cárcere” que, instituída pelos próprios detentos, determina seu novo modo de vida e sobrevivência. Impõe-se a lei do silêncio, a proibição de delatar distorções e desvios dos outros institucionalizados, obriga-se à submissão. De outro lado, administrativamente, é obrigado como detento a viver também regulado por horários para “banhos de sol”, visitas, limpeza de espaços e um próprio padrão para se vestir e comportar. Instala-se a “nova ordem” social.

Referida realidade também encontra eco na comunidade internacional e impulsiona teorias abolicionistas. São abolicionistas aqueles que veem o direito penal como ilegítimo porque não há qualquer justificativa ou porque abolir será melhor, buscando mecanismos de controle informais de solução de conflito. Trata-se de uma terminologia plural e polissêmica, que Zaffaroni busca organizar em quatro tipologias não conflitantes. Primeiramente, destaca a importância de Foucault, o qual, apesar de não ser efetivamente abolicionista, lança as bases críticas para seus estudiosos.¹⁷

Dentre os abolicionistas clássicos, destacam-se Thomas Mathiesen, Nils Christie e Louk Hulsman. Conforme o primeiro autor, Ainda que se volte à lógica do utilitarismo, dado o caráter extremamente seletivo e classista do sistema penal, nota-se um problema ainda que se sacrificam indivíduos de classes menos abastadas e mais detectáveis perante o sistema penal como meio de prevenção a toda a sociedade.¹⁸ Como proposta para abolição do cárcere, Mathiesen (2003, p. 107) destaca o enfoque sobre as vítimas, frequentemente esquecidas e revitimizadas pelo sistema formal de controle social. Propõe, assim, centros de apoio, abrigos de proteção, compreensão de conflitos mediante diálogo com o ofensor e, eventualmente, compensações financeiras.

¹⁷ Dentre seus postulados, merece destaque a noção de que papel da criminologia tradicional ao longo da história foi justificar práticas punitivas sob a perspectiva de falso humanismo ressocializador. Isso porque a criminologia etiológica encontra-se de forma latente na sociedade, servindo as teorias da pena de mera trincheira retórica para a verdadeira função latente (CARVALHO, 2007, p. 84-85).

¹⁸ Nesse sentido, aponta Mathiesen (2003, p. 132): “ao castigar as pessoas por causa da prevenção geral, na realidade se está sacrificando, em sua maioria, pessoas pobres e estigmatizadas para manter os outros no caminho certo.”





Nessa linha, Nils Christie pondera que a estatização do conflito apenas gera nova vitimização ao extirpar a vítima do caso, transformando-a em mero meio de prova para se obter uma condenação. Por isso, Louk Hulsman defende que a justiça penal apenas retirar garantias individuais e entrega sofrimento desnecessário, inapto à pacificação social, tendo em vista que a maioria dos conflitos já são solucionados em esferas de controle informal, considerando o vulto da cifra oculta de crimes (CARVALHO, 2007, p. 87).

Pode-se dizer, nesse contexto, que o denominador comum dos abolicionistas clássicos consiste em devolver à vítima o controle e a compreensão de seus conflitos com o agente, de modo a se evitar sofrimento desnecessário e estigmatização de todos os envolvidos no processo. Contudo, crítica notória à concepção abolicionista consiste na proposta de esquemas informais abstratos e sem garantias aos agentes. Destarte, devolução informal do conflito à vítima poderia levar a uma parcialidade, ação emotiva, desejos de vingança, o que impõe uma formalização do procedimento sob os auspícios estatais.

Não se pode olvidar que inquérito penal e a execução penal possuem cunho administrativo e regem-se pela inquisitorialidade. São marcados por uma forte limitação às garantias individuais, melhor asseguradas no curso da ação penal. Nesse esteio, uma completa desregulamentação levaria ao fim de autolimitações impostas pelo próprio Estado no processo penal (esta fase sim judicializada) ao poder de punir.

Apesar das variabilidades apontadas na teoria abolicionista, seu efetivo mérito reside na busca por soluções alternativas a penas privativas de liberdade e conciliadoras do conflito, na linha do princípio da subsidiariedade do direito penal. Nessa esteira, no entendimento de Bechara (2018, p. 26), urge-se pela reconstrução do sistema de penas, abandonando-se a privação de liberdade como *prima ratio* e conferindo-se autonomia a outras espécies de penas.

3 TEORIAS DA PENA À LUZ DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa não é uma prática recente. Em sociedades pré-estatais europeias e comunidades nativas conferia-se preferência ao restabelecimento do equilíbrio do grupo social por meio de uma abordagem ao conflito, muito embora punições também pudessem ser aplicadas. Práticas restaurativas também são identificadas em comunidades pré-cristãs (como por meio do Código de Hamurabi) e nos povos colonizados na África, Américas do Norte e Sul e Nova Zelândia (JACCOUD, 2005, p. 163-164).





Ocorre que a progressiva centralização do *ius puniendi* no Estado reduziu o protagonismo de práticas restaurativas. Originalmente, a retirada do conflito da vítima buscava conferir neutralidade e uma visão objetiva para a gestão da infração penal. Mas esse modelo estatal sofre disfuncionalidades que levam a uma ineficácia do próprio sistema (VILAR, 2009, p. 79). Assim, a contestação de instituições repressivas “retoma, entre outras, a ideia durkheimiana, segundo a qual o conflito não é uma divergência da ordem social, mas uma característica normal e universal das sociedades.” (JACCOUD, 2005, p. 165).

Não se pode olvidar, nesse contexto, a importância do resgate da vitimologia, a qual, apesar de não integrar diretamente uma sistemática restaurativa, inspirou seus princípios, bem como decorre de um macro-movimento de redescoberta e humanização da vítima (JACCOUD, 2005, p. 165). O enfoque vitimológico surgiu com necessidade de respostas às vozes das vítimas e sua dignificação, principalmente após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, o que ensejou uma demanda por maior protagonismo vitimal, em movimento inicialmente capitaneado por Von Hentig e Mendelsohn (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2015, p. 1245).

De mais a mais, com as dificuldades de implementação efetiva das teorias dos fins da pena, também ganham eco as críticas abolicionistas, que passam a inspirar e ser inspiradas pela justiça restaurativa. Essa relação com o abolicionismo é cristalina ao se tentar criar um ambiente e mecanismos que impliquem a criação de um processo comunicativo entre vítima, ofensor e comunidade, dando oportunidade para que os envolvidos busquem soluções reparadoras e reconciliadoras (ZEHR, 2008, p. 170). Nessa linha, o abolicionismo trouxe enfoque de restituição do conflito à comunidade, conferindo a tônica na relação vítima-vitimário (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2015, p. 1247).

Todas essas críticas tecidas revelam que o sistema penal do século anterior está em crise, sendo necessários evolução e dinamismo incompatíveis com um modelo essencialmente retributivo e de *prima ratio* da aplicação de penas privativas de liberdade (VILAR, 2009, p. 78).

Conforme aponta Zehr (2008, p. 168), o modelo de Justiça Restaurativa nos fornece uma nova lente para visualização do crime. Segundo o autor (2008, p. 170): “nós vemos o crime através da lente retributiva. O processo penal, valendo-se dessa lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor.”

Neste sentido, em detrimento de uma nova imposição de dor e sofrimento por meio da pena, faz-se necessário compreender o crime primeiramente como violação contra pessoas, não





contra o Estado, a fim de se perquirir o conflito subjacente, que será o cerne para a pacificação social. Nesse contexto:

A justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito. (JACCOUD, 2005, p. 169).

O enfoque tradicional sobre a infração desloca-se, assim, para a gestão do conflito penal, cujo centro se situa na relação entre vítima e vitimário. Isso se compatiliza com o entendimento de que Direito Penal não é um sistema autônomo, mas parte integrante dos diversos mecanismos de controle social (PEREIRA, 2006, p. 25). Com isso, a mediação, já de significativa relevância em outros ramos jurídicos, passa a adquirir destaque no sistema penal, tornando-se um instrumento de abordagem do conflito a fim de permitir um diálogo em igualdade de condição entre as partes (VILAR, 2009, p. 81). Também se torna viável a instituição de círculos restaurativos, envolvendo familiares e membros da comunidade afetados.

É notório que a abordagem da Justiça Restaurativa confere – com razão – o protagonismo sobre a vítima. Contudo, a par desse processo resgate de dignidade vitimal ao reinseri-la na solução do conflito, a via restaurativa também confere maior legitimidade aos fins da pena, de modo que viabiliza maior concretização dos ditames do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Sob a ótica da prevenção especial positiva, conforme já delineado, mostra-se inviável uma ressocialização em estabelecimentos penitenciários, sobretudo nos moldes atuais. De fato, atualmente as políticas criminais se voltam precipuamente a evitar a dessocialização provocada pelo cárcere, donde surgem medidas alternativas à pena privativa de liberdade, com enfoque na proteção dos direitos humanos e projeção futura de reintegração na comunidade (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2015, p. 1248-1249).

Neste esteio, a Justiça Restaurativa fornece importante ferramenta alternativa ao cárcere que permita uma verdadeira reintegração do indivíduo, na medida em que um esforço voluntário do autor pela abordagem do conflito e por eventual reconciliação pode influenciar de forma mais eficaz sua atitude perante a sociedade (ROXIN, 1999, p. 10). Na Justiça Restaurativa, o autor deve se ocupar pessoalmente do dano produzido, passando por um processo de interiorização de sua conduta, a viabilizar uma compreensão da importância social de tratar o conflito junto à vítima, o que se torna um exercício construtivo ao passo que evita efeitos dessocializadores do cárcere (ZEHR, 2008, p. 189).





Desse modo, uma abertura para diálogo, aliada ao esforço do autor para reconhecer a injustiça cometida e reinserir-se na comunidade jurídica, fomentará com maior efetividade e humanização sua integração social de modo a reafirmar os fins de prevenção especial positiva. Destarte, o direito penal orientado à abordagem do conflito e reparação favorece a ressocialização do infrator (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2015, p. 1243-1244).

A Justiça Restaurativa não acolhe o padrão tradicional estabelecido pelo Direito Penal da retribuição e punição. Destoando do sistema retributivo, encaminha-se para um modelo político criminal de bases conciliadoras, visualizando demandas de vítimas e necessidades de reintegração social de infratores, sempre em direção a medidas alternativas diversas da prisão.

A seu turno, sob a ótica da prevenção geral positiva, conforme aponta Roxin, a resolução do conflito entre autor e vítima possibilita uma efetiva pacificação social, a reforçar a confiança na norma:

Pois a generalidade dos cidadãos não considera que a violação da lei já tenha sido sanada com um castigo do autor, na medida em que o dano sofrido pela vítima não foi sanado e a perturbada paz jurídica não foi restabelecida por meio de um acordo entre o perpetrador e a vítima.¹⁹

Convém ponderar, neste ponto, na linha do pensamento de Hassemer (1999, p. 323), que a satisfação ou reparação da vítima não significa necessariamente reparação material do dano causado, o que importaria em indesejada mercantilização do sofrimento e seria contraproducente para fins preventivos. Com a expressão “reparação” se refere a um processo de reabilitação da pessoa lesionada, a uma reconstrução de sua dignidade pessoal em um processo de interação com o autor e a sociedade.

Como expõe Martínez Sánchez (2015, p. 1241), o modelo restaurativo viabiliza a satisfação de expectativas sociais de pacificação social, partindo-se da ideia de que a resolução de conflito deve ocorrer por meio das próprias partes envolvidas. Isso pode culminar com uma solução conciliadora, ou mesmo restauração material, porém o cerne encontra-se na revigoração do tecido social. Nessa linha:

Nos casos de violência conjugal, por exemplo, não é suficiente cobrir os danos. A verdadeira justiça não acontecerá a não ser que as pessoas e relacionamentos sejam transformados em algo saudável de modo que a violência não seja recorrente. Nesse

¹⁹ “Pués la generalidad de los ciudadanos no considera que la fracturadel derecho haya sido ya curada con un castigo del autor, en tanto encuaneto el daño que ha sufrido la víctima no haya sido remediado y la paz jurídica perturbada no haya sido restabelecida mediante um acuerdo entre el autor y la víctima.” ROXIN, 1999, p. 11) (tradução nossa).





contexto, a justiça pode significar uma mudança ao invés de volta à situação anterior. (ZEHR, 2008, p. 179).

Este é verdadeiramente um novo modelo de justiça, já que opta pelo distanciamento do sistema tradicional de encarceramento (como regra e desejo social maior), buscando um ressignificado das relações de resposta à vítima.

No Brasil, as práticas restaurativas têm se fortalecido por meio do Poder Judiciário. Recebem forte impulso por meio da Lei n.º 9.099/95, além de sua aplicação em Varas de Violência Doméstica e, sobretudo, da Infância e Juventude. No entanto, nem todas as aberturas legais no país se alinham à Justiça Restaurativa, considerando que podem privilegiar uma patrimonialização do conflito em detrimento de efetivo diálogo, notadamente o que se verifica com o advento da Lei n.º 9.099/95. Logo, não se pode dizer que esse diploma normativo incorpora efetivamente o cerne da justiça restaurativa:

É importante ressaltar que com o advento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, têm sido adotadas práticas restaurativas no Brasil, mas não com sua especificidade, seus princípios, valores, procedimentos e resultados. (PINTO, 2005, p. 20).

Por outro lado, não se pode olvidar que a Resolução n.º 225/16, do Conselho Nacional de Justiça traz um modelo judiciário de Justiça Restaurativa, a qual passa a inspirá-lo na adoção de alternativas penais. Traça-se assim um caminho na esteira civilista de mecanismos alternativos de resolução e conflitos, com destaque ao princípio da responsabilização (Andrade (coord), 2018, p. 139). Logo, no centro do modelo brasileiro encontram-se características similares à pena tradicional: responsabilização do indivíduo e prevenção delitiva, buscando suprir a crise de legitimidade do sistema penal (ANDRADE (coord), 2018, p. 140-141). Esses avanços, embora notáveis, ainda carecem de maior desenvolvimento para uma expansão efetiva sobre todo o sistema de justiça penal e uma aplicação integral da concepção de Justiça Restaurativa.

Neste contexto, um possível obstáculo consiste na falta de consenso entre a forma de condução de Justiça Restaurativa entre seus defensores. Defensores minimalistas²⁰ optam pela manutenção da prática restaurativa alheia ao sistema criminal, sem a ele aderir, e priorizam o processo restaurativo em detrimento de possíveis resultados (preventivos ou de responsabilização). A essa vertente devem ser tecidas as mesmas críticas pertinentes ao

²⁰ Tony Marshall, Margarita Zernova, Martin Wright são alguns dos representantes da corrente minimalista.





abolicionismo penal, porquanto a absoluta ausência de estruturas estatais é apta a fomentar processos inquisitivos e reforço da estigmatização social.

A seu turno, adeptos de posições maximalistas²¹ sustentam a integral inserção da Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, direcionando esforços a resultados restaurativos, de modo a anuir com a imposição do procedimento ao ofensor.²² É certo, porém, que a opção maximalista, ao abrir mão da voluntariedade do agente, acaba por objetificá-lo, transformando-o em um instrumento de reparação, o que prejudicaria a composição do conflito. Em verdade, essa concepção tende a converter a Justiça Restaurativa em nova vertente da justiça punitiva, transferindo-lhe integralmente as funções originais da pena.

Em verdade, é necessária a mobilização de estruturas sociais e agentes alheios à justiça social, a fim de se obter uma efetiva pacificação do conflito (PALLAMOLLA, 2009, p. 83). Afinal, muito embora a confluência com as finalidades preventivas da pena seja desejável e se encontre dentro do escopo restaurativo, a ela não se reduz: em verdade, há um novo “ideal de justiça integrado por valores, princípios e métodos ou técnicas” (ANDRADE (coord.), 2018, p. 149). Conforme sustenta Zehr (2008, p. 191), o importante não é apenas o resultado, quer mediante uma decisão condenatória, quer mediante reparação, mas o modo como se chega à decisão, todo o processo de solução do conflito. Neste sentido, o mero resultado não traz sensação de justiça, o que se mostra contraproducente para finalidades preventivas. Ou seja: apenas com o enfoque no processo de solução do conflito haverá efetivo fomento das finalidades da pena, e não quando se vise à mera substituição de penas privativas de liberdade.

No entendimento de Pallamolla (2009, p. 185), a opção intermediária é aquela que melhor atende a exigências de observância das garantias individuais de todos os participantes.²³ Não se trata, portanto, de desjudicialização do procedimento, porquanto boa parte dos programas restaurativos é fomentada com auxílio do Poder Público. Assim, faz-se relevante algum grau de envolvimento do Poder Judiciário, ainda que a título de homologação e

²¹Lode Walgrave é o principal representante da corrente maximalista.

²²Não se pode olvidar que as principais condutas detectadas pelo sistema criminal guardam estreita correlação com grupos socialmente marginalizados. Limitar a justiça restaurativa a simples reparação seria contraindicado sob a ótica preventiva, por limitá-la apenas a quem possui condição financeira. Assim, prestações alternativas, que não impliquem direta reparação, também são recomendáveis, como trabalhos e serviços sociais (ROXIN, 1999, p. 13).

²³Por esse motivo, muito embora alguns autores, como Roxin, aportem soluções predominantemente reparadoras, suas ideias mostram-se salutares para a justiça restaurativa. Em verdade, os fins preventivos apenas se maximizam com a interpenetração entre maximalistas e minimalistas.





acompanhamento das práticas adotadas.²⁴ Contudo, é necessária uma rearticulação de diversos setores da sociedade, com a participação de novos agentes para além de estruturas formais.

A inclusão de equipe multidisciplinar mostra-se premente, com a atuação de psicólogos, assistentes sociais e demais educadores na composição do conflito, como sinalizam as estruturas propostas para casos de violência doméstica ou familiar, previstos na Lei nº 11.340/06, que poderiam ser replicadas a serviço da restauração, retirando-se o protagonismo do Poder Judiciário. Neste esteio, a Justiça Restaurativa não deve estar circunscrita a delitos de menor potencial ofensivo, e tampouco se limitar a reparações civis e justiça negociada (enfoque verificado na Lei n.º 9.099/95).

De qualquer modo, para se estabelecer a Justiça Restaurativa como instrumental de solução dos conflitos sociais estabelecidos, a voluntariedade dos interlocutores sobrepõe-se ao próprio desejo dos intervenientes ou moderadores, já que a união pela solução do conflito, com formas individuais e próprias de proposição para melhor satisfazer expectativas individuais e coletivas de reparação e restabelecimento, somente se põe com eficácia e certeza a partir desta voluntariedade (SUÁREZ; GUERRERO, 2010, p. 183).

Abre-se espaço, assim, ao princípio da oportunidade regrada como forma de inserção da Justiça Restaurativa no sistema judiciário tradicional, questionando-se o paradigma do processo penal como único ou melhor instrumento para a consecução dos fins da pena (VILAR, 2009, p. 79). Esse princípio se compatibiliza com a necessidade de que decisões político-criminais possam penetrar no sistema de Direito Penal para se desvencilhar de um sistema positivista formal, em que se subverte o princípio da legalidade – inicialmente previsto como instrumento de garantia – para torná-lo ferramenta de um modelo em que a opção pela retribuição e prevenção sob um ideal metafísico supera os direitos individuais e resultados concretamente úteis (PEREIRA, 2006, p. 1-2).

Dessa forma, verifica-se que a Justiça Restaurativa deve passar pelo crivo do Poder Judiciário sem, contudo, abrir mão da flexibilidade e voluntariedade de seus procedimentos, sendo permeada por diversos mecanismos – como entrevistas, estudos sociais e mediação – aptos a promover melhor solução do conflito concreto e prevenir, eventualmente, a imposição de pena privativa de liberdade (ou mesmo, de qualquer condenação formal). Aliás, com uma inserção no bojo do sistema de justiça, mostra-se relevante a assinatura de um documento que

²⁴ Traz, assim, uma perspectiva também voltada ao processo penal, não entendido como mero reforço do direito penal, mas como um procedimento necessário para o processo de reparação dos conflitos e prevenção de delitos, sem abrir mão das garantias constitucionais e processuais dos envolvidos.





atesta a voluntariedade do agente sem, todavia, implicar qualquer reconhecimento de culpa (VILAR, 2009, p. 106-107).

Neste contexto, a aplicação da Justiça Restaurativa de forma pré-processual se mostra complexa, posto que poderia implicar exclusão da participação dos tribunais. Viável, contudo, sua implementação quando da instauração do inquérito policial, sob os auspícios do juiz de garantias. Por outro lado, uma atuação intraprocessual, na pendência de ação penal, mostra-se aquela mais aplicada por projetos piloto ao redor do mundo, de forma a reconhecer elementos mínimos de materialidade e autoria e, simultaneamente, viabilizar a atenuação ou não imposição de pena privativa de liberdade.

Do mesmo modo, uma atuação restaurativa em sede de execução também é pertinente. Em hipóteses nas quais restou inviabilizada sua implementação processual, pode haver implicações positivas sobre o sistema penitenciário: promove-se um mecanismo de redução de violência em prisões, além de se fomentar diálogo e respeito, o que pode levar a uma progressão de regime antecipada, liberdade condicional, ou mesmo extinção da punibilidade (VILAR, 2009, p. 88-89).

Outra discussão relevante no âmbito da Justiça Restaurativa diz respeito ao espectro de delitos sobre o qual pode ser aplicada. Em delitos menos graves, a sociedade possui uma tendência a considerar suficientes prestações compensatórias à vítima e um processo de internalização da conduta pelo autor. Nesses casos, para fins preventivo-gerais, a população considera superada a perturbação coletiva com a composição da situação viabilizada pela justiça restaurativa.

Há, porém, delitos que não prescindem de pena para os fins preventivos. Assim, em condutas graves, normalmente permeadas por violência ou grave ameaça, a atuação da Justiça Restaurativa por vezes é contestada. Ocorre que nenhuma infração penal deve ser excluída de plano, sendo necessária a apreciação do caso concreto, cuja diretriz principal será a observância à igualdade e voluntariedade das partes (VILAR, 2009, p. 103), de modo a se prevenir a revitimização e banalização da violência (JACCOUD, 2005, p. 174).

Nessas situações, sua importância não pode ser mitigada, tendo em vista ser possível e recomendável um processo de internalização da conduta pelo autor e sua busca por reparação. Um esforço ativo pela compreensão do conflito, aliado a eventual arrependimento interior do infrator, é socialmente recomendável e favorece a prevenção especial positiva, ainda que, em alguns casos, se mostre necessária uma complementação mediante imposição de pena privativa de liberdade. Aliás, há programas aplicados com êxito a infrações graves em países como Nova





Zelândia e Estados Unidos, mediante zelo pela segurança física e psíquica da vítima, contando com suporte de mediadores e assistentes qualificados (JACCOUD, 2005, p. 174).

Com efeito, em estudo promovido nos Estados Unidos, Sherman *et al.* (2015) analisaram dez programas em diferentes países que implementaram a Justiça Restaurativa. Visavam a comparar a taxa de reincidência de infratores que participaram do processo restaurativo com aqueles submetidos ao sistema de justiça comum. Em suas conclusões, observaram que a aplicação da Justiça Restaurativa demonstrou uma efetiva redução de reiteração delitiva em todos os crimes – o que, novamente, corrobora com seu alinhamento à teoria dos fins da pena, sob a ótica da prevenção especial -, bem como apresentou menor recidiva no tocante à prática de crimes violentos (SHERMAN *et al.*, 2015, p. 12).²⁵ Uma das razões apontadas consistiu no maior efeito emocional usualmente associado a esses delitos, o que também colabora para uma maior interação e empatia no momento do diálogo acerca do conflito (SHERMAN *et al.*, 2015, p. 20).

Deve-se ponderar ainda que a criminalidade frequentemente associada como “grave” diz respeito frequentemente a delitos tradicionais contra o patrimônio e tráfico de drogas, delitos responsáveis pelo hiperencarceramento na realidade brasileira. Assim, para se obter um sistema de justiça menos seletivo e que efetivamente suplante o punitivismo hodierno, há que se reconhecer a permeabilidade da Justiça Restaurativa sobre a criminalidade tradicional (ANDRADE (coord.), 2018, p. 151). Do contrário, nessas hipóteses obter-se-ia tão somente um sistema paralelo ao punitivo, sem verdadeiros impactos sobre o sistema prisional – e, como decorrência lógica, haveria impactos negativos sobre a prevenção delitiva, dada a evidente ineficácia de cárceres hiperlotados para tanto.

Por esses motivos deve-se evitar incorrer em um paradoxo de obstar práticas restaurativas em relação a crimes violentos, nos quais costuma haver maior necessidade de reintegração social, quando justamente nesses casos há resultados mais alinhados à prevenção especial positiva, a qual se manifesta, de forma mais evidente, na ausência de reiteração delitiva.

Do mesmo modo, não se pode excluir aprioristicamente das práticas restaurativas os delitos envolvendo violência de gênero. Nesses casos normalmente se verificam relações assimétricas e de desigualdade. Contudo, o diálogo com auxílio de profissional devidamente capacitado pode contribuir para o restabelecimento de uma relação de igualdade (VILAR, 2009,

²⁵ Nas pesquisas efetuadas, nove dos dez experimentos demonstraram menor reincidência delitiva com a implementação da justiça restaurativa. Esse padrão indica uma probabilidade de 0,1% de que o resultado tenha sido atingido ao acaso (SHERMAN *et al.*, 2015, p. 25).





p. 105), de modo que, a título exemplificativo, pode auxiliar mulheres a estabelecer um relacionamento saudável ou permitir seu rompimento sem maiores receios. Com efeito, a Justiça Restaurativa é apta a contribuir para a recuperação da autoestima da vítima, seu empoderamento, bem como com a assunção de responsabilidade pelo autor, fortalecendo sua ressocialização (MARTÍNEZ SÁNCHEZ, 2015, p. 1255). E essa prática transmite forte mensagem social acerca do combate efetivo à violência de gênero, de forma a inculcar valores de igualdade no seio social, favorecendo a prevenção geral positiva. É necessário aprofundamento do tema para se evitar uma reconciliação forçada entre as partes, bem como o próprio silenciamento da mulher. De qualquer modo, é evidente que o sistema de justiça criminal atual é inócuo para a solução do conflito, de forma que a via restaurativa consiste em uma alternativa para o efetivo empoderamento da vítima (ROSENBLATT; MELLO, 2015, p. 104-106). Portanto, uma avaliação casuística sobre a pertinência de sua aplicação é a solução que se mostra mais alinhada aos fins propostos.

Por fim, para delitos em que não se configure dano suscetível de reparação – crimes de perigo abstrato, de atentado, atinentes a bens jurídicos supraindividuais, entre outros -, mostra-se adequada uma reparação simbólica (ROXIN, 1999, p. 11-12), a título exemplificativo, direcionando valores a fundo de compensação de vítimas ou mediante prestação de serviços a instituições não governamentais. Isso contribuirá tanto com a reintegração social do infrator – dado o caráter pedagógico e conscientizador dessa prática -, bem como trará uma resposta de pacificação social à comunidade – com a mensagem transmitida ao infrator de que efetivamente afetou a coletividade -, fomentando os fins da pena também sob a ótica da prevenção geral positiva.

4 CONCLUSÃO

O Direito Penal alinhado com um modelo de Estado Democrático de Direito afasta teorias retributivas como justificadoras da imposição de penas. Como delineado, os únicos fins legítimos e consectários com um direito penal mínimo consistem na prevenção geral positiva como elemento principal, associada secundariamente à prevenção especial positiva, cujo escopo se volta à mensuração o grau de culpabilidade do agente. Por outro lado, deve-se afastar ponderações abolicionistas, lastreadas em utopia apenas concebível em pequenas comunidades,





dada sua excessiva desformalização, o que implicaria a extirpação de garantias fundamentais do infrator.

Nesse contexto, o papel desempenhado pelo processo penal na condução da justiça restaurativa é o de ceder parte de seu espaço jurídico-formal em prol de uma atuação de equipes multidisciplinares especializadas para a real compreensão do conflito que permeia o delito. Essas circunstâncias, como visto, apenas reforçam as legítimas finalidades da pena no ordenamento pátrio. Com efeito, a introdução de mecanismos restaurativos prévios, ou mesmo no bojo do processo, traz ferramentas reforçadoras de finalidades preventivas, tanto geral positiva limitadora, como a especial positiva. Trata-se da solução mais adequada à luz das críticas lançadas pelos abolicionistas sobre os moldes clássicos do processo penal e de imposição de penas privativas de liberdade. Com vistas a sua efetiva perfusão no sistema brasileiro, combatendo-se o hiperencarceramento, a seletividade penal e a criminalidade de massa, impõe-se sua aplicação inclusive aos crimes tidos como graves, para os quais a consecução de fins preventivos se mostra ainda mais necessária. Por fim, a Justiça Restaurativa propõe uma humanização do autor – reconhecendo-o como sujeito do processo, e não mero objeto de prova e posterior condenado a ser neutralizado pelo sistema- e uma reinserção da vítima – reconstruindo sua dignidade e auxiliando-a na resolução do conflito permeado pela conduta delitiva -, o que estabelece claras balizas ao poder estatal e se mostra consentâneo à luz da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. *A nova defesa social*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de (coord). *Pilotando a Justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Relatório Analítico Propositivo. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. Tradução de Luciana Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O sentido da pena e a racionalidade de sua aplicação no Estado Democrático de Direito brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v.21, n. 41, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.





BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 225, de 31 de maio de 2016. *Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei das Execuções Penais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 15, n.1, p. 83-104, 2007. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=65349. Acesso em: 04 abr. 2021.

DA SILVA, Alessandro Ferreira. Cultura do cancelamento: cancelar para mudar? Eis a questão. *Revista Argentina de Investigación Narrativa*, v. 1, n. 1, p. 93-107, 2021.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 3, n. 2, 2009.

DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para un nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1973.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente em Alemania*, Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana*, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36, set./dez.. 1991. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=97956. Acesso em: 04 abr. 2021.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal UFRGS*, v. 1, n.1, p. 37-46, 2013.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1984.





HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

HASSEMER, Winfried. Porqué y con qué fin se aplican las penas?: sentido y fin de la sanción penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. 1, n.3, p. 317-331, 1999. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=19606. Acesso em: 04 abr. 2021.

HASSEMER, Winfried. Ressocialização e Estado de Direito. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 1, n. 1, p. 9-13, 2006. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124692. Acesso em: 04 abr. 2021.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine et. al (orgs.). *Justiça Restaurativa*, Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, p. 163-186, 2005.

JAKOBS, Günther; CONTRERAS, Joaquín Cuello. *Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: M. Pons, 1997.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos costumes*. Tradução de Célia Aparecida Martins. Petrópolis: Vozes, 2013.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Pereira. Campinas: Russel, 2003, v. 1.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 13. ed, 2016.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, María Cristina. La justicia restaurativa y un modelo integrador de justicia penal. *RDUNED: revista de derecho UNED*, v. 16, n. 1, p. 1237-1263, 2015.

MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prisión*. Buenos Aires: Ediar, 2003.

MIR PUIG, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 39, n. 1, p. 49-58, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Forense, 4. ed, 2015.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.





PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil. In: SLAKMON, Catherine et. al (orgs.), *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, p. 19-39, 2005.

REIS, Elisa P. Reflexões sobre o Homo Sociologicus. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 11, p. 23-33, 1989.

RENZIKOWSKI, Joachim. Pena e direito penal em Kant: nove teses. Tradução de Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 1-23, 2022.

ROSENBLATT, Fernanda; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. O uso da Justiça Restaurativa em casos de violência doméstica contra a mulher. In.: Para além do Código de Hamurábi. Luciano Oliveira, Fernanda Fonseca Rosenblatt, Marília Montenegro Pessoa de mello (orgs), Recife: ALIDI, 2015, p. 99-113.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

ROXIN, Claus. Pena y reparación. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, v. 52, n. 1, p. 5-16, 1999.

ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1972.

SANCHES, Juan Sebastián Vera. Sobre la relación del derecho penal com el derecho procesal penal. *Revista Chilena de Derecho*, v. 44, n. 3, p. 831-855, 2017.

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 86, abr. 2010.

SHERMAN, Lawrence W., et al. Are restorative justice conferences effective in reducing repeat offending? Findings from a Campbell systematic review. *Journal of quantitative criminology*, v. 31, n. 1, p. 1-24, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Estudios de derecho penal*. Lima: Grijley, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal em la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y limites. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *Política Criminal y nuevo Derecho Penal (Libro-Homenaje a Claus Roxin)*, Barcelona: José Maria Bosch, 1997.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.





SUAREZ, Fabio David Bernal; GUERRERO, Maria Idali Molina. *Processo Penal y Justicia Restaurativa: la necesaria búsqueda de soluciones fuera del sistema acusatorio*. Colombia: Ediciones Nueva Juridica, 2010.

VILAR, Silvia Barona. Justicia penal consensuada y justicia penal restaurativa, ¿ alternativa o complemento del proceso penal? La mediación penal, instrumento esencial del nuevo modelo. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, n. 24, p. 76-113, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad. *El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*. México: Porrúa, 2000, p. 3-24.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tonia Van Acker. São Paulo: Athena Editora, 2008.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo submetido ao *double-blind review*.

Recebido em: 22/04/2021.

Aceito em: 17/06/2022.

