



JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA ALTERNATIVA PARALELA NA RESOLUÇÃO DE CRIMES DE NATUREZA CULPOSA

Lisa Rocha Micheli

Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

E-mail: lisa.micheli@hotmail.com

Thales Gabriel Moreira Lima

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela LFG.

E-mail: thalesgml@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho parte da análise acerca da evolução histórica da pena, perpassando tal estudo pelos seus fundamentos e propósitos, os quais sofreram drásticas mudanças, culminando num quadro atual de crise. Em seguida, analisa-se o sistema penal vigente, debruçando-se sobre a forma como se dá, na prática, a intervenção do direito penal na esfera de liberdade dos indivíduos e a que propósito tal intervenção serve, se ela atende aos seus postulados teóricos supostamente adotados, sob a ótica das teorias da pena, ou se o sistema institucionalizado apresenta real distância fática quando cotejado com aquilo que se propõe a tratar. Em seguida, apresenta-se a Justiça Restaurativa como alternativa ao tratamento dos conflitos penais, constatando-se as dificuldades práticas para sua institucionalização. Ao fim, como forma de introduzir as práticas restaurativas, supostamente mais vantajosas, postula-se pela sua aplicação aos crimes culposos, de forma a vencer as barreiras culturais e sociais à sua implementação.

Palavras-chave: Conflitos penais. Crimes culposos. Justiça restaurativa.

1 INTRODUÇÃO

Através dos séculos, o Direito Penal tem tentado responder às mais diversas formas de criminalidade, intervindo das mais variadas maneiras na vida particular dos indivíduos, a fim de solucionar, desde conflitos de cunho patrimonial até aqueles cuja resposta implica

rigorosa interferência na subjetividade dos seus tutelados. Aqui, é compreensível que as vítimas não se sintam contempladas quando buscam o judiciário, tendo em vista que a resposta dada pelo Direito Penal é, no mais das vezes, violenta, consubstanciada na privação da liberdade e até em formas não legitimadas de violência física ou psicológica.

O aparato do judiciário causa medo, sobretudo a quem está envolvido no conflito, objeto da lide. A linguagem, a organização física das instituições, as vestes dos magistrados, tudo isso contribui para um estranhamento comumente experimentado por pessoas que precisam buscar o sistema judicial para resolver situações conflituosas, especialmente nos casos em que as partes encontram-se em situação de vulnerabilidade social. Tal situação, embora frequente, resta desarrazoada, tendo em vista ser (ou dever ser), o Direito, instrumento que aplaque diferenças, através da busca por isonomia.

Ademais, tendo em vista a crise no sistema penal tradicional, somada à superlotação prisional, tem-se o contexto propício ao surgimento de novas formas de resolução de conflitos, tais como a Justiça Restaurativa, iniciada no Brasil entre as décadas de 70 e 80, trazendo propostas de resoluções mais participativas e incluídas ao sistema punitivo tradicional. Sendo assim, o objetivo deste trabalho consiste em uma reflexão acerca da proposta da justiça restaurativa na resolução de conflitos, sobretudo os de natureza culposa.

Dessa forma, é necessário rememorar conceitos basilares do Direito Penal, sendo primordial a reflexão acerca do que é e qual a finalidade do sistema penal, o que Zaffaroni e Pierangeli (2007) acertadamente conceituam como:

[...] o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 65)

Assim, tem-se, por sistema penal, um conceito demasiado amplo, que abrange, além das normas definidoras de crimes, as demais que estão funcionalmente ligadas a elas, entre as quais se encontra a lei de execuções penais e as normas de organização penitenciária. É bem verdade, o Direito Penal age desde a suposição de um fato delitivo até a sua efetiva punição. Caminho que parece demasiado abrangente, visto que se inicia com a mera conjectura, passando pela investigação e possível punição de atos conceituados pelo próprio Direito Penal como ilícitos, não podendo perder-se de vista que o crime poderá ter várias faces, cuja definição irá variar de acordo com o referencial a partir do qual se observa, naturalmente

havendo divergências conceituais de acordo com a acepção, seja política, sociológica ou filosófica da palavra.

Dessa forma, para o penalista, o crime é o modelo típico, descrito na norma penal: uma hipótese, produto do pensamento abstrato. Há de se destacar, o crime e, portanto, a criminalidade não é mais do que a reprodução de reprovações sociais, que, em que pese não ser o escopo desta reflexão, há de se reconhecer, no mais das vezes beiram a irracionalidade, pois ainda não saíram do campo da moralidade.

2 A “EVOLUÇÃO” DO INSTRUMENTO PUNITIVO

Retomado, ainda que brevemente, o conceito do crime, é pertinente aqui falar das consequências ao cometimento, sobretudo as enfrentadas pelo sujeito cuja conduta restou desviada, em razão do malferimento a bem jurídico de outrem.

Não é necessário ser um grande estudioso do Direito Penal para perceber que as penas, desde a sua mais tenra existência, têm por objetivo principal o castigo ao mal praticado pelo infrator. No entanto, um estudo mais aprofundado sobre o tema permitirá inferir que, ao longo da sua história, houve uma movimentação no sentido de sofisticar o instituto punitivo.

Trata-se de missão custosa, estabelecer, de maneira precisa, o marco inicial de criação da pena enquanto instrumento de punição ao mal praticado, tendo-se em conta, contudo, ser o instituto tão antigo quanto a história da humanidade. Para um entendimento mais amplo sobre o tema Bitencourt (2004) preleciona:

[...] É imprescindível, para uma clara exposição, que permita elucidar caminho tão intrincado, separar-se da cronologia, que pode nos levar a equívocos. E, então, considerando o homem delinquente – que desde Lombroso até hoje constitui o epicentro das elucubrações criminológicas e penitenciárias-, procuraremos elucidar as distintas formas em que seus atos foram puníveis, atendendo, mais ou menos, aos períodos da história da humanidade. (BITENCOURT, 2004, p. 13)

Análogo a isto, a pena consubstanciada no cerceamento da liberdade, tal qual conhecemos atualmente, não era vista dessa forma desde a sua criação, sendo, até certo período da história, utilizada como instrumento que evitasse a fuga do sujeito desviante.

Até os fins do século XVIII, a prisão serviu somente aos objetivos de contenção e guarda dos réus, para preservá-los fisicamente até o momento de serem julgados ou executados. Recorria-se, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à

pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às infamantes. (BITENCOURT, 2004, p. 13)

Nesse momento inicial, a prisão era então, o que garantiria a “execução” da pena, que no mais das vezes resultava em mutilações e morte, uma espécie de depósito, que pelas condições gerais de estado dos locais, acabava por tornar-se uma prévia da execução, uma espécie de custódia punitiva, tendo-se, dessa forma, que:

Os vestígios que nos chegaram dos povos e civilizações mais antigas (Egito, Pérsia, Babilónia, Grécia, etc.) coincidem com a finalidade que atribuíam primitivamente a prisão: lugar de custódia e tortura. A expiação daquele que violou as normas de convivência – expressada pela aplicação das mais atrozes penalidades, como morte, mutilação, tortura e trabalhos forçados – é um sentimento comum que se une à antiguidade mais remota. (BITENCOURT, 2004, p. 14)

Gradativamente, a pena vai se modificando, à medida que vai se compreendendo serem alguns crimes dotados de ofensividade insuficiente para resultar em punições tão severas como as até então predominantes. Dessa maneira, a prestação pecuniária começa a ser introduzida no rol de punições existente, bem como a pena de prisão, que vai perdendo o seu carácter absoluto de custódia para ceder lugar, mesmo que de maneira secundária, a um instrumento de punição.

As sanções criminais na Idade Média estavam submetidas ao arbítrio dos governantes, que as impunham em função de “status” social a que pertencia o réu. Referidas sanções podiam ser substituídas por prestações em metal ou espécie, restando a pena de prisão, excepcionalmente, para aqueles casos em que os crimes não tinham suficiente gravidade para sofrer condenação à morte ou a pena de mutilação. (NEUMAN apud BITENCOURT, 2004, p. 18).

Fala-se no encarceramento aplicado enquanto pena, de forma secundária, porque a sua antiga finalidade, qual seja a de custodiar o preso, ainda resiste. Pois, conforme preleciona Cezar Roberto Bittencourt, surge na Idade Média, a prisão do Estado e a Prisão Eclesiástica, sobre a qual, explica, voltando-se para Carlos Garcia Valdés: “A prisão de Estado apresenta duas modalidades: a prisão custódia, onde o réu espera a execução da verdadeira pena aplicada (morte, açoite, mutilações, etc.), ou como detenção temporal ou perpétua, ou ainda até receber o perdão real.” (VALDES apud BITENCOURT, 2004, p. 14).

Também o Direito Ordálico caracteriza a Idade Média. Aqui, o julgamento é feito por Deus, através dos homens, que, se não superam as provas a que são submetidos, automaticamente são condenados. Assim, o acusado estaria sendo provado quanto a sua

transgressão, que, no contexto medieval, muito facilmente poderia ser confundida com a ideia de pecado.

Aparece, neste ponto, o Direito Canônico, trazendo consigo ideias que nos remetem hoje à de ressocialização e humanização da punição, fundada, sobretudo na ideia de arrependimento e o cumprimento de penitências que levariam à suposta redenção, perante Deus.

De toda a idade média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como seqüela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso. Ainda que estas noções não tenham sido incorporadas ao direito secular, constituem um antecedente indiscutível na prisão moderna. (BITENCOURT, 2004, p. 21).

Assim, o Direito Canônico certamente resultou em forte influência na ideia que guardamos por ressocialização, nos dias atuais. Contribuindo com o surgimento da prisão moderna, o vocábulo “penitência”, do qual advém o conceito que dá nome a instituição “penitenciária”, consistia na retribuição ao pecado cometido. Conceitos, portanto, como o de “pena medicinal”, que consistia na indução do arrependimento, tem sua origem no Direito Canônico e reverberam até os dias atuais, quando se pensa na função especial positiva da pena.

Santo Agostinho, em sua obra mais importante, A cidade de Deus, afirmava que o castigo não deve orientar-se à destruição do culpado, mas ao seu melhoramento. Estas opções de arrependimento, meditação, aceitação íntima da própria culpa, são ideias que se encontram intimamente vinculadas ao Direito Canônico ou a conceitos que provieram do Antigo e Novo Testamentos. (BITENCOURT, 2004, p. 21).

A pena, sob influência do Direito Canônico, terá uma dupla significação. A primeira ligada ao arrependimento e a reaproximação do indivíduo infrator à divindade a que indiretamente ofendeu, através do pecado, e a segunda, a função expiatória, que se consubstancia no castigo efetivo.

Embora não mais vinculada a conceitos religiosos como o de transgressão e pecado, a pena continua tendo, nos dias atuais, dupla significação. Isso se dá, pois, ideias como a de meditação, arrependimento e conscientização do mal praticado, e que têm origem tão antiga, continuam a constituir, ainda que na teoria, justificadores da aplicação de penalidades, sobretudo em se tratando de crimes como os considerados de alto potencial ofensivo, cuja punição, no mais das vezes, resulta na aplicação de penas restritivas de liberdade.

É necessário, neste ponto, dar um salto histórico para que cheguemos à Idade Moderna. Trata-se de um período particular, que se constrói entre crises e instabilidades políticas que refletem diretamente no sistema punitivo da época. Primeiro, há de se mencionar que as transformações econômicas, reflexos, em parte, da substituição da manufatura pela industrialização nos países europeus, resultam em um crescimento nos índices de mendicância e cometimento de crimes de caráter patrimonial, o que gera, entre os indivíduos, uma espécie de clamor social por uma atuação mais rigorosa por parte do Estado. A pena de morte enfrentava uma crise, pois não cumpria a função de ser exemplo intimidatório aos que, por necessidade ou não, praticavam atos delituosos patrimonialistas. Assim, há que se ter em conta que a evolução da pena de prisão não tem, necessária e exclusivamente, um propósito idealista, não sendo o seu objeto a melhoria das condições do apenado, mas trata-se de um processo complexo que envolve questões econômicas, políticas e sociais, conforme nos apresenta Von Henting:

Na segunda metade do século XVIII, o arco da pena de morte estava excessivamente tenso. Não tinha contido o aumento dos delitos nem o agravamento das tensões sociais, nem tampouco havia garantido a segurança das classes superiores. O pelourinho fracassava frequentemente em se tratando de delitos leves ou de casos dignos de graça, uma vez que a publicidade da execução dava lugar mais à compaixão e à simpatia do que ao horror. O desterro das cidades e as penas corporais tinham contribuído para o desenvolvimento de um banditismo sumamente perigoso, que se estendia com impetuosa rapidez quando as guerras e as revoluções haviam desacreditado e paralisado os velhos poderes. A pena privativa de liberdade foi a nova grande invenção social, intimidando sempre, corrigindo a miúdo, que devia fazer retroceder o delito, quiçá, derrota-lo, no mínimo, cerca-lo entre muros. A crise da pena de morte encontrou aí o seu fim, porque um método melhor e mais eficaz ocupou o seu lugar, com exceção de alguns poucos casos mais graves. (HENTING apud BITENCOURT, 2004, p. 34-35).

Constatamos até aqui que, motivado por ideais humanitários ou não, o sistema penal tem evoluído no sentido de possibilitar minimamente a garantia de direitos, a fim de evitarem-se excessos e arbitrariedades. Tal intuito, embora nobre, não se concretiza muito frequentemente, pois, como já se mencionou anteriormente, a pena de prisão encontra-se falida, perdida das suas funções primordiais e inadequada à consecução dos seus fins. Isto porque os muros e celas que guardam o apenado, não proporcionam, no mais das vezes, mais do que ensinamentos que possivelmente o farão retornar ao cárcere.

3 O SISTEMA PENAL VIGENTE

A Racionalidade Penal Moderna¹, entendida por Álvaro Pires como um sistema de pensamentos dominantes, impõe a manutenção de um mínimo núcleo meramente retributivo na condução do sistema penal. Esclarece Sica:

[...]enraizaram esse sistema de pensar e agir (a racionalidade penal moderna) em postulados intocáveis: (i) obrigação prática e política de punir; (ii) analogia entre crime e pena; (iii) proporcionalidade vertical (cresce a 'criminalidade', aumentam as penas...) e (iv) exclusão das alternativas (penas e medidas), conforme a análise de Álvaro Pires (1998). (SICA, 2007, p. 135).

Assim, fecham-se as portas para a adoção de modelos penais menos aflitivos, tornando a sociedade dependente do modelo advindo da Modernidade, que pretere a pacificação social à punição e à vigilância, e que seleciona mais sujeitos do que condutas.

Em que pese, a adoção das teorias relativas da pena pelo nosso ordenamento jurídico, que, em tese, funciona de modo a salvaguardar os princípios de prevenção geral e especial, na prática é constatável a abundância de medidas retrógradas, mais condizentes com as teorias retributivas da pena. Assim, em detrimento do discurso teórico, ainda estamos presos às premissas ultrapassadas provenientes da modernidade, com uma sobrevalorização da norma, sobretudo no que tange ao seu aspecto de determinação de penas para os delitos tipificados pela legislação.

O fracasso, empiricamente constatado, da aplicação da pena baseada nas teorias relativas, é facilmente averiguado pelos elevados índices de reincidência, que apontam para a falha no aspecto da prevenção especial, vez que o indivíduo já sujeito à sanção estatal não hesita na repetição de práticas delituosas após a sua interação com o sistema penal instaurado. Já o fracasso na prevenção geral também é flagrante, bastando atentar-se para os índices de criminalidade, que apontam para um incremento das condutas delituosas, em que pesem as medidas estatais supostamente inibidoras do crime.

Desta forma, opta-se pela imposição de uma pena gravosa, que mais demonstra o poder de intervenção do Estado do que atende de forma efetiva às reais necessidades dos seus tutelados. Tal quadro é bem representado por Saliba:

[...] hoje com pouco menos de exposição pública, mas com igual sofrimento, estigmatização, desproporção, exclusão e busca incessante da Justiça. Hodiernamente, o flagelo do corpo humano se dá no sistema carcerário, oculto aos olhos dos demais membros do corpo social, que não veem e não querem ver a atuação do carrasco, mas creem na sua messiânica missão. (SALIBA, 2009, P. 41)

¹ De acordo com Leonardo Sica, esta pode ser entendida como: “um sistema de pensamento ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como 'justiça penal'”.

Apesar de o crime ser necessariamente previsto de forma abstrata, é preciso um olhar maior para a sua concretude, pois tal caráter abstrato já apresenta por si só certa distância da realidade fática. Necessária se faz a tomada de consciência de que, em que pese a abstração do tipo penal, cada fato criminoso é único, possuidor de diferentes sujeitos ativos e passivos, com diferentes motivações, com diferenças de local, tempo, cultura e que, portanto, ensejam cada qual respostas diferenciadas e especificamente mais adequadas para a obtenção da reparação social, uma vez selecionada essa última como objetivo a ser perseguido.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA

Luiz Regis Prado, acertadamente, preleciona acerca do Estado Democrático de Direito:

O Estado de Direito é aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formal, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos". (PRADO, 2014, P. 113)

Nesse sentido, é imperioso mencionar o fato de que tem sido comum aos Estados Democráticos de Direito, a superação das teorias absolutas da pena, ao passo que da própria conceituação de "Estado democrático de Direito" se depreende tal premissa. Assim é tanto nos moldes propostos por Kant como nos propostos por Hegel uma vez que os objetivos a serem perseguidos não se restringem à mera retribuição e imposição de pena aflitiva. (SALIBA, 2009, p. 47).

Numa análise do Estado Brasileiro, entretanto, é notável que, na prática, tais ideais teóricos retributivos não foram completamente abandonados, restando ainda fortes, se não predominantes, resquícios desses no sistema penal vigente, o que não se pode mais tolerar, tendo em vista as reiteradas demonstrações históricas do fracasso desse modelo advindo da modernidade, mas cujas raízes se detectam desde os primórdios das sociedades.

Nesse diapasão, apresenta-se como dotado de grande vantagem o modelo deliberativo da justiça restaurativa, que se pretende livre das amarras da formalidade da justiça comum, fugindo do engessamento de sua forma de aplicação e da consequente

"padronização" das respostas aos conflitos penais, fatores que notoriamente conduzem à inefetividade da aplicação do Direito.

Importa destacar, há um consenso entre os teóricos acerca da ausência de um conceito definitivo dessa nova forma de resolução de conflitos, chamada Justiça Restaurativa. Embora sejam inúmeras e diversificadas as práticas restaurativas apresentadas, todas caminham na mesma direção, qual seja, a satisfação dos anseios dos envolvidos, sobretudo no que consiste à possibilidade de interferência da vítima na resolução dos conflitos, pois “apesar da grande diversidade dos programas de justiça restaurativa, essencial a todos eles é o princípio da direta participação de vítimas e ofensores” (STRANG, apud ACHUTTI, 2004, p. 438).

Há que se mencionar ainda, que a ausência de um conceito acabado permite maior flexibilidade e fluidez na resolução de conflitos, que se baseiam em relações igualmente fluidas, como as humanas, e que carecem de tratamento outro que não o do simples enquadramento do fato à norma.

[...] E essa construção ainda em aberto e em constante movimento é, paradoxalmente, um dos pontos mais positivos da justiça restaurativa, pois não há um engessamento de sua forma de aplicação e, portanto, os casos-padrão e as respostas-receituário permanecem indeterminados, na busca de adaptação a cada caso e aos seus contextos culturais. (ACHUTTI, 2014, p. 439)

Dessa forma, a aplicação do Direito, nos moldes da justiça restaurativa, não se dará pela simples adequação da norma, de natureza abstrata, ao fato concreto tipificado, como se se tratasse de mera situação objetiva, afinal, as relações humanas e suas derivações são eivadas de complexidades e precisam ser tratadas como tal.

Aqui, necessário será compreender que um processo restaurativo não se daria de forma aleatória, sendo primordial o acompanhamento de todos os atos do procedimento por profissionais devidamente qualificados, a fim de promover o empoderamento e a valorização da vontade das partes, bem como para evitar a dominação de uma parte por outra, em função da desigualdade de poderes.

Igualmente, a justiça restaurativa trabalha com a ideia de reparação, nas palavras de Howard Zehr, “endireitamento” das coisas. (ZEHR, 2012, p. 40). Isto porque o crime, quando cometido contra outra pessoa, traz consigo destabilizações, que podem tomar proporções catastróficas na vida do ofendido e da comunidade. Dessa forma, a justiça restaurativa trabalha com conceitos como o de reparação, endireitamento e conscientização do mal

praticado pelo ofensor, o que pode trazer à vítima sentimentos outros que não a crua desolação, reflexo do bem jurídico lesado.

É possível que a vítima tenha mais probabilidade de restabelecimento se o ofensor se esforçar para endireitar as coisas – seja de fato ou simbolicamente. Muitas vítimas se mostram ambivalentes quanto ao termo “cura”, em virtude de sua conotação de conclusão ou término. Este é um percurso que somente a vítima pode trilhar – ninguém pode fazê-lo em seu lugar. Mas um empenho para de alguma forma corrigir o mal poderá ser um auxílio ao longo do restabelecimento, mesmo que jamais se chegue à restauração plena do estado anterior. (ZEHR, 2012, p. 40-41)

Para tanto, em que pese, a maioria das práticas restaurativas envolver um encontro – que, por óbvio, deve ser consentido pelas partes – diversos são os exercícios que podem permitir a tentativa de reparação do ofensor à vítima, havendo a possibilidade, inclusive, de interferência de ambos no processo restaurativo, pois, como já se disse, a abertura do conceito faz da justiça restaurativa um processo em constante construção.

5 DOS CRIMES CULPOSOS

Compreendidos alguns preceitos da Justiça Restaurativa, analisaremos, a partir daqui as vantagens na aplicação de institutos restaurativos como uma alternativa paralela de resolução do conflito.

Iniciaremos por uma breve análise acerca dos crimes de natureza culposa, valendo-nos, para tanto, do que traz Luiz Regis Prado acerca do conceito de culpa, com base na lição de Juarez Tavares:

Entende-se por culpa, uma 'forma de conduta humana que se caracteriza pela realização do tipo de uma lei penal através da lesão a um dever de cuidado, objetivamente necessário para proteger o bem jurídico e onde a culpabilidade do agente se assenta no fato de não haver ele evitado a realização do tipo, apesar de capaz e em condição de fazê-lo'. (PRADO, 2008)

Pois bem, uma vez conceituada essa modalidade delituosa, faz-se mister destrinchá-la para extrair os seus elementos constitutivos, destacando a conduta, sempre voluntária, e o resultado, involuntário (CAPEZ, 2012, p. 227). Assim, estudando a estrutura do delito de modalidade culposa, torna-se perceptível, conforme preleciona Bitencourt:

[...] que nos crimes culposos se dá preponderância ao desvalor da ação, que assume o centro da teoria do injusto, em comparação com o desvalor do resultado. Exemplo

típico é o crime de homicídio, que na forma dolosa pode receber uma pena máxima de vinte anos, e na culposa não passa de três anos. (BITENCOURT, 2014, p. 379).

Logo, retornando à ideia da falência da pena de prisão, sobretudo no que tange ao atendimento das suas finalidades teóricas— considerando que as condutas culposas possuem menor valor de reprovação social do que aquelas condutas dotadas de conteúdo volitivo quanto ao resultado—, apresenta-se como adequada, no que tange a essas condutas, a redução ou mesmo substituição da pena privativa de liberdade e a aplicação de medidas restaurativas, visando, assim, a reinserção social do desviante da norma.

Nesse sentido, pensando a possibilidade de substituição da aplicação de penas privativas de liberdade e/ou aplicação paralela da justiça restaurativa, mostram-se valorosas — antes da tentativa de supressão do debate pela lógica retributiva - as ponderações de Sica, com suporte em Zaffaroni, acerca do conteúdo semântico do direito de punir. O autor entende o direito em discussão como direito-faculdade e não direito-dever, afirmando-o como mera possibilidade que surge frente à notificação de um crime às agências judiciais, havendo, portanto, também a possibilidade de não habilitá-lo: "[...] dizer que a pena é devida ao crime, significa, apenas, que a possibilidade de pena deve seu nascimento ao crime, sem qualquer sentido obrigacional nessa relação"(SICA, 2007, p. 186).

Logo, a proposta restaurativa e sua eventual substituição/diminuição da pena privativa de liberdade não se configura em impunidade, como fariam partido os defensores do retribucionismo. Mesmo nos casos de substituição total da pena de prisão, tratando-se de crime culposo, a muito provável ausência de uma relação prévia entre os sujeitos envolvidos no conflito penal mostra-se idônea a permitir uma presunção relativa da ausência de elemento volitivo do ofensor quanto ao resultado da sua conduta. Não obstante, a ausência de intenção do autor afastaria o medo que comumente a vítima tem deste, o que implicaria em maior possibilidade de obtenção de êxito no diálogo das partes e a consequente reparação.

Assim, é razoável concluir que, nessas hipóteses, a ausência ou redução da aplicação de uma pena privativa de liberdade não serviria apenas para estimular o mero engodo estratégico dos autores dos delitos, para eximirem-se das suas respectivas sanções, fazendo-os negarem o conteúdo volitivo de seus atos para enquadrarem-se na categoria culposa e celebrarem acordos restaurativos ineficazes. Mais do que isso, é possível, sim, que práticas restaurativas venham a influenciar os cálculos das penas e ao mesmo tempo demonstrem resultados mais efetivos, eficazes, autênticos e legítimos, mediante diálogo entre vítimas e ofensores. Entretanto, para tal, é necessário superar a lógica retributiva imposta pela

racionalidade penal moderna, que configura grande óbice ao implemento das propostas restaurativas no campo forense.

Migrando para a concretude, poder-se-ia utilizar, a título exemplificativo, a aplicação das práticas restaurativas envolvendo o diálogo entre vítima e ofensor no âmbito dos crimes de trânsito. Proscreeve o Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:
Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (BRASIL, 1997)

Contemplando o tipo penal em destaque, percebe-se que dificilmente autor e vítima do delito em questão terão alguma espécie de laço anterior ao fato. Desta forma, razoável se faz crer na ausência de dolo por parte do autor, incorrendo este, portanto, na modalidade menos grave, qual seja, a culposa.

A pena cominada pelo legislador, de detenção de seis meses a dois anos, quando aplicada, muito provavelmente não trará nenhum benefício aos envolvidos, no máximo um alívio psicológico à vítima, consistente na ilusão de justiça realizada.

Supondo que o infrator, no mencionado exemplo, seja condenado à pena máxima, que tipo de benefício seria possível à sociedade auferir? E à vítima? Ao encaminhar o sujeito ativo da conduta ao cárcere, ao sistema penal, o mesmo entrará em contato com uma estrutura precária que em nada contribui para a sua reinserção na sociedade, muito pelo contrário, sujeitando-o à máxima força estigmatizante, às drogas e aos ensinamentos criminosos. Assim, o cumprimento de tal pena nada tem a contribuir para a sociedade, e muito menos aos anseios da vítima lesionada, visto que em nada colabora para a mudança de estado desta, tornando-a figurante de sua própria história, ou seja, parte de um processo que ignora completamente suas angústias e sofrimento.

Assim, mostra-se muito mais interessante, partindo do objetivo de atendimento aos anseios dos envolvidos no fato criminoso e da sociedade, a aplicação de práticas restaurativas, que podem vir a preencher não somente as necessidades psicológicas da vítima, decorrentes do fato ocorrido, mas poderão também fazer nascer do diálogo entre as partes mudanças de comportamento muito mais efetivas do que as que o sistema penal vigente exige através dos seus meios inapropriados.

No presente exemplo, importa destacar, seria possível um grau muito maior de aceitação das práticas restaurativas, em razão do caráter culposos do delito, uma vez que o desvalor do resultado não visado pelo agente é elemento que faz com que o sentimento de

rejeição da sociedade com relação a essa modalidade de crime seja muito inferior ao sentimento com relação às condutas dolosas que visam à realização do resultado típico. Dessa forma, no âmbito dos crimes culposos, a sociedade apresenta-se muito mais disposta, ainda que não tanto quanto o desejado, a aceitar a implementação das práticas restaurativas em detrimento da justiça comum. Assim, vislumbra-se uma maior possibilidade de contorno ao óbice da racionalidade penal moderna no âmbito desses crimes, que hoje são punidos com base em teorias que mais os justificam do que os legitimam, e que ignoram toda a flagrante e empiricamente constatável falência desse sistema penal instituído.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em remate, entende-se que o sistema penal brasileiro ainda apresenta, na prática, uma maior afinidade com os ideais postulados pelas teorias absolutas da pena, de caráter meramente retributivo. Indo contra o que é de se esperar de um país que evoluiu para alcançar, ao menos na teoria, a condição de Estado Democrático de Direito, o país caminha na contramão da evolução das teorias penais.

Entretanto, impõe reconhecer que a racionalidade penal moderna, em que pese constituir um óbice à adoção de novas medidas alternativas à prisão, pode vir a ser superada, com a implementação de medidas, para início, nos crimes de menor reprovação social, com menores possibilidades de rejeição pela população brasileira, retribucionista em sua essência.

Dentro do universo das medidas alternativas, ganha destaque a Justiça Restaurativa, como tratamento dado às consequências do delito, mais efetivo e proveitoso que o institucionalizado, isto é, levando-se em conta objetivos como restauração da paz social, dos laços comunitários, reinserção da vítima em seu próprio conflito, dentre outros postulados.

Logo, visando a implementação de medidas alternativas mais proveitosas, mas evitando maiores resistências das instituições jurídicas contaminadas pela racionalidade penal moderna, infere-se uma melhor adaptação, inicialmente, da Justiça Restaurativa, ao ser aplicada aos crimes culposos, os quais a sociedade ainda reprova em menor grau, e conseqüentemente, oferece menores resistências à mudança. Assim, abrem-se as portas para uma possível expansão das medidas alternativas à privação da liberdade, com o uso das práticas restaurativas, caminhando, quiçá, para uma revolução completa na forma como a sociedade brasileira lida com o delito.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhellide. **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p. 439.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de set. de 1997. Código de Trânsito Brasileiro, Brasília, DF, set 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA et al. **Reincidência criminal no Brasil**: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

RESTORATIVE JUSTICE: A PARALLEL ALTERNATIVE IN THE RESOLUTION OF GUILT CRIMES.

ABSTRACT

The present work starts with analysis about the historical evolution of the punishment, passing through its foundations and purposes, which have undergone drastic changes. Next, the current penal system is analyzed, examining how the practice of criminal law in the sphere of freedom of individuals is developed, and to what purpose such an intervention serves, if it complies with its theoretical postulates supposedly adopted, from the point of view of the theories of punishment, or if the institutionalized system presents a real factual distance when compared with what it is proposed to deal with. Next, the Restorative Justice is presented as an alternative to the treatment of criminal conflicts, showing the practical difficulties for its institutionalization. Finally, as a way of introducing the supposedly more advantageous restorative practices, it is postulated for its application to guilt crimes, in order to overcome the cultural and social barriers to its implementation.

Keywords: Restorative Justice. Guilt crimes. Penal conflicts.