



A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES ENQUANTO COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO APTO A INFLUENCIAR A ATIVIDADE DE DOSIMETRIA DA PENA PELO JUIZ

Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque¹
Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque²

Resumo: Comumente utilizada no caso de crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais, procedimentos de Justiça Restaurativa podem também ser adotados com relação a delitos mais graves, com potencial de repercutir favoravelmente ao condenado no momento da determinação da medida de pena. Objetiva o artigo, então, através de metodologia dedutiva e revisão bibliográfica, apresentar, sem pretensão de esgotar a matéria, razões pelas quais a Justiça Restaurativa pode ser igualmente adotada como técnica alternativa nos delitos de maior gravidade e expor de que maneiras um eventual acordo restaurativo pode influenciar na dosimetria da pena à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; crime; dosimetria; pena.

THE APPLICABILITY OF RESTORATIVE JUSTICE IN SERIOUS CRIMES AS A POST-CRIMINAL BEHAVIOR CAPABLE TO INFLUENCE THE JUDGE'S ACTIVITY OF MEASURING THE SENTENCE

Abstract: Commonly used in the case of less serious crimes and misdemeanors, Restorative Justice procedures can also be adopted for more serious crimes situations, with the potential to have a favorable impact for the convicted person at the time of sentencing. The article aims, then, through deductive methodology and bibliographic review, to present, without intending to exhaust the matter, reasons why Restorative Justice can also be adopted as an alternative technique in the most serious crimes cases and to explain in what ways it may influence the dosimetry of the sentence in Brazilian legal and penal system.

Key words: Restorative Justice; crime. dosimetry; sentence.

1. INTRODUÇÃO

Pretende o presente trabalho, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente a legislação penal e processual penal, e sob os influxos de normas do Direito Internacional,

¹ * Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Direito do Estado. Juiz de Direito. Ex-Defensor Público. Endereço postal: Rua Embira, 154, apto. 1504, Edf. Tropical, Cond. Etco, Patamares, Salvador - Bahia, CEP 41680-113. Endereço eletrônico: <http://lattes.cnpq.br/3217529966448705> . ORCID iD <http://orcid.org/0000-0002-4650-8964> .

² Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público. Analista Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Endereço postal: Rua Embira, 154, apto. 1504, Edf. Tropical, Cond. Etco, Patamares, Salvador - Bahia, CEP 41680-113. ORCID iD <https://orcid.org/0000-0003-3030-2870> .





examinar a possibilidade de utilização de práticas de Justiça Restaurativa em cenários de crimes graves e sua potencial influência na medida de pena a ser imposta no processo criminal, com direta repercussão na situação jurídico-penal do condenado.

Nesse contexto, questionar-se-á, inicialmente, acerca das fronteiras na aplicação de procedimentos típicos de Justiça Restaurativa, uma vez que, para grande parte dos ilícitos penais, especialmente os mais graves, não há utilização de esforços de reparação das relações que incluam a vítima e/ou a comunidade, tampouco o Direito Brasileiro oferece instrumentos normativos expressos que reconheçam efeitos jurídicos relevantes para eventual êxito nesse mister no que concerne à situação processual penal do cidadão que tenha praticado um delito.

A hipótese aventada, em seguida, é a de que a utilização de procedimentos de Justiça Restaurativa no âmbito penal não merece restringir-se às contravenções penais e aos crimes de menor potencial ofensivo, tampouco deve estar limitada apenas a fatos típicos nos quais tem maior incidência o princípio da disponibilidade (ações penais privadas e ações penais públicas condicionadas à representação).

Pode o Judiciário, em qualquer fase da ação penal ou da execução penal, mesmo diante de crimes graves, desde que presentes os requisitos pertinentes e observados os princípios orientadores, não só remeter autor do fato, vítima e, conforme o caso, também representantes da comunidade atingida, para participação em práticas de Justiça Restaurativa – em paralelo e concomitantemente à tramitação do processo criminal –, como também deve o Magistrado, acaso comunicado êxito nos esforços de reparação dos danos (sociais e materiais), reconhecer a repercussão de efeitos favoráveis na situação jurídico-penal do réu quando da dosimetria da sanção penal a ser imposta.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA E A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS SEUS MÉTODOS EM CRIMES DE MAIOR GRAVIDADE

A importância do tema reside, sobretudo, nos desafios que hoje se apresentam ainda mais fortemente ao país, cuja população tem a criminalidade como persistente vizinha e a



desarmonia social sempre próxima. Nesse contexto, de um lado, aspira-se mais segurança pública, maior observância às leis e efetivo funcionamento das instituições, inclusive aquelas encarregadas ou essenciais à justiça. Noutra perspectiva, conquanto evidente o recrudescimento da legislação penal ao longo dos anos e possua o Brasil uma das maiores populações carcerárias do planeta, as aspirações supramencionadas nunca estiveram próximas.

O que se delinea, portanto, é um quadro de crise do paradigma punitivo, caracterizado não só pela incapacidade do Poder Público de atender tais demandas da população pela via (exclusivamente) repressiva, senão também pela ineficácia dos órgãos que compõem o sistema de justiça, que, para além de cada vez mais atulhados de processos e litígios criminais com os quais precisam lidar, sequer conseguem, em grande parte dos casos, efetivamente atingir seu fim último de pacificação social.

Destarte, novos caminhos precisam ser buscados, inclusive e principalmente no que concerne aos delitos mais graves – aqueles que mais sofrimento causam às vítimas, à comunidade de referência e à sociedade como um todo. Não com o intuito de abandonar o sistema de justiça penal tradicional, mas com o objetivo de aperfeiçoar o modo com o Estado brasileiro lida com os conflitos criminais, inserindo, em nossa prática forense, iniciativas de cura e restauração, que redirecionam o foco àqueles diretamente envolvidos no fato da vida *sub judice*, fazendo-os refletir e, dialogicamente, buscar o melhor modo de, com responsabilidade, reparar o dano, e, com isso, ampliando as chances de restabelecer, em maior ou menor medida, o tecido social.

Segundo DANIEL ACHUTTI, há relativo consenso a partir do conceito de Tony Marshall: “*justiça restaurativa é um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e as suas implicações para o futuro*” (ACHUTTI, 2016, p. 65).

Parte-se de uma outra perspectiva sobre o crime, visto, nesse particular, como uma “*violação de pessoas e relacionamentos*”, a demandar a correção dos erros, envolvendo



vítima, ofensor e comunidade “*na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança*” (ZEHR, 2018, p. 185).

Semelhante é a definição que se extrai da Resolução nº 2002/12 da ONU, que refere, ainda, expressamente, que a mediação se dá *geralmente com a ajuda de um facilitador*.

Para melhor situar a Justiça Restaurativa como elemento de complementaridade e aperfeiçoamento do sistema jurídico criminal, vale lembrar, com apoio em ROGÉRIO SANCHES CUNHA (CUNHA, 2014, p. 363), que, inobstante não se desconheçam as críticas pertinentes às finalidades da pena – que não são objeto deste trabalho –, seriam três os fins tradicionalmente reconhecidos à sanção criminal: retributivo, preventivo e reeducativo.

OLIVÉ, PAZ, OLIVEIRA e BRITO destacam a prevenção especial como a “*que se dirige ao indivíduo, ao autor do fato criminoso*”, com duas vertentes: “*aquela que busca a neutralização ou inocuização do delinquente (prevenção especial negativa) e aquela que luta pela reinserção social ou reeducação do sujeito (prevenção especial positiva)*” (OLIVÉ, 2017, p. 199).

Sobre este intuito da pena, lembra OSVALDO H. DUEK MARQUES que “*a Lei de Execução Penal brasileira, por exemplo, certamente ultrapassa a previsão de um programa mínimo de ressocialização, porquanto seu objetivo fundamental é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*” (MARQUES, 2016, p. 191).

Fala-se, hoje, contudo, em “*Crise do Paradigma Punitivo*”, num país em que o sistema prisional está cada vez mais sobrecarregado, sem que, em contrapartida, verifique-se real eficiência no sistema penal.

Nesse contexto, RAQUEL TIVERON observa que “*a Justiça Restaurativa pode auxiliar numa resposta à crise de legitimidade do poder punitivo em três aspectos: diminuindo a violência estatal representada pela pena (mediante a apresentação de alternativas para reparação, que não as penas excessivas e inutilmente aflitivas)*;



minimizando o impacto da seletividade das condutas criminosas (visto que confere voz e poder decisório aos excluídos, dando-lhes substancial acesso à justiça) e mitigando (ou eliminando) os ‘custos das injustiças’, na expressão de Ferrajoli, uma vez que o acordo restaurativo, com suas implicações, somente é firmado se contar com a voluntariedade e o consenso do autor do fato” (TIVERON, 2017).

Situando historicamente como a vítima passou ao papel de coadjuvante no conflito criminal, critica CAROLINA DE MACEDO NOGUEIRA LIMA E CORRÊA: “(...) a ficção de que o Estado é a vítima do comportamento criminoso tomou proporções que acabaram por excluir a participação da vítima-indivíduo dessa resposta e a possibilidade do próprio ofensor se responsabilizar perante a pessoa a quem vitimou”. Como consequência, em muitos momentos durante toda a chamada persecução penal, “o indivíduo vítima do crime figura como meio de prova” (CORRÊA, 2017, p. 65).

Lado outro, “ao criminoso também deve ser outorgado um papel significativo em relação às modernas tendências em matéria de reparação, tanto com respeito ao Direito Penal como ao processo” (OLIVÉ, 2017, pp. 714-715).

Porém, o tratamento legislativo do tema no país é incipiente. Explica RAQUEL TIVERON:

No Brasil não há previsão legal para aplicação de processos restaurativos. Entretanto, sua aplicação é feita em casos em que há margem legal para a justiça consensuada (leia-se: juizados especiais criminais) ou quando o fato não é tecnicamente considerado crime (para atos infracionais praticados por adolescentes, inimputáveis penalmente) (TIVERON, 2017).

A favor da utilização de métodos de justiça restaurativa em crimes graves, TIVERON cita UMBREIT, que, segundo afirma, considera-os aplicáveis em delitos como “estupro, tentativa de homicídio, homicídio doloso ou culposo (com família sobrevivente ou amigos, roubo com arma de fogo e embriaguez no trânsito” (TIVERON, 2017).



Trata-se de não negar à vítima, à comunidade e ao próprio autor do fato, o estímulo, pelo Estado, à adoção de estratégias reparadoras das relações sociais, mesmo em delitos considerados graves, à luz do direito fundamental de acesso à justiça. Nesse contexto, ensinam MAURO CAPELLETI e BRYANT GARTH, em clássica obra: *“O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”* (CAPELLETTI e GARTH, 1988, p. 9.).

Experiências no direito comparado existem. Por exemplo, na Bélgica, ACHUTTI destaca, dentre os diversos efeitos que podem advir da mediação penal, o seguinte: *“(...) se realizada antes ou durante o processo penal e for levada ao conhecimento do juiz, este necessariamente deverá mencionar que está ciente do resultado da mediação e poderá levá-lo em consideração no momento de proferir a sentença.”* (ACHUTTI, 2016, p. 216).

No Brasil, menciona CORRÊA que o programa de Justiça Restaurativa do TJDF já atende também às Varas Criminais e aos Tribunais do Júri – com encaminhamento de eventual acordo restaurativo ao Juiz para possível valoração quando da fixação da pena –, e que há estudos para implantação na execução penal e na área de Violência Doméstica (CORRÊA, 2017, pp. 69-70).

De mais a mais, também do ponto de vista da Análise Econômica do Direito a utilização dos paradigmas da justiça restaurativa com relação aos crimes mais graves revela-se pertinente à missão de conjugar os fundamentos e objetivos sociais preceituados pela Carta Magna com a complexa realidade do sistema prisional brasileiro.

Sobre este aspecto, inicialmente é preciso consignar que a Análise Econômica do Direito - AED pode ser conceituada como um mecanismo interdisciplinar que visa trazer para o ordenamento jurídico aspectos da econômica – e seu enfoque no comportamento humano –, ampliando, com isso, o horizonte de aplicação da norma, para uma reflexão mais aprofundada e consequencialista do processo de tomada de decisão judicial (YEUNG, 2020, p. 337).



Com efeito, a AED se vale de métodos econométricos no exame dos processos, leva em conta os impactos das decisões em todo o sistema, bem como seus efeitos sociais e políticos, não se limitando à análise das consequências para as partes do litígio.

A AED não se restringe a um objeto de estudo específico, sendo uma metodologia aplicada a qualquer situação que envolve escolhas humanas (GICO JR., 2016, p. 19). Possui um compromisso com o mundo à volta da decisão, com o espectro de prognoses delineados para cada caso; volta-se para o futuro e observa não apenas os resultados imediatos da prática jurídica (REYMÃO, 2019, p. 487).

A Justiça Restaurativa, por seu turno, propõe-se a repensar as possíveis formas de solução do conflito, concebendo o crime não apenas como uma infração à lei, mas como um dano a alguém (ACHUTTI, 2016, p. 61); apresenta-se como mais uma via, mais uma alternativa de escolha. Assim, a AED, por considerar o universo de possíveis escolhas e configurações que podem ser feitas pelas partes e as consequências do processo de tomada de decisão, serve como ferramenta que auxilia na racionalização da projeção dos melhores arranjos de resultados possíveis, que considerem e sopesem proporcionalmente o papel das diversas partes envolvidas na busca pela real cicatrização do dano social, ou, ao menos, a mais eficaz atenuação possível do dano.

Ambas as ferramentas contam com o apoio de outras áreas do conhecimento, não entendem o direito de maneira autônoma e valorizam o olhar e a necessidade das diversas partes, direta ou indiretamente, envolvidas. Além disso, a adoção do prisma da AED no âmbito da Justiça Restaurativa, ao fortalecer o fomento de enlaces interdisciplinares, sobrepuja as amarras positivistas e faculta a observância de outros fatores que também podem ser atingidos a depender do caminho escolhido para o saneamento do dano.

A AED coaduna-se com a Justiça Restaurativa e sua busca por soluções que promovem reparações consensuais. A conciliação entre estes institutos ajuda a clarear como práticas alternativas podem desafogar o sobrecarregado sistema prisional; como a parte, por sua livre escolha, pode optar por uma via que melhor atenda seus interesses; como um caminho processual penal não tradicional pode ser mais eficaz para a restauração dos danos



ocasionados pelo ilícito ou melhor atender as necessidades da vítima, sendo mais assistencial e, do ponto de vista psicológico, menos traumático para estas, mormente em comparação com as clássicas “multi-vitimizações” apontadas pela criminologia.

Vale repisar, ademais, o caráter holístico que a Análise Econômica do Direito tem do problema social, propondo-se a verificá-lo do ponto de vista macro, não se atendo, tão-somente, a uma análise casuística.

Na seara penal, a aplicação da Justiça Restaurativa sob o enfoque da AED representa um caminho diferente à cultura do litígio, pois sua preocupação se volta para o sopesamento de diversos aspectos. Pode-se, por exemplo, citar a verificação de como a litigiosidade acentua a crise do paradigma punitivo e a sobrecarga do sistema prisional, a análise dos reflexos criminológicos dos trâmites processuais para a vítima, a possibilidade de maior participação da vítima no processo e na resolução dos casos, com valorização e respeito ao seu espectro de interesses subjetivos (ZEHR, 2018, p. 37-40), e os ganhos do ponto de vista da segurança pública e pacificação que a resolução do conflito pautada também por um ângulo de consensual implicam para a sociedade.

Desse modo, nota-se que a Análise Econômica do Direito vai ao encontro da proposta feita pela Justiça Restaurativa, uma vez que os elementos da ciência econômica se revelam úteis nas projeções dos diversos arranjos sociais e consequências que da criminalização podem advir.

Nem sempre a estratégia de Justiça Restaurativa será exitosa; sequer será adequada em todos os casos. O que se pretende é acrescentar outra via possível para resposta do Estado aos conflitos criminais. Embora importante, não basta ao Poder Judiciário gerir internamente seus agentes e estrutura com vistas à máxima produtividade; é necessário também qualificar a prestação do serviço público, no sentido de obter resultados que efetivamente reparem o dano causado por um conflito (não apenas em seu sentido material) e curem as relações sociais lesadas (ACHUTTI, 2016, p. 188). Não se trata, repise-se, de defender o abandono do sistema tradicional de justiça penal, mas, como suscita HOWARD ZEHR, de “*desenvolver um sistema paralelo mantendo a escolha de qual deles usar*” (ZEHR, 2018, p. 220).



3. ACORDO RESTAURATIVO E MEDIDA DE PENA: REPERCUSSÕES POSSÍVEIS ENQUANTO COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO

Afirmada, de modo sucinto, nossa posição no sentido da aplicabilidade de métodos de Justiça Restaurativa com relação a crimes considerados graves, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e do modelo de Justiça Penal adotado no país, cumpre-nos agora adentrar no ponto central do nosso estudo: examinar se, para além do potencial de contribuição para a reparação das relações sociais, eventual acordo restaurativo firmado pelo autor do fato repercussão na situação jurídico-penal no momento da sentença, particularmente na dosimetria da pena a ser imposta.

Sobre comportamentos pós-delitivos, MARTÍN BESIO HERNÁNDEZ afirma que se trata de um campo de análise de enorme complexidade, pois incide não só como circunstâncias atenuantes da responsabilidade criminal, no aspecto da quantificação da pena, como igualmente podem estender seus efeitos até mesmo à fase de execução da pena. Ele cita, como hipóteses de comportamentos pós-delitivos ponderáveis pelos juízes e tribunais, o comportamento processual do condenado e atos de reparação do dano ou de diminuição dos efeitos do delito (BESIO HERNÁNDEZ, 2011).

Sobre estes últimos, observa TATIANA STOCO que, no contexto brasileiro, “*os casos de reparação de dano com reflexos atenuantes da pena limitam-se quase que exclusivamente a crimes patrimoniais ou com efeitos patrimoniais, nos quais haja restituição quase imediata da coisa ou a restituição do valor subtraído*”. A mesma autora, contudo, sugere a possibilidade de “*reparação simbólica de danos imateriais*” em outros tipos de crime (STOCO, 2019, p. 177-178). Concordamos com essa linha de entendimento.

Veja-se que o Código Penal Brasileiro dispõe, expressamente, em seu artigo 16, que, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços (BRASIL, 1940).



Mais adiante, porém, duas circunstâncias atenuantes previstas conferem maior espaço para ponderação, pelo julgador, de comportamentos pós-delitivos, quando da determinação em concreto da medida de pena.

Na alínea b, do inciso III, artigo 65, do mesmo diploma legal, estabelece o legislador que é circunstância que sempre atenua a pena ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano (BRASIL, 1940). Já aqui, ao não circunscrever a aplicabilidade da atenuante aos crimes “*sem violência ou grave ameaça*”, e tampouco mencionar “*restituição de coisa*”, pode-se depreender que o espectro de crimes aos quais potencialmente aplicável é maior e, mais importante, que a gama de formas de reparação pode ser compreendida como igualmente mais dilatada.

Em seguida, o artigo 66 do Código Penal brasileiro vai ainda mais além e estabelece que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (BRASIL, 1940).

De *lege lata*, portanto, parece-nos que já estão dadas as condições para que sejam sopesados acordos restaurativos porventura firmados como elementos idôneos a influir (favoravelmente ao condenado) na dosimetria da pena. Atendido, desse modo, o princípio da legalidade, tão caro ao Direito Penal e que, como sinalizou ADRIANO TEIXEIRA, em referência à doutrina e jurisprudência alemãs sobre aplicação da pena, “*incide não só sobre os pressupostos de incriminação de comportamentos, mas também sobre as conseqüências jurídicas do delito*” (TEIXEIRA, 2015, p. 108).

Lado outro, trata-se, o acordo restaurativo, de instrumento que consideramos adequado também ao mister de, nas palavras de RODRIGO ROIG, “*impedir que a habilitação desmesurada ou irracional do poder punitivo típico do estado de polícia estorve os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CFRB), erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CFRB) e promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CFRB)*”, contribuindo, nesse passo,



para o cumprimento da função de contenção que se deve reconhecer ao Direito Penal Liberal (ROIG, 2015, p. 48).

Na mesma diretriz, JUAREZ TAVARES assevera:

(...) a concretização da medida da pena deve assegurar a oportunidade de também criticar os fundamentos legitimadores de sua imposição, sempre sob o pressuposto de que os juízos de necessidade e suficiência só podem ser formulados em função de que a pena imposta não implique a dessocialização do autor (TAVARES, 2011, p. 131).

Por fim, compreendemos que a necessidade de considerar acordos firmados no âmbito de procedimentos de Justiça Restaurativa decorre, ainda, dos princípios da individualização da pena e da igualdade. Como disse Aristóteles, o magistrado “*é um protetor da justiça e, por conseguinte, também da igualdade*” (ARISTÓTELES, 2019). Uma adequada individualização da pena, escorada em critérios bem definidos, ao tempo em que delimita o poder de punir de modo a reduzir a arbitrariedade judicial (SILVA SÁNCHEZ, 2007, p. 8), deve também consagrar o princípio da isonomia ao sopesar de modo especial situações que se revelem distintas, não sonhando ao condenado a consideração pelo juiz de razões relevantes que lhe permitam aspirar uma diminuição do *quantum* de pena, ainda que sejam supervenientes ao cometimento do delito.

Deveras, individualizar a pena, como referido na obra de TATIANA STOCO, exige abarcar, da melhor e mais ampla maneira possível, o que se extrai da situação concreta sob exame judicial. Diz a autora: “*A forma desigual com que são tratados casos tão distintos pelos nossos tribunais é um problema, acima de tudo, de falta de orientação a respeito dos critérios que devem e podem ser manejados pelo juiz na análise dos casos*”. Não se cuida, para ela, de uma subjetivação da atividade de dosimetria da sanção criminal, senão de “*racionalizar a forma de imposição da pena, concretizando-a com amparo nas categorias dogmáticas da teoria do delito*” (STOCO, 2019, p. 193-194).



Assim, mesmo dentro de um processo de aplicação da pena que se orientado a partir da teoria da proporcionalidade pelo fato – que entendemos adequado, pois significa “*determinar a pena exclusivamente com base na gravidade do delito e não em fundamentos preventivos, afastando, assim, penas arbitrárias que extrapolem os limites dados pela culpabilidade pelo fato*” (STOCO, 2019, p. 126) –, no qual nenhum fator deve ser levado em conta na determinação da pena se não guardar relação com o injusto ou com a culpabilidade (PERALTA, 2010, p. 269), há margem para ponderação de comportamentos pós-delitivos nessa fase culminante do processo penal.

Nesse diapasão, um acordo restaurativo pode ser consensualmente firmado pelo ofensor, estabelecendo-lhe obrigações e compromissos que não necessariamente envolverão reparação patrimonial – eis que, tal qual explica RAQUEL TIVERON, “*as soluções são lastreadas na diversidade, com alta sensibilidade para as condições locais e pessoais da ofensa e de suas circunstâncias*” (TIVERON, 2017) –, e, ainda assim, ao menos com base nas circunstâncias atenuantes previstas no Código Penal Brasileiro, especialmente a atenuante genérica do artigo 66, já subsidiar um dever do magistrado de considera-lo com fins redutores da medida de pena a ser imposta.

Mas não é só. Antes mesmo da segunda fase de aplicação da pena, é possível, isto é, ainda quando da definição da pena-base, é ponderável sustentar a possibilidade de diminuição com amparo em comportamento pós-delitivo caracterizado pela participação em práticas de Justiça Restaurativa. Nessa linha, ADRIANO TEIXEIRA compreende que a reparação do dano – expressão na qual, extrapolando, podemos enquadrar a aplicação bem-sucedida de métodos de justiça restaurativa –, pode “*influenciar no desvalor do resultado e, com isso, na medida da pena*” (TEIXEIRA, 2015, p. 153), notadamente porque, ainda no âmbito da aplicação de uma pena proporcional ao fato, argumenta-se que o injusto representa uma magnitude material graduável (SILVA SÁNCHEZ, 2007, p. 5).

Ora, se se alcança um acordo restaurativo, por exemplo, em um crime de especial gravidade contra uma vítima determinada, e esse pacto influencia positivamente na qualidade de vida do ofendido, naturalmente se pode compreender, admitindo que o crime tem também resultados típicos e até consequências extratípicas – estas que podem representar um



aprofundamento dos danos típicos “ou uma ampliação dos danos primários para a vítima ou para terceiros” (STOCO, 2019, p. 172) –, que tal permite graduar proporcionalmente para baixo a medida da pena-base fixada.

A respeito dos resultados típicos, exemplifica TATIANA STOCO: “consequências como a ruína causada por um crime de estelionato de grande monta, os danos psicológicos decorrentes de um delito sexual ou as lesões gravíssimas que impossibilitam o exercício da profissão são valorados ainda no âmbito do injusto de resultado típico” (STOCO, 2019, p. 172). Já enquanto danos secundários aptos a ser abarcados dentro do conceito de injusto de resultado, cita, ilustrativamente, eventuais complicações de saúde na vítima que sejam decorrentes de um crime de lesão corporal ou ainda a divulgação por terceiros de uma ofensa caracterizadora de difamação (STOCO, 2019, p. 172). Se tais consequências – como outras que diretamente se relacionem ao fato delituoso objeto de apreciação na dosimetria da pena – forem sanadas ou minoradas em alguma medida por força das práticas de Justiça Restaurativa a que tenha voluntariamente se submetido o condenado, então é defensável que isso se reflita favoravelmente na medida de sanção criminal a ser imposta.

Em arremate, há ainda aqueles que, como JUAREZ TAVARES, entendem que a individualização da pena pode admitir a consideração de aspectos de prevenção geral ou especial desde que utilizados *in bonam partem*, isto é, a favor do autor do fato (TAVARES, 2011, p. 140). Poder-se-ia sustentar, então, para aqueles que assim entendem, que a participação em práticas de Justiça Restaurativa indicaria esforço de integração social, com assunção de suas responsabilidades por parte autor, e, nesse passo, em tese justificaria a redução da pena aquém daquela estritamente escorada na culpabilidade proporcional ao fato porque tal seria exigido “por necessidades preventivo-especiais da não dessocialização do réu” (DEMETRIO CRESPO, 2008, p. 34).

4. CONCLUSÃO

À luz das considerações feitas, concluímos, em primeiro plano, que, mesmo diante de crimes de maior gravidade, não compreendidos entre aqueles de menor potencial ofensivo, afigura-se ponderável pelo juiz o encaminhamento dos envolvidos a núcleos de Justiça



Restaurativa, uma vez que se possa depreender tal possibilidade a partir dos elementos de informação que tenha disponíveis no processo e de eventual manifestação de interesse das partes, abrindo, com isso, uma alternativa a mais com vistas à reparação dos danos causados e, em última análise, também à maior pacificação social, notadamente no contexto de crise carcerária, de alegada insuficiência do paradigma punitivo hoje vivenciado e, até mesmo, sob a perspectiva de custo-efetividade da análise econômica do direito.

Depois, defendeu-se a tese de eventual acordo restaurativo firmado, enquanto comportamento pós-delitivo juridicamente relevante, deve ser sopesado no momento da sentença, notadamente quando da determinação em concreto da medida de pena a ser imposta ao condenado, consagrando-se, assim, os princípios da individualização da pena, da isonomia e, ainda, da culpabilidade enquanto limite de um Direito Penal Liberal ao arbítrio e ao abuso no poder punitivo do Estado.

Por derradeiro, afirmou-se que, em específico, o êxito obtido nas práticas de Justiça Restaurativa, pode, na dosimetria da pena, a depender do entendimento esposado, ser valorado enquanto circunstância atenuante, em especial a atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal Brasileiro, como fator que evidenciaria um menor desvalor do resultado do injusto a ser objeto de graduação (para baixo) por ocasião da fixação da pena-base ou ainda, para aqueles que defendem também a consideração de aspectos inerentes à finalidade preventiva da pena na dosimetria da sanção criminal, na condição de elemento subjetivo favorável ao condenado que justificaria uma redução da pena com vistas à sua não dessocialização.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.





ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco (Coleção Filosofia)**. Lebooks Editora. Edição do Kindle, 2019.

BESIO HERNÁNDEZ, Martín. **Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena (Spanish Edition)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. Edição do Kindle.

BRASIL. **Código Penal**, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 08/04/2021.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CORRÊA, Carolina de Macedo Nogueira Lima e. A Interseção entre a Justiça Restaurativa e o Sistema Legal. In: **Revista Consenso – Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**. Vol. 1, n. 1. Salvador: Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJBA, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º ao 120)**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin, 2008. Disponível em: <<http://blog.uclm.es/areadpenalto/files/2013/10/Demetrio-Crespo-Eduardo-%C2%ABCulpabilidad-y-fines-de-la-pena-con-especial-referencia-al-pensamiento-de-Claus-Roxin%C2%BB-Revista-de-Derecho-Penal-Buenos-Aires-Instituto-de-Ciencias-Penales-2007-2-pp.-197-239.pdf>>. Acesso em 21/05/2020.

GICO JR., Ivo T. **Introdução à Análise Econômica do Direito**. In: O que é a análise econômica do direito: uma introdução. Marcia Carla Pereira Ribeiro; Vinicius Klein (Coord.). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.



MARQUES, Osvaldo Henrique Duek. Fundamentos da pena. 3ª ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2016.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Nuñez; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, William Couto de. **Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PERALTA, José. *Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena.* In: Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 63, Fasc/Mes 1, 2010, p. 251-276. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3842893>>. Acesso em 14.04.2021.

RESOLUÇÃO 2002/2012 da ONU. Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa Em Matéria Criminal. Tradução por Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em 19.05.2018.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; CEBOLÃO, Karla Azevedo. **A análise econômica do direito e a solução de conflitos em tribunais judiciais brasileiros: estudo de caso da jurisprudência do Rio Grande do Sul.** In: Análise econômica do direito: principais autores e estudos de casos. Vinícius Klein, Sabrina Maria Fadel Becue (Organizadores) – Curitiba: CRV, 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros.** 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo,** in: InDret 2.2007 (www.indret.com).



STOCO, Tatiana. **Culpabilidade e medida de pena: uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

TAVARES, Juarez. **Culpabilidade e individualização da pena**, in: Nascimento, André (org.). **Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise de culpabilidade**, Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Trampolim, 2017.

YEUNG, Luciana. **Comportamento judicial, decisões judiciais, consequencialismo e “efeitos bumerangues”**. In: **Análise econômica do direito: temas contemporâneos**. Organização Luciana Yeung. São Paulo: Actual, 2020.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo**. 3 ed. Tradução de Tônia Van Acker. – São Paulo: Palas Athena, 2018.