

AS RELAÇÕES ENTRE JUSTIÇA PUNITIVA E JUSTIÇA RESTAURATIVA A PARTIR DO CENÁRIO ITALIANO

THE RELATIONSHIP BETWEEN PUNITIVE JUSTICE AND RESTORATIVE JUSTICE IN ITALY

Bruna Capparelli¹

Professora associada em processo penal (FIURJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

ÁREA(S): direito penal; processo penal.

RESUMO: Não se pode negar o extraordinário valor da justiça restaurativa e o seu enorme significado no caminho da humanização e personalização da pena. A questão é que é necessário mudar a lente e a mentalidade, olhar para cima e colocar a reforma do sistema jurídico italiano no devir da história. Aqui surge, então, como uma pequena peça disruptiva, orientada para desativar a violência, a

estatalidade e as generalizações e para valorizar a pessoa em carne e osso: uma justiça que coloca a pessoa no centro, se move a partir da pessoa, se orienta para a pessoa, criando um ponto de encontro relacional por meio do reconhecimento mútuo entre as pessoas. Com uma peculiaridade adicional: se outros caminhos de humanização passaram pela reorganização dos poderes, mas através dos poderes, com a justiça restaurativa a humanização e a personalização realizam-se independentemente do poder, até porque a

¹ Professora associada convidada na Europa e América Latina. Professora Associada Convidada pela Universidade de Salamanca (Espanha). Professora Associada Visitante do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) (Brasília). Até o presente, Investigadora Integrada JusGov - Universidade do Minho (Portugal). Investigadora Integrada Ratio Legis - Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal). Doutora em Processo Penal - Universidade Alma Mater Studiorum de Bolonha (Itália). Doutora em Ciências Criminais (PUCRS) (Doutoramento reconhecido pela Universidade de Coimbra). BA e MA - Alma Mater Studiorum Universidade de Bolonha (Itália). *E-mail:* bruna.capparelli@unibo.it. Currículo: <https://www.cienciavivae.pt/portal/2D1E-FC73-B353>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1249-2658>.

violência é desconsiderada. As normas mais complexas são precisamente aquelas que chamam os juristas, fazendo a ponte entre a via reparadora e o processo punitivo. Em suma, desmoronando qualquer abstracionismo e formalismo em si mesmo sempre suscetível de instrumentalização, a justiça restaurativa concretiza essa juridicidade em que meios e fins coincidem no cuidado da pessoa na sua relação com o outro. Com a presente contribuição, a autora traz aos ordenamentos jurídicos de língua portuguesa o atual debate italiano sobre a reforma denominada Cartabia em tema de justiça restaurativa².

ABSTRACT: *There is no denying the extraordinary value of restorative justice and its enormous significance on the road to humanizing and personalizing punishment. The point is that it is necessary to change the lens and mentality, to look upwards and place the reform of the Italian legal system in the course of history. Here, then, it emerges as a small disruptive piece, aimed at deactivating violence, statecraft and generalizations and at valuing the person in the flesh: a justice that puts the person at the center, moves from the person, is oriented towards the person, creating a relational meeting point through mutual recognition between people. With an additional peculiarity: while other paths to humanization have involved the reorganization of power, but through power, with restorative justice humanization and personalization take place independently of power, not least because violence is disregarded. The most complex norms are precisely those that call on jurists, bridging the gap between the restorative path and the punitive process. In short, breaking down any abstractionism and formalism in itself that is always susceptible to instrumentalization, restorative justice concretizes that juridicity in which means and ends coincide in the care of the person in their relationship with the other. With this contribution, the author brings to Portuguese-speaking legal systems the current Italian debate on the reform known as the Cartabia in terms of restorative justice.*

PALAVRAS-CHAVE: justiça restaurativa; justiça punitiva; reforma Cartabia; justiça penal italiana.

KEYWORDS: *restorative justice; punitive justice; Cartabia reform; Italian criminal justice.*

SUMÁRIO: 1 A justiça restaurativa como instrumento de prevenção; 2 A justiça restaurativa em sentido amplo e restrito; 3 As relações do tema com a “finalidade re-educativa”; 4 A evolução contínua do papel do juiz; 5 Novas formas e necessidades de se fazer justiça; Referências.

² Recomenda-se a leitura preliminar de CAPPARELLI, B. *Fundamentos do processo penal italiano*. São Paulo: Marcial Pons, 2023; e CAPPARELLI, B.; ALBUQUERQUE, P. P. de. *A justiça restaurativa em Itália*, no prelo.

SUMMARY: 1 Restorative justice as an instrument of prevention; 2 Restorative justice in a broad and narrow sense; 3 The relationship between the theme and the “re-educational purpose”; 4 The continuous evolution of the role of the judge; 5 New ways and needs of doing justice; Bibliography.

1 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO

Os programas de justiça restaurativa – deve dizer-se desde já – são importantes para fins de direito penal no interesse da sociedade e da prevenção geral: por meio de tais programas (cujo alcance vai para além do recurso apenas a procedimentos de mediação: como resulta do art. 42º, nº 1, lett. *a*, do Decreto Legislativo nº 150/2022), não se abre, por outras palavras, uma justiça penal privatizada. Pelo contrário, partem do reconhecimento da circunstância de que, se a infração constitui uma violação de relações interpessoais – de regras de convivência – relevante no plano social (e não a infração de bens jurídicos entendidos como meros conceitos elaborados pela doutrina), segue-se que mesmo a recomposição de tal violação é suscetível de assumir relevância no plano público.

A importância de manter, mas também de reparar, as relações de reconhecimento e de respeito pelo outro (quer se trate de vizinhos diretos ou de membros da fraternidade humana) para assegurar a justiça nos contextos da vida em comum corresponde, aliás, à orientação personalista da Constituição italiana, que se baseia no art. 2º e que esboça, no art. 3º, um modelo de justiça completamente oposto ao modelo clássico baseado na correspondência de comportamentos e rastreável à iconografia da balança.

Com efeito, de acordo com o primeiro parágrafo, a igual dignidade social de cada indivíduo, ou seja, o significado dos seus direitos fundamentais na relação com os outros, é afirmada independentemente das “condições pessoais e sociais” do indivíduo: um pressuposto do qual decorre que o comportamento em relação aos outros não deve ser construído em termos que espelhem um juízo positivo ou negativo sobre os seus modos de ser (um juízo que, entre outras coisas, acaba facilmente por remeter para os interesses materiais, ou visões, do avaliador).

Assim, no inciso nº 2, o mesmo artigo identifica a ação justa na atitude da comunidade social e, inversamente, de cada um dos seus membros, de

modo a remover, em qualquer condição, os obstáculos que limitam o pleno desenvolvimento da pessoa humana, isto é, de modo a conformar-se, sempre, com a dignidade dos outros. O homem justo, portanto, é identificado pela Constituição não como um retribuidor, mas sempre, de alguma forma, como um libertador (do outro, mas também, numa análise mais aprofundada, de si mesmo).

Essa perspectiva obriga a refletir sobre o próprio papel da vítima de um comportamento delituoso considerado culposo: dado que, no sistema penal que nos foi transmitido até hoje, a vítima é obrigada, para afirmar a inaceitabilidade e a eventual gravidade do fato, a perseguir o dano de um outro indivíduo, segundo o esquema do negativo pelo negativo³.

O ofendido pela infração é, assim, conduzido – quer tenha consciência disso ou não – a uma segunda vitimização, depois de ter experimentado a primeira em consequência da infração: na medida em que o mecanismo da sanção penal o degrada a um indivíduo que quer que outros sofram danos⁴. Dinâmica, esta última, dissimulada (e justificada) apelando à satisfação, por esta via, do instinto retaliatório de quem foi injustiçado, trocada (usando um neologismo bastante insidioso) por fazer justiça. Mas, por esta via, persiste a ausência de assistência concreta à vítima (para além da incerteza da indenização civil) e a privação da sua necessidade de conhecer a verdade sobre os pressupostos subjetivos do crime e o contexto em que este ocorreu, bem como a necessidade de ver reconhecida, por quem o cometeu, a injustiça inerente ao próprio crime.

³ Sem que isso seja eclipsado pelo recurso à ambígua teoria da emenda, segundo a qual a aplicação do mal – que de resto é indubitavelmente mau – aos culpados representaria um bem para eles. Não se deve entender mal: segundo essa visão, a propriedade da pena continua a ser o sofrimento deliberadamente aplicado em espelho ao ato criminoso, legitimado pelo mito inveterado de uma função redentora do mal; outra coisa, portanto, não é solicitar ao delinquente que se envolva num caminho considerado promocional para ele, um caminho que pode sem dúvida exigir – ao contrário, note-se, de uma detenção passivamente sofrida – um compromisso pessoal extenuante.

⁴ No entanto, este aspeto também tem um impacto sobre qualquer queixoso: de tal modo que raramente se apresentam queixas contra indivíduos a quem se está ligado por relações de convivência sem conflito ou com os quais existe, de qualquer modo, uma contiguidade de ambiente ou de trabalho: precisamente porque, mesmo quando se quer evitar que tenham um comportamento ilícito, não se quer fazer de si próprio o autor da sua ruína, expondo-o à prisão ou, de qualquer modo, a ser socialmente identificado como criminoso.

Assim, não é por acaso que o interesse supranacional pela justiça restaurativa surgiu, antes de mais, para gerir, de forma mais satisfatória, o estatuto da vítima após o crime e durante o contencioso penal – o qual, aliás, envolve o mesmo indivíduo a quem o crime é imputado, uma vez que o objetivo acima referido implica a tentativa de restabelecer uma relação entre infrator e ofendido.

Por outro lado, o sistema personalista expresso, também em matéria de justiça, pela Constituição impõe-nos igualmente uma reflexão sobre a condição desse indivíduo e sobre os critérios de intervenção penal contra ele: para que a perspectiva de um futuro em que o pleno desenvolvimento da sua pessoa possa ainda se realizar não se torne vã na sequência do crime (evitando, assim, que o ilícito cometido se torne, por assim dizer, um elemento exaustivo da sua vicissitude existencial). A esse respeito, há de ter em conta o art. 4º, nº 2, da Const.it, nos termos do qual todos os cidadãos – sem excluir o delinquente – “têm o dever [e, portanto, o direito] de exercer, segundo as suas possibilidades e escolha, uma atividade ou uma função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade”.

Ora, a norma que concretiza, no que respeita à esfera penal, a abordagem personalista da Const.it é, sem dúvida, nela constituída pelo art. 27º, nº 3, que constitui o pressuposto para a superação de uma visão da resposta ao crime – aquela fundada no formalismo de uma correspondência aritmética ponderada entre o fato culposo e a pena – igualmente indiferente à condição pessoal do agente e à da vítima.

Este número representa uma norma estratégica quanto à conformação e finalidades do sistema sancionatório penal, e não acessória a uma correspondente modalidade de punição dada por implícita, como hoje se manifesta, de fato, na determinação legislativa e judicial das penas principais. De tal dado implícito não há, na realidade, qualquer reconhecimento na Const.it. Pelo contrário, como há muito se salienta, este número fala de penas, no plural. São as penas, portanto, que devem estar em conformidade com o sentido de humanidade e a orientação reeducativa. Ou seja: não se diz, de modo algum, que esta última orientação deve ser concebida como um acessório a ser cultivado apenas dentro e nos limites da pena correspondente.

A dimensão estratégica da referida norma prende-se com o fato de exigir uma estrutura motivacional das medidas penais, quer na fase em que são

impostas pela lei, quer na fase executiva: uma abordagem que contrasta com a abordagem clássica baseada na díade intimidação/neutralização.

Nos termos do n^o 3 do art. 27^o da Const.it, o condenado não é entendido como um objeto passivo de intervenção correcional (como na perspectiva positivista) ou como um indivíduo a incapacitar, impossibilitando-o definitivamente de cometer um crime, mas sim como um interlocutor a quem compete promover escolhas pessoais, não coagíveis (como decorre do n^o 2 do art. 1^o do CPit), de adesão aos preceitos penais: segundo os caminhos que se afigurem adequados à consecução desse fim.

Se isto é verdade para quem já cometeu um crime, não pode deixar de o ser para todos os cidadãos em geral, no que respeita à mensagem que se pode deduzir do conteúdo reeducativo que deve caracterizar as ações punitivas previstas na lei.

Em suma, a opção preventiva que a Constituição faz em relação ao crime revela-se motivacional, a única potencialmente estável no tempo e não ligada a fatores contingentes de mera coação.

A prevenção geral concebida num sentido intimidatório sofre, de fato, da circunstância de que, quando há possibilidades concretas de cometer um crime impunemente (o que constitui a regra, como se pode ver pelos estudos sobre a figura negra), muitos optarão sempre, como se vê, pela ação criminosa, a menos que atuem fatores motivadores em contrário. O mesmo sucederá se a delinquência resultar de estados de excitação ou de motivos ideológicos.

As políticas de neutralização, por sua vez, nunca conseguiram demonstrar um impacto significativo nos índices de criminalidade, uma vez que, onde faltam fatores motivacionais no tecido social para a não prática de crimes e onde faltam estratégias sérias de prevenção primária, os bandos criminosos reproduzem-se, apesar de os seus membros terem sido postos fora de ação. Pelo contrário, o sujeito recuperado para a legalidade representa um fator de acreditação da norma transgredida e de contraste em relação à força sedutora inerente à violação da lei, fator que mina a solidez das mesmas organizações criminosas, que, não por acaso, temem, sobretudo, as dinâmicas de deserção.

E é por isso que o modelo preventivo motivacional atribuível ao art. 27^o, n^o 3, da Const.it assume, efetivamente, um âmbito de prevenção geral, segundo o que se pode definir como uma estratégia de prevenção geral reintegradora.

Está ligada à consciência de que o jogo da prevenção, que nunca é suscetível de se esgotar, representa uma dinâmica aberta, que apela (sem prejuízo, como dissemos, da prevenção primária e da luta contra os lucros ilícitos) à motivação de cada cidadão e também daqueles que violaram a lei para despendarem a sua autonomia decisória no futuro num sentido conforme à legalidade.

A relevância da justiça restaurativa para fins penais insere-se, pois, num quadro global semelhante de prevenção criminal.

2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA EM SENTIDO AMPLO E RESTRITO

O que foi dito implica, em particular, a superação da ideia de que as penas são, de fato, chamadas a produzir prevenção, mas como um efeito futuro em que se confia, totalmente extrínseco em relação ao conteúdo que assumem: no sentido de que as penas impostas e o exemplo da sua aplicação devem dissuadir os cidadãos da intenção de cometer crimes, enquanto a sua execução no tempo (*a fortiori* a pena de morte) deve libertar o contexto social da presença de indivíduos perigosos, reduzindo a pressão do crime.

Uma superação, portanto, que implica uma passagem para a ideia de que as sanções penais são elas próprias chamadas a constituir fatos, ou percursos, com significado preventivo, capazes de orientar o significado social dos bens e regras que se pretendem fazer cumprir por meio delas: constituindo *hic et nunc* uma oportunidade, para o delinquente, de se responsabilizar pelo crime cometido e de recuperar a posse dos laços de solidariedade quebrados, mas também uma oportunidade, para a sociedade, de devolver ao mesmo delinquente oportunidades de ordem social de que a maioria dos reclusos foi privada, bem como representando um recurso para que o ofendido possa beneficiar de uma compensação moral e material não puramente retaliatória relativamente à ofensa sofrida.

Se certamente, porém, os conteúdos da justiça restaurativa parecem responder a necessidades semelhantes, o que foi dito requer, ao mesmo tempo, um esclarecimento da maior importância, também em relação às escolhas feitas pela notória reforma italiana denominada Cartabia.

Os programas de justiça restaurativa, que encontram o seu protótipo na mediação penal, não devem ser entendidos como uma mônada externa ao direito penal tradicional, cujos resultados este último pode eventualmente ter em conta, mas permanecendo inalterados na sua dinâmica punitiva clássica.

Pelo contrário, a abertura à justiça restaurativa deve ser vista em continuidade com o esforço – inacabado – de passar de sanções penais entendidas em termos de uma consideração para sanções penais concebidas como um projeto: de modo a que a resposta ao crime não seja construída segundo critérios de analogia relativamente ao *malum actionis* (negativo por negativo), mas antes como um programa por meio do qual se perseguem os objetivos constitucionais de responsabilização e reparação relativamente ao fato ilícito (positivo por negativo): obviamente, segundo modalidades definidas pelo legislador e dentro dos limites por ele fixados, por sua vez a redeterminar no caso concreto tendo em conta, porém, a culpabilidade do fato.

Dito isto, é óbvio que os programas de justiça restaurativa, tais como previstos pela reforma Cartabia, também fazem parte dos instrumentos de resposta às infrações, não a título oneroso, mas em termos de concessão, na medida em que se caracterizam por perfis de diálogo direto entre a pessoa indicada como autor da infração e a vítima, mesmo que, nos termos do art. 45º do Decreto Legislativo italiano nº 150/2022, esta possa ser também uma vítima substituta. Mas os programas supracitados não esgotam certamente os instrumentos, que são numerosos, embora ainda não tenham sido elevados à categoria de penas principais no nosso sistema jurídico.

A este respeito, pode também se dizer que todas as medidas penais já não se inspiram numa lógica de correspondência, mas constituem formas de chamada “pena de morte”. A este respeito, pode também se dizer que todas as medidas penais que já não se inspiram numa lógica de correspondência, mas que constituem formas da chamada “punição atuada”⁵, assentes em compromissos do infrator (e por vezes do arguido) a favor da propriedade ou das pessoas ofendidas, são atribuíveis a uma noção de justiça reparadora entendida em sentido lato: embora a terminologia utilizada pela reforma Cartabia, mas também em vários documentos de importância internacional, sugira que a justiça reparadora será no futuro identificada quase univocamente com os programas acima referidos no Decreto Legislativo italiano nº 150/2022.

Trata-se, em particular, das medidas prescritivas que podem ser ativadas antes da sentença (por meio de um programa de liberdade condicional, cujo

⁵ Cf. DONINI, M. Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato. In: BONDI, A.; FIANDACA, G.; FLETCHER, G. P.; MARRA, G.; STILE, A. M.; ROXIN, C.; VOLK, K. *Studi in onore di Lucio Monaco*. Urbino University Press, 2020. p. 389 s.

resultado positivo permite a extinção da infração) ou após a sentença final (por meio de um programa de liberdade condicional aplicável sem entrada na prisão como medida alternativa, sem prejuízo de outros requisitos, para penas até quatro anos de prisão), bem como das prescrições que acompanham as penas alternativas, nos termos do art. 31, n° 3, do Decreto Legislativo italiano n° 150/2022, mas também das diferentes formas de aplicação do serviço comunitário; sem excluir os elementos prescritivos referentes, em geral, às medidas alternativas e outras prestações prisionais, bem como à liberdade condicional.

Resta muito pouco racional – voltaremos a este ponto imediatamente – a exclusão contínua, por outro lado, da possibilidade de aplicar uma pena prescritiva, incluindo tanto proibições como obrigações, no momento da condenação, como pena principal.

Aliás, a versão alargada da justiça restaurativa inclui todo o leque de ativações relevantes *post-delictum in bonam partem*, com vista à reposição dos bens comprometidos pelo crime, ou de restituição ou compensação, também sob a forma de cumprimento de ordens injuncionais: uma esfera que Massimo Donini define como reparação prestacional (distinguindo-a, assim, da que descreve como interpessoal)⁶ e que Roberto Bartoli enquadra num paradigma punitivo de carácter reativo-premedial, por oposição ao clássico de carácter simplesmente reativo⁷: com efeitos extintivos do crime (é o caso da disposição paradigmática do art. 9-ter, n° 3, do CPit.) ou reduzindo o ônus da pena.

Como dissemos, porém, a parábola da justiça restaurativa, quer em sentido estrito, quer em sentido lato, não conduziu ainda à introdução de penas principais restaurativas, ou, em todo o caso, prescritivas⁸: a forma

⁶ Cf. DONINI, M. Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. La basi di un nuovo programma legislativo per la giustizia penale. In: AA.VV. *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*. Torino: Giappichelli, 2022. p. 426 s.

⁷ Cf. BARTOLI, R. *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*. In: CATENACCI, M.; RAMPIONI, R.; D'ASCOLA, V. N. (a cura di). *Studi in onore di Antonio Fiorella*. RomaTre-Press, I, 2021. p. 467 s.

⁸ Para uma proposta orgânica relativa a uma nova pena principal prescritiva, com projetos de artigos, consultar EUSEBI, L. *Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale prescrittiva*. In: *disCrimen. Magazine*, 3, p. 91-117, 2021 (Disponível em: www.discrimen.it. Acesso em: 31 mar. 2021; último acesso em: 31 dez. 2024), bem como disponível em: <https://www.aipdp.it>. Último acesso em: 31 dez. 2023.

mais acentuada de incidência de condutas restaurativas em sentido lato, relativamente ao sistema sancionatório, continua a ser a acima referida relativa às hipóteses em que permite a extinção da infração (o que pode dizer respeito, mas apenas indiretamente, até a programas de justiça restaurativa: quando, sendo aplicadas no âmbito da liberdade condicional, codeterminem o seu bom resultado, ou quando impliquem, em caso de resultado favorável, o arquivamento da queixa, nos termos do novo n.º 3 do art. 152.º do CPit., para as infrações que o exijam).

Até agora, portanto, a solicitação de alargar o leque das penas principais, vinda sob diferentes formas de todas as comissões de reforma do CPit. ou do sistema sancionatório penal que se sucederam nas últimas três décadas, não foi atendida. De onde se pode deduzir que a vontade política – pode argumentar-se com o receio de que iniciativas neste sentido suscitem diatribes demagógicas, com repercussões desfavoráveis no plano eleitoral – continua a ser a de confirmar no imaginário coletivo a percepção de que a verdadeira pena seria a de natureza correspondente: com o resultado desastroso de que os próprios instrumentos atualmente previstos para que nem todas as penas de prisão impostas sejam executadas dessa forma ou para que essas penas possam, em todo o caso, ser flexibilizadas ao longo do tempo, acabam por ser entendidos pela generalidade das pessoas como implicando a renúncia, por razões de esvaziamento prisional ou de ordem puramente humanitária, a agir de acordo com a justiça e da forma que melhor corresponderia às exigências da prevenção.

E também é sabido como a proposta da comissão preparatória Lattanzi para a reforma Cartabia não foi aceita pelo governo em exercício na época, que, em 2021, havia incluído entre as novas penas alternativas à prisão de até quatro anos, além da prisão domiciliar e da semiliberdade, também a liberdade condicional ao serviço social; que, apesar da falta de intervenção nas penas principais, também teria permitido, pela primeira vez, que o processo cognitivo pudesse terminar com um resultado sancionatório prescritivo.

Uma indisponibilidade, a que foi apontada, absolutamente ilógica, como amplamente assinalado pela doutrina: na medida em que deixa a mais forte perplexidade quanto ao fato de um arguido poder preferir ser condenado a uma das referidas penas alternativas (cuja aplicação carece do seu consentimento, nos termos do novo art. 545.º-bis, n.º 1, do CPPit.), em vez de aproveitar o direito de requerer ao Tribunal de Execução Criminal, nos termos

do art. 656º, nº 5, do CPPit., após o trânsito em julgado de uma condenação a uma pena de prisão até quatro anos, a liberdade condicional como medida alternativa (que, de outro modo, uma pessoa condenada a uma destas penas alternativas só poderia requerer, como previsto no novo nº 3-ter do art. 47º do CPit., “após ter cumprido pelo menos metade da pena”⁹); mas também porque, se a liberdade condicional fosse aplicada já na primeira instância, de acordo com um programa prescritivo que o próprio delinquente tivesse ajudado a definir e que lhe parecesse aceitável, diminuiria muito, estatisticamente se pode considerar, o mesmo contencioso posterior.

Para além, porém, da denúncia destes limites evidentes da política legislativa, surge um risco, em relação ao futuro, que deve ser cuidadosamente evitado. É que, ao não enquadrar os programas de justiça restaurativa da reforma Cartabia no contexto de um repensar global, à luz da Constituição, sobre o sentido e os modos de punir, a sua aceitação legislativa – como novos fatores relevantes sobre a determinação judicial da pena tradicionalmente entendida e a concessão de benefícios prisionais – é utilizada para colocar uma espécie de lápide sobre as perspectivas de reforma do sistema das penas principais.

Ou seja: se é indiscutivelmente de saudar o relevo dado a tais programas, tal não deve significar que, com isso, se interrompa a lenta evolução no sentido da adequação das penas em si mesmas aos princípios constitucionais.

Não se deve esquecer que a introdução de uma pena principal com carácter prescritivo implicaria uma alteração automática do próprio modo de conceber a pena privativa de liberdade (e pecuniária).

Com efeito, se existisse uma pena principal que consistisse num programa e não numa retribuição, deixaria de ser possível sustentar que a pena constitui, por assim dizer, ontologicamente, uma retaliação quantitativa, em termos de dano, relativamente ao fato delituoso. Em consequência, a mesma pena de detenção e a pena pecuniária deixariam de ser concebíveis – mesmo na prática e não apenas nos manuais e pronunciamentos dos Tribunais Superiores – como formas, na sua essência, de retribuição, devendo configurar-se também como instrumentos (se se quiser, como programas) efetivamente destinados a alcançar os mesmos resultados que as penas prescritivas (isto é, os resultados

⁹ Fora desta disposição, as medidas alternativas “não se aplicam aos delinquentes que cumprem penas alternativas” (assim estabelece o novo texto do nº 1 do art. 67º da Lei nº 689/1981).

previstos para todas as penas pelo nº 3 do art. 27º, nº 3, da Const.it), nos casos em que a obtenção realista desses resultados não se afigura exequível sem o recurso a um determinado período de privação de liberdade.

3 AS RELAÇÕES DO TEMA COM A “FINALIDADE RE-EDUCATIVA”

À luz do que foi dito, é necessário um esclarecimento adicional. Em primeiro lugar, a este respeito, deve notar-se que os programas de justiça restaurativa, na sua caracterização dialógico-relacional, têm uma potencialidade inegável do ponto de vista reeducativo, na medida em que se consubstanciam em procedimentos que visam ao empoderamento da “pessoa indicada como autor da infração” e, acima de tudo, a recuperação de uma relação de “reconhecimento da vítima da infração” (assim, art. 43, nº 2, do Decreto Legislativo italiano nº 150/2022). Afirmar, portanto, a descontinuidade entre os programas acima mencionados e o objetivo reeducativo indicado pela Constituição e recordado em muitas regras do sistema sancionatório penal seria totalmente impróprio.

De fato, tal pressuposto só poderia ser entendido se se considerasse a reeducação como uma intervenção coerciva a que um determinado sujeito, considerado portador de anomalias, se deveria submeter passivamente, de acordo com as abordagens positivistas mais radicais. Mas as normas orientadas para a reeducação, já há muito em vigor, sobretudo no sistema penal, preveem, pelo contrário, quer o estabelecimento de uma relação de problematização do crime entre o seu presumível autor e os operadores do sistema de justiça (basta pensar no art. 13º, nº 3, do Ord.Pen.it), quer várias formas de ativação reparadora por parte do mesmo autor em relação à vítima (basta pensar no art. 47º, nº 7, do Ord.Pen.it).

Daí a necessidade de ter em conta que a aplicação de um programa de justiça reparadora, embora constitua certamente uma oportunidade para fins reeducativos, não deve de modo algum ser considerada indispensável e, portanto, uma condição prévia para o reconhecimento da relevância jurídica de um percurso reeducativo.

Também sob esse ponto de vista, trata-se, pois, de evitar que o advento dos programas de justiça restaurativa seja utilizado para tornar inquestionável uma configuração retaliatória do sistema sancionatório como um todo, com um recuo do que nele já se destina a fins reeducativos: o que se conseguiria se a prossecução da finalidade reeducativa fosse relegada para a esfera exclusiva

da instauração, eventual, de um dos referidos programas, subordinando ao seu êxito qualquer avaliação judicial *in bonam partem* relativamente ao infrator, na fase da sentença ou da execução¹⁰.

Embora os programas de justiça restaurativa tenham o mérito incomensurável de recuperar na gestão *ex lege* do crime a sua característica de fato humano (em antítese à qualificação formal hegeliana de violação da lei) e com isso tanto a possibilidade de diálogo entre as partes envolvidas, sem comprometer o princípio *nemo tenetur se detegere*, como a preponderância da verdade sobre o sucedido no simbolismo da condenação, há de reconhecer que a reeducação significativa para efeitos penais continua a ser aquela que consiste na vontade credível do infrator, inferível de múltiplos fatores do seu percurso *post-delictum*, de assumir uma atitude de “proibidade jurídica” para o futuro: uma expressão que se encontra, por exemplo, num importante texto do século XIX citado por Michel Foucault¹¹ e recentemente recordado em conferências por Giovanni Fiandaca.

O ordenamento jurídico tem consciência de que, para atingir tal resultado, é necessário que algo se passe também na esfera pessoal e relacional do delinvente (como se pode inferir do n.º 2 do art. 1.º do Ord.Pen.it), pelo que promove legitimamente a sua realização. No entanto, não pode atribuir importância exclusiva, nos juízos referentes ao percurso reeducativo do mesmo sujeito, a um ou outro daqueles acontecimentos, que assumem uma caracterização específica de ordem moral-pessoal que não pode ser objeto de obrigações; e cuja eventual realização, no caso dos programas de justiça restaurativa, depende também de fatores contingentes que não estão ao dispor do referido infrator.

É óbvio, em todo o caso, que a intenção reeducadora não pode ser prosseguida para além do que está previsto na condenação como adequado no caso concreto para esse efeito.

¹⁰ Como já observado noutro lugar (EUSEBI, L. Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale. *Diritto Penale e Processo*, 1, p. 84, 2023), “os programas de justiça restaurativa não surgem, hoje, do nada, isto é, sem relação com a evolução no tempo da ideia reeducativa”, “e, no entanto, não podem ser considerados elementos ordinários e, portanto, necessários, para se considerar alcançado um resultado reeducativo”.

¹¹ LUCAS, V. C. *De la réforme des prisons ou de la théorie de l'emprisonnement*. Paris: Legrand et J. Bergounioux, II, 1836-1838, ao qual se refere Foucault, M. *Sorvegliare e punire* (1975). Trad. it. Torino: Einaudi, 1976. p. 304.

4 A EVOLUÇÃO CONTÍNUA DO PAPEL DO JUIZ

Note-se ainda, porém, que a revalorização do diálogo na resposta ao crime pôde ter, com a reforma Cartabia, um paralelo – ainda que marginal em relação ao que se passa com os programas de justiça restaurativa, mas de grande importância prospectiva no plano teórico – que se consubstancia na abertura a elementos de bifasicidade do processo penal, por meio do novo art. 545-*bis* do CPPit., no que respeita à aplicação de penas de substituição: um perfil que reflete também uma efetiva concretização da orientação reeducativa no processo sancionatório.

Com efeito, para este efeito, estabelece-se, por um lado (nº 1), que o juiz de instrução deve marcar nova audiência após ter decidido aplicar uma pena privativa de liberdade não superior a quatro anos (e não suspensa condicionalmente) quando se verificarem os requisitos, também em matéria de consentimento, para a aplicação de uma pena de substituição, de modo a que se crie um espaço até então desconhecido do processo penal para discutir as eventuais consequências sancionatórias sem o risco de influenciar indiretamente, com isso, o juízo sobre os fatos e as responsabilidades. Por outro lado, prevê-se também (nº 2) que o juiz – para além de obter informações junto da polícia judiciária, das pessoas referidas no art. 94º do Texto único em matéria de estupefacientes italiano e do serviço externo de execução penal (ao qual pode também solicitar o programa de tratamento de eventuais reclusões em regime de semiliberdade, prisão domiciliária e trabalho de interesse público, estando as partes no processo igualmente autorizadas a apresentar documentos a esse serviço) – pode ter acesso aos memorandos apresentados na secretaria do tribunal, até cinco dias antes da audiência, pelas partes e, portanto, pela própria defesa¹².

Tudo isto significa que, pela primeira vez, se torna praticável no processo penal um diálogo construtivo, e não antagônico, entre o arguido

¹² A este respeito, o novo art. 17-bis, para. 2 (introduzido por um *motu próprio* do Papa Francisco em 8 de fevereiro de 2021), do Código Penal em vigor no Estado da Cidade do Vaticano (ou seja, o Código Zanardelli italiano de 1889, conforme posteriormente alterado e complementado): “No início da execução, o infrator elabora, de acordo com o juiz de execução, um programa de tratamento e reintegração que contenha a indicação dos compromissos específicos que assumirá também com vista a eliminar ou atenuar as consequências da infração, considerando para o efeito a indemnização por danos, a conduta reparadora e a restituição. Para o efeito, o infrator pode propor a prestação de serviço à comunidade, trabalho voluntário socialmente relevante e condutas destinadas a promover, sempre que possível, a mediação com o ofendido”.

considerado culpado e o sistema jurídico: esse diálogo até agora adiado para a relação do condenado com o magistrado de supervisão, com os educadores e com o serviço externo de execução penal. Essa antecipação é, por sua vez, relevante para favorecer o percurso reeducativo e torná-lo aceitável para o seu destinatário.

Mas, ao mesmo tempo, as regras sobre a escolha das penas de substituição e as prescrições que as podem acompanhar abrem caminho a uma mudança no papel do juiz da cognição que parece necessária para a coerência das escolhas relativas à determinação concreta da pena com as indicações constitucionais acima mencionadas e que, portanto, não podem permanecer confinadas, no futuro, apenas à esfera acima mencionada.

De fato, por meio dessas normas, começa-se a dizer adeus à tradicional e já anacrônica ideia segundo a qual o juiz, depois de ter declarado o arguido culpado, se limita a uma rápida e nebulosa avaliação raciocinante do *quantum* de pena a infligir atendendo aos limites editalícios, remetendo, de fato, para a prática relativa a situações que considera não muito diferentes daquela que está a ser julgada: com uma total desresponsabilização, que levanta sérias questões morais, relativamente ao futuro do condenado. Surge agora, de fato, pela primeira vez, a figura de um juiz de cognição que, também com base no seu peculiar conhecimento do caso penal, delinea com os adequados contributos externos, pelo menos na sua conformação inicial, o caminho reeducativo que o condenado deverá percorrer.

É evidente que, se a sentença proferida no final do processo deve conformar-se, não apenas formalmente, com o que é exigido pelo Tribunal Constitucional italiano nº 313/1990, ela tem de assumir um conteúdo de projeto, o que exige que o juiz atue nesse sentido.

No mesmo quadro, pode observar-se uma outra tendência evolutiva interessante da atividade judicial, também ela referente aos programas de justiça restaurativa, que se consubstancia no fato de o juiz fazer, cada vez mais, no que respeita às medidas punitivas, avaliações baseadas não na sua mera apreciação individual (e muitas vezes, em substância, na sua intuição), mas na consideração de dados ou relatórios, sobre a pessoa com quem tem de lidar, que lhe chegam de outros sujeitos.

É o que já se viu a propósito do recurso às penas alternativas, embora se deva notar que os informadores também podem não poder fornecer informações

nesse caso, por não conhecerem o arguido, pelo que será necessário especificar a forma como o juiz pode obter informações sobre a personalidade do infrator a quem a sanção alternativa deve ser aplicada (por exemplo, imaginando uma derrogação ou uma evolução do disposto no nº 2 do art. 220º do CPPit).

No que diz respeito, ao invés, aos programas de justiça restaurativa, a lei exige que o mediador envie “à autoridade judiciária processante um [mero] relatório contendo a descrição das atividades desenvolvidas e do resultado restaurativo alcançado” (art. 57, nº 1, do Decreto Legislativo italiano nº 150/2022), de modo que é (apenas) esta autoridade que avalia “o andamento do programa e, também para efeitos do art. 133 do CPit, o eventual resultado restaurativo” (art. 58, nº 2, do Decreto Legislativo italiano nº 150/2022).

Trata-se, mais uma vez, de uma evolução a avaliar positivamente, na medida em que torna as escolhas judiciais mais justificáveis e controláveis, exigindo, no entanto, uma interação válida entre o juiz e os sujeitos que têm a seu cargo as escolhas da sua competência, de modo a pressupor a competência de tais sujeitos e a partilha dos objetivos visados.

Aliás, isto não é novidade. Uma interação semelhante caracteriza já a relação do juiz com os peritos, nomeadamente no que diz respeito à constatação de uma deficiência mental, bem como toda a atividade da magistratura de controlo. Mas caracteriza também as avaliações relativas à aplicabilidade dos benefícios no caso das infrações referidas no art. 4-*bis* do Ord.Pen.it e, sobretudo, no que diz respeito ao recluso não cooperante em relação às chamadas infrações obstrutivas: onde é fundamental, além disso, que a decisão sobre os próprios benefícios, que afeta a liberdade pessoal, não seja de fato transferida para a autoridade administrativa ou de investigação¹³.

5 NOVAS FORMAS E NECESSIDADES DE SE FAZER JUSTIÇA

É certo que a abertura aos programas de justiça restaurativa exige, como todas as vias inovadoras, um cuidado específico, cujo cuidado serve também de antídoto para travar a nostalgia (não demasiado) silenciosa do direito penal retributivo: um cuidado que visa, entre outras coisas, a traduzir, na prática, garantias também previstas legislativamente.

¹³ EUSEBI, L. Una ostatività finalmente relativa? Preclusioni e misure alternative: la riforma dell’art. 4-bis ord. penit. *Diritto Penale e Processo*, 8, p. 1010 s., 2023.

É o caso, em primeiro lugar, da regra fundamental segundo a qual “a não execução do programa, a sua interrupção ou a não obtenção de um resultado reparador não produzirão efeitos negativos para a pessoa indicada como autor da infração” (art. 58, nº 2, do Decreto Legislativo italiano nº 150/2022). Esse conceito é reiterado, no que respeita à concessão de benefícios prisionais, no novo art. 15º-*bis* do Ord.Pen.it: “Em qualquer caso, não são tidos em conta a não execução do programa, a sua interrupção ou a não obtenção de um resultado reparador”¹⁴.

Essa regra assume importância no que respeita, sobretudo, à preocupação, já atrás referida, de que a indisponibilidade do arguido para participar no programa ou o insucesso deste possam ser avaliados como indícios de uma refratariedade *ex ante* do próprio arguido, em caso de condenação, à orientação reeducativa da pena, com repercussões desfavoráveis ao nível da punição; ou que, paralelamente, a indisponibilidade do recluso para seguir o mesmo caminho, ou o insucesso do mesmo, podem, por sua vez, ser avaliados como indícios de falta de reeducação. O que torna desejável um esclarecimento inequívoco do Supremo Tribunal sobre o assunto.

Deve-se, então, ter o cuidado de garantir a confidencialidade das declarações dos participantes e das informações obtidas em razão ou no decurso dos programas de justiça restaurativa¹⁵, conforme previsto no art. 50, parágrafo 1, do Decreto Legislativo nº 150/2022: tendo em conta, nomeadamente, que a proibição de divulgação referida aos “participantes” pelo subsequente nº 2 parece ser confiada ao cumprimento espontâneo de tais pessoas (consideraríamos, de fato, que, no que diz respeito ao caso de transgressão, uma leitura extensiva do conceito de estatuto do art. 622º do CPit seria de natureza analógica). A questão é crucial, porque diz respeito ao equilíbrio entre o diálogo em função da verdade e a salvaguarda das garantias

¹⁴ Este fato é também claramente sublinhado no Esquema Operacional para a aplicação de institutos de justiça restaurativa nos tribunais de Milão, datado de 3 de agosto de 2023 (Disponível em: <https://tribunale-milano.giustizia.it>. Último acesso em: 31 dez. 2023): “Sublinha-se que a admissão ao trabalho externo, a concessão de autorizações de prémio ou medidas alternativas ao abrigo do capítulo VI dos regulamentos prisionais e a liberdade condicional nunca podem ser subordinadas à participação em programas de justiça restaurativa”.

¹⁵ “[...] a menos que”, continua a regra, “haja consentimento dos participantes para a divulgação, o mediador considere a divulgação absolutamente necessária para evitar a prática de infrações iminentes ou graves ou as declarações constituam uma infração em si mesmas” (tradução livre).

processuais em que assenta a condução dos programas de justiça restaurativa: é, pois, essencial evitar qualquer cedência, ainda que indireta, da regra segundo a qual, nos termos do art. 51º do Decreto Legislativo italiano nº 150/2022, “as declarações prestadas e as informações obtidas no decurso do programa não podem ser utilizadas em processo penal e na fase de execução da pena”, uma vez que as informações prestadas ao juiz sobre a condução do programa devem limitar-se às constantes do referido relatório do mediador.

É um tema que pode encontrar algum paralelismo – porventura com necessidade de clarificação legislativa – no que respeita à discussão, e ao relativo conteúdo documental, que tem lugar no âmbito da referida audiência complementar, nos termos do art. 545º-bis do CPPit, relativa à aplicação de penas alternativas: uma fase, porém, que tem lugar no âmbito do próprio processo penal. Com efeito, afigura-se necessário assegurar, no caso de essa audiência dizer respeito à primeira instância, que o que foi objeto da mesma não afete os eventuais processos de recurso, no que respeita à reavaliação dos fatos e das responsabilidades: e, portanto, eventualmente, que não seja dado a conhecer aos órgãos judiciais do próprio recurso.

Outra exigência que não deve ser descurada é a que visa evitar que o eventual benefício decorrente de um programa de justiça restaurativa acabe por depender da atitude, e *in primis* da vontade, do ofendido: dado que, uma vez prevista uma regra retributiva, parece lógico remeter a sua aplicabilidade para o merecimento do visado. É verdade que o problema pode ser parcialmente contornado pelo recurso, como já foi referido, à chamada vítima de substituição, nos termos do art. 45º do Decreto Legislativo italiano nº 150/2022¹⁶.

No entanto, à parte a redação quer do art. 58º, nº 1, do Decreto Legislativo italiano nº 150/2022, que prevê que “a autoridade judiciária, para as determinações da sua competência, avalia a evolução do programa e, também para efeitos do art. 133º do [CPit], o eventual resultado restaurativo”, e do novo art. 15º-B, nº 2, do Ord.Pen.it, que prevê que “a participação no programa de justiça restaurativa e o eventual resultado restaurativo são avaliados para efeitos de atribuição de trabalho externo, de concessão de licenças-prémio e

¹⁶ O dispositivo operacional referido na nota 12 especifica, a este respeito, que a eventual discordância do ofendido, para além da falta dos pressupostos previstos no nº 3 do art. 129º-bis do CPPit, “não pode constituir um obstáculo ao envio do processo [ver *infra*, no texto] para a avaliação dos programas de justiça reparadora sem a participação da vítima direta”.

de medidas alternativas à detenção previstas no Capítulo VI, bem como de liberdade condicional”: ambos os regulamentos, que, ao não exigirem para os seus efeitos um necessário resultado restaurativo do programa (tal como definido no art. 56º do Decreto Legislativo italiano nº 150/2022)¹⁷, parecem compatíveis com a possibilidade de uma avaliação positiva do programa se o relatório do mediador revelar que a pessoa indicada como infrator fez tudo o que estava ao seu alcance para alcançar esse resultado¹⁸.

A necessidade de evitar qualquer tendência para a privatização da justiça penal é, pois, mais uma vez tomada em consideração.

Se, de fato, a reforma Cartabia, deste ponto de vista, preferiu alargar o leque de infrações perseguíveis mediante queixa do ofendido (com o resultado positivo, sem dúvida, de alargar o âmbito em que, na sequência de um programa de justiça restaurativa, a queixa pode não ser apresentada ou, nos termos do novo nº 3, nº 2, do art. 152 do CPit, pode ser remetida), em vez de se reconhecer que, quando não há interesse público na instauração de um processo penal, este deve ser despenalizado, em vez de se deixar à cabala de uma decisão privada (na maior parte das vezes funcional a um acordo extrajudicial sobre os danos indemnizáveis) a intervenção penal ou não sobre um determinado fato ilícito: certamente representando a ação penal por queixa, salvo em situações muito especiais, uma forma flagrante, precisamente, de privatização do recurso ao direito penal.

Por último, deve considerar-se que o acesso a um programa de justiça restaurativa passa sempre pela autoridade judicial: que durante o julgamento – de acordo com o novo art. 129º-bis do CPPit – é o Ministério Público em relação à fase de investigação preliminar e, nos outros casos, o juiz de instrução. Com efeito, esta autoridade ordena o envio do arguido e da vítima – a pedido do primeiro ou do segundo¹⁹, ou oficiosamente – para um Centro de Justiça Restaurativa, com a única condição “de que a realização de um programa de

¹⁷ Por outro lado, o resultado exigido para a aplicação, na sequência do programa, da circunstância atenuante prevista no novo texto do nº 1, ponto 6, do art. 62º do CPit, bem como no que respeita à improcedência da queixa, também na sequência do programa, com base no disposto no novo nº 3, ponto 2, do art. 152º do CPit.

¹⁸ Partindo do princípio de que, nos termos do art. 57º, nº 2, do Decreto Legislativo italiano nº 150/2022, “o mediador deve igualmente comunicar à autoridade judiciária competente a não realização do programa, a sua interrupção ou a não obtenção de um resultado reparador”.

¹⁹ E também, assim, o Esquema de Operações acima referido, nota 12, pelo Ministério Público.

justiça restaurativa possa ser útil para a resolução das questões decorrentes do fato objeto do processo e não implique um perigo concreto para as pessoas em causa e para o apuramento dos fatos” (nº 3)²⁰: entendendo-se que a manifestação de consentimento ao programa é recolhida, nos termos do nº 6 do art. 48º do Decreto Legislativo italiano nº 150/2022, “durante o primeiro encontro pelo mediador designado”, uma vez prestadas as informações referidas no nº 3 do art. 47º do mesmo texto legislativo.

O novo art. 15º-B, nº 1, do Ord.Pen.it prevê igualmente que, “em qualquer fase da execução, a autoridade judiciária pode ordenar o envio de pessoas condenadas e internadas, após informação adequada e numa base voluntária, para programas de justiça reparadora”²¹.

Tudo isto introduz, por meio da possibilidade de encaminhamento *ex officio* do arguido (ou condenado) e da vítima para um Centro de Justiça Restaurativa, um outro elemento significativo de novidade relativamente ao papel do juiz e, por meio dele, do Ministério Público: ou seja, o fato de o juiz e o procurador estarem autorizados a promover eles próprios, mesmo na ausência de um pedido do arguido ou da vítima (ou da pessoa condenada), um procedimento – o programa de justiça restaurativa – que, em caso de condenação (ou no que diz respeito a um benefício prisional), poderia permitir a avaliação de um elemento favorável adicional para a pessoa em causa em relação aos já detectáveis a outros níveis: com o efeito de atenuar as decisões que de outro modo poderiam ser tomadas (e assim permitir, por exemplo, evitar ou não prolongar ainda mais uma pena de prisão)²².

²⁰ É igualmente especificado no Regime Operacional acima referido, nota 12, que a autoridade judiciária, ao enviar o documento, “verificará apenas a autorização da pessoa indicada como autor da infração e da vítima para ser contactada pelo Centro” (tradução livre), bem como que a mesma autoridade mencionará qualquer recusa da vítima no documento de envio.

²¹ O mesmo Regime de Funcionamento acima referido, nota 12, refere a este respeito que “o envio para o Centro de Justiça Restaurativa deve, em regra, ocorrer através de despacho sem qualquer formalidade especial do magistrado de tutela, e não do diretor do Instituto”.

²² Isto se aplica ao Ministério Público, *mutatis mutandis*, também no que diz respeito à proposta de suspensão do julgamento com liberdade condicional, uma proposta que o Ministério Público pode fazer nos termos do novo nº 1 do art. 464º-bis do CPPit e do novo art. 464º-ter.1 do CPPit (enquanto no domínio juvenil, nos termos do art. 28º, nº 1, do Decreto Presidencial nº 448/1988, já existe a possibilidade de ativar diretamente a suspensão do julgamento com liberdade condicional). c.p.p. (ora, no âmbito juvenil, nos termos do art. 28º, nº 1, do D.P.R. nº 448/1988, já existe a possibilidade de o tribunal acionar diretamente a suspensão do julgamento, até porque não é necessário o consentimento do menor arguido, ou do seu representante).

Observou-se, no entanto, que, “quando o convite vem do juiz, a sua decisão entra em tensão com a presunção de inocência do arguido, que tem relevância constitucional”, restando também “o fato de o arguido voltar a dirigir-se àqueles que anteriormente o julgaram culpado: caso contrário, não o teria iniciado numa via de reconciliação”²³.

Talvez, porém, não seja de todo evidente que, de outro modo, aquele juiz não o teria iniciado no programa de justiça reparadora: se, além disso, não o tivesse iniciado ao declarar a sua inocência, isso demonstraria que aquele juiz estava a tirar conclusões intempestivas quanto à culpa ou não do arguido²⁴.

Assim, existindo um arguido, continua a ser plausível que o próprio juiz proponha um esclarecimento entre ele e a vítima, esclarecimento que poderá mesmo levar a que a inocência do primeiro seja revelada no âmbito do referido programa. Um programa que, em todo o caso, poderia não encontrar o consentimento do próprio arguido, mas que, a ser cumprido, só poderia ter efeitos favoráveis para ele, no caso de a acusação resultar, *a posteriori*, numa condenação.

O juiz propõe o que o arguido também pode pedir: mas a iniciativa do arguido não legitimaria qualquer presunção de culpa (nem a sua renúncia a pedir ou a realizar o programa autorizaria uma inferência de inocência). Além disso, não é excluindo a iniciativa do juiz que se impede qualquer pré-juízo oculto contra o arguido.

Uma exclusão, aliás, de tal iniciativa da autoridade judicial poderia reduzir fortemente o recurso aos programas de justiça reparadora e, com isso, a realização dos possíveis efeitos *in bonam partem* que lhes estão associados: pelo menos até que a cultura da justiça reparadora seja adequadamente compreendida na opinião pública e no mundo jurídico.

Espera-se, portanto, que o espaço hoje atribuído à justiça restaurativa favoreça uma evolução na forma de entender o próprio exercício das profissões jurídicas na esfera penal: que sejam efetivamente criados programas de justiça restaurativa que não dependam de proposta oficiosa depende, em grande

²³ Assim GIUNTA, F. *La giustizia “de-punitiva”*: contrizione e riconciliazione. Disponível em: www.discrimen.it. Último acesso em: 31 dez. 2023; 2 set. 2023, p. 6.

²⁴ Não é por acaso que os requisitos acima mencionados do art. 129º-bis, nº 3, do CPPit parecem ser muito cuidadosos para não dar origem a equívocos quanto a uma hipotética presunção de culpa.

medida, da capacidade dos advogados das partes envolvidas ilustrarem junto dos seus clientes as boas razões que poderiam motivar a ativação de um tal programa, bem como da capacidade dos próprios profissionais, se estiverem reunidas as condições, se consultarem mutuamente para auscultarem em paralelo a vontade do arguido e do ofendido²⁵.

Isto exige, portanto, que o advogado de defesa ultrapasse a perspectiva de um papel que se limita ao contraste dialético da estrutura acusatória, para lhe acrescentar a capacidade de uma avaliação global do interesse superior do seu cliente.

E que o advogado do queixoso civil, por sua vez, ultrapasse a perspectiva segundo a qual o superior interesse do queixoso civil seria constituído, indenização à parte, pela mais severa condenação possível do réu: negligenciando a importância que é capaz de assumir para a própria vítima a verdade, não apenas no sentido histórico, sobre o crime cometido e a possibilidade de apurar uma responsabilidade e um compromisso reparador, em relação a ele, do seu autor.

REFERÊNCIAS

BARTOLI, R. Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco. In: CATENACCI, M.; RAMPIONI, R.; D' ASCOLA, V. N. (a cura di). *Studi in onore di Antonio Fiorella*. I, RomaTre-Press, p. 467 s., 2021.

BARTOLI, R. Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa. *Sistema Penale*, 28 jul. 2023.

CAPPARELLI, B. *Fundamentos do processo penal italiano*. São Paulo: Marcial Pons, 2023.

CAPPARELLI, B.; ALBUQUERQUE, P. P. de. *A justiça restaurativa em Itália*. No prelo.

DONINI, M. Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato. In: BONDI, A.; FIANDACA, G.; FLETCHER, G. P.; MARRA, G.; STILE, A. M.; ROXIN, C.; VOLK, K. *Studi in onore di Lucio Monaco*. Urbino University Press, p. 389 s., 2020.

DONINI, M. Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE. La basi di un nuovo programma legislativo per la giustizia penale. In: AA.VV., *Riflessioni sulla giustizia penale*. Studi in onore di Domenico Pulitanò. Torino: Giappichelli, p. 426 s., 2022.

²⁵ Cf., sobre o tema, BARTOLI, R. Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa. *Sistema Penale*, 28 jul. 2023.

EUSEBI, L. Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale. *Diritto Penale e Processo*, 1, p. 84, 2023.

EUSEBI, L. Ipotesi di introduzione della pena prescrittiva come nuova pena principale prescrittiva. In: *disCrimen. Magazine*, 3, p. 91-117, 2021. Disponível em: www.discrimen.it. Acesso em: 31 mar. 2021; último acesso em: 31 dez. 2024.

EUSEBI, L. Una ostatività finalmente relativa? Preclusioni e misure alternative: la riforma dell'art. 4-bis ord. penit. *Diritto Penale e Processo*, 8, p. 1010 s., 2023.

GIUNTA, F. *La giustizia "de-punitiva":* contrizione e reconciliazione. Disponível em: www.discrimen.it. Último acesso em: 31 dez. 2023; 2 set. 2023, p. 6.

LUCAS, C. *De la réforme des prisons ou de la théorie de l'emprisonnement*. Paris: Legrand et J. Bergounioux, II, 1836-1838.

Submissão em: 08.04.2024

Avaliado em: 16.04.2024 (Avaliador A)

Avaliado em: 09.04.2024 (Avaliador B)

Aceito em: 16.04.2024