

A PERDA DO PODER FAMILIAR INSTITUÍDA PELA LEI 13.715/2018 E AS CONTRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CASOS DE ESTUPRO

*Kamilla de Assis Semblano Silva**

*Prof.^a Thaize de Carvalho Correia***

RESUMO: Em face ao contexto de notável ineficácia do sistema punitivo tradicional, as técnicas alternativas têm adquirido cada vez mais seu espaço na sociedade, evidenciando e tentando conquistar o distanciamento do direito penal a partir de vertentes minimalistas. Assim, a Justiça Restaurativa vem se tornando a grande aliada na resolução dos conflitos penais, instituindo o seu caráter pacífico e amigável, distribuindo a sua colaboração a todos os afetados. O presente estudo tem por objetivo analisar as contribuições que este instituto fornece para solucionar os casos em que ocorre a perda do poder familiar decorrente do crime de estupro, a partir da inovação trazida pela lei 13.715/2018. Visando alcançar este propósito, a metodologia utilizada foi o estudo dedutivo-bibliográfico, através de pesquisas teóricas com a posterior dedução e comparação dos seus resultados, bem como o dogmático-jurídico, o qual analisa os mais variados dispositivos legais que abordam o objeto de pesquisa deste artigo.

Palavras-chave: Estupro; Perda; Poder familiar; Justiça Restaurativa.

ABSTRACT: In view of the context of notable inefficiency of the traditional punitive system, alternative techniques have increasingly acquired their space in society, evidencing and trying to conquer the distance of criminal law from minimalist strands. That said, Restorative Justice has become a great ally in the resolution of criminal conflicts, instituting its peaceful and friendly character, and distributing its kindness to all those affected. The present study aims to analyze the contributions that this institute provides to solve the cases in which the loss of family power resulting from the crime of rape occurs, based on the innovation brought by law 13.715/2018. In order to achieve this purpose, the methodology invested was the deductive-bibliographic study, through theoretical research and the subsequent deduction and comparison of its results, and the legal-dogmatic, which analyzes the most varied legal devices that approach the object of research in this article.

Keywords: Rape; Loss; Power family; Justice Restorative.

*Estudante de Direito, cursando o 9º semestre na Universidade Católica do Salvador.
E-mail: kamiassis97@hotmail.com

**Professora orientadora; com mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia; atualmente, doutoranda da Universidade Federal da Bahia; e, professora de Direito Processual Penal na Universidade Católica do Salvador, na Universidade do Estado da Bahia e na Universidade Federal da Bahia.

Email: thaizedecarvalho@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. As alterações promovidas pela lei 13.715/2018: expansão ou adequação do poder punitivo? - 3. A Justiça Restaurativa: noções básicas e a sua contribuição na resolução dos problemas penais - 4. A adequação da técnica alternativa nos casos de estupro envolvendo pessoas com filho comum - 5. Conclusão - Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diante do cenário constante da incidência de crimes, cada vez mais, o Direito Penal tem sido aplicado como método viável para amenizar essas ocorrências. Todavia, de maneira invasiva, na maioria dos casos, restringe a liberdade de ir e vir do sujeito ativo do crime, aplicando-lhe uma pena como instrumento de sanção, a qual deve ser cumprida em um ambiente hostil e desagradável: a prisão, sendo esta decorrente de um processo criminal instaurado. Entretanto, de acordo com as inovações frequentes e com o intuito de atenuar o Direito Penal em seu exercício de impor o cárcere como a única opção resolutiva dos crimes, novas técnicas de avaliar como devem se enquadrar todos os envolvidos, direta ou indiretamente, da ação criminosa, têm sido introduzidas na conjuntura das medidas alternativas à prisão.

No que diz respeito aos referidos métodos alternativos, os mesmos têm o objetivo de potencializar a autocomposição e instituir a prática restaurativa das relações interpessoais, envolvendo réu, família, comunidade e vítima direta, permitindo que esta atue como protagonista na solução de um problema em que seja autora.

Assim, logrando êxito na eficácia desses institutos, há a pretensão de reduzir o aumento do índice de criminalidade e da reincidência, uma vez que o sistema punitivo tradicional não cumpre esse papel. Dentre esses mecanismos estão a prática da Mediação, Conciliação, Arbitragem e da Justiça Restaurativa, sendo esta última o objeto de pesquisa deste artigo com a vertente voltada para a perda do poder familiar instituída pela lei 13.715/2018 e as contribuições da Justiça Restaurativa nos casos de estupro.

A abordagem do tema será dividida em quatro capítulos, incluindo a introdução como o primeiro; retratando o segundo as alterações promovidas pela lei mencionada, através do questionamento da expansão ou adequação do poder punitivo, com base em um marco teórico que defende a corrente minimalista do Direito Penal por meio da exposição de ideias de grandes expoentes no assunto, como: Alessandro Barata e Eugenio Raúl Zaffaroni. Além

disso, serão abordados os efeitos primários e secundários da condenação, tendo em vista permitir uma compreensão mais ampla da lei em análise, aproveitando o ensejo para explicitar quais consequências esse dispositivo legal trouxe e paralelamente explanar uma crítica à expansão do poder punitivo.

Já o terceiro capítulo se dedicará à Justiça Restaurativa, destacando suas noções básicas e contribuição nos problemas penais; e, o quarto capítulo explicitará a adequação da técnica alternativa nos casos de estupro envolvendo pessoas com filho comum, uma vez que analisará a situação da criança diante do fato de ter ocorrido um estupro praticado por um de seus genitores e da atuação unilateral da vítima, decorrente da perda do poder familiar do companheiro (a).

O interesse em investigar sobre esse tema que se constitui como objeto de estudo é a gravidade do crime de estupro, o qual zela pela liberdade sexual como seu bem jurídico tutelado. Com base nisso, após a aprovação da lei 13.715/2018, muitos casais que possuem filho em comum, provavelmente, serão desequilibrados e destituídos, visto que posteriormente a prática do referido crime por um dos cônjuges, aquele que foi a vítima atuará unilateralmente na criação do seu filho, fato que implicará em grandes reflexos para a criança, pois a mesma se desenvolverá sem uma das figuras de seus genitores, tão essencial para a atuação paritária e solidária no ambiente familiar, priorizando a manutenção do instituto da família.

Diante desses aspectos, a Justiça Restaurativa contribuirá para realinhar o vínculo entre o agressor e a vítima, possibilitando-lhe melhores condições psicológicas e físicas para dar continuidade na criação do filho em comum do casal, e para aquele um bom amparo psicológico, visando arcar com as consequências dos seus atos.

Entretanto, ainda será concentrada a atenção na situação dessa criança aliada aos limites da Justiça Restaurativa, pois existe uma linha tênue entre a relação que esta mantém com o originador da destituição do poder familiar, visto que pode ser uma convivência e relação agradável e por motivos extraordinários e não eventuais pode ter ocorrido o delito, logo, a criança também seria prejudicada sem ter interferência alguma na situação.

A metodologia utilizada no presente estudo fundamenta-se em dois métodos principais, sem prejuízo de outros métodos subsidiários, tais como o método dedutivo-bibliográfico que ampara a realização de pesquisas teóricas das diversas teorias presentes,

empregando a dedução para analisá-las e compará-las; e o método dogmático-jurídico, o qual permite explorar as variadas legislações vigentes, jurisprudências e doutrinas pátrias e estrangeiras.

2. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.715/2018: EXPANSÃO OU ADEQUAÇÃO DO PODER PUNITIVO?

O Direito Penal é uma bússola para a atuação dos juízes ao proferirem suas decisões, orientando-os na direção da contenção e redução do poder punitivo, o qual é exercido por agências executivas e legislativas. Destaca-se, ainda, que “sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o estado de direito e a própria república”. (ALAGIA *et al.*, 2011, p. 40).

Todavia, o sistema criminal estabelece a sanção estatal mais gravosa, instituindo a privação da liberdade do indivíduo a qual não tem demonstrando ser eficaz no controle da criminalidade, porque o índice dos episódios criminosos permanece progressivo, uma vez que as finalidades da pena não têm sido observadas, sendo completamente ignorado o seu caráter preventivo e priorizado o efetivo final retributivo e repressor, de maneira desproporcional, pois introduz o indivíduo em um ambiente prisional de calamidade que é o cárcere, não respeitando a primazia da concessão das garantias constitucionais do cidadão.

Zaffaroni muito bem argumenta uma nova visão ao dizer que:

Na criminologia dos nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada tem a ver com a forma pela qual os discursos jurídicos-penais supõem que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma “realidade” que não existe e o conjunto de órgãos que deveriam levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente (ZAFFARONI, 2001, p.12).

Inserido nesse panorama de afastamento da realidade com o que está positivado no devido processo legal do modelo acusatório, o qual se propõe a estabelecer um verdadeiro Estado Democrático de Direito, pautado na preservação e respeito aos direitos fundamentais do homem, há correntes que amparam a ideia de distanciamento do Direito Penal, servindo-se deste no mínimo que for necessário. Nesse sentido, Claus Roxin apud Nilo Batista (2007, p. 84) afirma que “se a pena é a intervenção estatal mais grave que pode ser feita na liberdade do

indivíduo, pela visão minimalista ela não deve ocorrer se existir a possibilidade de garantir proteção jurídica por outros meios que sejam não penais”. Com isso, está posta a corrente minimalista, instituindo o Direito Penal Mínimo.

Contudo, Napolini (1995, p. 1) enuncia que “como todo agrupamento em correntes acaba simplificando demasiadamente o conjunto de teorias que as compõem, é importante esclarecer que dentro do “Minimalismo” penal podemos encontrar posições e matizes diferentes”. Assim, como será abordado mais adiante, é possível imputar meios alternativos de resolução de conflitos individualmente ou concomitantemente com os métodos penais, complementando a atuação destes, inclusive para os crimes de alto potencial lesivo.

A política criminal que institui o direito penal mínimo emerge de uma nova tendência criminológica: A Teoria Crítica ou Criminologia Radical, a qual postulava a necessidade de redefinir a Criminologia, por meio da Universidade de Berkeley, já trazendo consigo inúmeras críticas às demais teorias criminológicas. A partir disso, foi criada uma nova teoria criminológica para debater a seara penal, com base no ponto de vista criminológico, com a intenção de desvendar os motivos do crime e da criminalidade.

Durante esse percurso histórico, surgiu uma tendência político-criminal que disseminava as mesmas ideias propagadas por essa nova criminologia, originando, assim, os princípios basilares do minimalismo penal. Desde então, essa tendência se tornou um meio de remodelar o sistema jurídico-penal, concedendo-o mais importância e destituindo deste o contexto falido em que se encontrava. (BORATO, [entre 2009 e 2012]).

A política criminal da Teoria Crítica, que fundamenta o início do minimalismo penal, desabrocha com seus propósitos determinados, com a intenção precípua de estabelecer equilíbrio, transformação e justiça nas relações sociais com o poder punitivo do estado, através da maior credibilidade ao princípio da individualização da pena e da análise das particularidades do conceito formal de igualdade, porque no cenário da década de 80, em vários países, havia a proteção dos interesses das classes dominantes, devido à sistematização do sistema jurídico-penal direcionado à tradição de impunidade desses indivíduos; e, visando retirar o caráter estigmatizador das sanções impostas aos crimes cometidos pelas classes dominadas. (BORATO, [entre 2009 e 2012]).

Ainda durante a década de 80, surgiu outra nova tendência da criminologia moderna, a qual exteriorizava uma teoria mais radical, o abolicionismo, com a pretensão de extinguir por

completo o atual sistema penal, diante do seu antagonismo entre o que está posto na norma e a efetividade das suas funções, representando um sistema anômico e disseminando que “o sistema punitivo só serve para legitimar e reproduzir as desigualdades e injustiças sociais, e, portanto, deveria desaparecer”, além de se caracterizar pela sua seletividade e estigmatização. Outra ótica importante da vertente abolicionista é a que considera “o sistema jurídico-penal um sistema burocrata, que acaba por desumanizar a pena, já que ninguém é realmente responsável pelo custodiado penal”. (SHECAIRA apud BORATO, [entre 2009 e 2012], p. 8).

Tendo como estudiosos ilustres no assunto, destacam-se as Políticas Criminais minimalistas de Alessandro Baratta, sob o marco teórico da Criminologia Crítica e, mais recente, a de Eugenio Raúl Zaffaroni na Argentina, as quais salienta Napolini:

[...] partem da ideia de um sistema penal deslegitimado e estruturalmente impossibilitado de cumprir as funções úteis que legitimam a sua existência. Consiste, portanto, em uma posição minimalista que postula a longo prazo a abolição do sistema, mas que admite que esta abolição deva passar necessariamente, a curto e a médio prazos, de um lado por uma profunda transformação do sistema penal, através de processos de descriminalização e de redução da pena, e de outro lado, pela reformulação do Direito Penal, utilizando-se do mesmo com um instrumento contra a violência do próprio sistema penal. (NASPOLINI, 1995, p. 2 apud ZAFFARONI, 1991, p. 94 e 106 e BARATTA, 1990, p. 143).

Tais políticas criminais, apesar de possuírem o “minimalismo penal” como ponto de partida em comum, apresentam particularidades nas suas propostas, tornando-as diferentes. (NASPOLINI, 1995). De acordo com a concepção de Baratta, o Direito Penal Mínimo é “uma estratégia de Política Criminal a curto e a médio prazos de resposta a deslegitimação do sistema penal, já que, apesar de se declarar abolicionista, considera que várias mudanças ainda serão necessárias para a preparação da abolição do sistema penal”. (NASPOLINI, 1995, p. 40).

Já na visão de Zaffaroni (NASPOLINI, 1995, p. 93), “a recuperação das garantias dos Direitos Humanos pelo programa de Direito Penal Mínimo é imperiosa, pois, segundo ele, os resultados das pesquisas que demonstram a deslegitimação do sistema penal revelam que este viola abertamente os Direitos Humanos”. Ou seja, as consequências dessa deslegitimação afrontam diretamente os Direitos Humanos e, por isso, é necessário recuperá-los para que sirvam de limites à violência do sistema penal.

Napolini (1995, p. 69 e 103) acentua que tanto Baratta quanto Zaffaroni recuperam o protagonismo da vítima da resolução dos conflitos penais, através do enunciado de princípios

como o da Primazia da Vítima e Limitador da Lesividade à Vítima, respectivamente. No que tange ao primeiro, enaltece que “este princípio impõe, portanto, que se estabeleça um maior canal de comunicação entre a vítima e o autor do delito e uma política criminal voltada para a aplicação de sanções de caráter repressivo”; e, em relação ao segundo, que é “inadmissível que a agência judicial permita a intervenção penal quando esta acarretar maiores prejuízos para a vítima, como, por exemplo, o sofrimento com a intervenção que é feita contra a sua vontade”.

Já no âmbito da condenação estabelecida pela execução da pena, existem os efeitos primários, primitivos, principais ou também denominados apenas de penais, e os secundários ou acessórios. A partir de uma breve descrição, os efeitos primários da condenação caracterizam-se pelas ações diretas e imediatas da pena. Com base no Código Penal, os mesmos estão elencados como sanções penais: pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos e pena de multa; como medidas de segurança: internação em hospital e tratamento ambulatorial; no Processo Penal, através da sentença penal condenatória transitada em julgado, a qual insere o nome do réu no rol de culpados; e nas Legislações Penais extravagantes, as quais fixam os efeitos específicos para cada caso. Já os efeitos secundários da condenação estão ligados aos principais e dividem-se em penais e extrapenais. (MASSON, 2015).

Cabe destacar a exposição concisa feita por Damásio de Jesus no que se refere aos efeitos secundários penais, a saber:

a) é pressuposto da reincidência (CP, art. 63); b) impede, em regra, o sursis (art. 77, I); c) causa a revogação do sursis (art. 81, I, e § 1.º); d) causa a revogação do livramento condicional (art. 86); e) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, caput, in fine); f) transitada em julgado, a prescrição da pretensão executória não se inicia enquanto o condenado permanece preso por outro motivo (art. 116, parágrafo único); g) causa a revogação da reabilitação (art. 95); h) tem influência na exceção da verdade no crime de calúnia (art. 138, § 3.º, I e III); i) impede o privilégio dos arts. 155, § 2.º; 170; 171, § 1.º; e 180, § 3.º, 1.ª parte, em relação ao segundo crime; j) aumenta a pena da contravenção de porte de arma branca (LCP, art. 19, § 1.º); l) constitui elemento da figura típica da contravenção de posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (LCP, art. 25). (JESUS, 2011, p. 683-684).

Em relação aos efeitos extrapenais, estes subdividem-se em genéricos, os quais são automáticos, isto é, não precisam estar expressamente declarados na sentença; e específicos ou não automáticos, que dependem da natureza do crime e devem estar contidos motivadamente na sentença condenatória. Tratando-se daqueles, estão previstos no artigo 91

do Código Penal e abrangem a obrigação de indenizar as partes pelo dano causado pelo crime (inciso I) e o confisco dos instrumentos e produtos do crime pela União (inciso II), desde que a fabricação, alienação, uso porte ou detenção ou posse destes constitua um fato ilícito (alínea a) ou o produto do crime ou de qualquer bem ou valor que permita ao agente obter proveito pela prática do ato criminoso (alínea b). (MASSON, 2015).

Quanto aos específicos encontram-se elencados no artigo 92 do mesmo dispositivo legal, e caracterizam-se por: a) perda de cargo, função pública ou mandato eletivo (inciso I); b) incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha, ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado (inciso II); e, c) inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. (MASSON, 2015).

Previendo uma das hipóteses de efeitos da condenação, em 24 de setembro de 2018 foi sancionada uma lei que versa sobre a perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente, alterando o Código Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, sendo a mesma publicada no dia seguinte do mesmo ano.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017), a interpretação do termo poder familiar traduz “o dever dos pais de sustento, guarda e educação dos filhos menores. Ou seja, é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores de 18 anos”. Outrossim, os “direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, como previsto no artigo 226 da Constituição Federal, prevendo uma atuação paritária entre os titulares deste poder.

Analisando por etapas as modificações que a Lei 13.715/2018 trouxe em relação ao Código Penal, no seu artigo 92 há uma nova redação:

Art. 92. São também efeitos da condenação:

(...)

II - a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado.

Traçando uma comparação com a redação anterior, houve a substituição da expressão “pátrio poder” por “poder familiar” e a expansão do rol de vítimas, incluindo “outrem igualmente titular do mesmo poder familiar”, “filha” e “outro descendente”.

Pormenorizando este artigo, tem-se que se o agente praticou: i) crime doloso; ii) sujeito à pena de reclusão; iii) contra uma das pessoas listadas no inciso II; iv) o juiz, ao proferir uma sentença condenatória; v) poderá determinar que o condenado perca o poder familiar, a tutela ou a curatela. Importante é ressaltar que tenha sido um crime doloso com pena de reclusão, não levando em consideração se houve substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e nem a quantidade da pena.

No que concerne às novas expressões, tem-se que o texto antecedente do artigo trazia um termo obsoleto, utilizado no Código Civil de 1916: “pátrio poder”, sendo esta mudança realizada apenas com o intuito de modernizar o vocabulário do Código Penal. As atribuições do poder familiar estão listadas no artigo 1.634 do Código Civil, descrevendo, como já referido, um rol de direitos e deveres direcionados aos pais em relação aos filhos menores de 18 anos, inclusive os que não foram emancipados, como conceder ou negar consentimento para viajarem ao exterior, exigir que lhes prestem obediência e respeito, dentre outros.

Em relação à inovação “outrem igualmente titular do mesmo poder familiar” significa dizer que se um dos detentores dessa atribuição (pai ou mãe) cometer crime contra o outro, o autor será punido com a perda desse poder sobre o filho ou a “filha”- expressão também acrescida na redação, apenas para abranger o gênero feminino – fruto dessa relação. Indispensável dizer que essa regra é aplicada tanto se a mulher for a autora do crime, quanto ao homem, sem distinções.

Por fim, acrescenta também, a expressão “outro descendente”, isto é, neto ou bisneto, que traduz a situação de um avô que tem dois filhos, sendo um deles menor de idade. O filho mais velho possui uma filha menor de idade. Caso o avô pratique algum dos crimes enquadrados do artigo em relação a neta com menos de 18 anos, perderá o poder familiar sobre seu filho menor de idade. Esse fato se explica pela limitação dos avós não exercerem o poder familiar sobre os netos, ainda que os pais da criança menor de idade já tenham falecido ou não estejam mais aptos para serem detentores deste poder.

Alguns aspectos são imprescindíveis de serem destacados. Uma controvérsia foi pacificada majoritariamente na doutrina, em relação ao questionamento se a perda do poder

familiar incluía somente o filho que foi a vítima do crime ou se englobava também os demais filhos que não foram atingidos pela prática criminosa. Diante da resposta positiva, o professor Cleber Masson afirma que:

Essa incapacidade pode ser estendida para alcançar outros filhos, pupilos ou curatelados, além da vítima do crime. Não seria razoável, exemplificativamente, decretar a perda do poder familiar somente em relação à filha de dez anos de idade estuprada pelo pai, aguardando fosse igual delito praticado contra as outras filhas mais jovens, para que só então se privasse o genitor desse direito. (MASSON, 2015, p. 938).

Esse mesmo contexto se aplica ao avós, pois, como já foi dito, os mesmos não são detentores do poder familiar sobre os netos. Desta forma, caso o avô pratique o crime contra o neto, ele perderá o poder familiar em relação aos seus filhos menores, ainda que estes não se enquadrem como vítimas do delito. De acordo com Rogério Sanches (2018, p.3), “o que se pretende, portanto, com a redação dada pela Lei 13.715/18 é permitir a perda do poder familiar sobre menores que não sejam vítimas diretas da conduta praticada pelo agente, mas que de alguma forma sejam colocados em risco por ela”.

Outra análise gira em torno da questão se a perda é temporária ou permanente, isto é, caso o autor do crime tenha alcançado a reabilitação, seria possível ser estabelecido o poder familiar? A resposta é negativa, visto que esta é permanente, como está disposto no artigo 93 do Código Penal, parágrafo único, que “a reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo”.

Significa dizer que, em regra, a reabilitação extingue os efeitos secundários extrapenais específicos da sentença condenatória, todavia a perda do poder familiar integra a exceção. Logo, “em relação à vítima do crime doloso e punido com reclusão essa incapacidade é permanente”. (MASSON, 2015, p. 938). Portanto, no caso em que houve essa perda devido a uma sentença penal condenatória, o poder familiar não será restaurado, ainda que encerre o cumprimento da pena e passe pela etapa de reabilitação.

É válido expor um posicionamento doutrinário que relativiza essa permanência, pois argumenta que em relação aos demais filhos, pupilos ou curatelados, a incapacidade de exercer o poder seria provisória, desta forma o condenado, caso reabilitado, reestabeleceria a sua aptidão. (MASSON, 2015).

Em se tratando de crítica referente a permanência da perda do poder familiar em relação à vítima, não existem posicionamentos nesse sentido, todavia, segundo alguns doutrinadores, inexistente pena perpétua no Brasil, e por este motivo, está justificada a incoerência em adotar que tal perda seja definitiva e, portanto, deveria a mesma ser temporária. Assim aduz Cezar Roberto Bitencourt:

Efetivamente, um Estado que se quer democrático de Direito é incompatível com um Direito Penal funcional, que ignore as liberdades e garantias fundamentais do cidadão. Aliás, a própria Constituição Federal adota a responsabilidade penal subjetiva, a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, preservando, inclusive, a dignidade humana (art. 5º, III, CF). Ademais, a Carta Magna brasileira proíbe expressamente as sanções perpétuas, capitais, cruéis e degradantes e elevou essas garantias à condição de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inc. IV, CF). Em outros termos, referidas garantias não podem ser suprimidas ou revistas nem mesmo por meio de emendas constitucionais. (BITENCOURT, 2000, p. 13).

É importante salientar, que os efeitos da sentença condenatória que decreta a perda do poder familiar, da tutela ou da curatela, não são automáticos, pois como dito nas características acima, os efeitos secundários extrapenais específicos da condenação precisam estar concretamente fundamentados na sentença, como descreve o artigo 92, parágrafo único, do Código Penal.

No que se refere à mudança na redação do ECA, houve alteração em seu artigo 23, ao narrar que:

Art. 23. (...)
(...)
§ 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente.

Assim como no Código Penal, foi acrescida a expressão “outrem igualmente titular do mesmo poder familiar” e “ou outro descendente”. Resta evidenciar que, se algum dos cônjuges for condenado, a perda não será obrigatória, em razão da regra ser que a condenação criminal do pai ou da mãe não implicará na destituição do poder familiar, salvo nas hipóteses de crime doloso, sujeito à pena de reclusão, praticado contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, praticado contra filho ou filha; ou praticado contra outro descendente.

O Código Civil, do mesmo modo, foi alvo de mutação, sendo incluído no seu artigo 1.638 um parágrafo único que aborda:

Art. 1.638. (...)

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

Mas ora, estão igualmente previstas as mesmas hipóteses do Código Penal. Então, questiona-se, qual a relevância deste artigo do Código Civil. Explica-se que se o ocorrido for enquadrado neste dispositivo, a sentença penal condenatória não é fator determinante para que o autor do crime perca o poder familiar, já que ao juiz cível é permitido determinar a perda do poder familiar, sendo as hipóteses elencadas no parágrafo único do artigo 1.638 autônomas. (SANCHES, 2018).

Mediante as constatações, é possível afirmar que o Direito Penal tem se empenhado bastante em criar novos tipos penais e aumento de penas, conseqüentemente tornando-se mais rigoroso. Nos últimos anos, a vertente minimalista foi bastante debatida, todavia, como demonstrado mais especificadamente com a inovação da Lei 13.715/2018, a disseminação da expansão do poder punitivo está cada vez mais sendo executada. Há ainda quem acredite que a maior intervenção do sistema penal é a resposta concedida pelos políticos aos anseios individuais por segurança. Nessa dimensão, Maria Lúcia Karam (2006, p. 98) estabelece que “a opção preferencial pela maior intervenção do sistema penal produz uma desmedida ampliação do poder punitivo, acabando por aproximar democracias a Estados totalitários”.

Um exemplo comprovado desse panorama, como já mencionado, é a própria Lei 13.715/2018, a qual apresenta a particularidade de que o autor do crime para se enquadrar nas hipóteses elencadas tem que estar sujeito à pena de reclusão. Atente-se para a aplicação da pena privativa de liberdade, em uma lei nova, exercendo o seu rigor cumprimento, ao impor o regime fechado – o mais severo - como inicial, o qual será cumprido em um ambiente que desconsidera o respeito à integridade física e moral do preso, sendo, portanto, afastada a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nota-se, explicitamente, a imperiosidade desse tipo de punição e, assim, Karam (2006, p. 102) relata que “a ‘pós-moderna’ ampliação do poder punitivo, embora diversificando os

mecanismos de controle, não dispensa a pena privativa de liberdade. Ao contrário, a prisão, até por sua maior visibilidade, seu expressivo simbolismo, sua exposição da condenação penal, permanece indispensável”. Essa notória função da pena privativa de liberdade garante tal visibilidade ao caracterizar os estigmatizados infratores como “perigosos” e “inimigos”.

Neste diapasão, visando efetivar os princípios que norteiam um Estado Democrático de Direito, é preciso haver máximo respeito aos direitos individuais e fundamentais do ser humano, enaltecendo a sua inafastabilidade, com o objetivo de garantir a dignidade e o bem-estar de todos os indivíduos, evidenciando que a expansão do poder punitivo estatal não é o meio viável de solucionar os problemas da criminalidade, pois, como destaca Karam (2006, p. 112), “as condutas negativas ou indesejadas não desaparecem por conta do rigor penal, visto que somar ao dano do crime a dor da pena é multiplicar danos”.

3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA: NOÇÕES BÁSICAS E A SUA CONTRIBUIÇÃO NA RESOLUÇÃO DOS PROBLEMAS PENAIS

Enfatizando a necessidade de optar pela imposição de métodos alternativos em face daqueles aplicados ao sistema punitivo convencional, tendo em vista a falência do sistema prisional, fez-se necessária a busca de novas práticas resolutivas de conflitos penais. A partir disso, obtivemos a Justiça Restaurativa como tal instrumento garantidor dessa alternatividade ao tratamento dos conflitos e complementariedade para a atuação jurisdicional, pois essa prática inovadora não objetiva substituir por completo os sistemas vigentes (ORSINI; LARA, 2012), isto é, apesar do modelo da pena privativa de liberdade encontrar respaldo na ideia de fracasso representada pelo sistema prisional atual, o cárcere não está eliminado completamente do cenário de atuação, como assim pretende a teoria abolicionista, e sim afastada a sua incidência como primeira e única opção, uma vez que ainda pode ser aplicado aos casos concretos, desde que tenha sido a melhor escolha feita entre as partes envolvidas. (MACHADO, 2016).

Trilhando nesse sentido, Alisson Morris esclarece que:

Os objetivos da Justiça Restaurativa são, principalmente, responsabilizar de forma significativa os infratores e proporcionar uma reparação às vítimas, certamente no plano simbólico e, quando possível, também concretamente. Os resultados restauradores são muitas vezes vistos como focados exclusivamente em pedidos de desculpa, reparações ou trabalhos comunitários, caminhos pelos quais a propriedade

roubada poderia ser ressarcida ou as injúrias feitas às vítimas poderiam ser compensadas. No entanto, *qualquer* resultado – incluindo o encarceramento – pode ser, efetivamente, restaurativo, desde que assim tenha sido acordado e considerado apropriado pelas partes principais. Por exemplo, pode-se chegar à conclusão de que o encarceramento do infrator é o meio adequado, naquela particular situação para proteger a sociedade, para representar a gravidade do crime ou mesmo para reparar a vítima. (MORRIS, 2005, p. 442 apud MACHADO, 2016, p. 133).

O instituto da Justiça Restaurativa está positivado em alguns dispositivos legais, tais como a Lei 12.594/2012, que implementou o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), abordando em seu artigo 35, inciso III, a “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas” como um princípio da execução das medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes que pratiquem atos infracionais; na Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do poder Judiciário, a partir da definição do conceito de Justiça Restaurativa, análise do protagonismo da vítima e a relevância da participação do autor da conduta e da comunidade; e, na Resolução 2002/12, instituída pela Organização das Nações Unidas (ONU) através do seu Conselho Econômico e Social (ECOSOC), a qual contempla três princípios fundamentais: o programa restaurativo, o processo restaurativo e o resultado restaurativo, classificados por Renato Pinto como:

O Programa Restaurativo é qualquer programa que utilize processos restaurativos buscando um resultado restaurativo. O Processo Restaurativo se dá através do encontro entre vítima, infrator e, quando apropriado, outras pessoas ou membros comunidade, tentando solucionar as controvérsias decorrentes de um crime, orientados geralmente por um facilitador; e abrange a mediação, a conciliação, audiências e círculos de sentença. O Resultado Restaurativo é o acordo alcançado durante esse encontro (processo restaurativo), que inclui responsabilidades para o autor do ato delitivo, como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, intentando satisfazer as necessidades individuais e coletivas das partes e almejando a reintegração social da vítima e do infrator. (PINTO, 2005, p. 23 apud SPOSATO; NETO, 2013, p.8).

Além destes, a dinâmica restaurativa engloba ainda mais cinco princípios elementares: considerado primordial, o princípio da Voluntariedade, emite que as partes não devem ser forçadas a se submeterem às sessões, e sim motivadas e encorajadas para tanto, com o fundamento de que o objetivo é a facilidade na conquista de um acordo. (PERES, 2015).

O segundo é o da Informalidade, pautado na ausência de rituais solenes e de excesso de burocracia, com exceção da elaboração do termo constante o acordo, o qual deve ser redigido com objetividade, contendo a proporcionalidade nas obrigações imputadas às partes, devendo as mesmas terem o seu cumprimento possível e uma garantia deste. Em relação ao

respectivo enunciado, o mesmo também prevê que os locais onde ocorrem as sessões devem ser distintos do Fórum, para não exalar a formalidade contida no Poder Judiciário. (PERES, 2015).

Denominado de Oportunidade, este princípio institui que a prática restaurativa pode ser realizada “antes ou depois do oferecimento ou recebimento da denúncia ou queixa-crime, antes ou depois da prolação da sentença; ou no curso da execução penal (...) Em caso de ser realizada antes do oferecimento da denúncia, o único requisito a ser analisado é a existência de indícios que possam fundamentar uma eventual sentença, ou seja, materialidade e autoria”. (PERES, 2015, p.7).

O princípio da Neutralidade determina que o procedimento em que as partes se submetem é neutro, não havendo favorecimento para nenhuma destas. Por último, aparece o princípio do Sigilo, que pressupõe que fatos pronunciados pelas partes não podem ser revelados a nenhum processo, seja o que está em andamento ou qualquer outro. Caso o infrator se recuse a aderir ao procedimento restaurativo com a vítima, este fator não pode servir como justificativa para agravar a pena instaurada. (PERES, 2015).

Conforme a disposição da estrutura que compõe a trilha restaurativa, é possível perceber uma preocupação peculiar com as partes envolvidas e/ou atingidas pelo ato criminoso. Ocasão a qual se encarrega em apreciar a situação da vítima, infrator, e, ocasionalmente, direta ou indiretamente, a comunidade e a família, visando reparar os danos causados em todos, sejam estes materiais ou imateriais, atentando-se para os aspectos emocionais e sociais.

Além disso, atribui-se ao sujeito ativo a sua devida responsabilização, ao estabelecer obrigações futuras com o intuito de fazer com que o cumprimento dos seus deveres compensem o dano causado, através do reconhecimento da sua conduta errônea e empatia, não se eximindo de fornecer para o autor do ilícito o apoio necessário para estimulá-lo a cumprir, aceitar e entender a sua missão.

Ademais, concede o poder de solucionar o conflito aos próprios envolvidos, tornando-os protagonistas da cena, com o objetivo primordial de propiciar a aproximação entre a vítima e o ofensor via diálogo e respeito aos princípios de boa conduta.

É de suma relevância, enaltecer o papel importante que a comunidade exerce ao conferir sua impressão, pois, além de materializar a democracia, contribui para a

desconstrução da marginalização e estigmatização sofridas pelo criminoso, uma vez que ao colaborar no processo restaurativo consegue compreender sob outra ótica o ocorrido e, assim, facilita a reinserção social do preso. Portanto, afirma Saliba:

Quanto a participação da comunidade no processo restaurativo, há cinco razões da sua importância: a) fortalecimento dos vínculos entre delinquente, vítima e comunidade; b) reinserção social mais efetiva; c) conscientização da importância social do fato pelo desviante, vítima e comunidade; d) conscientização do processo para a comunidade; e) efetivação da soberania e cidadania participativas no Estado Democrático de Direito. (SALIBA, 2009, p. 163 apud SPOSATO; NETO, 2013, p. 7).

Existem diversos métodos de aplicação da Justiça Restaurativa, sendo analisados de acordo com as particularidades de cada caso concreto. Como destaques, podem-se citar três:

- mediação vítima-ofensor: há o encontro entre vítima-transgressor, além da presença auxiliar de um mediador imparcial, todos reunidos com o propósito de elaborar caminhos para resolver o conflito, além de exercitar o reconhecimento dos malefícios recíprocos entre as partes. (ALMEIDA *et al.*, 2017, p. 2);
- reuniões ou círculos restaurativos: o coordenador decide agregar a família ou grupo comunitário, vítima e ofensor, pretendendo aproximar os indivíduos envolvidos direta ou indiretamente no conflito, por meio de uma relação harmoniosa de respeito mútuo e confiança; colaborar na compreensão da vítima acerca dos questionamentos que rodeiam o ocorrido ilícito; e, conscientizar o transgressor da norma penal sobre seu ato, entendendo ser a Justiça Restaurativa o método viável para a resolução do problema. (ALMEIDA *et al.*, 2017, p. 2);
- tratados de paz ou grupos de sentença: são arquitetados planos de sentença com base em cada caso, para administrar corretamente os danos decorrentes do ato lesivo e atender às demandas de todos os indivíduos implicados, objetivando recuperá-los, promovendo a reciprocidade de responsabilidades para alcançar as soluções desejadas e garantir um ambiente ameno, pacífico e comunitário. (ALMEIDA *et al.*, 2017, p. 2).

Sobre os métodos relacionados, o mais utilizado é o círculo restaurativo, como assim explica os profissionais Adriana Orsini e Caio Lara que:

De todos os procedimentos restaurativos citados anteriormente, o círculo restaurativo, tem sido o mais utilizado no Brasil. Na realidade, o procedimento compõe-se de três etapas, sendo a primeira o chamado pré-círculo (reunião preparatória), a segunda o círculo restaurativo propriamente dito e a terceira e última etapa, o pós círculo (reunião de acompanhamento do cumprimento das obrigações

estabelecidas). Das reuniões participam vítimas, ofensores e pessoas da comunidade afetadas pela infração, além dos coordenadores ou facilitador do círculo. Deste modo, o círculo restaurativo é um espaço de poder compartilhado, em que as pessoas chegam de livre e espontânea vontade e ninguém é culpabilizado. É um local onde os participantes assumem responsabilidade pelo acontecido e chegam a um acordo que restaure a relação social rompida. (SCURO NETO, 2006, p. 229-2554 apud ORSINI; LARA, 2012, p. 8).

Cabe evidenciar os artigos 1º e 2º da Resolução 225/16, os quais destacam o princípio da voluntariedade, que enuncia a opção de aderir ao procedimento restaurativo e que apesar da compensação dos danos ser um dos objetivos almejados, não deve ser obtida a qualquer custo. Outrossim, como já disposto em outros instrumentos legais, reitera a finalidade da Justiça Restaurativa de revalorizar as partes e reparar os danos materiais e/ou emocionais.

Percorrendo um breve histórico, desde antes da era cristã, as práticas restaurativas já existiam, através das suas disposições em alguns códigos, como por exemplo o de Hammurabi (1.700 a.C) e o de Lipit-Ishtar (1875 a.C), os quais aplicavam a restituição para o criminoso quando este cometesse “crimes contra os bens”. Anos se passaram e a Justiça Restaurativa, evolutivamente, veio novamente a ter destaque no ano de 1977, quando o psicólogo Albert Eglash escreveu um artigo intitulado “Beyond Restitution: Criative Restitution”, o qual significava “Além da restituição: restituição criativa” e explicitava a diferença do sistema retributivo - como forma exclusiva de punição - associado a Justiça Restaurativa, que trazia um critério de reparação. (MACHADO, 2016).

Entre a década de 1970 e 1980 foram visualizadas as primeiras experiências no Canadá, na Nova Zelândia (tomando por base o método utilizado pelos maoris para resolver os conflitos) e nos Estados Unidos. Duas décadas depois, em 1990, no Brasil, Howard Zehr publicou a obra “Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice” que traduzia “Trocando as Lentes: Um Novo Foco sobre Crime e Justiça”, estimulando novos pesquisadores a se aprofundarem no assunto. (ORSINI; LARA; 2012).

Posteriormente a Segunda Guerra Mundial foram emergindo discursos preocupados com o motivo que fazia com que as pessoas se tornassem vítimas de determinados crimes, intitulados de vitimologia. De acordo com Myléne Jaccoub (2005) apud Machado (2016), eles foram os incentivadores para diversos teóricos se debruçarem em prol da necessidade de analisar a vítima no processo e o formalizador do desenvolvimento dos princípios da Justiça Restaurativa.

No Brasil, as primeiras práticas restaurativas foram registradas em Porto Alegre, no ano de 2002; na capital gaúcha, com o projeto de Justiça para o Século XXI; no Núcleo Bandeirante (DF); em São Paulo; em São Caetano do Sul, entre diversos outros lugares (ORSINI; LARA; 2012). Já em 2005, foi instituído no país, pelo Ministério da Justiça o projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” (PNUD: PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO) (ALMEIDA *et al.*, 2017). Anos depois, em 2012, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais vivenciou a experiência na cidade de Santa Rita do Sapucaí. (MACHADO, 2016).

Este novo modelo alternativo contrapõe o da justiça retributiva, o qual concentra toda a sua atenção na imputação da pena ao autor do crime e exigibilidade em seu cumprimento, localizando a vítima como elemento periférico do processo legal e concedendo ao Estado o poder da punição. É significativo enaltecer a posição majoritária dos doutrinadores no que se refere à falência desse sistema tradicional, destacando a sua falta de comprometimento em cumprir a finalidade preventiva da pena - a qual visa evitar a reincidência e colaborar com a ressocialização - e em não oferecer condições suficientemente humanitárias para abrigar seus condenados, fator que resulta no aperfeiçoamento dos delinquentes, pois uma vez que saem da prisão tornam-se “pós-graduados” no crime, ou seja, o ambiente do cárcere é convertido em uma verdadeira escola da criminalidade. (MACHADO, 2016).

Logo, mediante as circunstâncias presentes, a grande tarefa atual é reformular o paradigma inserido no sistema penal, reconhecido por Álvaro Pires (2004, p. 40) como a “racionalidade penal moderna”, desenvolvida em meados do século XVIII, a qual dissemina um discurso ditador e opressivo, pautado no ato de punir. Com isso, Fernanda Ravazzano explica que essa teoria reflete os ideais do processo penal formal, pautado essencialmente na retribuição:

Foi criado um mecanismo de raciocínio na sociedade com o binômio norma/punição, não se permitindo outra forma de solução do conflito além da imposição de uma pena aflictiva. Sob o ponto de vista teórico e formal, a racionalidade penal moderna refere-se ao sistema da justiça criminal, possuindo princípios, métodos e diretrizes próprias, diferenciando-a das demais formas de justiça. Quanto ao aspecto empírico e descritivo, trata de uma racionalidade desenvolvida a partir de um dado momento histórico; Ocorre que tal momento, teve início no século XVIII e perdura até os dias atuais. Há uma obrigatoriedade em se punir aquele que viola a lei, havendo uma cultura punitiva. (RAVAZZANO, 2016, p. 2-3).

Acrescido a essas questões, existe o fator da estigmatização e marginalização daqueles que já cumpriram uma pena, posto que há um registro criminal na sua ficha de antecedentes, tornando-a suja e, por isso, dificultando o retorno desse indivíduo ao mercado de trabalho, o que corrobora para a sua reincidência na criminalidade. (MACHADO, 2016).

Um exemplo notável que reflete todo o quadro narrado está explícito no filme “Assassinato em 1º grau”, o qual relata a história de um adolescente de 17 anos, Henri Young, no cenário do ano de 1938, em que rouba cinco dólares para manter a si mesmo e a sua irmã menor.

Todavia, diante dessa circunstância, foi condenado à prisão de segurança máxima de Alcatraz. Entretanto, em uma tentativa frustrada de fuga com mais três prisioneiros, foi novamente punido e direcionado para solitária do mesmo local, com o prazo de permanência previsto para 19 dias. Contudo, esse período se estendeu por três longos anos, suportados em um ambiente de extrema calamidade, no escuro, sem roupa, acompanhado de insetos e de suas necessidades fisiológicas, sem contar as inúmeras agressões físicas e psicológicas praticadas pelos guardas. Em seguida, Young foi retirado da solitária e passou a conviver acompanhado dos outros presos, porém, em estado de revolta e transtornos psicológicos, praticou o assassinato do companheiro que o delatou.

A partir dessa situação de total displicência por parte dos diretores e funcionários do presídio - os quais, ao final do filme, foram os verdadeiros condenados e responsabilizados pelo crime cometido -, manifesta-se, indubitavelmente, a ineficácia do cárcere no cumprimento de suas pretensões, em virtude do condenado reincidir e sair pior do que quando entrou, resultando na perda de sua identidade e destroçando toda a sua estrutura física e mental, além de afrontar os direitos dos presos e a vedação ao tratamento humano e degradante previstos no artigo 5º da Constituição Federal (1988), e desconsiderar a premissa de que o cometimento de um ato ilícito não descaracteriza o encarcerado como ser humano.

4. A ADEQUAÇÃO DA TÉCNICA ALTERNATIVA NOS CASOS DE ESTUPRO ENVOLVENDO PESSOAS COM FILHO COMUM

O crime de estupro está previsto no Título VI do Código Penal, nomeado de Crimes Contra a Dignidade Sexual, a partir do advento da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, uma

vez que antes era intitulado de crimes contra os costumes por se reservar em tutelar o modo como o indivíduo se comportava diante da prática de um ato sexual, todavia, atualmente possui como bem jurídico a dignidade sexual. Além da alteração, essa lei também transformou dois artigos em apenas um, sendo estes o 213, que trazia a figura típica do estupro, e o 214, que versava sobre a figura do atentado violento ao pudor, a qual foi revogada, mas não descaracterizada como crime, já que não houve o “abolitio criminis” e sim a aplicação do princípio da continuidade normativo-típica, ou seja, a previsão contida no artigo 214 foi transferida para o artigo 213, englobando tudo em um único tipo penal.

Com essa inovação, o artigo 213 do Código Penal trouxe em sua nova redação:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
§ 1º-Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.
2º-Se da conduta resulta morte:
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Vale destacar que a partir desse novo texto, o legislador permitiu que o crime de estupro abrangesse tanto o homem quanto a mulher como sujeito passivo ou ativo, tendo em vista que a redação antiga restringia o papel do agente apenas ao homem e o da vítima somente a mulher, em virtude da interpretação do ato de conjunção carnal se referir à cópula vagínica, ou seja, a introdução do órgão sexual masculino na cavidade vaginal. Porém, desde a atualização de 2009, o papel de autor ou de vítima da conduta criminosa fica autorizado tanto ao homem, quanto a mulher exercer.

Em relação ao crime em análise, no ano de 2010, o Supremo Tribunal Federal consolidou uma jurisprudência pacificando que as figuras típicas enquadradas no artigo 213 do Código Penal, o estupro e o atentado violento ao pudor, são crimes hediondos previstos na lei 8.072/90, ainda que não resultem em lesão grave ou morte da vítima, pois o bem jurídico violado nessas ocorrências penais é a liberdade sexual e não a vida ou a integridade física. Assim demonstrado: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o crime de estupro, tanto na sua forma simples como na qualificada é crime hediondo”. (STF, HC 73649, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/05/2010).

Diante das diversas vertentes existentes acerca de um tema, há autores que defendem que a Justiça Restaurativa só é eficaz quando aplicada a crimes menos graves, isto é, de baixo

potencial ofensivo. Por essa razão, orientam o seu pensamento no sentido de que o crime de estupro, por se enquadrar no caráter hediondo e possuir lesividade a um bem jurídico de alta valia, não deve estar sob a égide da prática restaurativa. Sob essa perspectiva defende Francine Machado:

Além disso, também devemos ter uma grande preocupação com a forma como os procedimentos da Justiça Restaurativa são desenvolvidos. O que temos aqui é um diálogo entre vítima e acusado, para que um conflito seja resolvido. Isso, para crimes menores, como a calúnia, a difamação, os crimes cometidos no âmbito familiar, ou até mesmo para um furto, poderia resolver. Contudo, acreditamos ser uma ilusão muito grande a utilização desse tipo de procedimento para crimes mais graves, como, a título apenas de exemplo, um homicídio ou um estupro. Essas seriam, a nosso ver, hipóteses quase certas de gerar a chamada vingança privada, pois a vítima ou seus familiares certamente não ficariam muito satisfeitos em resolver conflitos destes níveis por meio de um diálogo ou de um simples pagamento, que o seja. (MACHADO, 2016, p. 141).

Imperioso acentuar que a vítima, a família e a comunidade não agem arbitrariamente e sem limitações ao exercitar a prática restaurativa conjuntamente com o agente do crime, porque nas reuniões existem profissionais habilitados para coordenar o procedimento aplicado, de acordo com as resoluções e os princípios, os quais funcionam como verdadeiros manuais de orientação para os facilitadores agir.

Por outro lado, há teses que sustentam o oposto, afirmando que a Justiça Restaurativa deve compreender os crimes de alta gravidade:

Outrossim, entendemos não ser razoável a limitação atual quanto à admissibilidade da Justiça Restaurativa somente a crimes de menor potencial ofensivo. Tal prática deve ser estimulada sempre que possível, sobretudo quando estamos diante de crimes envolvendo bens jurídicos disponíveis, a exemplo do patrimônio. Já constatamos que a violência gera a violência, nada mais que se substitua o ódio pela compreensão. (RAVAZZANO, 2016, p. 6).

Com maior particularidade, há ainda quem defenda a aplicabilidade deste método alternativo e restaurativo nos crimes sexuais:

É notável que os crimes sexuais possuem algumas características intrínsecas, o que também torna difícil a aplicação dos processos restaurativos. Como, por exemplo, a revitimização ou o abuso de poder, por parte do ofensor, que posteriormente pode manipular ou fragilizar a vítima. Porém, não obstante estes entraves, a justiça restaurativa tem se desenvolvido como uma forma alternativa de solução de conflitos com resultados bastante positivos (...) Estas práticas são uma resposta proativa e holística para os problemas, como também um meio eficaz de reduzir a incidência de crimes sexuais e a reincidência do agressor sexual. (ALMEIDA *et al.*, 2017, p. 8).

Adotando-se a corrente que defende a efetivação da Justiça Restaurativa nos crimes de alto potencial ofensivo, mais especificadamente nos crimes sexuais, é possível estabelecer que diferentemente dos casos de homicídio - onde não seria possível restaurar a vida da vítima, mas apenas reparar o autor do crime -, nos casos de estupro, em que não haja o resultado morte, viabilizaria a restauração da dignidade sexual da vítima e a possível compensação dos danos, além de colaborar com a reparação do autor da conduta delituosa e dos demais afetados.

Em muitos casos, a Justiça Restaurativa, tendo em vista a possibilidade da sua aplicação concomitantemente com o processo judicial, pode ser utilizada como atenuante no cumprimento da pena, hipótese que representa uma das grandes vantagens de associar a técnica alternativa ao sistema prisional, embora este esteja vivenciando um histórico de falência.

Analisando a lei 13.715/2018, a sua previsão de perda do poder familiar nos casos de estupro contra outrem, igualmente titular deste mesmo poder, resulta em uma criança, filho (a) em comum do casal, que conviverá com a situação de ter um dos seus genitores como autor do fato e o outro como a vítima, a qual se encontra completamente abalada em razão do quadro vivenciado.

A hipótese citada possibilita que a Justiça Restaurativa, atentando para o cumprimento dos objetivos que lhes são peculiares, reúna as partes envolvidas - tais como vítima, família, inclusive o filho do casal, e a comunidade - para estabelecer um diálogo que propicie a troca de informações em relação ao ocorrido, dando oportunidade para todos se manifestarem, expondo o motivo de ter agido daquela forma, quais as circunstâncias do momento da prática criminosa, assim como a observação atenta e sem julgamento do coordenador da sessão.

Logo em seguida, após já terem sido apresentadas as causas do problema, com base no ponto de vista de cada parte, é necessário encontrar um denominador comum para alcançar a solução, atentando-se para o cuidado que a gravidade do crime ocorrido exige e o fator de ter uma criança envolvida. Os presentes na reunião precisam estar dispostos a encontrarem juntos a melhor alternativa para direcionar o problema ao caminho mais satisfatório, reconhecendo em quais aspectos a atitude de um interferiu negativamente na vida do outro, estabelecendo formas de compensar e minimizar os danos resultantes.

Como já abordado, é facultado às partes escolherem o auxílio judicial em parceria da técnica restaurativa como melhor trilha a seguir. Caso seja este o método fixado em relação a criança, esta passaria a viver uma realidade de ter o seu genitor, autor do crime, cumprindo pena em um estabelecimento prisional, contudo, com o diferencial de que o mesmo estaria sendo recepcionado com o apoio psicológico que a adoção da prática restaurativa fornece.

Merece destaque um fator eventual e fundamental, seja este a circunstância de um dos detentores do poder familiar ter violado as normas penais por conta de fatores aleatórios, como a embriaguez, que desvirtua consideravelmente a capacidade cognitiva plena do indivíduo. Diante desta percepção, esse pai ou essa mãe conservava uma relação agradável e responsável com a criança, e por motivos eventuais praticou um ato que implicará em potenciais danos tanto para o seu filho, quanto para o seu cônjuge.

Além disso, enfatizando a figura mais vulnerável, a criança que nenhum envolvimento tem no relacionamento, arcará com todas as consequências negativas, uma vez que a falta de um dos seus responsáveis interferirá significativamente na sua vida e, acrescido ao fator da ausência, ainda terá que conviver com a questão de ter alguém do seu vínculo familiar preso. Logo, além do procedimento restaurativo concentrar a sua atenção no ofensor e na vítima, é necessário dar enfoque também na situação do menor, não por ser mais importante, mas por requerer maior atenção, posto que se trata de uma criança que exige cuidados específicos em sua fase de crescimento.

Do mesmo tratamento necessita a vítima direta, a qual conviverá com a situação de atuar unilateralmente no exercício do poder familiar somado com as implicações emocionais oriundas do ato delituoso. Desta forma, precisará de todo o amparo profissional para recompor a si mesma e não interferir ainda mais na vida do menor, tendo em vista que precisa fornecer para este toda assistência necessária, a qual não será mais compartilhada e sim unilateral, evidenciando ainda mais a primordialidade de reforço e atenção em sua reparação. Igualmente em relação ao autor do crime, já que não mais poderá conviver e exercer o poder familiar com a criança, resultando na destituição da sua família.

Logo, apesar das repercussões negativas que a expansão punitiva acarreta, a Justiça Restaurativa precisa se adaptar a resolver e recompor as estruturas afetadas nos mais variados casos, visando evitar os traumas decorrentes da conduta delitiva.

Na tentativa de modificar o cenário apresentado, iniciativas já foram adotadas através da instauração de leis e resoluções, dotadas de princípios. Contudo, essas previsões contidas nos textos legais que preveem a instituição da Justiça Restaurativa necessitam ser efetivadas e aplicadas por meio da mudança de paradigma da sociedade, não se consubstanciando apenas em promessas elencadas em um papel, como assim ressalta Ravazzano em relação à Resolução 225/16:

Entretanto, a mera edição da Resolução não será suficiente para a mudança da realidade, pois se trata de uma alteração cultural, da punição e sofrimento para o diálogo e entendimento. Não obstante, tal mudança será obtida com a disseminação da prática restaurativa e o primeiro passo já foi dado. (RAVAZZANO, 2016, p. 6).

Para alcançar este objetivo, também é imprescindível dispor de uma equipe multidisciplinar extremamente qualificada pra atender aos interesses de todos os atingidos, tendo como meta lograr o êxito na eficácia do instituto restaurativo, visando se adequar as particularidades de cada indivíduo, tomando como exemplo a situação peculiar descrita anteriormente.

5. CONCLUSÃO

A partir da exposição de todos esses aspectos tem-se a expansão do poder punitivo, ampliando o alcance da punição do Estado, representado na lei 13.715/2018, ao crescer hipóteses de perda do poder familiar e cumprimento da respectiva pena no regime mais severo.

O poder parental é um instituto irrenunciável e indelegável, que rege a vida de uma criança por fornecer aos pais um arcabouço de direitos e deveres, orientando-os no exercício da responsabilidade de criação da sua prole. Com isso, caracteriza-se como um instrumento indispensável e insubstituível para garantir um desenvolvimento saudável, completo e pleno para o menor, o qual com a ausência de um dos seus genitores sofreria com significativas lacunas.

É válido reiterar o sistema prisional deslegitimado por conta da falta de efetivação no cumprimento das suas obrigações. Todavia, para solucionar este transtorno foi demonstrada a capacidade da Justiça Restaurativa, como método alternativo, de reestabelecer os vínculos

perdidos entre os envolvidos e afetados, direta ou indiretamente, com a prática de uma conduta criminosa, mais especificamente o crime de estupro, de forma amigável e pacífica, materializando uma das vertentes minimalistas de amenizar o *ius puniendi* estatal.

Cabe, ainda, enaltecer o papel fundamental da comunidade no procedimento restaurativo, seja de prevenir a marginalização e estigmatização do infrator através do exercício da democracia, por exercer voz ativa nas reuniões, e conseqüentemente propiciar a reinserção social do indivíduo.

Entretanto, ainda assim, não fica dispensada por completo a escolha do cárcere, ainda que ineficaz, podendo este ser aplicado conjuntamente com a prática restaurativa, desde que tenha sido a opção mais conveniente selecionada pelas partes, como enuncia o princípio da voluntariedade, servindo até como uma atenuante em determinados crimes, como o estupro.

Ademais, mesmo que esteja cumprindo pena no estabelecimento prisional, o fator diferenciado é que o indivíduo não está destituído de atenção, já que apesar de se encontrar em um ambiente desagradável, recebe todo amparo psicológico fornecido pelo procedimento da Justiça Restaurativa, através da conscientização dos seus atos, por exemplo.

Nota-se, por conseguinte, que a técnica alternativa em análise pode ser aplicada em todos os crimes, permitindo que se trate de forma eficaz todos os seus integrantes, inclusive aqueles que necessitam de maior cautela, devido as particularidades da sua idade e desenvolvimento.

Outrossim, também oportuniza a prevenção de traumas oriundos da conduta comissiva do autor do fato, restringindo o exercício expansionista do poder punitivo, visto que não é admissível ampliar uma cultura punitiva e prejudicar até mesmo indivíduos alheios ao ocorrido, alcançando além do raio previsto de perseguição e punição do infrator.

REFERÊNCIAS

ALAGIA, A.; BATISTA, N.; SLOKAR, A.; ZAFFARONI, R.; **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011.

ALMEIDA, Rodrigo *et al.* **Justiça Restaurativa: a vítima notadamente nos crimes sexuais merece uma maior atenção ao contexto criminal?**. Ilhéus, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60981/justica-restaurativa-a-vitima-notadamente-nos-crimes-sexuais-merece-uma-maior-atencao-no-contexto-criminal>>. Acesso em: 8 mai. 2019.

_____. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Presidência da República – Casa Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 de mar. 2019.

_____. Lei n. 12.015 de 7 de agosto de 2009. **Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores**. Presidência da República – Casa Civil, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 14 de mar. 2019.

_____. Lei n. 12.594 de 18 de janeiro de 2012. **Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional**. Presidência da República – Casa Civil, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em 15 de mar. 2019.

_____. Lei n. 13.715 de 24 de setembro de 2018. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Presidência da República – Casa Civil, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13715.htm>. Acesso em 2 de fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Habeas Corpus n.73649**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21076034/habeas-corpus-hc-196744-mg-2011-0026216-3-stj?ref=serp>>. Acesso em: 19 de mai. 2019.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 225 de 31 de maio de 2016. **Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 25 de abr. de 2019.

Comentários à Lei 13.715/2018, que ampliou as hipóteses de perda do poder familiar decorrente da prática de crimes. Dizer o Direito. [S. l.], 2018. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/09/comentarios-lei-137152018-que-ampliou.html>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

DE PAULA, Francine Machado. **A crise do sistema penal: a justiça restaurativa seria a solução?**. AJURIS, Porto Alegre, v. 43, n. 141, dezembro 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_141.05.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2019.

FARIELLO, Luiza. **CNJ Serviço: o que significam guarda, poder familiar e tutela.** [S. l.], 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85530-cnj-servico-o-que-significam-guarda-poder-familiar-e-tutela-5>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

FARINELLI, Jéssica. **Efeitos da condenação penal.** Juiz de Fora. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/efeitos-da-condenacao-penal/>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

JESUS, Damásio E.; **Direito Penal: primeiro volume - Parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2011, 32ª edição. Disponível em: <<https://direitounivest.files.wordpress.com/2016/08/damasio-de-jesus-direito-penal-1-parte-geral-32c2aa-edic3a7c3a3o.pdf>>. Acesso em: 18 de mar. 2019.

KARAM, Maria Lúcia. **Para conter e superar a expansão do poder punitivo.** Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/92/488>>. Acesso em: 22 abr. 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: Parte geral – vol.1.** 9.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/22255760/Cleber_Rog%C3%A9rio_Masson_-_Direito_Penal_Esquematizado_Vol_1_Art._1_a_120_>. Acesso em: 12 abr. 2019.

NASPOLINI, Samyra. **O minimalismo penal como política criminal de contenção da violência punitiva.** Florianópolis. Dissertação (Direito) - UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, 1995. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/30386576.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2019.

ONU. Conselho Econômico e Social. Resolução 2002/12 de 24 de julho de 2002. **Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal.** Disponível em: <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>. Acesso em: 20 de abr. 2019.

ORSINI, Adriana; LARA, Caio Augusto. **A justiça restaurativa: uma abrangente forma de tratamento de conflitos.** [S. l.], 2012. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/175622237/A-JUSTICA-RESTAURATIVA-UMA-ABRANGENTE-FORMA-DE-TRATAMENTO-DE-CONFLITOS-IDENTIFICADO>>. Acesso em: 3 mai. 2019.

PERES, Igor. **O desenvolvimento da Justiça Restaurativa.** São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/simposio2015/publicado/artigo0134.pdf>>. Acesso em: 6 de mar. 2019.

PIRES, Álvaro. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos.** Novos estudos Cebrap, São Paulo, n. 68, mar. 2004. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/23201001/alvaro-pires-razionalidade-penal-moderna>>. Acesso em: 15 de abr. 2019.

RAVAZZANO, Fernanda. **Resolução nº 225/16 do CNJ e a justiça restaurativa: diálogo vs. Ódio**. Salvador, 2017. Disponível em:

<<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/346975445/resolucao-n-225-16-do-cnj-e-a-justica-restaurativa-dialogo-vs-odio>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

SANCHES, Rogério. **Lei 13.715/18: Altera dispositivos do Código Penal, do Código Civil e do ECA sobre a perda do poder familiar**. São Paulo, 2018. Disponível em:

<<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/09/25/lei-13-71518-altera-dispositivos-codigo-penal-codigo-civil-e-eca-sobre-perda-poder-familiar/>>. Acesso em: 16 de maio de 2019.

SPOSATO, Karyna; NETO, Vilobaldo. **Justiça Restaurativa e a solução de conflitos na contemporaneidade**. [S. l.], 2013. Disponível

em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a22ede5d703532f2>>. Acesso em: 4 mai. 2019.

VASCONCELOS, Keila. **Os movimentos da Política Criminal Moderna: Minimalismo, Absolutismo e Garantismo e consequências de sua aplicação na sociedade atual**. Brasília, 2015. Disponível

em: <http://ambito-juridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15004#_ftnref11>. Acesso em: 2 mai. 2019.

ZAFFARONI, Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução por Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001. Disponível em:

<<https://pt.slideshare.net/Monsouzas2/01-zaffaroni-eugenio-em-busca-das-penas-perdidas-completopdfpdf-compressor2003911>>. Acesso em: 10 de fev. de 2019.