

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

JUSTIÇA RESTAURATIVA:
UMA LEITURA CONSTITUCIONAL A PARTIR DO GARANTISMO

ANDREA ZIMMERMANN DE BORBA

Itajaí (SC), Julho 2009.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

JUSTIÇA RESTAURATIVA:
Uma Leitura Constitucional a partir do Garantismo

ANDREA ZIMMERMANN DE BORBA

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Itajaí (SC), Julho 2009.

AGRADECIMENTOS

Ao orientador, Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa, pelo incentivo e apoio para a pesquisa. Bem como, por te me colocado em contato com Justiça Restaurativa.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, por seus conhecimentos, tamanha sabedoria e amizade desenvolvida durante o curso.

E, não poderia deixar de agradecer a todos os funcionários, pela eficiência, gentileza e carinho que sempre me dispensaram.

A Neemias Moretti Prudente, que mesmo sem me conhecer, forneceu-me material para o estudo da presente pesquisa.

A todos os colegas e amigos do curso, companheiros de viagem, de angústia, de alegria e de muitas risadas. Especialmente ao querido amigo Luiz Henrique por se revelar um verdadeiro companheiro disposto a ajudar em todos os momentos; e também a Anir por dividir comigo os anseios e preocupações dessa jornada.

Aos colegas de trabalho, pela paciência, pelo carinho e amizade.

Aos meus pais, por tudo. Pela minha vida, enfim, por ser quem sou.

Aos meus irmãos, Luís e Renata, pelo amor, pelo incentivo e por acreditarem.

E, finalmente, aos meus filhos, Gabriela e Luiz Gustavo, motivo de tudo. Meus verdadeiros tesouros.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), julho de 2009.

Andrea Zimmermann de Borba
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

Esta dissertação foi julgada apta para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela coordenação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali.

Alexandre Morais da Rosa
Professor Orientador

Paulo Márcio da Cruz
Coordenador Geral do Curso

Apresentada perante a banca examinadora composta dos professores:

Alexandre Morais da Rosa
Presidente da Banca

Maria da Graça dos Santos Dias
Membro Titular da banca

Marcos Marafon
Membro Titular da Banca

ROL DE CATEGORIAS

Justiça:

Justiça é a disposição da alma graças à qual as pessoas se dispõem a fazer o que é justo, a agir justamente e a desejar o que é justo. (ARISTÓTELES. 1992, par.1129 a – p.91)

Princípios:

Princípios são as ideias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico; são os valores básicos da sociedade que se constituem em princípios jurídicos. (CARVALHO, 2004, p. 7)

Princípios Constitucionais:

Princípios Constitucionais são normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamentais de determinada Sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criticadas, interpretadas e aplicadas. (CRUZ, 2007, p. 19)

Garantismo Jurídico:

É um modelo de Direito, baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. (ROSA, 2006, p. 86)

Justiça Restaurativa:

Qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime. É uma proposta de promover entre os verdadeiros protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime), iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação. (SICA, 2007, p. 10)

Paradigma:

É a representação de um padrão a ser seguido. Para Thomas Kuhn, as realizações científicas que geram modelos que, por período mais ou menos longo e de modo mais ou menos explícito, orientam o desenvolvimento posterior das pesquisas exclusivamente na busca da solução para os problemas por elas suscitados. É aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em indivíduos que partilham um paradigma. (JAPIASSÚ, MARCONDES, 2006, p. 211)

SUMÁRIO

RESUMO	VII
ABSTRACT	VIII
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1.....	3
FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL NA FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO	
1.1 GARANTISMO JURÍDICO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 1.1 ..	3
1.2 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL 1.2	15
1.3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS 1.3.....	21
1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana 1.3.1	22
1.3.2 Princípio da Isonomia 1.3.2	23
1.3.3 Princípio da Inviolabilidade, da Intimidade, da Vida Privada, da Honra e da Imagem 1.3.3.....	24
1.3.4 Inviolabilidade da Correspondência e das Comunicações Telegráficas, de Dados e Telefônicas 1.3.4.....	25
1.3.5 Inviolabilidade do Domicílio 1.3.5	26
CAPÍTULO 2.....	27
JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES 1.1	27
2.2 APROXIMAÇÃO DO CONCEITO 1.2	31
2.3 UMA VISÃO HISTÓRICA 1.3.....	32
2.4 OBJETO 1.4.....	33
2.5 CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA 1.5 ..	35
2.6 CRÍTICAS 1.6.....	42
2.7 JUSTIÇA RETRIBUTIVA – JUSTIÇA RESTAURATIVA 1.7	53
CAPÍTULO 3.....	59
APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DO GARANTISMO PENAL.....	
3.1 GARANTISMO PENAL - LEGALIDADE 1.1.....	59
3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS PATRIMONIAIS 1.2	66
3.3 PROCESSO PENAL BRASILEIRO E JUSTIÇA RESTAURATIVA 1.3.....	71

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	84
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	86

RESUMO

No presente trabalho, vinculado à linha de pesquisa *Hermenêutica e Principiologia Constitucional*, que está inserida na área de concentração *Fundamentos do Direito Positivo*, analisa-se o sistema penal que, após décadas de existência, apresenta-se ineficaz em assegurar a realização dos direitos fundamentais que são a base do Estado Democrático de direito. O garantismo jurídico é trazido no presente trabalho para demonstrar que, através da teoria garantista, a legitimação do Estado Democrático de direito deve suplantar a mera democracia formal para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais. O direito é um instrumento de viabilização da existência humana, a escolha que cada um faz do que quer ser. Contudo, a existência humana não pode existir senão em forma de coexistência, e o asseguramento dessa coexistência cumpre-se com a introdução de uma ordem coativa que impeça a guerra de todos contra todos, tornando previsível a conduta alheia, no sentido de que cada um saiba que o outro se absterá de condutas que afetem os bens jurídicos ou direitos de seu próximo. A segurança jurídica deve ser entendida como a proteção de bens jurídicos, como forma de assegurar a coexistência. A coação penal deve reforçar a segurança jurídica, entretanto, quando ultrapassa o limite da tolerância, causa mais alarme social do que o próximo delito. O direito penal deve contribuir para diminuir os antagonismos, fomentar a integração e criar condições para uma generalização comunitária do sentimento de segurança jurídica, que será maior na medida em que a estrutura social for mais justa. O que diferencia o direito penal no Estado democrático de direito é que a lei, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma, não apenas a formas, mas também à subsistência e aos conteúdos dos atos que aplica. A punição irracional, o castigo e a violência punitiva, enquanto características principais da reação penal, apenas infundem nos cidadãos o ideal de sofrimento com o dado essencial da justiça e avolumam a própria violência que os oprime. É justamente da constatação da crise de legitimidade e eficiência do sistema penal que propomos a introdução de novas formas de resolução de conflitos. A Justiça Restaurativa caracteriza-se por cuidar das relações humanas que fundamentam as relações processuais, por imprimir uma visão diferenciada do conflito e por acreditar na realização da justiça, promovendo a participação autônoma, responsável e democrática das pessoas, na medida em que legitimam a humanidade dos envolvidos em uma situação de conflito. Trazemos a Justiça Restaurativa como um caminho para viabilizar o alcance da realização dos Princípios Fundamentais inseridos na Constituição da República Brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema penal. Crise. Garantismo. Justiça restaurativa.

ABSTRACT

In this work, linked to online search and Principiologia Constitutional Hermeneutics, which is located in the area of concentration Fundamentals of positive law, analyzes the criminal justice system that, after decades of existence, its ineffective to concretize the fundamental rights which are the base of Democratic state of law. The legal guarantees is brought in this search, to show that, through the guarantee theory, the legitimacy of the democratic state of law should outweigh the mere formal democracy, by achieving democracy material, in which fundamental rights must be respected, under penalty of gradual unlegitimation state institutions. The law is a tool for development of human existence, a choice that each one makes of want to be. However, human existence can not exist only in the form of coexistence, and coexistence of securing meets with the introduction of a coactivator order to prevent the war of all against all, making predictable the independent conduct, consist that each one knows that the other will refrain from conduct that would affect the property or legal rights of others. Legal security must be understood as the legal protection of valores in order to ensure coexistence. The criminal enforcement should enhance legal certainty, however, when exceeding the limit of tolerance, its causes more social alarm than the next offense. Criminal law should help to diminish the antagonism, to foster integration and create conditions for a widespread community feeling of legal security that will be greater in that the social structure is more fair. What distinguishes the criminal law in the state of democratic rights that is the law focuses on the personal freedom of citizens, it is obliged to link for itself not only the forms but also the livelihoods and the content of acts that apply. The irrational punishment, the punitive punishment and violence, while the main characteristics of the reaction criminal, only gives us the ideal of people suffering with the essence of justice and because accumulating the very violence that oppresses. It is precisely the finding of the crisis of legitimacy and efficiency of the criminal justice system, we propose the introduction of new forms of conflict resolution. The Restorative Justice is characterized by caring of human relationships that underlie the procedural relations, to print a different vision of the conflict and by believing in the realization of justice, promoting autonomous participation, responsible and democratic people, to extent the legitimate humanity those involved in a situation of conflict. We bring the Restorative Justice as a way to make the scope of the realization of fundamental principles included in the Constitution of the Brazilian Republic.

KEYWORDS: Criminal justice system. Crisis. Security. Restorative justice.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação tem como objetivo abordar a Justiça Restaurativa como um novo paradigma aplicado ao processo penal, que tem o objetivo de intervir de forma efetiva no conflito exteriorizado pelo crime, restaurando as relações que foram abaladas a partir do conflito.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 1, tratando da função social do direito penal no Estado Democrático de direito, demonstrando que o direito penal deve contribuir para diminuir os antagonismos, fomentar a integração e criar condições para uma generalização comunitária do sentimento de segurança jurídica, que será maior, quanto mais justo for o direito.

No Capítulo 2, apresenta-se a Justiça Restaurativa como um novo paradigma. Uma nova proposta em face da deslegitimação do sistema penal, em face do crescimento da criminalidade, do medo social e do fracasso das políticas públicas de contenção à violência. A Justiça Restaurativa tem por foco as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta. Na Justiça Restaurativa o crime é um ato, uma ação que causa dano à outra pessoa ou à comunidade. Olha-se para o futuro, buscando a solução na particularidade de cada caso.

No Capítulo 3, demonstra-se a possibilidade de aplicação das práticas restaurativas no processo penal brasileiro. Um novo modelo para solução dos conflitos, que reformula o modo convencional de definir crime e justiça, com grande potencial transformador do conflito, enquanto intervém de modo mais efetivo na pacificação das relações entre as pessoas.

O presente Relatório de Pesquisa encerra-se com as

Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Justiça Restaurativa.

Para a presente monografia foram levantadas as seguintes hipóteses:

- a) hipótese 1 – A função social do sistema penal não pode ser outra se não a segurança jurídica
- b) hipótese 2 – O garantismo jurídico apresenta-se como o modelo de justiça criminal ideal. Como um meio de proteger o indivíduo do poder punitivo do Estado e de minimizar os danos provocados pela estrutura punitiva, para fazer frente a possíveis abusos de poder.
- c) hipótese 3 – A Justiça Restaurativa apresenta-se como uma nova possibilidade de enfrentar os conflitos criminais. Ela se funda no pressuposto de que, como indivíduos, estamos todos interligados, e o que fazemos afeta todas as outras pessoas e vice-versa.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas, do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

CAPÍTULO 1

FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 GARANTISMO JURÍDICO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 1.1

O Estado Democrático de direito depende de procedimentos, não só legislativos e eleitorais, mas especialmente daqueles judiciais, para que se dê sua realização. Historicamente, poder-se-ia localizar o seu surgimento nas sociedades europeias recém-saídas da catástrofe da II Guerra, que representou a falência tanto do modelo liberal de Estado de direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa. Se em um primeiro momento observou-se o prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, a fórmula do Estado democrático firma-se a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais. O Estado democrático de direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado (GUERRA FILHO, 2007, p. 23).

O Estado liberal de direito, que teve algumas de suas bases teóricas lançadas por Locke (1998) e Montesquieu (1996) caracterizou-se pela difusão da ideia de direitos fundamentais, da separação dos poderes, bem como, do império das leis.

Sob a égide do paradigma liberal, compete ao estado “garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixa a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo” (CATTONI, 2002, p. 25).

Levantam-se ideias como o exercício das liberdades individuais de se poder fazer tudo que não for proibido em lei.

Formalmente, todos são iguais perante a lei,

ou são iguais no sentido de todos se apresentarem agora como proprietários, no mínimo, de si próprios e, assim, formalmente, todos devem ser iguais perante a lei, porque proprietários, sujeitos de direito, devendo-se pôr fim aos odiosos privilégios de nascimento. (CARVALHO NETTO, 1999, p. 478).

De um modo geral, são consagrados os direitos de primeira geração, ou seja, na esfera privada, o movimento reflete no reconhecimento do que à época convencionou chamar direitos naturais. Consagra-se a vida, a liberdade e a propriedade como valores máximos. Por outro lado, no âmbito da esfera pública, “convencionam-se direitos perante o Estado e direitos à comunidade estatal: *status* de membro (nacionalidade), igualdade perante a lei, certeza e segurança jurídicas, tutela jurisdicional, segurança pública, direitos políticos etc” (CATTONI, 2002, p. 55).

Detentora do controle político da sociedade, a burguesia não mais se interessa em manter como apanágio de todos os homens, a prática universal dos princípios filosóficos de sua revolta social. “Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe” (BONAVIDES, 1996, p. 42).

Em um outro momento, começa a detonação da primeira fase do constitucionalismo burguês, oportunidade em que as ideias avançam para uma participação total e indiscriminada do homem livre perante o Estado, na formação da própria vontade estatal. Essa ideia – democrática – se agita com ímpeto invencível, rumo ao sufrágio universal (BONAVIDES, 1996, p. 43).

Decaída a autoridade do *ancien regime* e rompida a ideologia do passado, o homem caminha firme rumo à democracia, prosseguindo com seus combates e determinando a mudança ocorrida, no sentido das Cartas Constitucionais, cada vez mais exigentes de conteúdos que se destinassem a

fazer valer objetivamente o ideário burguês das liberdades concretas, dignificadoras da pessoa humana (BONAVIDES, 1996, p. 44).

A burguesia, vitoriosa, eleva os direitos da liberdade ao cume da ordem política, contudo, os direitos de liberdade, só nominalmente se estendiam às demais classes.

Disso não advinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e, assim, concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal. (BONAVIDES, 1996, p. 44).

Ademais, permitia aos burgueses falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade, com os direitos da liberdade (fundamentais de primeira geração) que ela mesma proclamara, os quais se apresentavam, em seu conjunto, do ponto de vista teórico, “válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir” (BONAVIDES, 1996, p. 44).

J. J. Canotilho (1999, p. 48) define a Constituição como uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.”

Com a separação dos poderes, os direitos da liberdade e a observância do direito posto, a Constituição é o alicerce no modelo do Estado liberal de direito, garantindo aos cidadãos a segurança jurídica.

A Constituição é compreendida como instrumento de governo, “como estatuto jurídico-político fundamental da organização da sociedade política, do Estado”, no qual o poder político encontra limites e o Estado se juridifica, legitimado pelo Direito e pela representação popular. De Estado de direito erige-se à condição de Estado Constitucional (CATTONI, 2002, p. 55).

Com a implementação pelo Estado liberal de direito do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), compete ao Poder Legislativo, elaborador das leis, a supremacia.

Ao Poder Judiciário cabe dirimir conflitos interpretativos ou, “conforme o modelo constitucional, entre esses e a Administração Pública, quando provocado, através dos procedimentos devidos, aplicando o direito material vigente de modo estrito” por intermédio de processos lógico-dedutivos e subsunção do fato à norma, “sob os ditames da igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal” (CATTONI, 2002, p. 55), sendo apenas, no dizer de Montesquieu, *La bouche de la loi*.

E, ao Poder Executivo cabe a tarefa de implementar o Direito, “garantindo a certeza e a segurança jurídicas e sociais, internas e externas, na paz e na guerra” (CATTONI, 2002, p. 57).

Com efeito, a relação entre os três poderes pautou-se por um sistema de contenção, de freios e contrapesos (*check and balances*), no qual o poder limitava o poder, no exercício das faculdades de impedir (CATTONI, 2002, p. 57).

Assim, o Direito, nesse modelo de Estado – Estado liberal de direito –, é um sistema normativo no qual as regras, gerais e abstratas, são válidas universalmente para todos os membros da sociedade, onde todos devem ser livres, proprietários e iguais.

No Estado liberal de direito, a condição humana não melhorou muito em relação à noção pré-moderna, uma vez que a alteração aconteceu apenas no âmbito do senhor em quase nada alterando a condição do escravo. O homem alcançou o ideal de liberdade em face do estado com a implementação de uma Constituição que lhe garantia uma gama de direitos, contudo, essa garantia reduzia-se meramente ao campo formal.

Com o surgimento de ideias socialistas, comunistas e anarquistas, que “animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais

significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais” (CARVALHO NETTO, 1999, p. 478), a ordem liberal é posta em xeque.

Surge, então, o Estado social, o qual implica a materialização dos direitos que antes eram meramente formais.

Com a ruptura do modelo do Estado liberal, ocorre uma redefinição dos clássicos direitos de 1ª geração, “onde pressupõe precisamente todas uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitam, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação” (CARVALHO NETTO, 1999, p. 480), de modo a satisfazer um mínimo material de igualdade.

Mas, o novo modelo de Estado não se resume à releitura no âmbito dos direitos individuais, como também, à atribuição dos poderes, que é reinterpretado.

Ao Poder Judiciário são atribuídos mecanismos jurídicos e legislativos “de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo, público, social ou nacional (CATTONI, 2002, p. 60).

Ao Poder Legislativo, além de sua atividade típica, compete o exercício de funções de controle, ou seja, “fiscalização e apreciação da atividade da Administração Pública e da atuação econômica do Estado” (CATTONI, 2002, p. 60).

O Poder Judiciário não mais se limita a ser a *bouche de la loi*, exige-se, nesse novo modelo de Estado, que o juiz seja *la bouche du droit*, pois a hermenêutica jurídica estabelece métodos mais sofisticados como a análise teleológica, a sistêmica e a histórica,

capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do direito que mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais. (CARVALHO NETTO, 1999, p.

481).

Em sendo assim, tem-se o compromisso do Estado democrático de direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado, a esfera privada, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a esfera coletiva, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros (GUERRA FILHO, 2007, p. 23-24).

Como modelo normativo, o garantismo é a principal conotação funcional de uma específica formação moderna que é o Estado de direito.

Estado de direito é um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político: a ideia, que remonta a Platão e Aristóteles, do *governo das leis* contraposto ao *governo dos homens*, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano.

Segundo uma distinção sugerida por Norberto Bobbio isto pode querer dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas. Ao menos no campo do direito penal, “Estado de direito” designa ambas as coisas: o poder judicial de apurar e punir os crimes é, por certo, *sub lege* tanto quanto o poder legislativo de defini-los é exercitado *per leges*; e o poder legislativo é exercitado *per leges* enquanto, por seu turno, está *sub leges*, isto é, está prescrita pela lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal (FERRAJOLI, 2006, p. 789-790).

Poder *sub lege* pode ser entendido em um sentido forte, ou

estrito, ou substancial, no qual qualquer poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos. E, com esse significado, o termo *Estado de direito* é sinônimo de garantismo. Designa, por esse motivo, não simplesmente um *Estado legal* ou *regulado pelas leis*, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado:

- no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes.
- no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.

A primeira dessas duas condições representa a fonte de legitimação formal de qualquer poder; a segunda, a sua fonte de legitimação substancial. Graças a estas duas fontes, não existem, no Estado de direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores (FERRAJOLI, 2006, p. 790).

Estas duas fontes podem ser identificadas com o modelo de legalidade em sentido lato, por força da qual a lei é condicionante e, com a legalidade em sentido estrito, por força da qual a lei é condicionada.

O princípio de mera legalidade limita-se precisamente a exigir que o exercício de qualquer poder tenha como fonte a lei como condição formal de legitimidade; o princípio de estrita legalidade exige, ao contrário, dessa mesma lei, que condicione a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído a determinados conteúdos substanciais. No direito penal, onde o direito

formal em jogo é a imunidade do cidadão a proibições e punições arbitrárias, estes conteúdos substanciais têm sido individualizados na enumeração exaustiva das hipóteses de delito, que comporta de um lado a referência empírica aos três elementos constitutivos expressos pelas garantias penais e, por outro, a sua verificação e falsificação nas formas expressas pelas garantias processuais. Nos outros setores do ordenamento, os direitos fundamentais objeto de tutela são diferenciados, mas mesmo estes, se garantidos constitucionalmente, configuram-se como vínculos de validade para a legalidade ordinária, a qual, por isso, resulta igualmente caracterizável como estrita legalidade. Em todos os casos pode-se dizer que a mera legalidade, limitando-se a subordinar todos os atos às leis, quaisquer que sejam, coincide com a sua legitimação formal, enquanto a estrita legalidade, subordinando todos os atos, inclusive as leis, aos conteúdos de direitos fundamentais, coincide com a sua legitimação substancial (FERRAJOLI, 2006, p. 791).

A distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial, ou mais exatamente entre condições formais e condições substanciais impostas ao válido exercício do poder, é essencial para esclarecer a natureza da relação entre democracia política e Estado de direito nos ordenamentos modernos. Condições formais e condições substanciais de validade formam o objeto de dois diferentes tipos de regras sobre *quem* pode e sobre *como* se deve decidir, e as regras sobre *o que* se deve ou não se deve decidir. As regras do primeiro tipo dizem respeito à forma de governo, e as do segundo, à estrutura dos poderes. Da natureza das primeiras depende o caráter politicamente democrático do sistema político; da natureza das segundas depende o caráter de direito do sistema jurídico.

A nossa Constituição contém regras tanto do primeiro quanto do segundo tipo, que servem, respectivamente, para caracterizar o nosso ordenamento como Estado *democrático* e como Estado *de direito*.

As regras da democracia política são aquelas contidas de forma precípua na segunda parte – condições substanciais –, que disciplina as formas de expressão da soberania popular definindo *quem* decide e *como* se

decide e estabelecendo para tal fim competências e procedimentos.

As regras do Estado de direito estão contidas, sobretudo na primeira parte – condições formais –, que garantem os direitos fundamentais dos cidadãos, estabelecendo o que não se deve, ou ainda, se deve decidir, assinalando para tal fim vedações legais e obrigações aos poderes do Estado: de um lado as vedações legais de suprimir ou limitar, senão nas formas e nos casos taxativamente previstos, a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, etc.

A violação das regras do primeiro tipo – condições formais – é causa de inexistência ou não vigor, enquanto as do segundo tipo – condições substanciais – é causa de invalidade das normas produzidas; e que a característica estrutural do Estado de direito com relação ao mero Estado legal é a possível divergência entre validade e vigor, ou seja, a existência de normas vigentes mas inválidas porque conformes às condições formais e desconformes às condições substanciais (FERRAJOLI, 2006, p. 791-792).

A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Sob este aspecto o Estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais, contrapõe-se ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado. As suas regras são, certamente, as melhores para determinar quem pode decidir e como se deve decidir, mas não bastam para legitimar qualquer decisão ou não decisão. Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou fique com ela indissolivelmente ligado,

que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho ou outros fatos similares.

A garantia desses direitos vitais é a condição indispensável da convivência pacífica. Por isso a sua lesão por parte do Estado justifica não simplesmente a crítica ou o dissenso, como por questões não vitais sobre as quais vale a regra da maioria, mas a resistência à opressão, até a guerra civil (FERRAJOLI, 2006, p. 792-793).

O pensamento jusnatural e contratual do iluminismo formulou esta regra primária da relação entre Estado e cidadão e da convivência civil entre maioria e minoria, concebendo os direitos vitais do homem como “naturais” e a sua garantia como condição de legitimidade daquele “homem artificial que é o Estado” e do pacto social por ele assegurado. A grande inovação institucional da qual nasceu o Estado de direito foi, contudo, a positivação e a constitucionalização destes direitos. É com a estipulação constitucional de tais deveres públicos que os direitos naturais tornam-se direitos positivos invioláveis, e muda, por isso, a estrutura do Estado, não mais absoluto, mas limitado e condicionado. Estas obrigações formam as garantias dos cidadãos: que são contra a maioria, sendo postas contra qualquer poder para tutela, sobretudo dos indivíduos e das minorias que não têm poder; e são contra a utilidade geral, tendo como escopo exclusivo a tutela dos direitos individuais. É assim que a transformação do Estado absoluto em Estado de direito ocorre simultaneamente à transformação do súdito em cidadão, isto é, em um sujeito titular de direitos não mais exclusivamente “naturais”, mas “constitucionais” em relação ao Estado, que se torna, por sua vez, vinculados em relação àquele. O denominado contrato social, uma vez traduzido em pacto constitucional, não é mais uma hipótese filosófico-política, mas um conjunto de normas positivas que obrigam entre si o Estado e o cidadão, tornando-os dois sujeitos de soberania reciprocamente limitada (FERRAJOLI, 2006, p. 793).

Na tradição liberal o Estado de direito foi concebido como limitado somente por vedações legais, em garantia dos direitos do indivíduo de não ser privado de bens pré-políticos da vida e da liberdade (além da

propriedade). As garantias liberais ou negativas consistem unicamente nos deveres públicos negativos ou de não fazer – de deixar viver e de deixar fazer – que têm por argumento prestações negativas ou não prestações.

Ao lado dos tradicionais direitos de liberdade, as Constituições do século passado têm, contudo, reconhecido outros direitos vitais ou fundamentais: os direitos à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à instrução, à habitação, à informação e similares. Diferentemente dos direitos de liberdade, que são direitos de, a que correspondem vedações (ou deveres públicos de não fazer), estes direitos, que podemos chamar “sociais”, são direitos a (ou expectativas de comportamentos alheios) que devem corresponder a obrigações (ou deveres públicos de fazer). A noção liberal de “Estado de direito” deve ser conseqüentemente alargada para incluir também a figura do Estado vinculado por obrigações além de vedações. Digamos, pois, que onde um ordenamento constitucional incorporar somente vedações, que requerem prestações negativas para garantia dos direitos de liberdade, este se caracteriza como Estado de direito liberal: onde, ao invés, este também incorporar obrigações, que requerem prestações positivas para a garantia dos direitos sociais, este se caracteriza como Estado de direito social (FERRAJOLI, 2006, 974-975).

Podemos caracterizar o Estado liberal como um Estado limitado por normas secundárias negativas, isto é, por vedações legais dirigidas aos seus órgãos de poder: e Estado social, ou socialista, como um Estado vinculado por normas secundárias positivas, isto é, por comandos igualmente dirigidos aos poderes públicos. A técnica garantista é sempre aquela da incorporação limitativa de direitos civis e correlativamente de deveres públicos nos níveis normativos superiores do ordenamento: a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos equivale à declaração constitucional dos deveres do Estado. Enquanto o Estado de direito liberal deve somente não piorar as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda melhorá-las; deve não somente não ser para eles uma desvantagem, mas, outrossim, ser uma vantagem. Esta diferença está ligada à diferente natureza dos bens assegurados pelos dois tipos de garantias. As garantias liberais ou negativas

baseadas em vedações legais servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré-políticas de existência: a vida, a liberdade, a imunidade aos arbítrios e, devemos acrescentar, a não destruição do ar, da água e do meio ambiente em geral; as garantias sociais ou positivas baseadas nas obrigações conduzem, ao invés, a pretensões e aquisições de condições sociais de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, o lar, a instrução, etc. As primeiras estão ligadas ao passado e têm como tais uma função conservadora; e as segundas são dirigidas ao futuro e têm um alcance inovador (FERRAJOLI, 2006, p. 795).

O Estado de direito, como resultado do conjunto das garantias liberais e sociais, pode ser, pois, configurado como um sistema de metarregras em relação às regras mesmas da democracia política. Precisamente, se a regra do Estado liberal de direito é que nem sobre tudo se pode decidir, nem mesmo em maioria, a regra do estado social de direito é aquela a qual nem sobre tudo se pode não decidir, nem mesmo em maioria: sobre questões de sobrevivência e subsistência, por exemplo, o Estado não pode não decidir, mesmo se não interessarem à maioria.

Em um sentido não formal e político, mas substancial e social de “democracia”, o Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto (FERRAJOLI, 2006, p. 797).

A teoria garantista propõe um modelo ideal de Estado de direito, ao qual os diversos Estados reais de direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. A teoria garantista postula valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de

direito, quais sejam, a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial (CADEMARTORI, 2006, p. 91-92).

A teoria geral do garantismo, entendida como modelo de direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com a sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado democrático de direito deve suplantiar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais (ROSA, 2006, p. 86).

O garantismo jurídico baseia-se nos direitos individuais com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano.

Com a operacionalidade possível da democracia substancial, resta inserido no Estado democrático de direito a esfera do decidível e do não decidível, por maioria ou mesmo unanimidade. De fato, por um lado não se pode legitimamente afrontar o constante nos direitos individuais, bem como, de outro, deve-se garantir na sua máxima extensão, sob pena de deslegitimação das instituições estatais. Estabelece-se, assim, quem pode e como se deve decidir; o que se deve e o que se não deve decidir.

Nesta esfera do indecidível encontram-se justamente os direitos fundamentais, funcionando como verdadeiro marco divisório, impeditivo do avanço do Legislativo (ROSA, 2006, p. 86-87).

1.2 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL 1.2

O direito penal sempre foi o centro da reflexão jurídico-filosófica. A sua fundamentação racional, mesmo na variação dos seus critérios

de racionalidade, foi invariavelmente advertida como equivalente à sua justificação ético-política, enquanto a sua irracionalidade sempre foi, ao oposto, equiparada ao despotismo e à opressão. Ao mesmo tempo, a principal garantia da racionalidade e da justificação do poder de punir, de proibir e de julgar revelou-se a sua rígida disciplina jurídica, mediante técnicas específicas de limitação e de legitimação legal (FERRAJOLI, 2006, p. 15).

Nos modernos Estados constitucionais de direito, nos quais a validade das normas – assim como das leis, dos regulamentos, sentenças e atos administrativos – reside na sua correspondência não somente formal como também material com normas de categoria superior, que não só regulam as formas senão que estabelecem também limitações de conteúdo ao exercício do poder normativo, tal concepção resulta totalmente insuficiente.

Nesses ordenamentos a validade não depende somente dos aspectos formais da produção normativa que permitem afirmar o *ser* ou a existência de normas, senão que depende igualmente do significado dos enunciados normativos produzidos, e mais exatamente da valoração da correspondência do seu conteúdo com o *dever ser* jurídico estabelecido por normas superiores (FERRAJOLI, 2006, p. 327).

O fundamento político ou externo do moderno Estado de direito tem, com efeito, a função de garantia dos direitos fundamentais mediante a sanção de anulabilidade dos atos inválidos: das leis, por violação das normas constitucionais; dos atos administrativos e decisões judiciais, por violação das leis constitucionalmente válidas (FERRAJOLI, 2006, p. 328).

A especificidade do moderno Estado constitucional de direito está precisamente no fato de que as condições de validade estabelecidas por suas leis fundamentais incorporam não só requisitos de regularidade formal, senão também condições de justiça material (FERRAJOLI, 2006, p. 330).

Os modernos Estados de direito estão dotados de normas acerca da produção normativa que vinculam a validade das leis ao respeito às condições também substanciais ou de conteúdo, destacando-se entre elas os

direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2006, p. 331).

Somente respondendo à interrogação acerca do objeto que se deve atribuir à legislação penal, dentro do nosso Estado de direito, no marco dos princípios constitucionais e internacionais, será possível criticar a lei positiva e indicar como se poderia adequá-la melhor a este objetivo e também interpretar esta lei de forma coerente com tal objetivo (afastando por inconstitucionais, os extremos de absoluta incompatibilidade ou contradição, ou com efeitos paradoxais).

Para uns, o direito penal tem por meta a segurança jurídica; para outros, seu objetivo é a proteção da sociedade, expressão que se costuma substituir por *defesa social*.

Para os partidários da meta de segurança jurídica, a pena deve aspirar a ter efeito principalmente sobre a comunidade jurídica, como prevenção geral, isto é, para os que não tenham delinquido não o façam. Em outras palavras: para os partidários da segurança jurídica, a pena deve dirigir-se aos que não delinquiram (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 90).

Para os partidários da meta de defesa social, a pena deve aspirar a surtir efeito sobre o delinquente, ou seja, como prevenção especial. Para estes, a pena deve dirigir-se aos que delinquiram.

Conforme as opiniões mais generalizadas atualmente, a pena, entendida como prevenção geral, deve ser retribuição, enquanto entendida como prevenção especial, deve ser reeducação e ressocialização.

A retribuição deve devolver ao delinquente o mal que este causar socialmente, enquanto a reeducação e a ressocialização deve prepará-lo para que não volte a reincidir no delito. É comum afirmar em nossos dias de que o fim da pena é a retribuição e o fim da execução da pena é a ressocialização (doutrina alemã contemporânea mais corrente).

Dentre aqueles que entendem que a função do direito penal deve ser a segurança jurídica, alguns sustentam que o direito penal deve provê-la

tutelando primordialmente bens jurídicos, enquanto outros afirmam que a tutela penal deve ser tutela de valores ético-sociais.

De uma ou outra posição costuma-se concluir que o decisivo é o resultado do delito ou a conduta delitiva em si, respectivamente (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 91).

O direito penal não pode ter outra meta que não a de prover a segurança jurídica, posto que este deve ser o objetivo de todo o direito. Não obstante, se ao precisarmos o que entendemos por segurança jurídica, teremos dito muito pouco, porque a segurança jurídica não pode consistir na mera satisfação de exigências formais.

O direito é um instrumento de viabilização da existência humana, entendendo por existência, a relação de cada homem com seu ser, isto é, a escolha que cada qual faz do que quer ser e chega a ser, assim como a realização desta escolha. A existência humana não pode haver senão na forma de coexistência, de existir com outros que também existem. Disto decorre que nem sequer se pode ter consciência do *eu* quando não há um *tu* de quem distinguir-se.

O asseguramento das existências simultâneas (coexistência) cumpre-se com a introdução de uma ordem coativa que impeça a guerra de todos contra todos (guerra civil), tornando mais ou menos previsível a conduta alheia, no sentido de que cada um saiba que seu próximo se absterá de condutas que afetem entes que se consideram necessários para que o homem se realize em coexistência, que é a única forma em que pode autorrealizar-se. Estes entes são os bens jurídicos ou direitos.

A função da segurança jurídica não pode ser entendida, pois, em outro sentido que não o da proteção de bens jurídicos (direitos), como forma de assegurar a coexistência.

A função de garantia de coexistência cumprir-se-á na medida em que se garanta a cada um a possibilidade de dispor-se – ou de usar –

o que considere necessário para sua autorrealização (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 92).

Sendo assim: a pena, necessariamente, implica uma afetação de bens jurídicos do autor do delito (de sua liberdade, na prisão ou reclusão; de seu patrimônio, na multa; de seus direitos, nas penas restritivas) (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 92).

Esta privação de bens jurídicos do autor deve ter por objetivo garantir os bens jurídicos dos demais integrantes da comunidade jurídica. Mas esta privação de bens jurídicos não pode exceder certo limite: imaginemos o que sentiríamos todos os integrantes da comunidade jurídica brasileira, caso fosse amputada a mão de um batedor de carteira (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 93).

A coerção penal deve reforçar a segurança jurídica, mas, quando ultrapassa o limite da tolerância na ingerência aos bens jurídicos do infrator, causa mais alarme social do que o próprio delito. Não se trata de que a pena “retribua” nenhum mal com outro mal, e sim de que garanta os bens jurídicos sem lesionar o sentimento de segurança jurídica da comunidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 93).

Enquanto o objetivo do direito penal é uma meta política: ainda que sempre se tutelem mais os bens de uns de que outros, o direito penal deve tender a diminuir estas diferenças e procurar a igualação das tutelas. Ainda que o *sentimento de segurança jurídica* seja grupal e se dilua na pluralidade de grupos diferentes e antagônicos, o direito penal deve contribuir para diminuir os antagonismos, fomentar a integração e criar as condições para uma generalização comunitária do sentimento de segurança jurídica, que será maior na medida em que a estrutura social for mais justa (maior grau de justiça social) e, em consequência, cada homem sinta que é maior o espaço social de que dispõe e a comunidade lhe garante ou, ao menos, deve procurar não aumentar os antagonismos e as contradições (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 93-94).

Coexistência humana, único sentido que cabe atribuir à

expressão em nosso Estado de direito (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 95).

Para esclarecer a função que deve cumprir o direito penal no Estado de direito, devemos, antes de mais nada, distinguir o *ético* do *moral*.

O ético se refere ao comportamento social, isto é, às normas de condutas constituídas pela sociedade.

A moral, ao contrário, vem assinalada pela consciência individual. A moral se refere às regras de conduta que cada um indica à sua consciência, o ético às pautas de conduta que lhe indica o grupo social.

Entendendo a ética deste modo, não pode haver nenhuma dúvida acerca de que todo o direito deve ter uma aspiração ética, posto que todo o direito quer regular a conduta humana em sociedade e comina pena para que os homens se adaptem a suas regulações.

Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira a evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.

O fim de prover a segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 96).

O caráter subsidiário do direito penal decorre, também, da função limitadora instituída pelo Estado social e democrático de direito ao ordenamento penal: proteção de bens jurídicos fundamentais à coexistência, promovendo o livre desenvolvimento da personalidade humana. Concluindo-se positivamente acerca da existência do bem-jurídico penal, com todas as adjacências que lhe são inerentes, outra verificação faz-se importante: refere-se à necessidade de tutela penal. Sua fundamentação teórica remete ao conceito de Estado que, na acepção sob a qual foi instituído pela Constituição, obriga, dentre outras orientações, a intervenção punitiva a ter a menor intensidade possível, já que impregnada de alto grau de restrição e violação de direitos, ainda que autorizadas estatalmente. É função do Estado interferir o mínimo possível na vida

do cidadão, garantindo-lhe a máxima liberdade (BIANCHINI, 2002, p. 77).

Um direito penal racional – condição esperada, quando seu contorno é dado pelo Estado social e democrático de direito – tem por postulado fundamental, quando se pode esperar idêntico resultado de um recurso mais brando. Desta forma, fracassados os outros meios de controle, o direito penal é chamado a atuar. O intervir, portanto, além de ser mínimo, tem que ser racional.

1.3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAI 1.3

O termo princípio teria sido usado primeiramente pela geometria, onde significava a verdade primeira. Depois é que o termo passou a ser empregado no Direito. No Direito também se emprega com o mesmo sentido de a verdade primeira.

Princípios são as ideias fundamentais que constituem o arcabouço do ordenamento jurídico; são os valores da sociedade que se constituem em princípios jurídicos.

François Ewald (1993) assinala três características gerais dos princípios, segundo a doutrina: são regras não escritas e latentes; o juiz os extrai da tradição jurídica; e exprimem um direito objetivo. O fato de ser norma não escrita não quer dizer que os princípios não possam ser positivados: podem e devem, mas eles nunca se esgotam nas regras enunciadas. Tais características bem demonstram sua importância fundamental para o Direito, reconhecida especialmente ao final da II Guerra Mundial, em que o recurso aos princípios serviu de oposição à ideia básica do nazismo de que lei é direito e que, portanto, tudo o que está na lei é direito. A experiência do nazismo fez ressurgir a necessidade de prestigiar os direitos fundamentais consagrados pela consciência jurídica, mesmo que não reduzidos a uma fórmula legal (CARVALHO, 2004, p. 7-8).

Os princípios têm a função de assegurar a continuidade e a estabilidade da ordem jurídica e de dar unidade ao sistema jurídico, exprimindo “uma espécie de vontade da sociedade de se ligar a si mesma através da sua própria história,

da sua herança, do seu patrimônio jurídico e constitucional” (CARVALHO, 2004, p. 8).

E para os fins deste trabalho, serão destacados e a seguir explicitados os seguintes princípios:

1.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana 1.3.1

Atribui-se ao cristianismo as primeiras preocupações com a dignidade humana. Se o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, haveria de ser reconhecido como um valor fundamental em si mesmo.

Contudo, foi com o iluminismo que a noção de dignidade da pessoa humana ganhou uma dimensão mais racional e passou a irradiar efeitos jurídicos, sobretudo por influência do pensamento de Immanuel Kant. O homem, então, passa a ser compreendido por sua natureza racional e com capacidade de autodeterminação.

De tudo resulta a noção de que o homem é um fim em si mesmo e fim do próprio Estado, que existe para assegurar a dignidade das pessoas e, não, o contrário.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2002), o princípio da dignidade da pessoa humana possui a maior posição na hierarquia valorativa de todos os princípios reconhecidos constitucionalmente e, assim, “os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa humana”.

Contudo, não há direito ilimitado. Não há princípio jurídico que pretenda atuar, sempre e em qualquer situação, sem qualquer fronteira, pois seria a negação total dos demais direitos. Desse modo, também o princípio da dignidade humana carece de ser ponderado, quando em conflito com outros valores constitucionais. Em que pese sua indiscutível importância, há inúmeras situações concretas em que não é só possível, como necessário, impor alguma restrição à dignidade humana.

Resta dizer que o princípio aspira a reconhecimento universal, a partir de sua inclusão no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (CARVALHO, 2004, p. 26).

A Constituição brasileira o enumerou entre os princípios fundamentais da República e, não, como direito fundamental do artigo 5º. Isso não quer dizer que, segundo a óptica orgânica, o princípio não seja um direito fundamental: ele é um direito fundamental, mas, além disso, é um dos fundamentos do Estado brasileiro (CARVALHO, 2004, p. 27).

1.3.2 Princípio da Isonomia 1.3.2

Os princípios constitucionais que encerram garantias processuais estão intimamente interligados entre si, e de sorte que se pode tornar difícil estabelecer que princípio é responsável por qual garantia processual. Na verdade, essa interligação quer significar que esses princípios conformam um todo, um conjunto, uma ideia fundamental assumida pelo legislador constituinte e que está abrigada na Constituição em mais de um dispositivo, em mais de uma oportunidade. Essa ideia fundamental pode ser extraída da preocupação da Constituição em um processo legal, democrático e justo.

Assim, o princípio da isonomia e o da dignidade humana são indissociáveis e têm o mesmo escopo e corresponde àquela ideia fundamental do Estado democrático de direito.

A grande importância – e também dificuldade – no estudo do tema consiste em estabelecer em que medida deve e pode o Estado tratar diferentemente ou igualmente os homens, sabidamente desiguais biológica e psicologicamente. Essa importância reside no reconhecimento unânime de que o princípio da isonomia não é absoluto – nem poderia ser -, uma vez que o conceito de igualdade é sempre relativo.

É essa relatividade que vai permitir ao Estado minimizar as grandes diferenças sociais que separam os homens em um mesmo espaço e momento histórico.

É a própria Constituição que traça os limites da desequiparação e as metas para a equiparação. Dessa forma, procura atingir os fins a que se propôs, cumprindo, estritamente, os objetivos fundamentais da ordem jurídica por ela instaurada (CARVALHO, 2004, p. 44).

O princípio da isonomia traz consequências ao Direito Processual, sendo que a mais importante é a afirmação da igualdade das partes na relação processual, com iguais direitos, deveres, ônus e faculdades processuais. Essa igualdade não é, porém, absoluta. As peculiaridades das partes e a natureza de sua constituição podem autorizar outras desequiparações. Importante, contudo, é estabelecer uma situação de igualdade que possibilite às partes a consecução de seu objetivo.

Outra consequência é a concessão de assistência jurídica a quem não puder constituir advogado sem prejuízo de seu sustento ou de sua família, quer para a propositura da ação penal privada, quer para a habilitação como assistente de acusação, bem como para a defesa em processo criminal.

A terceira consequência reside na igualdade entre homem e mulher para efeito de propositura da ação penal privada.

1.3.3 Princípio da Inviolabilidade, da Intimidade, da Vida Privada, da Honra e da Imagem 1.3.3

Intimidade é o direito de interditar às demais pessoas o conhecimento dos pensamentos, emoções, sentimentos e sensações, bem como dos atos e acontecimentos que o titular não queira revelar aos outros.

Insere-se a intimidade dentre os direitos da personalidade ao lado do direito à imagem, à privacidade, à defesa do nome, ao direito autoral, à inviolabilidade do domicílio, e ao segredo (inviolabilidade de cartas, comunicações, proibição da prova ilícita), e tudo o mais que tocar ao recato da personalidade, um território que não é dado ao público conhecer sem a autorização do titular (CARVALHO, 2004, p. 54).

O direito à intimidade ou direito à vida privada se desdobra em diversos outros direitos, ampliando, assim, seu raio de proteção ao homem. Estão compreendidos o direito ao sigilo bancário, ao sigilo fiscal, sigilo de dados, sigilo eleitoral, sigilo telefônico, sigilo de correspondência, proibição de intervenções corporais (tais como a extração de sangue para exame de DNA, captação de ar para verificação de dosagem alcoólica, intervenções cirúrgicas para encontrar evidência de crime, etc.), proteção a documentos privados, inviolabilidade do domicílio, etc. (CARVALHO, 2004, p. 56).

1.3.4 Inviolabilidade da Correspondência e das Comunicações Telegráficas, de Dados e Telefônicas 1.3.4

As disposições constitucionais que têm por objetivo proteger a correspondência e as comunicações telegráficas, de dados e telefônicas constituem o que se denomina de instrumentos de tutela da intimidade, que remontam, em última análise, à proteção da liberdade individual em todas as suas expressões (CARVALHO, 2004, p. 77).

Não há justificativa para o constituinte haver tratado diferentemente as várias espécies de comunicações, incluindo a correspondência.

Diante do texto constitucional, pode-se afirmar que a inviolabilidade de correspondência e a inviolabilidade das comunicações telegráficas e de dados gozam de um grau intenso de proteção constitucional, não se admitindo, em princípio, qualquer restrição.

Em grau de proteção menos intenso, encontra-se a inviolabilidade das comunicações telefônicas, diante da permissão constitucional de restrição em hipóteses que a lei indicou.

A lei que regulamenta a interceptação telefônica, por sua vez, apenas admitiu a interceptação nos crimes punidos com a pena de reclusão. Daí concluindo-se que, na investigação de crimes punidos com outro tipo de pena, a proteção volta a ser mais intensa, até que uma lei ordinária venha a permitir igual restrição para esses crimes também (CARVALHO, 2004, p. 88).

1.3.5 Inviolabilidade do Domicílio 1.3.5

A proteção do domicílio também é uma emanção da proteção da intimidade e da vida privada.

A proteção constitucional abrange não só o domicílio, mas também qualquer espaço que não seja destinado ao público como o escritório, a empresa, o estabelecimento de cultura, recreio ou diversão, no momento em que cerrem as portas e não mais sejam acessíveis ao público (CARVALHO, 2004, p. 89-90).

Diante de deslegitimação do sistema tradicional de justiça criminal é preciso encontrar respostas melhores, mais eficazes e menos destrutivas

Respostas que podem ser encontradas em um novo modelo de justiça criminal, que vem se chamando *justiça restaurativa*, e que será abordado no próximo capítulo.

CAPÍTULO 2

JUSTIÇA RESTAURATIVA

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES 1.1

O Estado de direito é um Estado de direitos fundamentais, no qual a Constituição garante a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem, independente do status e do papel que exerce na sociedade, como pessoa, cidadão e condenado.

A consagração do Estado Democrático de Direito significa não apenas submissão de todos à mesma lei, mas a existência de leis com conteúdo e adequação social. Não basta a vigência da norma penal dentro do sistema, exige-se validade e eficácia. Ferrajoli esclarece:

validade e vigência coincidem nos Estados absolutistas que têm como única norma acerca da produção normativa o princípio da mera legalidade *quod principi placuit legis habet vigorem*; pelo contrário não coincidem nos modernos Estados de direito, que estão dotados de normas acerca da produção normativa que vinculam a validade das leis ao respeito das condições também substanciais ou de conteúdo, destacando-se dentre elas os direitos fundamentais. Diria inclusive que o Estado de direito caracteriza-se precisamente por esta possível divergência, que é consequência da complexidade estrutural das suas normas acerca da produção normativa. Nele, por conseguinte, uma norma existe, está vigente ou pertence ao direito positivo não só se é válida e ineficaz, quer dizer, não aplicada, senão também se é inválida e eficaz, pelo menos até que se declare sua invalidade (FERRAJOLI, 2006, p. 331).

Diante do princípio da legalidade e da sujeição à lei, a atuação do operador do Direito é legítima pela só observância do direito

positivado. Contudo, a legitimação substancial somente haverá se os direitos fundamentais do cidadão forem tutelados e garantidos.

O sistema construído e em constante processo de construção tem que observar as necessidades essenciais da pessoa humana para uma vida digna, esse respeito é fundamento irrenunciável para sua legitimidade (SALIBA, 2009).

A lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não apenas às formas, mas também à subsistência e aos conteúdos dos atos que aplica. Esta é a garantia estrutural que diferencia o Direito Penal no Estado de direito do Direito Penal dos Estados legais, nos quais o legislador é onipresente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes sem nenhum limite substancial à primazia da lei, critério que marca a distinção entre o direito penal mínimo e máximo, entre substancialismo jurídico e formalismo, garantismo e totalitarismo (FERRAJOLI, 1995, p. 379).

Dentre os meios de controle social, a justiça penal assume papel extremo: é a esfera pública e política onde as normas têm sua validade expressada (comunicada) com mais força e onde se estruturam os seus mais duros instrumentos de imposição (estigmatização, pena, prisão), ou seja, em último estágio, é o local para onde são remetidas as situações-limite, aquelas consideradas mais problemáticas para o convívio social (SICA, 2007, p. 3).

Por outro lado, é nesse mesmo espaço, do exercício do poder punitivo, em que são consentidas as mais sérias supressões de garantias individuais e direitos civis (liberdade, dignidade, etc.), razão pela qual a administração da justiça penal deve oferecer condições estruturais e modelos comportamentais para o desenvolvimento pacífico da vida comunitária (SICA, 2007, p. 4).

Em outras palavras, a justiça penal deve dispor da mínima força e sempre que possível prescindir do recurso à violência legal, reconhecendo que o conflito, o desvio às regras de convivência, são constantes impossíveis de eliminar, os quais, assim, devem ser geridos dentro de um projeto humanista,

condizente com o estágio cultural e tecnológico de nossa civilização (SICA, 2007, p. 4).

A punição irracional, o castigo e a violência punitiva, enquanto características principais da reação penal, apenas infundem nos cidadãos o ideal de sofrimento como dado essencial da justiça e avolumam a própria violência que os oprime (SICA, 2007, p. 4).

Observa-se a deslegitimação do sistema penal pelo fracasso do projeto de ressocialização e é a constatação da crise de legitimidade (ZAFFARONI, 2004) e eficiência do sistema penal, surge a necessidade de reforma, que se inicia pela redefinição da missão da justiça penal, partindo dos seguintes objetivos:

- a) Integração social;
- b) Preservação da liberdade e ampliação dos espaços democráticos;
- c) Diminuição do caráter aflitivo da resposta penal;
- d) Superação da filosofia do castigo e,
- e) Restauração e/o manutenção da paz jurídica.

Para tal, o caminho proposto é a elaboração de um novo paradigma de justiça criminal, por meio da construção de uma teoria própria das medidas alternativas à prisão e à pena, na qual estas sejam formas de (SICA, 2007, p. 4):

- a) Garantismo positivo;
- b) Redução da violência punitiva;
- c) Neutralização das funções reais do cárcere e,
- d) Não expansão da rede de controle social penal.

Para a reelaboração do paradigma de justiça penal, no plano

cultural, é mais do que imperioso recuperar as ideias do *favor libertatis* e de humanização do sistema penal, projeto iniciado no Iluminismo, mas hoje enfraquecido. E, numa sociedade dominada pelo *medo da criminalidade* e por um sentimento de insegurança de características fóbicas, em que resultados são cada vez mais esperados da justiça penal – vendida como panaceia para tais anseios –, é razoável adotar uma lógica pragmática e realista, supondo que os esforços dessa reforma devam concentrar-se na busca de alternativas para a resposta institucional e social ao fenômeno do crime. Também é cogente reorganizar a noção de subsidiariedade (*ultima ratio*), correspondendo-a como manifestação de interação do direito penal com os outros ramos do direito e, principalmente, com outras formas de resolução dos conflitos.

Reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime, dando-lhe voz e permitindo-lhe reapropriar-se do conflito, é um provimento relegitimante, que restabelece a confiança da coletividade no ordenamento muito mais do que a ilusão preventiva derivada da comunicação da pena, além de afastar o direito penal do papel de vingador público. Essa medida passa, necessariamente, pela aceitação da reparação do dano e da restauração da paz jurídica, como finalidades do direito penal (e, logo, do processo), reorganizando, como dito, a ideia de subsidiariedade. Nessa linha, a permissão da renúncia à pena, o perdão judicial e o simples afastamento da intervenção penal caracterizam medidas alternativas e, sobretudo, estabelecem um vínculo do direito penal com o restante do ordenamento jurídico.

Mais do que isso, a justiça penal deve priorizar mecanismos de intervenção que fortaleçam os valores do convívio comunitário e considerem o caráter relacional do conflito, resultando num sistema que, como já mencionado, ofereça modelos comportamentais de agregação de consenso ao redor das regras do ordenamento, reforçando, assim, a mensagem normativa contida nos preceitos penais. Reside no único fim preventivo aceitável e realizável. É possível atribuir às decisões penais um papel positivo de solucionar os conflitos sem ter que, necessariamente, recorrer à punição aflictiva. Desse modo, aquele objetivo de integração deve, também, considerar os problemas sociais que geram e mantêm o fenômeno delitivo e o quadro emergencial, ou seja: alternativas penais mais

flexíveis, como a mediação, têm função reveladora e transformadora e não meramente retributiva (SICA, 2007, p. 5-6).

2.2 APROXIMAÇÃO DO CONCEITO 1.2

Mais do que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Sob a denominação de justiça restaurativa, projeta-se a proposta de promover entre os verdadeiros protagonistas do conflito traduzido em um preceito penal (crime), iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação. Mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como *prática restaurativa* (SICA, 2007, p. 10).

A justiça restaurativa apoia-se no princípio de redefinição do crime, que deixa de ser concebido como uma violação contra o Estado ou somente como uma transgressão de uma norma jurídica. A tendência natural do desenvolvimento da justiça restaurativa leva à construção da noção de crime, especificando-o em dimensões complementares: a transgressão a um código legal (princípio da legalidade) e um ato que acarreta consequências e danos às pessoas e às relações (SICA, 2007, p. 11).

A justiça restaurativa é o processo por meio do qual todas as partes com interesse em uma particular situação problemática, encontram-se para resolver coletivamente como lidar com as consequências do fato (crime, ofensa, conflito...) e suas implicações futuras (SICA, 2007, p. 12).

Duas importantes correntes de pensamento, na Europa e nos Estados Unidos, tiveram influência inegável sobre o esboço do modelo de justiça restaurativa: o abolicionismo e a intervenção mínima, que surgiram em razão da deslegitimação dos sistemas penais.

Para Ferrajoli (2006), um direito penal mínimo legitima-se, unicamente através de razões utilitárias, ou seja, pela prevenção de uma reação formal ou informal mais violenta contra o delito. Em outros termos, para esse direito penal mínimo, o objetivo da pena seria a minimização da reação violenta contra o delito. Esse direito penal seria, portanto, justificado como um instrumento impeditivo da vingança.

Ferrajoli (2006) considera que o direito penal nasce com a substituição da relação bilateral *vítima-ofensor* por uma relação trilateral que “vê uma autoridade judicial como terceira posição ou como imparcial” (ZAFFARONI, 2001, p. 95-96).

2.3 UMA VISÃO HISTÓRICA 1.3

O conceito de *restorative justice* surgiu em 1974, no Canadá por meio da colocação em prática de um programa original designado por *Victim Offender Mediation* no qual o agente criminoso seria responsabilizado pelo dano causado à vítima e não pela violação da lei.

O programa consistia na colocação da vítima e do agente em um frente à frente onde, através de um mediador especializado, pudessem ambos expressar os seus sentimentos e procurar em conjunto uma solução para o conflito.

Anos mais tarde, já em meados dos anos 80, apareceu na Nova Zelândia um programa de intervenção da justiça penal semelhante, designado por *Community Conferencing*, e que procurava responder de uma forma simplificada a problemas específicos de natureza criminal corporizados por jovens de etnia Maori, em resultado da percepção por parte do Estado da possibilidade de envolver a família do criminoso e a vítima na procura conjunta de uma solução, pois somente com o recurso a padrões de administração da justiça ancestrais seria possível obter alguma eficácia da sanção penal. O êxito de tal

intervenção acabou por ser consolidado em lei no ano de 1989, passando a constituir um modelo de intervenção penal generalizado a toda a comunidade, particularmente aos jovens criminosos primários.

Em 1991, este modelo foi incorporado pela polícia australiana de Wagga Wagga, e pouco depois, com algumas alterações, introduzido no *Young Offender Act*, passando a ser de aplicação generalizada em todo o território (Revista SUB JUDICE, 2006, p. 53-54).

2.4 OBJETO 1.4

O objeto da justiça restaurativa não é o crime em si, considerado como fato bruto, nem a reação social, nem a pessoa do delinquente, que são os focos tradicionais da intervenção penal. A justiça restaurativa enfoca as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta. Na justiça penal, o crime (objeto) é uma infração da norma penal e contra o Estado, reconhecido como ofensa do indivíduo contra o Estado; na restaurativa o crime é um ato, uma ação que causa dano a outra pessoa ou à comunidade (dano não necessariamente material), reconhecido na sua dimensão relacional (tanto na relação entre as pessoas, como na relação destas com as instituições e as normas) e como um conflito interpessoal, logo, é reconhecido o próprio valor do conflito como elemento caro à evolução e compreensão das inter-relações sociais (SICA, 2007, p. 27-28).

Na orientação restaurativa, o que importa são as consequências do crime, mais do que o crime em si, olha-se do presente para o futuro, buscando a solução justamente na individualidade de cada caso (SICA, 2007, p. 32).

Na justiça penal tradicional, os operadores preocupam-se com os *Standards*: identificar o lugar-comum de cada caso (ou melhor, de cada processo) em relação à lei e à jurisprudência é o mais importante, o que sufoca a

individualidade e a dimensão humana. A justiça penal *coisifica* ofensores e vítimas, transformando-os em meros e repetidos réus e testemunhas, de um paradigma que pressupõe que cada caso pode e deve ser igual aos casos anteriores (SICA, 2007, p. 31).

Decisões judiciais arbitrárias são servidas como solução, quando nada solucionam. Não só os aspectos pessoais e situacionais são ignorados: mesmo a argumentação e a interpretação de cada caso seguem estereótipos, traçando um padrão ajustado ao *status quo* e amoldado a um discurso neutro e irresponsável quanto aos seus custos sociais, escorado no pretexto do legalismo (“prendo porque a lei manda...”). E, quando essa decisão pode resultar na aplicação de uma pena privativa de liberdade, assume contornos nefastos e francamente aviltantes da dignidade da pessoa humana (SICA, 2007, p. 31).

Vale ressaltar que a justiça restaurativa não é um modelo substitutivo ao atual: os modelos punitivos e restaurativos devem coexistir e complementar-se, pois não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações-limite (SICA, 2007, p. 34).

Contudo, a aceitação da justiça restaurativa passa por uma necessária quebra do paradigma punitivo (de inspiração retributiva-preventiva), arraigado em concepções e postulados que bloqueiam a construção de um modelo alternativo. Também, a mediação penal apresenta algumas incompatibilidades com o ordenamento jurídico erigido a partir do modelo punitivo, que podem ser facilmente superadas com a mudança de paradigma (SICA, 2007, p. 34).

A justiça restaurativa não tem como objetivo principal reduzir a criminalidade, mas reduzir o impacto dos crimes sobre os cidadãos, sem quaisquer aspirações retributivas ou pseudopreventivas. O paradigma restaurativo, assim, é construído a partir das falhas do sistema vigente, pois sua proposta é evitar o pior do velho sistema (o punitivo), sem introduzir novos problemas (SICA, 2007, p. 34).

2.5 CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA 1.5

Nordensthal (2005) aponta as particularidades que devem reger um processo de mediação em conflitos penais:

a) Voluntariedade – o processo de mediação é uma ferramenta que o sistema penal oferece à vítima, para intentar em um espaço distinto, a solução que considera justa para seu reclamo. Para tanto, é imprescindível realizar uma entrevista a fim de explicar detalhadamente e pedagogicamente o objetivo da mediação, suas características e alcances, a forma de proceder e perguntar se aceita ou não participar dela. Nesta explicação deve ficar devidamente especificado o princípio da voluntariedade. Igualmente deve se proceder com o imputado, tratando-se de manter o equilíbrio entre as partes, fazendo valer as garantias constitucionais de defesa em juízo. Cabe ao operador avaliar se a decisão em participar do processo não está determinada por algum engano, coação ou qualquer outra forma de vício de vontade.

b) Confidencialidade – A confidencialidade é a essência da mediação. Serve de proteção dos assuntos particulares e supõe um compromisso tanto para o mediador, para as partes e para terceiros que participem do processo. A confidencialidade é primordial para se poder desenvolver exitosamente um processo de mediação, principalmente quando se envolvem conflitos da área do direito penal. Isto porque a implementação de um modelo restaurativo não pode contradizer os princípios constitucionais do devido processo e as garantias de defesa em juízo que são inerentes ao imputado. O segredo nasce de um ato voluntário ou legal de uma pessoa, que deposita na outra a confiança ao divulgar fatos que pretende não transcendam ou sejam conhecidos por terceiros. No sentido jurídico, é todo o fato que por disposição legal ou por determinação de uma vontade legitimamente autorizada está destinado a permanecer oculto para terceiros. Esta obrigação de guardar o segredo equivale a não dar informações a ninguém, e a violação da mesma pode

ter consequências legais. Na mediação, todos os atos são confidenciais. O mediador tem ampla liberdade para conduzir a sessão com as partes, podendo fazê-lo de forma conjunta ou separada; tomando o cuidado de não favorecer uma das partes e não violar o dever de confidencialidade. A confidencialidade é importante porque permite aos participantes falar abertamente de seus interesses, sentimentos, preocupações, apreensões e posições de reserva com um terceiro em quem confiam, o mediador. Para tanto, é imprescindível que como primeiro passo na convocação e na apresentação do que seja a mediação, além do caráter voluntário, se dê ênfase de que tudo o que se diga nesse âmbito estará resguardado pelo segredo. Segredo este que implica que as partes não poderão utilizar o que foi dito nas conversações em posteriores apresentações judiciais, que os mediadores não poderão fazer uso do que foi escutado para justificar argumentações no curso do processo, e que tão pouco poderão tornar público. A observação dessa característica é de suma importância porque se o processo de mediação fracassa ou se não chega a um acordo, a tentação de utilizar as informações obtidas em um processo contencioso é muito grande.

c) Imparcialidade e Neutralidade – essas são características próprias dos operadores que intervêm no procedimento. Sejam mediadores, conciliadores ou meros facilitadores, todos devem manter uma atitude de imparcialidade e neutralidade. A imparcialidade pode ser definida como a atitude que deve ter o mediador de não favorecer a nenhuma das partes. O operador deve ter respeito por ambas as partes e deve ajudar a construir um espaço de confiança e um clima de negociação, não pode perder de vista que está tratando de um caso em que uma pessoa se considera vítima ou inocente, que coloca toda a responsabilidade por seus males, danos e prejuízos no outro, o qual infringiu a lei para alcançar seu propósito. Há alguém que padece de um mal cometido por outro que violou a lei. As instâncias de uma mediação penal geralmente são carregadas de fortes emoções, onde a culpa, os insultos e a dor são colocadas diante do mediador. O lugar do mediador deve ser um lugar de legitimação plena, legitimação para convidar os sujeitos a participar da autogestão, que muitas vezes pode ser a única oportunidade que tenham para fazê-lo, para serem escutados, oportunidade unica onde cada sujeito pode

comprometer-se na resolução de seus próprios conflitos. Quanto a neutralidade, ainda que seu significado geral corresponde a um sinônimo de imparcialidade, para objeto de nosso estudo seu conceito varia consideravelmente. Se a imparcialidade é vista como a tomada de partido por parte do mediador em relação a uma partes em litígio, esta conduta é voluntária e consciente. A neutralidade se refere também a inclinação do operador por alguma das partes, mas de maneira inconsciente. É muito mais sutil e difícil de detectar. O mediador, por alguma razão, começa a orientar o curso de sua ação no procedimento com vistas a satisfação de desejos e necessidades próprias, mas que permanecem ocultas ou disfarçadas nos desejos e necessidades de alguma das partes.

De seu papel como terceiro facilitador não pode fugir das próprias interpretações com relação ao que vê, escuta e sente; é mais difícil deixar de se comover e mobiliar-se com a situação da qual participa e que tem a responsabilidade de conduzir. Não se trata de um plano preestabelecido, nem de uma conduta assumida anteriormente, unicamente no fluir do processo de mediação, o operador foi condicionado a uma conclusão que satisfaça sua vontade inexpressada. Esse fenômeno pode se dar de duas maneiras. A primeira é a que surge das condições prévias ao trabalho do mediador, quando este conhece o caso, as partes e as circunstâncias ou o contexto do conflito. Aqui entra a desempenhar para o operador uma multiplicidade de questões que podem afetar sua falta de parcialidade na intervenção: preconceitos, posturas ideológicas, prejuízos, sua situação pessoal, afetiva, etc. Tudo isso deve ficar fora da mediação. O operador não pode ingressar na mediação levando uma carga de emoções que modifique o desenvolvimento do processo. Será difícil para ele trabalhar um caso de violência doméstica quando faz parte de um ou conhece estreitamente um caso similar. Será muito complicado não se envolver em um conflito parecido com um em que esteja envolvido. O operador que ao conhecer um caso, entende que as particularidades do mesmo podem condicionar sua atividade, deve imediatamente deixar de intervir e solicitar a troca de operador. A segunda maneira em que pode ocorrer o fenômeno da falta de neutralidade é aquela em que as partes, sem má intenção ou perseguindo uma estratégia determinada, tratam de envolver o mediador emocionalmente no conflito. Seja

para reforçar uma ideia própria, para justificar uma ação, ou tão somente para conhecer o critério da pessoa que está à sua frente e que ostente certa representação, pergunta, afirmar e busca o assentimento do mediador. Nestes casos, o mediador deve manter-se distante de dar alguma resposta ou de ter qualquer manifestação que dê lugar a uma interpretação das partes em tal sentido. Deve o mediador utilizar as ferramentas que lhe dão várias técnicas de conversação, especialmente através de perguntas.

d) Interdisciplinariedade – a equipe de operadores deve ter um enfoque interdisciplinar. A interdisciplinariedade é definida pela UNESCO como “uma forma de cooperação entre as disciplinas diferentes, a partir de problemas cuja complexidade é tal, que somente podem ser abordadas mediante a convergência e a combinação prudente de diferentes pontos de vista”. O conflito, em matéria penal, não deixa de ser um problema complexo. O surgimento das disciplinas se deu através da divisão dos conhecimentos e dos temas de investigação e reflexão próprios de uma época, determinada pelo divórcio entre os distintos campos do saber. A disciplina é o campo do conhecimento hipotético, que se estabelece ao redor de um recorte específico de um objeto do conhecimento, e que o transforma em objeto de *seu* conhecimento.

Mas cada conhecimento para poder ser legitimado socialmente requer o aval de alguma instituição, que através de seus canais formais, autorizam a aplicação prática dos mesmos e sua transmissão. Cada disciplina tem definido o objeto de seu conhecimento, os métodos de estudo e assim também tem estabelecido os problemas que trata. Essa definição do problema traz a disputa com outras disciplinas por sua explicação, tratando a legitimidade do próprio conhecimento sobre os demais por meio do discurso. E os profissionais se vêm envolvidos nessa luta por perder de vista que os problemas das distintas disciplinas podem estar vinculados. Deve-se partir do princípio de que a realidade é um sistema complexo determinado pela heterogeneidade dos elementos que a compõem e a mútua dependência das funções de ditos elementos. Uma modificação em um elemento modifica a totalidade do sistema e esta modificação por sua vez, muda novamente os elementos em um jogo dialético de dupla direcionalidade. Estas interações não podem analisar-se

fracionando o sistema em áreas parciais que correspondam ao domínio da ciência que estuda cada elemento. Um estudo de um sistema complexo que se encontra em funcionamento da totalidade dos sistemas, só pode ser obra de uma equipe com marcas epistêmicas, conceituais e metodológicas compartilhadas. Isto só é possível tendo em conta que todos os conceitos e teorias são relativos e aproximativos, e que os limites entre as disciplinas não estão prefixados, mas se encontram em contínua reformulação, porque o conhecimento vai modificando, assim como vai modificando o conhecimento de cada uma das disciplinas. Cada disciplina, entretanto, tem um área de competência exclusiva ainda que flexível, mas essa competência implica um recorte da realidade, pelo que resulta importante que cada profissional respeite os limites de cada área tendo em conta a existência de outras perspectivas de análise e reconhecendo que não existem saberes absolutos nem profissões hegemônicas. A abordagem interdisciplinar equivale a aplicação por parte de cada ciência de suas técnicas, métodos e conhecimentos e a posterior interação dos especialistas em sua conclusão, que respeitar a cada um dos olhares científicos. O trabalho trans e interdisciplinar resultará em uma ida e volta, um verdadeiro *feedback* cooperativo de olhares e saberes, incompletos e provisórios, baseado na tolerância das diferenças e na busca do consenso. A principal vantagem deste enfoque é favorecer a resolução de novos problemas, permitindo visões mais gerais, eliminando obstáculos e reduzindo a tentação do dogmatismo disciplinar. É evidente que este modelo de abordagem obriga a trabalhar em equipe e poder trabalhar em equipe implica repensar a territorialidade das distintas práticas, refletindo sobre esse lugar de poder que nos outorga o saber articulado com nossas hierarquias profissionais. Uma equipe de trabalho é o conjunto de pessoas que tem um alto nível de organização operacional para a realização de determinados objetivos e a realização de atividades que trabalham em um clima de respeito e confiança mútua altamente satisfatória.

e) Informalidade – em contraste com o rigor de outros procedimentos, a mediação se destaca pela simplicidade de suas formas, pela liberdade de ação de seus protagonistas e por um estilo consensual conduzir o processo. Não só o lugar é diferente, mas até o discurso utilizado resulta de

alguma maneira superador das práticas judiciais tradicionais. Palavras como causa, despacho, audiência, imputação, defensor, sentença, podem ser substituídas por atuação, espaço ou sala, reunião, requerido ou partes, advogado assistente, acordo ou convênio, entre outras. O caráter informal deste procedimento possibilita que se convoque terceiros interessados a participar das reuniões, as quais se realizam em diferentes lugares e horários ou com a intervenção de mais de um mediador.

f) Gratuidade – Atento ao caráter de direito público que possui o sistema penal, toda a atividade que gera é atribuída dentro de um serviço de administração de justiça que oferece o Estado à população, que goza do benefício de não ser oneroso. A persecução penal e a atividade punitiva somente podem ser desenvolvidas pelo Estado atento ao monopólio do poder coercitivo que ostenta. Ao Estado não é permitido depositar em mãos privadas essa função, já que restaurar a paz social e prover a segurança figuram entre suas funções básicas, pelo que a única maneira de que podem ser acessíveis a todos é garantindo sua gratuidade.

No Brasil, os princípios e valores da justiça restaurativa foram enunciados na cidade de Araçatuba, interior de São Paulo, quando da realização do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, no mês de abril de 2005, mediante um documento intitulado Carta de Araçatuba, que, posteriormente, foi ratificado na Conferência Internacional Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, realizada em Brasília, no documento intitulado Carta de Brasília (SALIBA, 2009, p. 149-150):

1. plena informação sobre as práticas restaurativas anteriormente à participação e os procedimentos em que se envolverão os participantes;
2. autonomia e voluntariedade para participação das práticas restaurativas, em todas as suas fases;
3. respeito mútuo entre os participantes do encontro;
4. co-responsabilidade ativa dos participantes;

5. atenção à pessoa que sofreu o dano e atendimento de suas necessidades, com consideração às possibilidades da pessoa que o causou;
6. envolvimento da comunidade pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação;
7. atenção às diferenças sócio-econômicas e culturais entre os participantes;
8. atenção às peculiaridades sócio-culturais locais e ao pluralismo cultural;
9. garantia do direito à dignidade dos participantes;
10. promoção de relações equânimes e não hierárquicas;
11. expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito;
12. facilitação por pessoa devidamente capacitada em procedimentos restaurativos;
13. observância do princípio da legalidade quanto ao direito material;
14. direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo;
15. integração com a rede de assistência social em todos os níveis da federação;
16. interação com o Sistema de Justiça.

No processo restaurativo há o encontro da vítima com o desviante e a comunidade, para discutir o crime e suas consequências, por meio de reuniões monitoradas por intermediadores, inclusive com a possibilidade de presença de familiares ou terceiros. O resultado esperado e desejado é a reparação e a reintegração social. Reparação dos eventuais danos causados, sejam eles patrimoniais ou morais, e reintegração da vítima e delinquente à

comunidade, sem estigma ou marginalização, com despenalização. A reintegração possibilita a devolução da vítima e desviante mais conscientes de seus atos e repercussões sociais, diante das discussões realizadas e resolução alcançada (SALIBA, 2009, p. 151).

A justiça restaurativa se diferencia da justiça retributiva, pois naquela há participação, discussão conscientização, compreensão, solução dos problemas passados, análise dos problemas presentes e preparação para os problemas futuros. Na justiça penal tradicional há imposição e não, discussão, retribuição pelo fato passado, desproporcionalidade (SALIBA, 2009, p. 153).

A teoria retributiva sustenta-se na retribuição para um mal e é explicada como imposição do castigo pelo mal causado, sem qualquer outra finalidade. A justificação para a pena está na reação ao mal produzido pelo crime. (...) A legitimidade da pena é *a priori* e não está condicionada a qualquer finalidade extrapunitiva, pois, sua imposição se justifica pelo crime, sem qualquer questionamento quanto ao porquê e para que punir (SALIBA, 2009, p. 45).

2.6 CRÍTICAS 1.6

Em que pesem os enormes esforços empreendidos nas últimas décadas por grande parte da doutrina e por um pequeno número de operadores, não há como avançar na direção de uma justiça penal mais humana, mais legítima e mais democrática enquanto o atual paradigma permanecer intocado nos seus contornos mais marcantes: o processo penal como manifestação de autoridade, o direito penal como exercício de poder. Tudo isso garantido sob pretextos *nobres*, tais como a prevenção geral, a reinserção social ou, agora e com mais força, a segurança pública e a tranquilidade dos “cidadãos de bem”. Essa equação entre os discursos repressivos de segurança pública e as práticas autoritárias dos operadores é o mecanismo que a mediação penal propõe-se a desativar (SICA, 2007, p. 119-120).

Mesmo dentre os defensores da mediação penal, há a consciência de que as garantias do processo representam talvez o maior *nó a desatar* no seu difícil desenvolvimento como resposta institucional ao delito (SICA, 2007, p. 120).

O regime de garantias caracteriza-se pela estrita legalidade consubstanciada nos axiomas: *nulla poena, nulla culpa sine iudicio e nullum poena sine crimine, nullum crimine sine legge*, os quais, aparentemente, seriam contrariados pela mediação, uma vez que esta possibilitaria tanto a *pena sem culpa*, quanto o *crime sem pena* (SICA, 2007, p. 120).

O penalista espanhol, Jesús Maria Silva-Sánches (2002) refuta com veemência a mediação em matéria penal.

Afirma que nas formas de *justiça negociada*, “a verdade e a justiça ocupam, quando muito, um segundo plano”. Para este autor, na mediação o direito penal aparece “como mecanismo de gestão eficiente de determinados problemas, sem conexão alguma com valores” e a diminuição de garantias às quais a informalização *pode implicar*, resultaria em déficits de legalidade ou de imparcialidade, pois o que se pretende é “contornar os estreitos atalhos dos princípios de igualdade e generalização para implantar uma ‘justiça do cádi’ que dê a cada situação a solução que seja ‘necessária’, sem vinculações externas”. Silva-Sánches (1992) defende ainda que, a contenção da violência social contida nas reações informais da comunidade ao crime, a redução da própria violência estatal e o planejamento de manter em limites toleráveis a comissão de delitos, só podem ocorrer sobre as bases dos princípios garantistas e, quanto à prevenção das reações informais supõe que

a renúncia ao direito penal teria como efeito imediato a aparição de sistemas informais de controle, os quais, dada a ausência de formalização e a incidência de fenômenos conjunturais ou subjetivos, se mostrariam como muito piores quanto ao grau de intervenção, que o próprio direito penal. (SILVA SANCHES, 1992, tradução nossa).

Afirmando, nisso, uma legitimação plenamente garantística

do direito de punir, ao ponto de dizer que essa intervenção serve para dar à coletividade uma satisfação legítima à necessidade psicológico-social de castigo. (SICA, 2007, p. 121)

A mediação situa-se em outro nível; pretende abater esse sentido punitivo, reconhecendo essa tentativa como uma etapa fundamental para a evolução da vida comunitária, cuja harmonia é mais ameaçada do que preservada pelas tendências irracionais alimentadas pela *necessidade de castigo*. (SICA, 2007, p. 121).

Silva-Sánchez (1992) parte de premissas falsas e/ou não demonstradas. Falsa é a premissa de que há uma necessidade de castigo, a qual converte-se em imposição e prescinde de verificar a desnecessidade da pena. Num sistema fechado e binário, esse raciocínio elimina as possibilidades de o direito penal limitar o poder punitivo, transformando-o em mero saber chancelador do exercício de um poder, sem mesmo questioná-lo. Premissas não demonstradas são aquelas de que a mediação pode implicar em déficits de legalidade e igualdade, é uma atividade sem conexão com valores ou vinculações externas. Primeiramente, essas ponderações parecem supor que do outro lado, a justiça punitiva opera com um alto índice de respeito à legalidade e à igualdade, ou sobre uma base valorativa legítima e correspondente à diversidade e à pluralidade da sociedade contemporânea.

A realidade não é essa. A doutrina processual mais atual reconhece, com ênfase, os defeitos do atual sistema. Paula Bajer F. Martins da Costa (2001), em profundo estudo sobre a igualdade no processo penal brasileiro, conclui que “a legalidade não tem cumprido sua função de garantir a liberdade com igualdade”, pois nossa Constituição tem sido “relativizada por leis penais e processuais penais, bem como pela jurisprudência”.

O que Silva-Sánchez (1992) despreza é, justamente, aquilo que os defensores da mediação apontam como uma interdependência necessária entre os dois sistemas (mediação e punição), de forma que, em relação de complementariedade funcional, um possa fazer o outro funcionar melhor. A preferência pela repressão como único meio de controle do crime, no fundo,

revela opção extremamente conservadora e possivelmente autoritária, ou, pelo menos, com traços autoritários. (SICA, 2007, p. 123).

Silva Sanches (1992) levanta alguns outros obstáculos, descritos a seguir:

a) **Equidade** – a *vinculação* externa a qual se prende a atividade de mediação é a equidade, que é o valor que norteia o diálogo e os possíveis acordos. Evidentemente, se os acordos podem ser mesmo equitativos é uma questão a ser observada na prática mas que, de forma alguma, autoriza o afastamento liminar da possibilidade de mediar delitos. O conservadorismo de Silva-Sánchez (1992), talvez fizesse sentido num mundo mais estático, ao reverso, a mediação aponta para situações mais complexas, sugerindo que estamos caminhando na direção de uma pluralidade de regulações jurídicas, correspondente a uma nova economia de relações entre as normas sociais e jurídicas. Essa direção aponta para a necessidade de uma ordem negociada, ante o malogro em obter-se uma ordem imposta. (SICA, 2007, p. 123).

b) **Busca da verdade** - da mesma maneira, a questão da *busca da verdade* não pode ser levantada como obstáculo à mediação pois seu êxito não se funda na pesquisa da culpabilidade e nem sobre a restauração da ordem social (pontos que só o direito e o Estado podem resolver), mas funda-se sobre “dar um lugar à desordem”; a mediação promove novas formas de “ordem” que devem emergir exclusivamente dos sujeitos que, envolvidos no conflito, devem aceitar, em certa medida, a desordem por ele representado e negociar a sua governabilidade dentro de parâmetros aceitáveis. O acerto da verdade, de fato, não é primordial na atividade de mediação, embora, diga-se, que é factível que a verdade possa fluir mais livremente num ambiente isento de pressões, ameaças (de pena) e, principalmente, sem a presença de uma autoridade superior. Processo adversarial e suas liturgias formais, naturalmente, impedem que as partes se expressem com naturalidade e, logo, obstaculizem a busca da verdade, não só dos fatos, mas também das impressões e das emoções afetadas pelo fato sob julgamento.

A lógica do processo penal é o evitamento da verdade, uma vez que, se respeitadas as garantias formais, a verdade leva o ofensor ao destino certo e único da pena afliativa; e, para a vítima, do que vale a verdade? No final, a verdade obtida por meio do processo penal é, apenas, a *verdade* imposta pelo juiz, que lê os fatos através de uma tela institucional (os códigos legais) e seleciona-os de acordo com a necessidade do processo, podendo, inclusive, desprezar aquelas informações que não tenham relevância técnico-jurídica. (SICA, 2007, p. 124).

c) **Garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa** (*nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla acusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione*) – são insuficientes, meramente formais e não agregam qualquer potencial preventivo (da violência) num sistema que trabalha com a certeza e a proporcionalidade vertical das penas. De nada adianta a observância formal desses princípios, se só servirem para levar o acusado ao destino certo e *seguro* da punição severa. O sistema garantista, assim visto, constitui um percurso em que, se respeitadas as proteções formais, justifica-se, ou melhor, obriga-se a imposição da pena cominada. Porém, num quadro emergencial, essas garantias *a priori* pouco representam. (SICA, 2007, p. 125).

Por isso, a insistência necessária no estudo de garantias positivas, que tragam alternativas à certeza da punição severa e subtraíam do sistema penal sua característica autoritária, fechada, repressiva e obsoleta, evitando, também, a indulgência de paliativos que não neutralizam a pena em sua face afliativo-dissuasória, como soluções burocráticas de fuga do direito penal. (SICA, 2007, p. 125).

d) **Princípio da legalidade** – mesmo a legalidade, princípio vetor do sistema garantista, revela-se uma segurança básica inútil ante a expansão do direito penal. Num sistema hiperinflacionado, onde existem leis para incriminar a generalidade das condutas, surge um dado de situação fática que minimiza muito tal garantia: *nullum sine legge crimine sine legge* de nada adianta

se existem *legges* em excesso, se estão formuladas em termos vagos e abertos e orientadas de forma paleorepressiva. Carlos Enrique Arenillas lembra que, na prática, “*o principio de legalidad que no es outra cosa que la reacción estatal, inexorable em todos los casos y com la misma energia, frente al delito*”. (SICA, 2007, p. 126).

e) **Direito ao processo, justo e de qualidade** – Geraldo Prado (2002) e Aury Lopes Jr. (2002) sustentam que as formas de justiça consensual afetam essa garantia, pois quando se discute a justiça negociada, estabelece-se o conflito garantismo *versus* utilitarismo (fazer justiça rápido). As críticas são baseadas no modelo de justiça consensual introduzido pela Lei 9.099/95, cujos fundamentos não se identificam com a proposta da mediação penal.

Primeiramente, a celeridade não está na pauta do projeto da mediação penal. Pelo contrário, as sessões de mediação podem se multiplicar, sempre que o mediador ou mesmo as partes verificarem essa necessidade. Logo, nem sempre que se discute a justiça negociada estabelece-se uma oposição entre garantismo e utilitarismo. (SICA, 2007, p. 127).

Cindindo a expressão que resume a preocupação dos autores (direito ao processo, justo e de qualidade), vejamos primeiro que o direito ao processo mantém-se intacto no modelo de justiça informal que tem como finalidade a mediação, colocando-se a voluntariedade como requisito básico – e não como direito público subjetivo – sempre que assim quiserem, quaisquer das partes podem recusar o envio do caso ao ofício de mediação, exercendo seu direito ao processo. Por outro lado, o direito ao processo, deve ser concebido como direito, não como obrigação, ou seja: o direito ao processo, para ser pleno e realizável, deve incluir o direito de evitar o processo, naquelas circunstâncias em que a resposta punitiva possa ser substituída por outras reações penais como a reparação-conciliação, a qual entendemos que só pode ter lugar no espaço extrajudicial e extraprocessual da mediação. (SICA, 2007, p. 127-128).

O direito a processo, de qualquer forma, remete ao princípio da legalidade como obstáculo à mediação penal. Visto como imperativo para

imposição de pena em face de toda e qualquer violação das normas penais, o princípio deixou de lado feição democrática e liberal, transformando-se mais em comando de proibição/punição, do que interdição ao exercício do poder punitivo e demarcação de fronteiras entre o proibido e o permitido.

Mesmo os autores extremamente críticos em relação à justiça consensual, admitem os fundamentos da mediação penal, talvez sem percebê-lo. Aury Lopes Jr. (2002) sublinha que “existe uma profunda relação entre o atual modelo de Direito Penal mínimo e seu correspondente processo penal garantista”, resulta que os princípios da intervenção mínima são pontos importantes e congruentes com o garantismo. A mediação, mais do que respeitar formalmente, valoriza substancialmente e potencializa a concreção daqueles princípios considerados como os mais relevantes por Alessandro Baratta (1986), que formulou a articulação programática da ideia de mínima intervenção do direito penal como uma política para curto e médio prazo baseada em uma teoria dos direitos humanos como objetivos e limites da lei penal.

O ponto de partida do minimalismo penal desenhado por Baratta (1986) é conhecido: a contenção da violência estrutural é a mesma luta para a afirmação dos direitos humanos. Como consequência, a redução do direito penal deve implicar no aumento das possibilidades de utilizar de modo alternativo os instrumentos de justiça penal a defesa dos direitos humanos.

Dentro desse programa, o autor define princípios de limitação funcional que mantêm relação direta com a constatação das consequências derivadas da atuação do sistema penal no meio comunitário, discussão também “esquecida” por muitos e, como já visto, bastante valorizada pela perspectiva restaurativa. Dentre esses princípios, localizam-se aqueles que dão suporte à proposta em debate.

São eles:

a) o princípio do respeito pela autonomia cultural, que preconiza retirar do sistema penal de dentro desse processo global de colonização e opor-se ao totalitarismo do “pensamento único”. Os conflitos

culturais não podem ser confundidos como criminalidade. Assim o princípio refere-se à necessidade da preservação de certas margens de conflito, concedendo à desviação e à diversidade o máximo espaço compatível em relação às exigências mínimas de controle social.

b) o princípio da primazia ou o primado da vítima, também articulado na base do programa de Direito Penal Mínimo e bastante valorizado pela mediação. Como visto, uma das razões para a vítima ter sido subtraída da esfera de interesse da justiça penal foi a centralização do monopólio da força. A expropriação dos interesses e direitos da vítima também importou no inchaço do sistema punitivo e no aumento da repressão penal. Substituir, em parte o direito punitivo por um direito restitutivo e valorizar o papel da vítima é uma importante indicação para a realização de um direito penal de mínima intervenção e reduzir os custos sociais da pena.

c) quanto aos princípios extra-sistêmicos do Direito Penal Mínimo, seguindo o raciocínio de Baratta (1986), tem-se os chamados princípios metodológicos da construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais, dentre os quais aquele considerado pelo autor como o mais importante deste grupo: a articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais, sem o qual, nenhuma mudança da política de controle social está factível. Passa por uma tomada de atitude coletiva diferenciada: os portadores das necessidades e desejos devem conseguir converter-se de sujeitos passivos de um tratamento institucional e burocrático em sujeitos ativos na definição dos conflitos que os envolvem e na construção das formas e dos instrumentos de intervenção institucional e comunitários idôneos e resolvê-los, segundo os legítimos anseios. Aqui a indicação é clara para a procura de alternativas penais que estabeleçam um processo de diálogo e envolvem a comunidade com a resolução de seus próprios problemas.

d) o princípio da privatização dos conflitos complementa o primado da vítima, tratando-se de estratégia de reapropriação dos conflitos, afasta a intervenção penal onde a restituição, os acordos e a reconciliação sejam suficientes. Esse princípio complementa-se pela politização dos conflitos, que em

direção oposta, mas não incompatível, considera como característica fundamental do sistema penal seu modo de intervir nos conflitos (“pena”), reconhecendo o surgimento de novas formas de criminalidade que requerem um redimensionamento político para considerar outros modos de intervenção institucional, confiados não só aos órgãos administrativos da justiça penal. (SICA, 2007, p. 129-130).

Esses princípios adequam-se com facilidade ao programa restaurativo e, se existe uma profunda relação entre o modelo de direito penal mínimo e o processo penal garantista, tal relação também é verdadeira frente ao projeto de mediação penal. Ocorre que, como o garantismo é um sistema fechado (em tese, ao arbítrio), pode ensejar uma leitura que acaba por torná-lo, ao invés de um avanço, um empecilho à construção de um novo modo de pensar o penal, uma barreira epistemológica ao enfrentamento e conhecimento da questão criminal em toda sua complexidade. (SICA, 2007, p. 130).

Quanto à obrigatoriedade da ação penal, Leonardo Sica (2007) ressalva que não seria aceitável a renúncia à ação penal, pois a “renúncia à obrigatoriedade da ação penal, implicaria em supressão de garantia, sem a contrapartida de integração social ou de minimização da aflição imposta” e

devem ser repensadas novas regras de exercício da ação penal, reestruturando a obrigatoriedade, em face da desnecessidade da persecução criminal devido ao ressarcimento do dano, à reconciliação ou ao reenvio a outras esferas de controle social, disciplinando hipóteses de renúncia do Direito Penal. (SICA, 2002, p.179-180)

Uma das maiores dificuldades que obstaculizam o ingresso das políticas de mediação e/ou reparação em nosso ordenamento é constituída pela presença do princípio de obrigatoriedade da ação penal reconhecendo que uma *parcial renúncia a tal princípio* é um preço para sua aceitação, sendo que é necessário encontrar fundamento legal para tanto, o que ocorre no Brasil, mais flagrantemente após a edição da Lei 9.099/95, mas já antes com o artigo 98, I da Constituição da República Federal. (SICA, 2007, p. 131).

No tocante ao princípio da presunção de inocência, é uma garantia fundamental que no âmbito da mediação, é contemplada pela confidencialidade das discussões ocorridas nas sessões de mediação, as quais só podem ser reveladas em juízo com a concordância do ofensor e da vítima, ante a possibilidade de viabilizar uma resposta penal mais benéfica. (SICA, 2007, p. 132).

Enfim, de maneira geral, as garantias representam um obstáculo mais retórico do que efetivo. Tratam-se de premissas indeclináveis e cuja suposta incompatibilidade justifica-se mais pelo desconhecimento do que é mediação, confusão que é favorecida pela malsinada experiência pátria de justiça consensual. (SICA, 2007, p. 132).

Tanto a transação penal e a conciliação da Lei 9.099/95, são exemplos de justiça consensual que não se aplicam à mediação, muito pelo contrário, esta procura distanciar-se daqueles instrumentos autoritários e/ou burocráticos, que impõe uma “negociação” forçada sob a ameaça de pena e processo, desvinculada de quaisquer preocupações com a restauração da paz jurídica e o restabelecimento da comunicação. (SICA, 2007, p. 132).

A premissa da mediação também é a máxima efetivação dos postulados garantistas. (SICA, 2007, p. 132).

O garantismo positivo afasta, definitivamente, as garantias jurídicas como obstáculo à mediação. O conceito de garantismo positivo foi desenvolvido por Alessandro Baratta (1999) e, segundo Dias Neto (2005) orienta-se não somente à contenção do poder punitivo estatal “através dos chamados direitos de defesa, mas à segurança dos indivíduos em todos os seus direitos fundamentais, o que inclui os direitos de prestação positiva”. Funda-se na constatação da fragilidade das garantias penais tradicionais frente às regras de funcionamento real do sistema de justiça e propõe, sem abrir mão daquelas, estabelecer formas positivas de evitar os malefícios do poder punitivo sobre o cidadão e sobre a comunidade, no contexto de uma política integral de proteção dos direitos, que passa pela reestruturação do direito punitivo como *ultima ratio* e reconhece sua esfera de competência em relação a outros instrumentos de

intervenção, dentre os quais pode inserir-se a mediação. (SICA, 2007, p. 133).

Segundo Baratta (1999), o que se faz necessário é a integração entre um discurso crítico e outro propositivo, entre o controle negativo e o controle positivo, construindo o garantismo sobre uma base multidisciplinar, como a emancipação de todas as necessidades reais, pois uma visão meramente *defensiva e formalística da política de direitos* é insuficiente no cenário mundial de emergência repressiva e presta-se, somente, a um garantismo de padrões, um *pseudogarantismo*, um garantismo só penal.

O garantismo positivo, sem dúvida, faria o direito penal tornar-se mais complexo e mais diversificado em seus métodos de resolução de conflitos, o que o tornaria mais adaptável às necessidades da sociedade contemporânea, inaugurando, segundo Álvaro Pires (2004), uma nova racionalidade, marcada por uma “preferência cidadã”. Esta nova racionalidade “consiste em crer que essas garantias não são suficientes para ‘impedir o fracasso’ contra a razão repressiva e a ingerência do príncipe; e, ainda, consiste em crer que elas constituem uma base suficientemente sólida para a construção de um direito penal novo, moderado e complexo” no qual as garantias já existentes não impeçam a criação de outras alternativas para “desalojar o automatismo de uma reação essencialmente punitiva”.

Assim, o ponto de partida é simples: “as proteções do processo para a cuidadosa determinação da culpa são mais importantes se culpa significa a perda da liberdade”, *mutatis mutandi*, com a eliminação da possibilidade de pena afliitiva, torna-se possível trabalhar em outro nível de garantias, seguindo o conceito de Baratta (1999), que afirmou a necessidade de pensar em termos de “garantias positivas” e não somente em “garantias negativas” dirigidas a limitar a ação estatal.

O rol axiomático dos sistemas de proteção sintetizado por Ferrajoli (2006) baseado em princípios penais de índole negativa (*nullum, nulla*) e indeclináveis, sem dúvida. Porém, as garantias formais e negativas não são o único meio legítimo de solução de conflitos na esfera penal. A indagação é: poder-se-ia oferecer maior garantia a alguém do que o afastamento do risco da

pena e da prisão, evitando toda a estigmatização do processo penal? Bem está que reconhecer os elevados custos sociais da pena de garantir a não dessocialização e a redução da violência punitiva. A ótica do estrito garantismo é o oferecimento de garantias ilusórias num quadro punitivo exacerbado no qual, tal como se acostumou a observá-lo, respeita todas as garantias do acusado, mas o fim do caminho é único: a pena e severa. Não se aceita supressões das garantias menos aflitivas e estigmatizantes. (SICA, 2007, p. 134-135).

A perspectiva da mediação oferece uma oportunidade de emancipação para ofensor e vítima em relação ao conflito e emancipação do direito penal em relação às teorias da pena, sem expor o ofensor a qualquer risco de sancionamento, pelo contrário, aumenta a oferta a reações penais disponíveis, garantindo uma chance positiva de enfrentar as consequências do crime sem recorrer à pena aflitiva e sequer ao processo judiciário.

No entanto, contra a mediação, ainda existem outros fatores mais amplos e mais complicados de serem contornados do que as garantias jurídicas, uma vez que, como demonstrado, estas encontram pontos de convergência com o projeto de mediação aqui esboçado. (SICA, 2007, p. 135).

2.7 JUSTIÇA RETRIBUTIVA – JUSTIÇA RESTAURATIVA 1.7

Antes de realizar uma análise comparativa entre o sistema tradicional de justiça retributiva e a proposta de justiça restaurativa, faz-se necessário distinguir o conceito de delito. Para o sistema tradicional o delito (a raiz de sua definição como *conduta típica, antijurídica e culpável*) é entendido como uma mera infração à norma.

A rigor de verdade, o sistema somente poderá determinar confiantemente a existência do delito ao momento de resolver mediante uma sentença definitiva. E é nesse momento que o poder jurisdicional estabelece que o fato analisado se corresponde com o que o legislador entendeu como conduta

ilícita e a revestiu em um tipo penal. Até ali, então, pouco se pode fazer: o culpado era inocente, a vítima era denunciante e o ocorrido entre ambos somente matéria de investigação (NORDENSTAHL, 2005, p. 32).

Do ponto de vista de Nordensthal (2005), o delito é visto como um conflito social, uma incompatibilidade de condutas, percepções, objetivos e afetos entre indivíduos ou grupos. Um processo interacional antagônico em que muitas vezes predomina a via agressiva para a obtenção dos objetivos.

El delito así entendido incorpora para su análisis elementos que no son tenidos en cuenta para el criminólogo, tales como el ejercicio del poder, los afectos y el discurso, como así también la ampliación del ámbito a los grupos sociales afectados, más allá de los protagonistas. Tiene en cuenta también el proceso dinámico del conflicto a través de la secuencia de acciones (escalada – desescalada) dentro de un sistema.¹ (NORDENSTAHL, 2005, p. 32)

Outra das características que distingue ambos os sistemas é o tópico referente à responsabilidade.

No sistema tradicional a responsabilidade pelas condutas resulta individual, por meio da qual cada um responde por seus próprios atos, sem importar a atitude do meio social no qual se desenvolve. No modelo restaurativo, sem deixar de lado a responsabilidade individual, também evoluem as circunstâncias nas quais se produz o conflito, a dimensão do mesmo, e a identificação daqueles que integram cada unidade de conflito. Não se deixa de lado o fato de que as categorias de vítima-ofensor resulta um jogo de papéis intercambiais.

Cada um dos protagonistas, segundo a história que tem construído, pode entender-se em um ou outro lugar. Trabalhar-se-á então tendo

¹ O delito assim entendido incorpora para sua análise elementos que não são levados em conta para o criminólogo, tais como o exercício do poder, os afetos e o discurso, como também a ampliação no âmbito dos grupos sociais afetados, mais além dos protagonistas. Tem em conta também o processo dinâmico do conflito através da sequência de ações (aumento-diminuição de delitos) dentro de um sistema (NORDENSTAHL, 2005, p. 32, tradução nossa).

em conta a socialização das responsabilidades, onde as pessoas, e cada estamento ou grupo social terá que estabelecer seu nível de intervenção e em consequência reelaborar seu comportamento (NORDENSTAHL, 2005, p. 32-33, tradução nossa).

Para o procedimento retributivo, os autores são o infrator e o Estado, cabendo à vítima, em alguns casos e segundo o momento processual, uma pequena participação.

Para o modelo restaurativo, os verdadeiros protagonistas são a vítima e o ofensor, cabendo ao Estado providenciar os meios adequados para que as partes resolvam seus conflitos e, deverá fazê-lo de modo que o exercício dos direitos constitucionais, tanto de um quanto de outro, sejam garantidos.

O sistema tradicional evoca o procedimento adversarial. O modelo restaurativo, ao contrário, deixa de lado o método adversarial e busca uma solução acordada em um ambiente propício para o diálogo, em um processo conduzido por um mediador/conciliador/facilitador, que tem a função de promover a comunicação entre as partes através da aplicação de técnicas e dinâmicas adequadas.

O sistema penal nos últimos séculos foi paulatinamente, desviando-se de seu princípio de defesa geral da sociedade e adotando uma postura de controle das ações e comportamento dos indivíduos.

Quanto a finalidade, para o modelo retributivo, o objetivo se reduz a provar delitos, estabelecer culpas e aplicar o castigo correspondente. Para o modelo restaurativo, o fim está na resolução dos conflitos, na responsabilidade assumida e na reparação do dano causado

Comparando os dois modelos, o retributivo e o restaurativo, pode-se estabelecer as seguintes correspondências:

Modelo Retributivo	Modelo Restaurativo
O crime é uma ofensa ao Estado	O crime é uma ofensa de um indivíduo a outro
Ênfase em estabelecer a culpa, em rever o	Ênfase em resolver o problema, olhar o futuro

Modelo Retributivo	Modelo Restaurativo
passado (fez?)	(o que deve ser feito?)
Relação de oposição e processo normativo	Diálogo e negociação normativa
Imposição de sofrimento para castigar e prevenir	Reparação como meio de obter a reconciliação/restauração entre as partes
Justiça definida como intenção e processo: regras justas	Justiça definida como relacionamento correto
Omissão e repressão do aspecto inter-pessoal de crime: crime = conflito entre indivíduo e Estado	Crime reconhecido como conflito interpessoal
A uma ofensa social responde-se com outra	Ênfase na reparação
A comunidade não intervém, sendo representada, abstratamente pelo Estado	Comunidade como mediadora no processo restaurativo
Encoraja os valores individuais e competitivos	Encoraja a mutualidade
Ação do Estado para com o agressor, ignorando a vítima e mantendo o agressor em uma posição passiva	Envolvimento de vítima e agressor no processo, valorizando necessidades/direitos da vítima e encorajando o agressor a assumir a responsabilidade
Responsabilização do agressor definida pela sua sujeição a uma punição	Responsabiliza o agressor pelo reconhecimento do impacto da sua ação e pela ajuda em decidir como repor a situação
Definição da ofensa em termos estritamente legais, sem atender a valores morais e sociais, nem à dimensão econômica e política	Entendimento da ofensa em todo o seu contexto: moral, social, econômico, político
Dívida para com o Estado e a comunidade em abstrato	Reconhecimento da dívida para com a vítima
Resposta centrada no comportamento do agressor no passado	Resposta centrada nos efeitos danosos do comportamento do agressor
Estigma da irreparabilidade do crime	Estigma da reparabilidade do crime através da ação restaurativa
Falta de encorajamento do arrependimento e do perdão	Possibilidades de perdão e arrependimento
Dependência de assistência de profissionais	Envolvimento direto dos participantes

Quadro 1: Fatores que distinguem o modelo tradicional e restaurativo de justiça.

Fonte: Adaptado de Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade, 2006.

Conforme apontado acima, a crise de legitimidade aponta para a descriminalização. Contudo, descriminalização não quer dizer abolição do sistema penal, mas um afastamento parcial do Direito penal na proteção de interesses jurídicos que passam a ser tutelados por outros ramos do Direito.

O sistema penal, apesar das críticas a ele dirigidas, se faz necessário em determinados casos. Ferrajoli assinala que sua minimização é uma recodificação,

O objetivo do direito penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva ora ilustrada, pode ser, em uma palavra, identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo

mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade. Tanto o direito como a vingança constitui em exercício das próprias razões. Em ambos os casos ocorre um violento conflito solucionado mediante o uso da força: a força do réu, no primeiro caso; a força do ofendido, no segundo caso. E, em ambos os casos, a força é arbitrária e incontrolada não apenas, como é óbvio, na ofensa, mas, também, na vingança, que é, por natureza, incerta, desproporcional, desregulada, e às vezes, dirigida contra um inocente. A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através da sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam. (FERRAJOLI, 2006, p. 311)

Assim como a pena tende a cumprir uma finalidade de prevenção geral, a aplicação do método restaurativo também pode servir para difundir na comunidade uma nova maneira de solucionar seus conflitos.

Para Nordensthal (2005), deve ser ressaltado o verdadeiro conteúdo pedagógico que possui todo o processo de mediação. Por isso a importância estratégica de sua implementação já em crianças, principalmente no âmbito escolar. Aduz, referido autor,

La mediación en todos sus ámbitos, implica una instancia de aprendizaje profundo en torno a la cooperación y la comunicación; y es nuestro hincapié resaltar que este aprendizaje idealmente acompañará a los sujetos en sus futuras interacciones.² (NORDENSTHAL, 2005, p. 37-38).

Propor um novo modelo não implica desacreditar ou diminuir o poder estatal. O sistema penal não pode ser abolido, tendo em vista sua importância no sentido de solucionar e evitar novos conflitos sociais. Não se vislumbra, ainda, algo melhor que o Direito penal mas, vislumbra-se medidas alternativas como indispensáveis ao Estado democrático de direito.

A Justiça Restaurativa vem sendo aplicada em alguns

² A mediação e todas as áreas, implica uma análise de aprendizagem profunda em torno de cooperação e comunicação; e é nossa ênfase ressaltar que este aprendizado, idealmente, acompanhará os sujeitos em suas futuras interações. Tradução nossa.

países desde 1976. No Brasil, essa experiência data de 2004.

O que procuramos demonstrar no próximo capítulo é justamente a viabilidade dessa nova forma de justiça ao processo penal brasileiro.

CAPÍTULO 3

APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO A PARTIR DO GARANTISMO PENAL

3.1 GARANTISMO PENAL - LEGALIDADE 1.1

Aplicar o Direito Processual Penal válido demanda um retorno à teoria do ordenamento jurídico, eis que a utilização de um dispositivo legal não pode mais se dar de maneira dedutiva e formal, exigindo o estabelecimento das regras válidas, ainda mais em face da vigência de normas decorrentes das Cartas Internacionais dos Direitos Humanos, que são absolutamente aplicáveis no Brasil (ROSA, 2006, p. 85).

A Teoria Geral do Garantismo, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantear a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais. Em outras palavras, tendo-se em vista a supremacia Constitucional dos direitos positivados no corpo de Constituições rígidas ou nela referidos (CR, art. 5º, par. 2º), como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão submetidos, surge a necessidade de garantir esses direitos a todos os indivíduos, principalmente os processados criminalmente, pela peculiar situação que ocupam (ROSA, 2006, p. 86).

Ferrajoli (2006) indica 10 princípios necessários e sucessivos de legitimidade do sistema penal. São eles:

- a) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- b) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
- c) princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- d) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
- e) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- f) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- g) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato e no sentido estrito;
- h) princípio do acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- i) princípio do ônus da prova ou da verificação;
- j) princípio do contraditório ou da ampla defesa, ou da falseabilidade. (ROSA, 2006, p. 121-122).

O Modelo garantista descrito em SG (Sistema de Garantias) apresenta as 10 condições, limites ou proibições que identificamos como garantias dos cidadãos contra o arbítrio ou o erro penal. Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos (FERRAJOLI, 2006, p. 83).

O princípio da legalidade estrita ocupa um lugar central no sistema de garantias, distinguindo-se do princípio da mera legalidade ou lata legalidade.

Enquanto a mera legalidade limita-se a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*) (FERRAJOLI, 2006, p. 93).

Pelo Princípio da Legalidade Formal, uma norma é válida desde que expedida por quem possui competência legislativa, independente de conteúdo. Este postulado, a seu tempo, significou um rompimento entre Direito e Moral, entre Validade e Justiça, exigindo que a validade da norma ficasse jungida exclusivamente ao fundamento de validade formal (ao de poder competente). O constitucionalismo, na forma defendida por Ferrajoli (2006), impõe uma segunda revolução, pela qual a norma somente será válida se estiver de acordo com o conteúdo da Constituição, denominada por estrita legalidade ou legalidade substancial. Com esta mudança não se presume mais que a norma seja válida somente porque decorreu do Poder Legislativo, demandando o cotejo de sua pertinência substancial. Redefine-se a vigência como elemento exclusivamente formal, necessário, mas não suficiente para legitimidade democrática da norma. Este balizamento se dá pela esfera do indecível. Não se trata de reviver a discussão entre separação de Direito e Moral, senão o resgate da Constituição como elemento fundante, na qual restam fixados os limites do legislador derivado, demandando um novo papel da jurisdição e da ciência jurídica, ou seja, um papel de reinterpretação do Direito em face dos princípios indicados por aquela: um compromisso mais forte quanto maior a divergência (ROSA, 2006, p. 101-102).

A importância do princípio da legalidade no campo penal, adquire a sua máxima relevância ao referir-se ao caráter formal ou legal de definição da desviação, seja por vincular a lei como condição necessária da existência do delito, seja por submeter o juiz à lei. Pela reserva da lei, não pode o juiz qualificar como delitos os fenômenos que considera imorais ou merecedores de sanção segundo sua consciência ou juízo de valores, mas somente aqueles que, com independência de suas valorações, vêm formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena, de forma precisa, taxativa, como o menor

índice possível de termos imprecisos ou que demandem uma extensão hermenêutica muito ampla no momento da tipificação (COPETTI, 2000, p. 111).

Mas, se por um lado, o princípio da legalidade oferece uma garantia aos cidadãos quando a edição de leis penais é realizada dentro de parâmetros racionais humanistas, por outro, uma inflação legislativa em matéria penal pode tornar a reserva legal um instrumento com reflexos totalmente diversos e contrários aos seus objetivos garantistas primordiais, fato que se verificou com especial particularidade a partir da instituição do Estado social e estendeu-se sem limites até nossos dias, sendo hoje um fenômeno que se manifesta concomitante ao processo de mundialização econômica, caracterizando-o marcadamente (COPETTI, 2000, p. 112).

Ainda convivemos com o modelo normativo do ilusionismo: uma legalidade formal que apenas impõe a todas as atuações dos poderes públicos uma relação de anterioridade temporal entre lei e fato, constituindo o que denomina Ferrajoli (2006) de mera legalidade, indicada pela fórmula clássica *nulla poena et nullum crimen sine lege*, que determina o submetimento do juiz à lei, não, podendo, em razão disto, ele qualificar como delito os fenômenos que considera imorais ou merecedores de sanção, mas somente os que, com independência de suas valorações, vêm formalmente designados pela lei como pressuposto de uma pena (COPETTI, 2000, p. 112).

Para André Copetti (2000, p. 113),

o princípio da legalidade, enquanto ativo somente dentro de uma relação formal de aplicação da lei, é insuficiente para atender às demandas de justiça dentro da esfera da atuação estatal penal nos parâmetros da sociedade atual. A ele precisam ser somados instrumentos que possibilitem aos legisladores e aplicadores da lei realizar uma leitura substancial do fenômeno sujeito à incidência da lei penal, impondo-os limites desta ordem, e não somente de natureza meramente formal.

Por isso a necessidade de uma releitura do princípio da Legalidade pelo preenchimento dos dez axiomas garantistas (estrita legalidade). Não basta ler o Princípio da Legalidade com base na previsão legal do tipo penal

(legalidade formal).

Ferrajoli (2006) propõe uma diferenciação do princípio da Legalidade, o qual se divide em duas espécies:

a) Princípio de mera legalidade, que obriga o Judiciário a aplicar as leis editadas e;

b) Princípio de estrita legalidade, dirigido ao Poder Legislativo, balizando a eleição dos tipos penais em formulações empiricamente comprováveis, excluindo, portanto, o caráter subjetivo 'constitutivo' dos tipos penais. (ROSA, 2006, p. 126).

Alexandre Moraes da Rosa (2006) leciona que, “o que se denominou ‘convencionalismo penal’, advindo do ‘Princípio da Legalidade Estrita’, da expressa previsão em lei abstrata e geral da conduta punível, estão inseridos dois requisitos necessários ao seu regular cumprimento: o caráter formal/legal e o empírico/fático dos desvios puníveis, avivando, dessa forma, a necessidade de prévia cominação legal e de que o processo penal tenha por objeto uma conduta comprovável/verificável. Daí é que, se o processo é condição para imposição da pena, a conduta objeto do processo deve ser falsificável (Popper) sob pena de tornar a garantia constitucional do devido processo legal em mero recurso retórico legitimador, entendido como ato de poder antidemocrático e não legitimado pelo ‘Estado Democrático de Direito’” (ROSA, 2006, p. 127).

Para Leonardo Sica (2007, p. 180), a justificação da mediação em face do princípio da legalidade pode ser assim resumida: se a reserva legal é uma proteção do cidadão contra o arbítrio, pode admitir-se sua flexibilização para evitar a ação desnecessária do poder punitivo sobre o indivíduo. Daí a necessidade de superação do sistema “dos delitos e das penas”, uma vez que a justiça restaurativa admite o delito sem pena (não o inverso, diga-se, pois as prestações voluntárias eventualmente assumidas pelo ofensor não têm caráter penal).

Elias Neuman (2005), ao tratar sobre o princípio da legalidade aduz:

El principio del legalidad implicó e implica *per se*, dentro del derecho penal liberal, una garantía sobre múltiples aspectos, algunos más recordados que otros. Mediante él se subroga a los particulares que por sí están imposibilitados de efectuar la investigación u se ofrece la certeza de que el Estado – con y por sus órganos – actuará para soventar la persecución de delitos de acción pública, siempre que mediare ley anterior al hecho. Mientras que para los delitos de acción privada se acepta el principio de disponibilidad. [...] Si es preciso habrá que apartarse del principio de legalidad sin temer de estar ultrajando a los mitos fundadores. Se trata, en fin, de evolucionar no de destruir. Y esa es la tendencia mundial que hoy se proyecta en las legislaciones reflexivas frente a realidades concretas y para no asumir el lastre de la derrota de la obligatoriedad de la acción pública.³

Como premissa inicial, Andreucci (1982), dentre outros, observa que o fundamento político da reserva legal é a proteção dos direitos individuais contra o arbítrio estatal, então, a interpretação e a criação do direito não podem servir ao alargamento do poder punitivo, mas podem conduzir a “soluções sempre benéficas ao réu, jamais contra ele, o que faria permanecer intocado o princípio da legalidade”.

Porém, o pensamento penal clássico, de certa forma, tem sustentado uma inversão do significado do princípio da legalidade, levantando uma questão que poderia ser assim representada: “como admitir o reconhecimento de um delito, sem a correspondente imposição de pena?” (é o *nulla poena, sine crimine, nullum crimine, sine legge*, às avessas).

O desenvolvimento da reflexão sobre o fundamento e os limites do *ius puniendi* e da teoria da pena de Beccaria (1978) implicaram em conceitos permeados por todo o modo de pensar o direito penal até hoje e

³ “O princípio da legalidade implicou e implica por si, dentro do direito penal liberal, uma garantia sobre múltiplos aspectos, alguns mais recordados que outros. Mediante ele se subroga aos particulares que por si estão impossibilitados de efetuar a investigação e se oferece a certeza de que o Estado – com e por seus órgãos – atuarão para solucionar a persecução de delitos de ação pública, sempre que houver lei anterior ao fato. Enquanto que para os delitos de ação privada se aceita o princípio da disponibilidad. [...] Se for preciso haverá de separar-se do princípio da legalidade sem o temor de estar ultrajando aos mitos fundadores. Se trata, enfim, de evoluir não de destruir. E essa é a tendência mundial que hoje se projeta nas legislações reflexivas frente a realidades concretas e para não assumir o juízo da derrota da obrigatoriedade da ação pública”. (NEUMAN, 2005, p. 91, tradução nossa).

configuraram o paradigma de eficiência e garantia preconizado, mas sequer tangencialmente atingido. Modernamente, o crescimento da criminalidade impôs a essa racionalidade um novo sentido: a justificação da qualidade, a quantidade da pena e de penalização alargou-se em resposta ao medo social e ao fracasso das políticas extrapenais de contenção à violência. As decisões penais, também, influenciaram-se pela emergência penal e passaram a ser cada vez mais autoritárias e duras, tornando inócuo o princípio da legalidade.

É justamente do “reconhecido fracasso do princípio da legalidade” (PAZ; PAZ, 2005, p. 125-134), na sua função de racionalizar e conter o poder punitivo e o avanço do Estado de polícia sobre o Estado de direito, que surgem as bases de construção da justiça restaurativa, dentre as quais se inclui aquela noção essencial sobre o crime: visto mais como um conflito relacional e menos como uma infração legal. Essa mudança de objeto, relativiza o princípio da legalidade, apenas e somente no que se refere à sua concepção como mandato imperativo para imposição de pena. Na sua vertente limitadora, evidentemente, o princípio permanece intocado. (SICA, 2007, p. 180-181).

O desafio que a justiça restaurativa lança é justamente a superação do sistema “dos delitos e das penas”; é aquele desafio de procurar a lógica do castigo, movendo-se para uma leitura relacional do fenômeno criminoso, entendido, primariamente como um conflito que provoca a ruptura de expectativas sociais simbolicamente compartilhadas”. Nessa altura, o papel do princípio da legalidade é demarcar o objeto da ruptura (o tipo penal), a ser interpretado, deliberado e, eventualmente, enviado para as agências judiciais habilitadas a exercer o poder punitivo e, delimitar a reação penal. (SICA, 2007, p. 181).

A segunda função é manter as partes envolvidas em uma mediação, informadas de que não podem concluir acordos que comportem medidas mais severas que as prescritas na lei. Essa construção, simples e efetiva, preserva o princípio da legalidade naquilo que realmente importa para os cidadãos e para o núcleo do Estado democrático de direito.

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS PATRIMONIAIS 1.2

Ferrajoli (2006) adota a definição formal de direitos fundamentais, segunda a qual, direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de fato.

A Teoria Geral do Garantismo, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. (ROSA, 2006, p. 86).

A legitimação do Estado democrático de direito deve suplantiar a mera democracia formal para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais. O garantismo jurídico baseia-se nos direitos individuais com o objetivo de limitar o poder do Estado, encontrando-se os direitos fundamentais na esfera do indecível.

Importante, neste momento, uma aproximação do conceito de bem jurídico. Para Ferrajoli (2006, p. 425), pode-se formular critérios ou condições, que são as garantias penais expressadas no sistema de garantias SG: o princípio da lesividade ou ofensividade, o de materialidade e o de responsabilidade pessoal, que definem, os três elementos constitutivos de delito: o resultado, a ação e a culpabilidade.

Luiz Régis Prado (2003, p. 70), leciona que em um Estado democrático e social de direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária, imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Para Ferrajoli (2006, p. 427),

se o direito responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua 'absoluta necessidade' são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.

Os direitos fundamentais correspondem a imunidades ou, faculdades, reconhecidas a todos independentemente de qualquer título e exercitadas unicamente em comportamentos meramente lícitos, que não interfiram juridicamente na esfera de outros sujeitos.

Para Ferrajoli (2006) existe uma radical diferença entre os direitos fundamentais e os direitos patrimoniais, principalmente o direito de propriedade. Para ele, os direitos fundamentais são universais, inclusivos, indisponíveis, personalíssimos. Os direitos patrimoniais são singulares, exclusivos, disponíveis, negociáveis.

O direito de propriedade corresponde a poderes (ou deveres) adquiridos sobre a base de específicas causas ou “títulos” e exercitáveis mediante atos potestativos dotados, por sua vez, de efeitos da própria esfera jurídica, ou mesmo na alheia. Os direitos fundamentais correspondem a imunidades ou faculdades, reconhecida a todos independentemente de qualquer título e exercitados unicamente em comportamentos meramente lícitos, que não interfiram juridicamente na esfera de outros sujeitos. O direito de propriedade corresponde a poderes (ou deveres) adquiridos sobre a base de específicas causas ou “títulos” e exercitáveis mediante atos potestativos dotados, por sua vez, de efeitos da própria esfera jurídica, ou mesmo na alheia. O direito de propriedade é o efeito de um título qualquer e pode ser exercitado por meio de atos de disposição geradores de ulteriores efeitos consistente em obrigações e direitos (FERRAJOLI, 2006, p. 836).

Diferentemente dos direitos patrimoniais, os quais estão sujeitos a vicissitudes, transferências, sucessões, investiduras e caducidades, as

liberdades e os direitos sociais não se intercambiam e não se acumulam, mas restam sempre iguais a si mesmos por qualquer pessoa, sem nunca interferir nem sofrer a interferência das oscilações das situações jurídicas (FERRAJOLI, 2006, p. 838-839).

De um lado, o seu exercício não está em grau de crescer nem de diminuir a esfera das situações jurídicas, seja de poder ou dever; do outro, o exercício das situações jurídicas, enquanto produz sempre a aquisição ou a perda de novos poderes e deveres, não está apto nem a crescer nem a diminuir a personalidade jurídica dos cidadãos e a esfera de seus direitos fundamentais. Além disso, estes direitos, em sendo *personalíssimos*, são *indivisíveis*, no sentido de que a sua falta ou a sua injusta privação a dano de quem quer que seja, viola os valores da pessoa e, portanto, de todas as pessoas. Disso é prova o fato de que a sua lesão é sempre um fator de crise na vida do ordenamento. Estes direitos são precisamente *invioláveis*, bem como inalienáveis e indisponíveis, no sentido que a sua violação justifica a violência: a violência individual da legítima defesa ou do estado de necessidade como causa de justificação de atos que de outro modo seriam puníveis como delitos. (FERRAJOLI, 2006, p. 839).

A propriedade no sentido humano, completo, aquele que foi posteriormente consubstanciado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, corresponde a livre disposição que toda pessoa tem de si mesma, de sua subjetividade, de seus bens, de suas posses, de suas propriedades, segundo a livre escolha que preside à sua decisão. Não caberia, neste sentido, ao Estado imiscuir-se neste território que é aquele em que a liberdade concretiza-se, fornecendo-lhe as bases de seu próprio florescimento. O sentido mais amplo e preciso da propriedade consiste na livre disposição interior da pessoa, na escolha de sua profissão, de suas atividades, de sua locomoção, da aplicação de seus talentos, sem nenhuma trava estatal que a destine, de cima, a qualquer profissão, cargo e função determinados, como se coubesse a uma instância superior ditar a cada um o seu destino. A propriedade significa também, objetivamente, que qualquer pessoa, independentemente de sua condição social, seu nascimento, sexo ou cor, possa dispor dos frutos do seu trabalho, do emprego de seu tempo, de seus bens materiais, que podem ser alienados ou não segundo o livre arbítrio

individual (ROSENFELD, 2007, p. 48-49).

O objeto da lei “consiste, sem dúvida, em impedir que não seja ferida a liberdade ou a propriedade de qualquer um”. Primeiro, cabe ressaltarmos que a lei, no sentido verdadeiro do termo, reside em proteger a liberdade e a propriedade. Logo, não é qualquer lei, nem qualquer Constituição que correspondem a essa definição (ROSENFELD, 2007, p. 52-53).

A igualdade significa igualdade perante a lei e não igualdade social, que se mediria, por exemplo, por uma igualdade de salários ou de rendimentos para todos. Rosenfield se distancia de toda tendência igualitarista social, oriunda também da Revolução Francesa. A verdadeira cidadania, para ele, é aquela que se obtém quando todos são iguais perante a lei, sem os privilégios obtidos por intermédio do nascimento ou dos costumes. Uma sociedade de privilegiados, que usufruem de direitos exclusivos, é uma sociedade onde nem todos são iguais perante a lei (ROSENFELD, 2007, p. 53).

No tocante à liberdade, Rosenfield (2008) acentua que a liberdade do indivíduo, a liberdade de ação e a liberdade de escolha constituem um princípio que não pode ser relativizado, sob pena de enfraquecimento dos próprios laços morais, jurídicos e políticos. Aceitar tal princípio equivale a atribuir-lhe um valor moral incondicionado, base a partir da qual outras regras de comportamento e institucionais podem ser derivadas. Significa, então, reconhecer que toda ação possui efeitos desconhecidos, alguns imprevisíveis, que não podem ser antecipados nem planejados pelo Estado. Significa reconhecer que o homem não é um ser coletivo que deveria ser moldado de acordo com uma fôrma estatal. Significa reconhecer que as regras são condições mesmas da ação, que se faz no interior delas e conforme os seus valores e instituições. Para uma sociedade ser livre, é, portanto, necessário que a liberdade individual seja um princípio fundador dessas mesmas regras.

Ferrajoli (2006) leciona que a associação dos direitos

fundamentais de liberdade ao direito de propriedade é um vício de origem⁴ e questiona o procedimento de ofício na tutela desses bens, sendo para ele mais adequado deixar ao interesse da vítima a persecução penal mediante a ação penal privada, a fim de resguardar a “autonomia da parte ofendida e especificamente da sua disponibilidade do bem”.

Da Declaração Universal dos Direitos do Homem pode-se destacar como mais relevantes os seguintes aspectos (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2004):

1) o princípio da igualdade de todos perante a lei e a dignidade da pessoa de todo ser humano, desprendem-se dos arts., I e II da Declaração Universal: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (I). “Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra condição” (II). A Constituição da República Federal do Brasil (art. 5º, n. I, VI, VIII) está em perfeita consonância com essas disposições;

2) o art. II consagra o direito à vida, à segurança pessoal e à liberdade; o art. IX estabelece que ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado; o art. XI, n. 2, estabelece o princípio da legalidade (“Ninguém será condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituíam delitos perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais grave do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao fato delituoso”) (A Constituição Federal, art. 5º, incs. XLI, XXXIX, reproduz essa consagração);

3) o art. V estabelece o princípio de humanidade: “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou

⁴ Teoria do Garantismo Penal. A formulação mais clássica de tal associação remonta, como se sabe, a Locke, quando identifica entre os direitos naturais, cuja tutela é incumbida ao Estado, os “bens” e as “posses” próximos à vida, à liberdade, à saúde e à integridade física e usa, à vezes, a palavra “propriedade” para designar cumulativamente não apenas as tenças mas, também, a vida e a liberdade. (FERRAJOLI, 2006, p. 840).

degradante” (art. 5º, III);

d) o art. XII institui o direito à privacidade ou à imunidade, como limitação ao poder do Estado e também das pessoas: “Ninguém ficará sujeito a interferência na sua vida privada, na de sua família, no seu lar, ou na sua correspondente nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem o direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. A Constituição Federal reproduz esses princípios: art. 5º, incs. X, XI, XII.

O controle social penal deve estar munido dessas garantias em que a liberdade do cidadão não seja conspurcada. Deve ser racional, previsível e transparente. Em um Estado democrático de direito, a intervenção penal deve ser mínima, expressando apenas a ideia de proteção de bens jurídicos vitais para a livre e plena realização da personalidade de cada um.

O comprometimento com a democracia, com a igualdade, com as garantias, com os direitos humanos é fundamental para que todos tenham uma vida digna.

O caminho proposto é a recolocação da vítima como ator principal, dentro da reprivatização dos conflitos que envolvem bens disponíveis e transacionáveis, num processo conciliador.

3.3 PROCESSO PENAL BRASILEIRO E JUSTIÇA RESTAURATIVA 1.3

O estabelecimento de uma cultura repressiva ostensiva em detrimento das liberdades individuais é o tom do Código Penal e das reformas existentes no final do último século e que se mostram evidenciadas atualmente. Neste contexto, cada vez mais, a centralidade da pessoa humana resta reduzida em face de aplicações automáticas de normas legais, sem que seja preocupação do sistema as consequências no mundo das pessoas concernidas nas situações traumáticas, mormente naquelas em que há vítima de crimes.

O sistema penal encontra-se em crise e a reforma do Código de Processo Penal faz-se necessária e urgente.

Tal reforma deve atentar para a grande utopia de um Estado democrático de direito.

Consoante leciona Maria da Graça dos Santos Dias,

o Direito não pode ser compreendido como simples instrumento de coerção social, garantidor apenas da segurança jurídica, mas deve constituir-se em elemento propulsor de uma estética da convivialidade humana. Ao impor o limite, precisa oferecer também condições de ultrapassagem de uma vida sem qualidade: sem dignidade, sem autonomia e sem esperança. Nesse sentido, papel fundamental compete à Política Jurídica, que tem por escopo avaliar o Direito posto, positivado, considerando seu grau de adequação às necessidades e anseios sociais, sua correspondência aos valores de justiça expressos na consciência jurídica da Sociedade. Necessário se faz buscar um fundamento ético para a norma jurídica, bem como compreender sua função estética. Assim sendo, toda norma destituída do caráter de justiça, eticidade e utilidade social, caracteriza-se como falha em seu conteúdo material, embora possa apresentar validade formal. (DIAS; SILVA; MELLO, 2009, p. 65)

Calera (1992, p. 11), ressalta que para a construção de um Direito legítimo é preciso consultar os interessados para que eles decidam, democraticamente o que é justo, equitativo e saudável para seu destino social e político.

A intervenção do sistema penal, como meio extremo de controle social, há de balizar-se pela dignidade da pessoa humana. Diversos outros princípios moldadores do Direito penal decorrem desse princípio e somente com seu contorno estar-se-á diante do Estado democrático de direito. O respeito ao interesse da vítima, a manifestação do desviante e o interesse da comunidade, dentro do Estado democrático de direito, são de suma e imprescindível importância para serem determinados os rumos da resposta penal e para adequá-la aos princípios mencionados. (SALIBA, 2009).

Conforme proposto no capítulo anterior, a Justiça Restaurativa é uma maneira de relegitimar o sistema penal, de sorte que restabelece a confiança da coletividade no ordenamento.

Para que ocorra uma mudança verdadeiramente eficaz, Howard Zehr (2008, p. 168) propõe usarmos novas lentes, uma vez que a lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação de sua importância relativa e nosso entendimento do que seja um resultado adequado.

É preciso tirar o crime de seu pedestal abstrato, e olhá-lo através da lente da Justiça Restaurativa, que vê o crime como uma violação de pessoas e relacionamentos, que cria a obrigação de corrigir os erros. A Justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança (ZEHR, 2008, p. 170-171).

A mediação é uma proposta transformadora do conflito, porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, a sua resolução pelas próprias partes envolvidas, as quais são auxiliadas por um mediador. A mediação não se preocupa com o litígio, com a verdade formal, nem mesmo com a obtenção de um acordo. Esse novo modelo tem por objetivo ajudar as partes a redimensionar o conflito, entendido como um conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas.

Contudo, os interesses políticos e institucionais certamente afetam a ocorrência ou não das mudanças e a forma que elas finalmente assumem. O paradigma retributivo está fortemente associado aos interesses e funções do Estado moderno e isto será impacto decisivo sobre a possibilidade de mudança e, se ela ocorrer, a forma que irá assumir. A história da mudança na área do direito e da justiça não é muito animadora. Os esforços nesse sentido foram frequentemente cooptados e desviados de suas visões originais, por vezes de modo perverso e nocivo. A origem das prisões é um caso típico, e deve servir de lembrete e aviso permanente àqueles dentre nós que pensam em mudanças (ZEHR, 2008, p. 210-211).

Muitas vezes as chamadas alternativas usam uma nova linguagem para vestir ideias que não são novas. Frequentemente as ideias têm implicações ocultas que levam tempo para emergir. E uma série de pressões – internas e externas – tendem a desviar esses esforços de sua direção original. Por vezes, acabam reformulando aquelas alternativas para que sirvam a interesses e objetivos bem diferentes dos pretendidos. Portanto, antes de sonharmos alto demais, temos a obrigação de pensar cuidadosamente em todas as implicações. Devemos estudar ao máximo a dinâmica da mudança e antever todos os tropeços de nosso sonho (ZEHR, 2008, p. 211).

Howard Zehr (2008, p. 210) nos ensina que enquanto contemplamos possibilidades mais amplas, devemos também perseguir metas e atividades intermediárias. Há muitas coisas que podem e devem ser feitas nesse meio tempo, aqui e agora. Devemos continuar a dialogar, *palavrear* com os simpatizantes e os não simpatizantes. Devemos testar, explorar, e desenvolver nossa visão.

Devemos nos tornar agricultores da justiça, plantando nossos campos experimentais e de demonstração. Precisamos plantar mais VORPs⁵, por exemplo, e testar novas formas e aplicações. Devemos oferecer novos serviços à vítima, serviços com uma estrutura restaurativa, incluindo rituais importantes que demonstrem que nós, enquanto comunidade, estamos com elas no seu sofrimento, na denúncia do mal e na busca da cura. Precisamos igualmente oferecer novos serviços aos ofensores e suas famílias. E ao fazê-lo, também explorar alternativas à punição que ofereçam oportunidades de responsabilização, reparação e empoderamento (ZEHR, 2008, p. 211).

A discussão e avaliação dessas questões já começou, mas ainda há muito por fazer. Esta é uma empreitada que exigirá criatividade, e que envolve riscos e sonhos, assim como realismo, trabalho duro e cautela. Demandará cooperação entre teóricos e práticos, entre especialistas e leigos. O envolvimento de pessoas que foram vítimas e ofensores no passado é

⁵ VORP (Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor) é uma organização independente, externa ao sistema de justiça criminal, mas que trabalha em cooperação com ele. (ZEHR, 2008, p. 151).

fundamental.

Precisamos desenvolver abordagens e estratégias intermediárias, mas sempre atentar para onde elas estão nos levando. No mínimo, devemos fazer as seguintes perguntas a respeito de nossos projetos. Eles incentivam ou desestimulam valores punitivos? Podem ser usados para construir novos modelos de controle e punição? Produzirão um reservatório de experiências que sirvam de *campo de teste ou demonstração*? Incorporam *elementos-chave* de uma visão restaurativa? (ZEHR, 2008, p. 211).

Se quisermos algum dia chegar a uma alternativa à justiça retributiva que seja de fato um verdadeiro paradigma, será preciso ir além da teoria e construir uma nova gramática e uma nova *física* – ou seja, precisamos uma nova linguagem e também um novo conjunto de princípios e procedimentos de implementação que façam do novo paradigma algo coerente (ZEHR, 2008, p. 213).

A justiça retributiva está profundamente cravada em nossas instituições políticas e na nossa psique. Talvez seja esperar muito pensar que ela possa mudar a partir de suas bases. Mesmo assim, devemos reconhecer a importância dos paradigmas que usamos e ter a liberdade de questioná-los. Também podemos começar a usar uma nova lente para dar forma àquilo que decidimos que vale a pena fazer. E podemos começar a usar outra lente naquelas áreas da nossa vida onde temos algum controle: na família, na comunidade religiosa, na via diária. (ZEHR, 2008, p. 214).

Muitos observadores vêm buscando compreender por que a Holanda tem tido índices tão baixos de encarceramento desde a Segunda Guerra Mundial. Um estudo recente concluiu que a relutância das autoridades locais em impor penas de prisão é menos resultado de uma filosofia de sentenciamento e mais o resultado de uma “consciência culpada” em relação às prisões. A combinação da vivência nas prisões nazistas e de um currículo de direito que questionava o encarceramento acabou por moldar toda uma geração de juristas. O resultado foi a relutância em infligir dor na forma de aprisionamento. No mínimo a relutância sobre nossas lentes pode contribuir para criar um meio no qual a

imposição de dor torne-se um último recurso, uma admissão de fracasso ao invés do fulcro à justiça (ZEHR, 2008, p. 214).

Sobre a questão de como fazer a Justiça Restaurativa funcionar no Brasil, aplicando seus princípios aos nossos diferentes contextos históricos e culturais, temos como resposta algumas experiências que iniciaram no ano de 2003.

Em 2004 foi introduzida formalmente por meio do Ministério da Justiça, através de sua Secretaria da Reforma do Judiciário, que elaborou o projeto *Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro*, e, juntamente com o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), apoiou três projetos-piloto de Justiça Restaurativa, sendo um deles no estado de São Paulo, na vara da Infância e da Juventude da Comarca de São Caetano do Sul. Os outros dois projetos foram implementados no Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirantes, em Brasília/DF, e na 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre/RS, com competência para executar as mediadas socioeducativas.

Em São Caetano do Sul/SP, ao contrário dos outros dois projetos, a implementação da Justiça Restaurativa na vara da Infância e da Juventude iniciou-se por meio de uma parceria entre o Sistema de Justiça e o Sistema de Educação, firmada em 2004, como uma aposta na convergência dos objetivos de ambos: melhor contribuir na formação da criança e do adolescente, e na resposta a situações de conflito e violência (EDNIR, 2007, p. 16).

O projeto de Justiça Restaurativa da Promotoria de Justiça do Gama/DF utiliza os procedimentos de Justiça Restaurativa nos casos de Violência Doméstica, o que já vem previsto nos arts. 29 e 30 da Lei 11.340 de 2006.

A Lei Maria da Penha prevê o desenvolvimento de trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas voltados para a ofendida, agressor, familiares, etc.

Nos demais casos, encaminhados pelo Promotor, a vítima é convidada a participar do processo restaurativo, abrindo mão da representação dentro do período decadencial. Aceita a proposta, o promotor promove o arquivamento do feito. Neste ínterim busca-se a reconstrução das relações pela análise crítica e compreensão do conflito. Alcançada a restauração, relata-se ao Promotor, não alcançada, a vítima é informada que tem o direito à representação, se ainda for seu desejo.

Nos crimes de dano, busca-se a composição civil com grande sucesso.

Nos delitos de drogas, além da Intervenção única, o autor é encaminhado a um grupo de mútua-ajuda e inicia-se um acompanhamento restaurativo junto à família.

Em conflitos entre parentes ou vizinhos, inicia-se o procedimento restaurativo.

Enfim, a Justiça Restaurativa na cidade do Gama tem sido uma porta aberta à comunidade e conta com o apoio de uma rede de ONGs, Igrejas e órgãos governamentais.⁶

Em Joinville, Alexandre Morais da Rosa, enquanto Juiz da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville implantou o projeto naquela vara, aplicando-o nos atos infracionais praticados por menores, incluindo os crimes de roubo.

Entretanto, a maioria dos programas de Justiça Restaurativa concentra-se nos crimes patrimoniais ou de menor gravidade, seja pela facilidade de discutir a reparação do dano no primeiro grupo ou pelo desinteresse da justiça penal no segundo grupo, este derivado da ânsia em esvaziar prateleiras. Mesmo limitando a área de atuação aos problemas incluídos nesses grupos, a perspectiva seria ampla: estima-se que cerca de 70% dos processos criminais nos fóruns das grandes cidades tratem de furto, roubo ou outros delitos contra o

⁶ Artigo originalmente publicado na Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, ano IX, n. 51, ago./set. 2008, p. 198-201.

patrimônio (SICA, 2007, p. 232).

No Brasil, onde o sentimento de vingança encontra-se fortemente presente no íntimo de todos (ou quase todos), o desafio será aceitar a mediação em crimes como o roubo, sobre o qual a face autoritária, repressiva e seletiva da justiça penal revela-se com mais nitidez. Diversos países utilizam práticas restaurativas para lidar com o roubo e outros delitos que envolvem violência interpessoal sem que isso tenha resultado numa sensação de injustiça, impunidade ou de debilidade da reação penal, muito pelo contrário. Na Austrália foi justamente nos crimes violentos, incluindo os de motivação patrimonial, em que se constatou o resultado mais positivo de queda da reincidência após a utilização de métodos restaurativos (SICA, 2007, p. 232-233).

As diretrizes da ONU (cláusula n. 6 da Resolução 12/02 do Conselho Econômico e Social) realçam a possibilidade que os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer fase do sistema de justiça criminal.

O novo modelo de justiça é compatível com o ordenamento jurídico pátrio, recomendável ao nosso contexto social e tem potencialidade para atingir os objetivos de integração social, preservação da liberdade e ampliação dos espaços democráticos e restauração ou manutenção da paz jurídica.

A atividade de mediação e as práticas de justiça restaurativa não exigem, a priori, previsão legal específica para serem utilizadas no âmbito penal. Requer-se, apenas, dispositivos legais que recepcionem medidas como a reparação-conciliação ou soluções consensuais, afastando a possibilidade de pena ou atenuando-a. Essa adaptabilidade é uma das características marcantes do paradigma de justiça restaurativa (SICA, 2007, p. 225).

A Constituição da República Federal de 1988, bem como a lei 9.099/95, e mais recentemente, a Lei Maria da Penha, oportunizaram a utilização do modelo restaurativo em nosso país, mesmo sem mudança legislativa.

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 98, I, a possibilidade de conciliação e transação em casos de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

A lei dos juizados especiais cíveis e criminais regula o procedimento para a conciliação e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo – é onde se encontra a principal janela, com a composição civil (art. 74 e parágrafo único), a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89).

O procedimento restaurativo poderá ser empregado tanto na fase de conciliação como na fase de transação, a partir do espaço de consenso introduzido pela lei 9.099/95, permitindo o diálogo restaurativo. Com efeito, aduzem os artigos 72 e 73:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito,

excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Do procedimento Sumaríssimo

Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 7§4 e 75 desta Lei.

O instituto da suspensão condicional do processo também permite a aplicação das práticas restaurativas, podendo ser aplicada nos crimes de médio potencial ofensivo, pois referido instituto – da suspensão – não se limita apenas aos crimes de menor potencial ofensivo cuja pena máxima seja de 2 anos (ou 4 anos nos casos de delitos contra idosos).

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – proibição de frequentar determinados lugares;

III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

O procedimento restaurativo poderá, também ser aplicado aos crimes praticados contra o idoso, por força do art. 94, da Lei 10.741/03, que prevê o procedimento da Lei 9.099/95 para crimes contra idosos cuja pena privativa de liberdade não ultrapasse 4 anos.

A Lei Maria da Penha possibilita a aplicação de práticas restaurativas, consoante se extrai de seus artigos 29 e 30.

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de

atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

A prática restaurativa, em princípio, não exige previsão legal específica para ser utilizada no âmbito penal, contudo, a ausência de legislação que efetivamente introduza essas práticas no âmbito do processo penal tem acarretado insegurança e instabilidade aos operadores jurídicos.

Neste sentido, tramita na Câmara dos Deputados, o projeto de lei PL 7006/2006⁷, que propõe alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na lei dos Juizados Especiais Criminais, objetivando regular o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crime e contravenções penais.

O sistema não se legitima sem a efetiva manifestação da vítima e também não encontra legitimidade sem oportunizar ao autor da conduta criminosa o respeito e preservação do ser humano, ante os direitos humanos. Ao autor da infração deve ser dada a oportunidade de reinserção social que não seja pelo doloroso caminho da pena. Receber um tratamento digno é condição essencial para que delinquente não deixe sua condição humana. Trata-se de trocar o castigo da pena pela reconciliação das partes e estabelecer o máximo de igualdade possível entre elas (SALIBA, 2009).

A prática da Justiça Restaurativa atua no sentido contrário a triste realidade social em que vivemos. As experiências anteriores de Justiça

⁷ O projeto se encontra em tramitação na Câmara dos deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=323785>. Acesso em 02/07/2009

Restaurativa, no Brasil e no mundo, mostram a viabilidade deste projeto, do qual depende a própria reversão do quadro de deterioração de valores e do individualismo sem limites na luta por sobrevivência, com a construção de direitos de cidadania para todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema penal brasileiro, em que pese algumas reformas, continua obsoleto e ineficaz, sendo certo que a criminalidade vem crescendo dia a dia, aumentando também, a insegurança, o medo social e a descrença nas instituições democráticas.

A crise aponta necessariamente para novas formas de fazer justiça.

Não é mais aceitável ficarmos de braços cruzados diante do problema da deslegitimação do sistema penal. Devemos pensar em novas e concretas alternativas ao processo penal.

Essas novas formas de administração da justiça criminal foi justamente o que tentamos abordar, a fim de iniciarmos uma discussão que acreditamos estar apenas começando.

A teoria garantista apresenta o modelo de justiça criminal ideal mais próximo de uma laicização total. Para Ferrajoli (2006), o processo penal é visto como um meio de proteger o indivíduo do poder punitivo do Estado e de minimizar os danos provocados pela estrutura punitiva, fazendo assim frente a possíveis abusos de poder.

O atual processo penal brasileiro dá preferência aos interesses da sociedade em detrimento dos interesses dos indivíduos. Autoritário, o atual código optou pela minimização dos direitos e garantias fundamentais.

Enquanto o processo penal está constitucionalmente limitado por direitos e garantias individuais, os modelos consensuais de resolução de conflitos apresentam uma estrutura que por vezes abandonam alguns desses direitos e garantias, em prol de uma resposta estatal que possa admitir trabalhar e enfrentar a complexidade que envolve os casos criminais.

A Justiça Restaurativa apresenta-se como um novo ideal,

uma nova possibilidade de enfrentar os conflitos criminais, abandonando-se o velho paradigma de culpa-castigo para um paradigma de diálogo-consenso.

Nesse sistema, o objetivo em relação à vítima é oferecer-lhe uma reparação pelos prejuízos materiais e morais sofridos; ao agressor, a possibilidade de restaurar os danos que causou à vítima, sendo que esta participa de todo o processo. Ele proporciona a ambos – vítima e agressor – a oportunidade de refletir sobre o que é socialmente aceitável ou inaceitável, bom ou mau, retirando o conflito de seu ponto de partida.

Outros aspectos positivos para a vítima são: a diminuição do seu medo do crime, uma maior possibilidade de o agressor pagar uma indenização e uma maior satisfação com o sistema de justiça criminal e o processo de decisão.

A Justiça Restaurativa faz lembrar a importância dos relacionamentos, incita a considerar o impacto de nosso comportamento sobre os outros e as obrigações geradas pelas nossas ações. Ela enfatiza a dignidade que todos merecemos (ZEHR, 2008, p. 265).

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Estudos e pareceres de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el Derecho Penal da la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de lãs Ciências Penales. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, 2, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Antonio Carlos Campana. São Paulo: José Buschatsky, 1978.

BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma abordagem garantista. Campinas, SP: Millenium, 2006.

CALERA, Nicolas Maria Lopes. **Crônica y utopia**: filosofia de mi tiempo (1973-1991). Granada: Comares, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação

jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3 , mai. 1999.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e (em face da) Constituição**: Princípios Constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COPETTI, André. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Paula Bajer F. Martins da.. **Igualdade do direito processual penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELLO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DIAS NETO, Theodomiro. **Segurança urbana**: O modelo da nova prevenção. São Paulo: RT, 2005.

EDNIR, Madza (Org.). **Justiça e educação em Heliópolis e Guarulhos**: parceria para a cidadania. São Paulo: CECIP, 2007.

EWALD, François. Uma experiência foucaultiana: os princípios gerais do direito. In: _____. **Foucault, a Norma e o Direito**. Lisboa: Veja, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5. ed.. São Paulo: RCS Editora Ltda., 2007.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário Básico de Filosofia**. 4. ed. atual., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NEUMAN, Elías. **Mediación Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Universidad, 2005.

NORDENSTAHL, Ulf Christian Eiras. **Mediación Penal**: da la práctica a la teoria. Buenos Aires: Libreria Histórica, 2005.

PAZ, Silvana Sandra, PAZ, Silvina Marcela. **Justiça Restaurativa** – processos possíveis. Mediação penal – Verdade – Justiça Restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça e PNDU, 2005.

PIRES, Álvaro. **A responsabilidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. Novos Estudos CEBRAP, nº 68. São Paulo, CEBRAP, 2004.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal**: A bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSENFELD, Denis Lerrer. **Reflexões sobre o direito à propriedade**. São Paulo: Campus, 2007.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do Direito Penal**. Aspectos da Política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SUB JUDICE. **Justiça e Sociedade**. Revista Trimestral. Publicação: out.-dez. 2006. Justiça Restaurativa. Caetano Duarte, p. 50.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.