



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LUCAS NASCIMENTO SANTOS**

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA: A POSSIBILIDADE DE UMA COEXISTÊNCIA  
HARMONIOSA.**

Salvador  
2013

**LUCAS NASCIMENTO SANTOS**

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA: A POSSIBILIDADE DE UMA COEXISTÊNCIA  
HARMONIOSA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Doutora Selma Pereira de Santana.

Salvador  
2013

S237

Santos, Lucas Nascimento,

Justiça restaurativa e princípio da presunção de inocência: a possibilidade de uma coexistência harmoniosa / por Lucas Nascimento Santos. – 2013. 191 f.

Orientador: Prof<sup>ª</sup>. Doutora.Selma Pereira de Santana.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2013.

1. Justiça restaurativa. 2.Direito penal. 3.Presunção de inocência I. Universidade Federal da Bahia

CDD 345

**LUCAS NASCIMENTO SANTOS**

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO  
DE INOCÊNCIA: A POSSIBILIDADE DE UMA COEXISTÊNCIA  
HARMONIOSA.**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito Público, conferido pela Universidade Federal da Bahia, pelos examinadores abaixo assinados.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de abril de 2013, na cidade de Salvador/BA.

**Banca Examinadora**

---

**Presidente: Selma Pereira de Santana – Orientadora**

Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Universidade Federal da Bahia

---

**Membro: Dirley da Cunha Júnior**

Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Universidade Federal da Bahia

---

**Membro: Ricardo Cappi**

Doutor em Criminologia pela Escola de Criminologia da Universidade Católica de Louvain Bélgica

Universidade Federal da Bahia

## **AGRADECIMENTOS**

Em razão da contribuição que tiveram no transcurso desse projeto, quero agradecer

Ao Dr. Dirley da Cunha Júnior, não só pela presteza com que atendeu ao meu convite para participar da conclusão do meu processo avaliativo, incluindo o exame de qualificação, como também pelos valiosos ensinamentos transmitidos durante as aulas de Direitos humanos e Direitos fundamentais.

Ao Dr. Ricardo Cappi, por, sem nunca ter ouvido falar em meu nome, ter, prontamente, aceitado abrilhantar a minha banca de avaliação.

A Dra. Selma Santana, por diversos motivos. Inicialmente, agradeço por ter aceitado-me como seu orientando. Do ponto de vista teórico, melhor orientadora não poderia ter acompanhado-me nessa jornada acadêmica. Registrada a contribuição que sua notória capacidade intelectual propiciou a minha dissertação, não poderia deixar de mencionar a generosidade, paciência e compreensão que a senhora demonstrou comigo. Sempre tive uma orientadora na mais genuína acepção do termo. Professora Selma Santana, muito obrigado!

A meu pai, Gilmar Silveira, e a minha mãe, Maria Rita. O progresso acadêmico que estou conseguindo deve-se, também, ao suporte que vocês sempre me propiciaram no âmbito educacional.

Aos professores Sebastián Albuquerque, Maria Auxiliadora Minahim, Rodolfo Pamplona, Néelson Cerqueira e Marília Muricy, pelos ensinamentos transmitidos durante as aulas do curso.

Aos colegas de mestrado, José Neto e Rafael Bandeira, com os quais pude dividir minhas angústias da reta final de conclusão da dissertação.

Ao estimado colega de graduação e mestrado, Vinícius Assumpção, por sempre demonstrar confiança no meu potencial acadêmico.

Aos funcionários da Secretaria do PPGD, especialmente a Luiza, pela gentileza com que atende aos mestrandos, e a Jovino, pessoa ímpar na Faculdade de Direito da UFBA. Jovino é a prova viva de que carisma e eficiência podem caminhar lado a lado.

Aos sempre prestativos funcionários da Biblioteca Teixeira de Freitas.

A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá para casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Nem sempre é agradável vivenciar, passar pela experiência da justiça. Mas ao menos saberemos que ela existiu porque participamos dela ao invés de ter alguém a fazer isso por nós. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça.

Howard Zehr

SANTOS, Lucas Nascimento. **Justiça Restaurativa e princípio da presunção de inocência**: a possibilidade de uma coexistência harmoniosa. 2013. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

## RESUMO

O paradigma criminal dominante está em crise, pois as metas defendidas pelo modelo atual de sanção penal não são concretizadas. A forma tradicional de lidar com o crime não atende aos anseios da sociedade pós-moderna, que é marcada pela pluralidade. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa surgiu como uma alternativa para lidar com os conflitos. Contudo, uma das resistências à aplicação dos programas restaurativos consiste no receio de violação às garantias processuais penais, dentre as quais se destaca o princípio da presunção de inocência. O objetivo do presente trabalho acadêmico é investigar a relação entre a Justiça Restaurativa e o princípio da presunção de inocência. Para tanto, a dissertação demonstra, inicialmente, que o ser humano, apesar de seu caráter gregário, precisa estabelecer regras para manter a vida em sociedade. Nesse sentido, o Direito apresenta-se como uma importante ferramenta de controle social. Entretanto, o Direito, especialmente o ramo criminal, não deve ser utilizado como a principal forma de lidar com o conflito social. A propósito, é possível afirmar que a Justiça Penal tradicional está em crise, inclusive, porque o Direito Penal tem sido usado, excessivamente, em situações que podem ser solucionadas por outros meios de controle social. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa aparece como uma nova forma de gestão do crime, que enfatiza, sobretudo, os benefícios do diálogo voluntário entre criminoso e vítima. Esse ponto é especial porque a resolução consensual dos conflitos, que é objetivo da Justiça Restaurativa, tem como resultado a promoção da paz dentro da sociedade, que é um assunto de interesse geral. Na Justiça Restaurativa, os envolvidos devem, em conjunto, encontrar uma solução para o conflito. Também é importante considerar que o Estado Democrático de Direito, calcado na dignidade da pessoa humana e atento ao princípio da intervenção mínima, consubstancia excelente oportunidade para o desenvolvimento de práticas restaurativas. Por fim – com base no perfil da Justiça Restaurativa, sem esquecer-se do caráter da complementaridade entre os modelos restaurativo (almeja o consenso) e convencional (marcado pelo conflito) - demonstrar-se-á que é possível a coexistência harmoniosa entre práticas restaurativas e o princípio da presunção de inocência.

**Palavras-chave:** sanção penal, Justiça Restaurativa, crise, conflito social, Estado Democrático de Direito, presunção de inocência.

SANTOS, Lucas Nascimento. **Restorative Justice and the principle of presumption of innocence: the possibility of harmonious coexistence.** 2013. 191 pp. Dissertation (Master of Law) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

## **ABSTRACT**

The criminal dominant paradigm is in crisis because the goals defended by the current model of criminal sanction aren't concretized. The traditional way of dealing with crime doesn't meet the needs of postmodern society, which is marked by plurality. In this context, Restorative Justice has emerged as an alternative for dealing with conflicts. However, one of the resistances to the application of restorative programs consists in fear of violation of criminal procedural guarantees, among which stands out the principle of presumption of innocence. The objective of this study is to investigate the academic relationship between Restorative Justice and the presumption of innocence. Therefore, the dissertation demonstrates, first, that the human being, despite his gregarious nature, need to establish rules to keep life in society. In this sense, the Law presents itself as an important tool of social control. However, the Law, especially the criminal branch, shouldn't be used as the main way of dealing with conflict. By the way, it is possible to say that the traditional Criminal Justice is in crisis, even as the Criminal Law has been used excessively in situations that can be solved by other means of social control. In this context, restorative justice appears as a new form of crime management, which emphasizes, above all, the benefits of voluntary dialogue between criminal and victim. This point is special because the consensual resolution of conflicts, which is the goal of restorative justice, has as a result the promotion of peace in society, which is a matter of general interest. In restorative justice, both parties must jointly find a solution to the conflict. It is also important to consider that the Democratic Rule of Law, based on human dignity and pay attention to the principle of minimum intervention, constitutes an excellent opportunity for the development of restorative practices. Finally - based on the profile of Restorative Justice, without forgetting the character of complementarity between restorative models (aims consensus) and conventional (marked by conflict) - will demonstrate that is possible the harmonious coexistence between restorative practices and the presumption of innocence.

**Key-words:** criminal sanction, social's conflict, Democratic Rule of Law, Restorative Justice, crime, presumption of innocence.



## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>2.</b>	<b>PUNIÇÃO E ESTRUTURA SOCIAL</b>	<b>12</b>
2.1.	A natureza gregária do ser humano	12
2.2.	O controle social	19
2.3.	O Direito como instrumento de controle social	29
2.4.	O conceito de delito numa perspectiva jurídica	36
<b>3.</b>	<b>PANORAMA ATUAL DO DIREITO PENAL HIPERTRÓFICO</b>	<b>40</b>
3.1.	Direito Penal “moderno”: uma visão crítica e racional	40
3.2.	Espetacularização do processo penal	43
3.3.	Sociedade amedrontada e Movimentos de lei e ordem: terreno fértil para o florescimento do Direito Penal simbólico, da legislação penal de urgência e da (in)Tolerância Zero	46
3.4.	Direito Penal do inimigo	57
3.5.	Explosão carcerária	62
<b>4.</b>	<b>LIMITAÇÕES DO JUS PUNIENDI EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO E CONSTITUCIONAL DE DIREITO</b>	<b>68</b>
4.1.	Evolução do Estado de Direito em compasso com os direitos fundamentais	68
4.2.	Pós-positivismo e substancialismo principiológico	78
4.3.	Direito penal constitucional e princípios constitucionais penais	96
4.3.1.	Princípio da intervenção mínima do Direito Penal	98
4.4.	Dignidade da pessoa humana e Direito Penal	102
4.5.	A legitimidade do Direito Penal e da Justiça Restaurativa no Estado Democrático e Constitucional de Direito	106
<b>5.</b>	<b>ENFRAQUECIMENTO DO PARADIGMA PUNITIVO</b>	<b>108</b>
5.1.	Estudo transdisciplinar: uma análise multifacetada do crime	108
5.2.	Bases teóricas contributivas à Justiça Restaurativa	109

5.2.1. Política Criminal racional	109
5.2.2. Criminologia Crítica	113
5.2.3. Abolicionismo	115
5.2.4. Vitimologia	119
<b>6. JUSTIÇA RESTAURATIVA</b>	<b>123</b>
6.1. Apresentação de uma nova proposta de justiça	123
6.2. A posição da Justiça Restaurativa e o(s) ponto(s) de contato com o sistema o penal tradicional	133
6.3. Modelos restaurativos	136
6.3.1. Mediação: principal prática do modelo restaurativo	137
6.4. Princípios restaurativos	140
6.4.1. Voluntariedade	141
6.4.2. Confidencialidade	143
6.5. Reflexão sobre a reparação no âmbito da Justiça Restaurativa	145
6.6. Panorama das experiências restaurativas	151
<b>7. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA</b>	<b>154</b>
7.1. Apresentação do princípio	154
7.2. Finalidade do processo penal garantista em um Estado Democrático e Constitucional de Direito	158
7.3. Justiça Restaurativa e o princípio da presunção de inocência	166
<b>8. CONCLUSÃO</b>	<b>171</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>178</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O sistema penal está em crise. A penalização exacerbada e contínua não tem propiciado resultados benéficos ao processo penal cujo objetivo central é a pacificação social.

Diante dessa crise, a Justiça Restaurativa surge como um novo paradigma proponente de que as partes, quando assim desejem, podem, de forma mais participativa, tentar gerir o conflito, caso este se encontre inserido em uma zona na qual o Estado reduz - mas não elimina – sua intervenção, uma vez que o Estado coloca limites ao acordo restaurativo. Dessa ideia brevemente apresentada, já é possível constatar a natureza inovadora que, em comparação com o sistema penal predominante no mundo, a adoção de modelos restaurativos constitui.

A Justiça Restaurativa propõe um novo olhar ao evento criminoso. Sob a perspectiva restaurativa, mais do que conseguir uma sentença que declare a culpa de alguém, é importante que o agressor, caso tenha interesse, tente entender as consequências do fato criminoso e, por conseguinte, busque reparar os danos causados à vítima, a qual deve participar ativamente do processo restaurativo, sem que tal postura represente uma relação assimétrica entre ofensor e ofendido.

Diferente da tradicional concepção de Justiça Penal, que analisa o crime como uma mera violação a um bem jurídico resguardado por uma lei criminal estabelecida pelo Estado, a Justiça Restaurativa propõe uma análise mais ampla do crime, o que possibilita a verificação de que o delito, antes de confrontar uma norma (lei ou princípio) penal, constitui um ataque aos aspectos físicos e/ou psicológicos do ser humano.

Nesse diapasão, almeja-se que, como ferramenta apta a reduzir a incidência do paradigma punitivo, a Justiça Restaurativa seja implantada em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual pode ser considerado o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Para a efetivação da Justiça Restaurativa atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser considerado o núcleo essencial dos direitos fundamentais, é preciso potencializar o respeito aquele princípio e, assim, reduzir a incidência do paradigma punitivo.

Nesse prisma, o presente trabalho pretende demonstrar a compatibilidade da Justiça Restaurativa, enquanto modelo alternativo de Justiça, com os postulados

do Estado Democrático de Direito, especialmente com o princípio da presunção de inocência. Para alcançar esse desiderato, a dissertação, com base no método dedutivo, foi estruturada em 6 (seis) capítulos, afora introdução e conclusão.

Apoiado em uma metodologia dedutiva, optou-se por começar o trabalho acadêmico com a abordagem de um assunto geral que diz respeito à própria existência humana. Dessa forma, no 1º capítulo, será demonstrada a natureza gregária do ser humano. Após explanar a constatação de que, apesar de essencialmente aglutinador, a espécie humana é marcada por conflitos, abordar-se-á o tema do controle social, o qual é essencial para a manutenção da estabilidade da sociedade. Em seguida, será dado destaque ao posicionamento do Direito como ferramenta utilizada no controle social. Encerrando o capítulo intitulado “Punição e controle social”, apresentar-se-á, de forma concisa, o conceito de delito numa perspectiva jurídica.

No 2º capítulo, serão apresentadas propostas penais que desmerecem o viés subsidiário do Direito, especialmente do ramo criminal, como forma de controle social. Nessa perspectiva, tratar-se-á do panorama do sistema penal que, infelizmente, tem voltado-se para o desregrado expansionismo do Direito Penal. Ademais, será demonstrado que o aumento do contingente populacional carcerário, a espetacularização do processo penal e as medidas defendidas pelo Direito Penal do inimigo, que foi desenvolvido por Günther Jakobs, não coadunam-se com o perfil de um Estado Democrático de Direito. Ainda nesse capítulo, será explicitado como a fomentação do medo na sociedade acaba por servir de justificativa para a implantação de medidas de recrudescimento penal, a exemplo das que foram utilizadas na cidade de Nova Iorque quando o programa conhecido por “Tolerância Zero” foi colocado em prática.

No 3º capítulo, como forma de rebater o exacerbado e inadequado uso do *ius puniendi*, cujas principais representações serão explicitadas no capítulo precedente, serão abordadas as características, assim como a gênese, do Estado Democrático de Direito, com destaque para a ideia de dignidade da pessoa humana. Após a apresentação da evolução do Estado de Direito, destacar-se-á que o reconhecimento da supremacia axiológica do texto constitucional constituiu uma mudança paradigmática que desembocou na atual propagação das diretrizes neoconstitucionais, as quais implicam em releituras de textos legais

infraconstitucionais, inclusive os que tratam de matéria penal, quando estes estejam em descompasso com a Magna Carta.

Ainda no 3º capítulo, atentar-se-á para a representatividade dos princípios, especialmente os de matriz constitucional que versam sobre a matéria criminal. Com o propósito de demonstrar como as normas principiológicas alcançaram o hodierno destaque no âmbito jurídico, traçar-se-á o perfil das principais correntes jusfilosóficas, desde o jusnaturalismo até as contemporâneas concepções pós-positivistas, que estão mais atentas ao perfil multicultural do mundo pós-moderno.

Após a exposição da relação entre o substancialismo principiológico e o pós-positivismo, serão elencados os princípios constitucionais penais. Em razão da relevância para a construção dessa dissertação, o princípio da intervenção mínima do Direito Penal ganhará realce. No 3º capítulo, também será analisada a relação entre a dignidade da pessoa humana e o Direito Penal.

No 4º capítulo, inicialmente será registrada a importância do estudo multidisciplinar do crime. Em seguida, identificar-se-á a perspectiva de Política Criminal que melhor adequa-se aos anseios do pensamento restaurativo. Após, com o escopo de explicitar os conhecimentos que contribuíram para o desenvolvimento da Justiça Restaurativa, a Criminologia Crítica, os movimentos abolicionistas penais e a Vitimologia serão analisadas, com ênfase nas características que, ainda que parcialmente, influenciaram a Justiça Restaurativa.

No 5º capítulo, abordar-se-á, de forma específica, a Justiça Restaurativa. Nesse sentido, serão expostas as características, a origem, os objetivos e os métodos adotados pela Justiça Restaurativa. No que concerne aos princípios restaurativos, a voluntariedade e a confidencialidade merecerão destaque.

No 6º capítulo, o princípio da presunção de inocência, inclusive sua origem será objeto de investigação. Após a apresentação do princípio em apreço, realizar-se-á reflexão sobre a finalidade do processo penal garantista em um Estado Democrático de Direito. Esse tópico tentará demonstrar que é possível a aplicação da Justiça Restaurativa sem que o modelo garantista seja declarado inútil. Em seguida, enfrentar-se-á o cerne da presente dissertação que consiste na possibilidade da coexistência harmoniosa entre a Justiça Restaurativa e o princípio da presunção de inocência.

Por fim, serão apresentadas, em tópicos, as conclusões extraídas no transcorrer da investigação científica que culminou com este texto dissertativo.

## 2. PUNIÇÃO E ESTRUTURA SOCIAL

### 2.1. A natureza gregária do ser humano

Diante da incontestável ideia acerca da interdependência que permeia a complexa teia de relações interpessoais que envolvem os integrantes do contemporâneo mundo globalizado, pode-se afirmar, com tranquilidade, que o homem do século XXI é um ser eminentemente social.

A despeito da autonomia que, muitas vezes, é propiciada pelos avanços tecnológicos, não se vislumbra, com contundência, a vontade das pessoas de viverem em completo isolamento. Nesse ponto, um questionamento que apresentasse diz respeito ao fato da postura gregária do homem, enquanto espécie, consubstanciar característica particular dos atuais personagens da vida no planeta Terra ou uma forma de conduta humana atemporal, ou seja, que independe do momento histórico.

Por certo, enfrentar a inquietação explicitada no parágrafo antecedente não é exercício dos mais fáceis. É árdua, mas não impossível, a tarefa de, ao menos, delinear os vestígios atinentes ao viés sociável dos povos primitivos. Nesse sentido, malgrado ser tormentosa e exaustiva a investigação sobre a gênese dos agrupamentos sociais, é possível asseverar, com base nas informações fornecidas pela História - que consiste no registro da vida no mundo civilizado<sup>1</sup> e, por conseguinte, consubstancia o período posterior à Pré-História (fase anterior ao aparecimento da escrita) - que são contundentes os indícios de que o ser humano sempre se reuniu em grupos para viver, conforme resta ratificado quando da análise das primeiras civilizações, cuja origem está diretamente ligada aos povos Asiáticos.<sup>2</sup>

Apesar de existir posicionamento com viés pré-sociológico que, conforme divulgação propiciada por teses teológicas e contratualistas, almeje provar que houve um período no qual a humanidade foi provida de um completo sentimento individualista – desprendido, portanto, de um sentimento voltado à vida em grupo – o entendimento doutrinário dominante está, na esteira dos ensinamentos de Antônio Luís Machado Neto, ao lado da tese de que o “*Homo sapiens*, ao menos – se não é

---

<sup>1</sup> LIMA, Oliveira. **História da Civilização**. São Paulo: Melhoramentos, 1962, p. 15.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 33.

que todo gênero *Homo* está constituído de espécies gregárias – é, sem dúvida, um ser social pela sua própria natureza.”<sup>3</sup> No mesmo sentido, Miguel Reale registra que

Os homens, como é sobejamente sabido, não são autárquicos, não se bastam a si mesmos. A primeira nota que distingue o ser humano é a sua insuficiência como indivíduo. Cada homem precisa, necessariamente, dos outros homens. Daí estabelecer-se uma interdependência inevitável entre os diferentes seres humanos.<sup>4</sup>

Dentre os povos primitivos, ainda incipientes – mas proporcionais ao estágio evolutivo - no que tange ao uso do intelecto, já fazia-se presente uma postura gregária que, em verdade, ainda era muito pautada pelo instinto de sobrevivência, o que não debilita a tese de que a maioria esmagadora dos seres humanos, desde os primórdios, nunca se apresentou como integrante de uma espécie destinada à vida em completo isolamento.

Nesse cotejo, é imperioso dessumir que o perfil agregador não é exclusividade da espécie humana, de modo que existem outras espécies que buscam sobreviver mediante a reunião em grupos. Entretanto, a motivação para a vida humana em grupo é diversa daquela que move os animais gregários<sup>5</sup>.

Assim, é possível consignar que a coexistência grupal praticada pelos animais gregários é propiciada por relações atávicas direcionadas à autopreservação da espécie. Verifica-se que os laços de grupo identificados no mundo animal são mais simples, uma vez que são guiados pelo instinto de autopreservação e não contam com um processo regulatório complexo.

Já o *Homo Sapiens*, que é um ser vivo jovem, ao qual se atribui o aparecimento há menos de 200.000 (duzentos mil) anos, lapso temporal considerado ínfimo quando comparado aos 150 (cento e cinquenta) milhões de anos de existência dos extintos dinossauros, se destaca das demais espécies em decorrência do viés racional que lhe é inerente. Sobre essa característica singular da espécie humana, Ives Gandra da Silva Martins disciplina que é pertinente rememorar

que as duas teorias que se digladiam sobre o aparecimento (teoria evolucionista ou criacionista) não discordam que, quando surge o *homo sapiens*, seu diferencial em relação a todos os hominídeos que

<sup>3</sup> MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 153.

<sup>4</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 390

<sup>5</sup> Apesar de ser possível o enquadramento da espécie humana na categoria de animal racional, a expressão “animal gregário” não engloba o ser humano, tendo como propósito facilitar a compreensão da matéria abordada no tópico em apreço.

o antecederam é que a união entre inteligência e razão passou a ser atributo exclusivo da nova forma de vida, muito embora as outras espécies de vida possam demonstrar alguma forma de inteligência, que, todavia, não pode ser considerada racional.<sup>6</sup>

A peculiar capacidade pensante do ser humano, propiciada pela junção entre inteligência e razão, faz com que sua estrutura social seja muito mais intrincada do que aquela notada nos agrupamentos animais, de forma que, conforme identifica Paulo Hamilton Siqueira, a “sociabilidade humana implica uma complexidade de relações muito mais profunda do que aquela constatada no agregado animal”.<sup>7</sup>

Outrossim, como bem disciplina Maria Cristina Castilho Costa, um indivíduo, para tornar-se humano, “tem de aprender com seus semelhantes uma série de atitudes que jamais poderia desenvolver no isolamento”<sup>8</sup>, enquanto, de maneira distinta,

entre as outras espécies animais, uma cria, mesmo separada de seu grupo de origem, apresentará, com o tempo, as mesmas atitudes de seus semelhantes, na medida em que estas decorrem, sobretudo, de sua bagagem genética e se desenvolvem de forma espontânea.<sup>9</sup>

Nesse diapasão, também não se pode esquecer que o homem deve ser encarado como um ser essencialmente gregário “não só pelo instinto sociável, mas também por força de sua inteligência que lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos”<sup>10</sup>, como doutrina Maria Helena Diniz.

Ato contínuo, é imprescindível destacar que a constatação da natureza social do homem remete aos escritos de Aristóteles, que há muito tempo registrou que “aquele que não pode viver em sociedade, ou que de nada precisa por bastar-se a si próprio, é um bruto ou um deus.”<sup>11</sup> Nesse cotejo, é oportuno asseverar que, nos dias correntes, em um mundo que, a despeito de comportar pensamentos teocêntricos, tem se pautado, majoritariamente, pelo viés antropocêntrico, também resta diluída a possibilidade de um indivíduo, com base em concepções

---

<sup>6</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Uma breve introdução ao direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 10.

<sup>7</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215.

<sup>8</sup> COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia: introdução à ciência da sociedade**. São Paulo: Moderna, 2005, p. 12.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 5.

<sup>11</sup> ARISTÓTELES. **A Política**. 6ª. ed. São Paulo: Atena, 1960, p. 15.



teocêntricas, achar-se elevado a um patamar de autossuficiência que possibilite desprezar o convívio entre os seres humanos.

É fato que a postura gregária do ser humano, com maior ou menor intensidade, é verificada em todas as áreas sociais. Ademais, a formatação dos núcleos sociais ocorre em face dos mais diversos fatores, como, por exemplo, ideais políticos, aspectos físicos, condição econômica, etc.

Nesse prisma, constata-se que o homem não constitui uma espécie que seja regida por um rigoroso determinismo biológico que inviabilize a construção de diferentes concepções antropológicas e sociológicas. Desta forma, torna-se inviável a elaboração um guia informativo que contemple todas as variantes ensejadoras da reunião de seres humanos, uma vez que é inesgotável a fonte da qual emanam razões para a aproximação dos indivíduos. Ou seja, a diversidade é uma das mais notáveis características da espécie humana.

Na medida em que nasce e cresce em sociedade, o homem, de forma contínua, vai desenvolvendo seu perfil como ser eminentemente social, ainda que do ponto de vista psicológico – viés sobre o qual o presente trabalho não se aprofundará – cada indivíduo demonstre maior ou menor habilidade para vida em grupo.

O homem que, na esteira do pensamento de Aristóteles<sup>12</sup>, pode ser definido com um ser gregário e político, durante a vida vai, paulatinamente, sendo condicionado de modo a assimilar os padrões de conduta da sociedade, através de um processo de adaptação que pode ser denominado de socialização. A socialização, então, constitui um processo por meio do qual os sujeitos absorvem os modelos comportamentais e os valores daqueles que os cercam.

Nesse ponto, antes de dar prosseguimento à análise do viés sociável do ser humano, é imprescindível adiantar que este trabalho acadêmico defende o amadurecimento de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, no qual a pluralidade, em consonância com a diversidade percebida na sociedade pós-moderna, deve imperar.

Dessa maneira, no que tange à assimilação dos valores sociais como característica da espécie humana, há que refutar-se, veementemente, qualquer tipo de medida que almeje sufocar a liberdade individual em sentido amplo. Ou seja, o

---

<sup>12</sup> *Ibidem, passim.*

ser humano deve ser livre para realizar suas escolhas acerca da postura que deseja adotar na sociedade, desde que o seu modo de vida não resulte na invasão da esfera de liberdade das demais pessoas.

Registrada a necessidade de amplitude do leque de diretrizes sociais à disposição dos indivíduos em formação, é possível, retomando o fio da meada atinente à socialização pela qual todos os seres humanos passam, afirmar que esse processo socializador confirma a natureza gregária do homem e vai ao encontro do brocardo, em latim, *ubi homo, ibi societas*, que sintetiza a máxima de que onde houver a presença humana, necessariamente, haverá o desenvolvimento das sociedades.

O ser humano, então, não só existe; ele coexiste com seus semelhantes, não só pelo sentimento gregário que, em maior ou menor escala, move o homem, como, também, pela necessidade, ainda que inconsciente, de interagir para viabilizar o aproveitamento de todas as potencialidades individuais. Em outros verbetes, o homem precisa interagir para alcançar patamares mais elevados no que concerne ao desenvolvimento das capacidades pessoais (intelectuais, físicas etc.), uma vez que muitas virtudes humanas, como a habilidade para aprender línguas estrangeiras, por certo demandam a comunicação interpessoal para florescer.

Nesse sentido, é importante que, durante toda a vida, o indivíduo esteja disposto a desenvolver sua capacidade de lidar com as pessoas, tendo em vista que, em especial no mundo globalizado contemporâneo, torna-se inevitável a convivência entre diferentes segmentos sociais. Ou seja, a existência no planeta Terra não resta assegurada com a mera reunião entre pessoas que possuam afinidades.

É, portanto, diante da heterogeneidade própria da espécie humana, inevitável a interação entre grupos sociais diametralmente opostos. Não basta que o sujeito se comunique, apenas, com os seus afins, uma vez que, por mais que existam vários nichos sociais dentro dos quais as concordâncias prevalecem, a convivência entre sujeitos completamente diferentes se apresenta como uma necessidade para a vida em sociedades complexas.

Assim, não é suficiente viver “dentro de uma bolha”, na qual só frequentemente indivíduos pertencentes a uma exclusiva “tribo cultural” ou a uma seleta classe

social. Inexoravelmente - cedo ou tarde – mister se faz a comunicação, ainda que breve, entre sujeitos de concepções extremamente diferentes.

O ser humano, então, precisa interagir dentro da sociedade, que, sob uma perspectiva macro, representa um complexo de relações entre sujeitos que vivem em conjunto, ainda que detentores de convicções distintas. Nesse sentido, o processo aglutinador das pessoas desemboca na formação da sociedade, que é conceituada, em sentido *lato*, por Paulo Hamilton Siqueira como:

a reunião permanente ou persistente de seres da mesma espécie, submetidos a obediência de normas de conduta, habitando um dado território, compondo uma organização caracterizada pela repartição de funções e perseguindo um determinado fim.<sup>13</sup>

Por certo, essa coexistência entre pessoas com diferentes visões sobre os mais variados temas cotidianos não precisa ser amistosa. Ninguém deve ser obrigado a manter relação de amizade com qualquer pessoa pelo simples fato de integrar a espécie *Homo Sapiens*. Contudo, é indispensável que a convivência entre os seres humanos, independente das opções escolhidas por cada um, ocorra de forma respeitosa.

Como sustentado acima, o indivíduo deve ter ampla liberdade para se desenvolver-se, em conformidade com as concepções filosóficas acerca da vida que melhor lhe aprouver. No entanto, em nome dessa própria liberdade, assim como da multiplicidade de pensamentos - que são marcas do Estado Democrático de Direito (concepção estatal que constitui uma das bandeiras desse trabalho acadêmico) – é preciso ter em mente, de forma clara, que ampla autonomia não se confunde com irrestrita liberdade.

Com efeito, é cabível afirmar que a liberalidade do indivíduo é limitada pelo espaço de liberdade do seu semelhante, ou seja, como registrado em ditado popular, “a liberdade de uma pessoa termina onde começa a liberdade de outra”. A extensa, mas passível de restrição, liberdade individual corresponde ao que Robert Alexy denomina de princípio da liberdade negativa. Conforme arremata o consagrado autor alemão, o conteúdo desse princípio, o qual robustece o sentimento gregário do ser humano,

Não outorga uma permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer; ele tão-somente sustenta que todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não existam razões

---

<sup>13</sup> SIQUEIRA JR., op. cit., p. 215.

suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição na liberdade negativa. Nesse sentido, o princípio da liberdade negativa permite considerar em toda sua plenitude a vinculação do indivíduo à comunidade.<sup>14</sup>

Tendo em vista que, em decorrência da pluralidade de concepções ideológicas sobre os mais diversos assuntos que podem permear a vida dos seres humanos, o respeito ao direito alheio não impera sempre, a sociedade é motivada a estabelecer parâmetros para lidar com as condutas humanas que geram desconfortos sociais.

Com o propósito de enfatizar a concepção explicitada no parágrafo antecedente, é salutar registrar que a sociedade - disposta a impedir que o anseio de algum sujeito se sobreponha aos mínimos direitos de outro indivíduo - busca formatar um padrão de conduta, de modo que os integrantes do grupo social tenham consciência de que, caso adotem posturas que transponham a moldura delimitada pelos próprios componentes da comunidade em questão, restará configurado desabono social, o que, possivelmente, ensejará reprimenda por parte das instâncias promotoras do controle social (conceito que será pormenorizado no próximo tópico).

Percebe-se que é cabível asseverar que a absoluta ausência de regulamentação, até mesmo a informal, poderia desembocar no abalo da própria concepção de vida gregária por parte do ser humano. Sobre o tema, Paulo Bezerra consigna que

nenhuma sociedade poderia subsistir omitindo-se diante do choque de forças sociais e do conflito de interesses que se verificam constantemente em seu interior. Não haveria vida coletiva se permitisse que cada indivíduo procedesse de acordo com os seus impulsos e desejos pessoais sem respeitar os interesses dos demais.<sup>15</sup>

Dessa forma, as diretrizes sociais, que não podem ser utilizadas com o objetivo de podar o florescimento de novas concepções de vida, devem destinar-se, precipuamente, a assegurar a sobrevivência digna dos integrantes da sociedade.

Nessa senda, é pertinente afirmar que a aceitação de regras de conduta, por parte dos integrantes de uma comunidade, advinda da ideia do contrato social<sup>16</sup> -

---

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 357-358.

<sup>15</sup> BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 33-34.

<sup>16</sup> WEFFORT, Francisco Corrêa. **Os clássicos da política**, volume 1. São Paulo: Ática, 1998, p. 86.

sob o viés esboçado por John Locke - só é possível devido a consciência do ser humano, enquanto membro de um grupo, acerca da necessidade de respeitar os demais indivíduos como detentores de direitos, em razão de, também, integrarem um grupo.

Dessa forma, conforme disciplina Celso de Castro, “cada um reconhece os direitos do outro como garantia de ver assegurados os próprios direitos. O outro é reconhecido como ‘sujeito’ e não como ‘objeto’.”<sup>17</sup> Essa concepção de respeito ao semelhante com vistas ao reconhecimento e manutenção da pacificação social, mediante a qual será possível o desenvolvimento das individualidades, desemboca na ideia de alteridade.

Antes de avançar, é oportuno reiterar que a compreensão da sociedade como um grupo não conflui para a ingênua visão de que todo ser humano é bom e voltado para o bem comum. Não há dúvida quanto ao fato de que, especialmente em uma sociedade consumista, como a contemporânea, constantemente a alteridade cede espaço à cultura defensora do lema “quanto mais exclusivo, melhor”.

Entretanto, sem gerar contradição, o estabelecimento de parâmetros mínimos que assegurem a interação pacífica impõe-se, com ainda mais vigor, em um mundo marcado por diversas posturas que exalam a supervalorização do “eu”, em detrimento da coletividade.

Mas, que isso não gere enganos. Por mais individualista que seja determinado indivíduo, ainda que em escala microscópica, a necessidade de interagir sobressai em face da insofismável natureza gregária do ser humano, tendo em vista que a vida em absoluto isolamento, apesar de possível sob a perspectiva de mera sobrevivência fisiológica, poderia, por exemplo, o desenvolvimento intelectual e o amadurecimento emocional do ser humano.

## **2.2. O controle social**

Conforme se alinhavou no tópico precedente, apesar de o homem fazer parte de espécie eminentemente social, constantemente são verificadas desavenças entre os seres humanos. Sobre a inevitável ocorrência de conflitos sociais, Ricardo Cappi doutrina que

---

<sup>17</sup> CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia aplicada ao direito**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 217.

O conflito é inerente ao ser humano. Partimos dessa premissa para afirmar que renunciamos aqui a uma visão de ser humano que possa um dia alcançar um estado de total ausência de conflitos, ou de ataraxia, como se costumava dizer na filosofia helenística. Os conflitos caracterizam inexoravelmente a existência individual e coletiva, 'desde sempre e para sempre', poder-se-ia dizer.<sup>18</sup>

Não obstante a capacidade de articulação do ser humano, não há como evitar a verificação de conflitos no meio social, os quais precisam ser controlados para que não reste inviabilizada a convivência humana..

Com efeito, para a preservação da comunidade, o ser humano estabelece dispositivos aptos a regular a conduta do indivíduo sob o espectro da manutenção do equilíbrio social. Nessa linha de intelecção, é possível afirmar que, ao conjunto de mecanismos e/ou instituições que visam estabelecer parâmetros, sob os quais o indivíduo deve pautar sua conduta, intitula-se de controle social, cujo conteúdo, conforme ratificado por Luiz Flávio Gomes, Antônio García-Pablos de Molina e Alice Bianchini, consiste no “conjunto de instituições, estratégias e sanções sociais que pretendem promover e garantir a submissão do indivíduo aos modelos e normas comunitários.”<sup>19</sup> Na mesma direção, Franco Garelli define controle social como

o conjunto de meios de intervenção, quer positivos quer negativos, acionados por cada sociedade ou grupo social a fim de induzir os próprios membros a se conformarem às normas que a caracterizam, de impedir e desestimular os comportamentos contrários às mencionadas normas, de restabelecer condições de conformação, também em relação a uma mudança do sistema normativo<sup>20</sup>

Nessa senda, é válido citar que o sociólogo americano Edward Alf Ross contribuiu para a consagração da expressão “controle social” ao publicar, em 1901, a obra “*Social Control: a Survey of the Foundations of Order*”. Na mesma esteira do que restou estabelecido no tópico precedente, Ross considerava que “o ser humano naturalmente exhibe certo instinto gregário”<sup>21</sup>.

O controle social, portanto, pode ser entendido como o arcabouço valorativo, que é difundido de maneira formal ou informal, ao qual a sociedade recorre para

<sup>18</sup> CAPPI, Ricardo. Mediação e prevenção da violência. In: VELOSO, Marília Lomanto; AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera. (Org.). **Mediação popular: uma alternativa para a construção da justiça**. Salvador: Juspopuli Escritório de Direitos Humanos, 2009, p. 34.

<sup>19</sup> GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal**, volume 1: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 25.

<sup>20</sup> GARELLI, Franco. Controle Social. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Coord.): trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 283-285.

<sup>21</sup> ROSS, Edward Alsworth. **Social control and the foundations of sociology**. Boston: Beacon Press, 1959, p. 9, tradução nossa (Human nature exhibits certain gregarious instincts).

amenizar ou solucionar as perturbações sociais que emanam da própria interação entre os seres humanos. É possível, ainda, acrescentar - ao conceito de controle social - a ideia de normas destinadas ao trato com as condutas antissociais.

Apresentado esse leque de significados, há que se ter em mente que é possível, mediante outros verbetes, elaborar outros conceitos que podem ser atribuídos ao que denomina-se “controle social”. Contudo, na esteira dos ensinamentos de Paulo Bezerra,

seja qual for a definição de controle social, uma ideia permanece comum e fixada: a de conjunto de meios e processos pelo qual a sociedade trata de conseguir que seus membros se comportem em conformidade com padrões de conduta aceitos pela coletividade.<sup>22</sup>

Independente da definição escolhida, é impertinente olvidar-se que, em razão da linha de raciocínio adotada no presente estudo, assim como ensina Leonardo Sica,

o conceito de controle social deve ser pensado como o oposto ao de controle coercitivo, vez que este repousa no predomínio da força, enquanto aquele se funda no consenso e requer um mínimo de coerção, circunscrita por um legítimo sistema de normas<sup>23</sup>

Também é salutar asseverar que a necessidade de estabelecer mecanismos de controle social não é exclusividade das sociedades com maiores contingentes populacionais. O desenvolvimento de métodos aptos a balizar condutas é verificado em grupos sociais compostos por reduzido número de integrantes. Nessa mesma linha de raciocínio, confirmando o caráter gregário do ser humano, mesmo diante de relações efêmeras que não sejam mantidas por fortes laços de convivência, Peter Berger destaca que

nenhuma sociedade pode existir sem controle social. Até mesmo um pequeno grupo de pessoas que se encontrem apenas ocasionalmente terá de criar seus mecanismos de controle para que o grupo não se desfaça em um muito pouco tempo.<sup>24</sup>

Nesse momento, cabe reiterar que o grupo social utiliza-se de várias ferramentas reguladoras da postura do indivíduo. São diversos os modelos de condutas que servem de linhas mestras para a condução das atitudes que podem ser perpetradas no contexto da comunidade.

---

<sup>22</sup> BEZERRA, op. cit., p. 34.

<sup>23</sup> SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

<sup>24</sup> BERGER, Peter L. **Perspectivas sociológicas: uma visão humanística**. Tradução de Donaldson D. Garschagen. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 81.

Antes de explicitar algumas das estratégias que podem ser implementadas para fixação de postulados atinentes à disciplina social, é conveniente fazer uma reflexão sobre a maneira como originam-se os mecanismos de controle social, em especial os formais.

Nesse diapasão, é preciso deixar claro que, em toda sociedade, seja ela rudimentar ou extremamente desenvolvida, há uma estrutura de poder. A História da Humanidade sempre perpassou pela existência de grupos de opressores e grupos de oprimidos nos mais diversos âmbitos, com especial destaque para as esferas de poderes político e econômico.

Como descrito, em toda sociedade ocorre a formulação de mecanismos de controle social, o qual é direcionado pelos setores sociais que estão mais próximos ao núcleo de poder. Reforçando esse entendimento, Zaffaroni e Pierangeli lecionam que

Em toda sociedade há centralização e marginalização de poder. Essa 'centralização-marginalização' tece um emaranhado de múltiplas e protéicas formas de 'controle social' (influência da sociedade delimitadora do âmbito de conduta do indivíduo).<sup>25</sup>

Em muitas ocasiões, essa concentração de poder mostra-se extremamente perversa com os indivíduos desprovidos de prestígio social, uma vez que, não raras vezes, o grupo que forma a elite política e socioeconômica da comunidade não dá voz às pessoas que não fazem parte da nata social. Assim, os comandos sociais acabam sendo estabelecidos, de forma desrespeitosa, com a própria essência da espécie humana, qual seja a diversidade.

Em contraposição à identificação genérica de polos de poder – concepção aqui adotada - Michel Foucault sustenta que o poder dissemina-se por toda a estrutura social, de modo que não está localizado em um setor específico. Segundo Foucault, não se deve

tomar o poder como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras; mas ter bem presente que o poder – desde que não seja considerado de muito longe – não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e lhe são submetidos. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali,

---

<sup>25</sup> PIERANGEL, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 58.



nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como um bem ou uma riqueza. O poder funciona e se exerce em rede.”<sup>26</sup>

Nesse momento, outra questão relevante consiste no “peso” que a vontade da maioria deve ter para a definição do direcionamento da sociedade. O fato de o conjunto de instituições delimitadoras das sanções sociais, sejam estas emanadas por agentes formais ou informais, exalarem os anseios da maioria não legitima por si só o arcabouço de controle social estabelecido. Uma decisão não é correta, tampouco legítima, pelo simples fato de expressar a vontade da maioria.

Apesar da Justiça Restaurativa destinar-se a todos os sujeitos que envolvam-se em conflitos sociais, é salutar pontuar que em um Estado Constitucional e Democrático de Direito – modelo estatal defendido no presente trabalho acadêmico - as minorias também precisam ser respeitadas. A efetiva defesa das minorias coaduna-se, na esteira do pensamento de Ronald Dworkin, com o princípio democrático, uma vez que “a melhor forma de democracia é a que tiver mais probabilidade de produzir as decisões substantivas que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração”.<sup>27</sup>

Com a postulação pela observância – de forma ponderada - dos anseios das minorias, não se está a pregar uma completa ingerência institucional, mas tão somente a consolidação de bases democráticas que possibilitem a busca pelo difícil equilíbrio entre a manutenção pacífica do convívio social e o respeito à diversidade de pensamento acerca do modo como a sociedade deve estruturar-se, em especial no que tange à defesa de bens jurídicos por meio do aparato estatal formador do sistema penal, o qual é composto pelos seguintes segmentos: Policial, Judicial, Ministerial e Executório ou Penitenciário.

Apresentadas as sucintas ponderações sobre a influência dos diferentes níveis de poder na estruturação dos padrões de conduta social, mostra-se adequado tratar das diferentes instâncias reguladoras do controle social. Nessa senda, é possível falar em instâncias formais de controle, bem como em instâncias informais.

As instâncias informais de controle social englobam os seguintes órgãos ou portadores: a família, o grupo de oração da igreja, os componentes de uma agremiação desportiva, escola, organizações da sociedade civil, os colegas do

---

<sup>26</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 183.

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 256.

trabalho etc. Como nota-se, o ser humano, desde a mais tenra infância, participa de grupos que possuem normas disciplinadoras dos comportamentos de seus membros.

Nesse cotejo, o controle social informal se dá em decorrência de um “sistema normativo costumeiro”. Ou seja, os agentes informais promovem o controle social de forma natural (espontânea), tendo em vista as práticas reiteradas, ou seja, os hábitos que guiam o cotidiano de determinada comunidade.

Ademais, o controle informal, por não ser exercido, de forma preponderante, com base em procedimentos rígidos, alberga maior liberalidade ao agente que o promove. Em síntese, o exercício do controle social informal não demanda a utilização massiva de dispositivos burocráticos.

Desse modo, é possível praticar um controle social de maneira mais eufemística e paulatina, sob uma perspectiva que privilegia a orientação e o diálogo, o que não impede que, às vezes, sejam utilizadas posturas repressivas, como verifica-se quando uma instituição de ensino adota a drástica medida de suspender, por alguns dias, o acesso de um aluno à sala de aula.

Oportunamente, cabe reiterar que, quando trata-se do controle social informal, o ato de promover o afastamento do indivíduo consiste uma das últimas providências a ser adotada. Em regra, as instâncias de controle social informal atuam de maneira mais sutil e com um viés inclusivo, de modo a deixar claro, através de um processo pedagógico, que o sujeito que não agiu em conformidade com o modelo comunitário, apesar de merecer ser repreendido, somente em casos excepcionais deve ser afastado do seu contexto social.

A despeito das sanções informais variarem da reprovação à marginalização por parte da comunidade, a atuação das instâncias informais não se pauta, precipuamente, pela exclusão, e sim pela socialização. O controle social informal direciona-se, com mais ênfase, à educação, bem como à prevenção. Nesse bojo, não se busca a disciplina social mediante o uso da força, e sim com base em uma orientação de matriz positiva.

Por sua vez, as instâncias que compõem o controle social formal, geralmente, se propõem a impor valores e normas sociais através da coerção estatal. A resposta institucionalizada à conduta desviante é característica do controle social formal.

Dessa forma, mais do que prudente, é um requisito primordial que a intervenção dos agentes formais de controle, os quais estão respaldados pelo Estado, somente ocorra quando as instâncias de controle social informal tiverem fracassado na tentativa de inculcar no integrante da sociedade os valores mínimos necessários para a convivência pacífica e respeitosa com os demais cidadãos.

Com efeito, ganha relevo o caráter subsidiário da atuação do aparato estatal na resolução de situações de conflitos ocorridos na sociedade. Esse viés de precaução na utilização dos meios formais de controle ocorre devido ao caráter mais aflitivo e repressor causado quando da intervenção do Estado, tendo em vista que nesse âmbito de controle social não imperam a flexibilidade e a parcimônia que pautam a atuação dos agentes informais.

Por certo, não cabe olvidar-se que, da mesma forma que há espaço para aplicação de medidas mais duras pelos agentes informais, também há margem para uma atuação menos amedrontadora por parte dos agentes que desenvolvem o controle social formal. Entretanto, a utilização de posturas destoantes - ao modo operacional predominante - não impede o reconhecimento da essência do *modus operandi* de cada esfera de controle social.

Quanto ao *modus operandi*, é oportuno reiterar que as ações desenvolvidas pelo Estado, quando da intervenção em conflitos, têm uma conotação mais repressiva, uma vez que, supostamente, o embate social somente bateu às portas dos órgãos componentes do aparato estatal pelo fato de não ter encontrado guarida adequada e resolutiva nas instâncias informais de controle social.

Nesse diapasão, é importante que o Estado somente intervenha quando os agentes informais, seja pela complexidade do caso concreto, seja pela extensão do dano em análise, não tenham capacidade de dirimir ou evitar o conflito de forma a exercer um eficaz controle social. Registre-se que a postulação por uma postura de cautela, no que diz respeito à utilização das reações institucionalizadas não se confunde com o incentivo à omissão estatal perante casos de difícil solução.

Nesse bojo, o problema consiste no vertiginoso aumento do processo de “estatização” dos conflitos. O recurso desenfreado aos agentes formais de controle acaba, indevidamente, menosprezando a importância da atuação das instâncias informais de controle, fato que reduz a possibilidade de resolução amigável - que

não gere ainda mais discordância - da desinteligência ocorrida. Sobre o tema, Leonardo Sica ensina que

A desvalorização das instâncias informais e a exacerbada formalização dos meios de controle acabam por suprimir a esfera em que, justamente, é possível delinear um consenso, ou seja, onde se alcança a legitimidade.<sup>28</sup>

A potencialização do deslinde de embates sociais através de ferramentas menos formais e, por conseguinte, menos passíveis de rejeição, de forma nenhuma representa uma situação embaraçosa para os meios formais. Além de resultar em alívio, no que tange ao volume de trabalho, aos agentes formais, como o Poder Judiciário – que encontra-se abarrotado de volumes processuais – a promoção de tentativas não formais de respostas aos comportamentos desviantes, ao possibilitarem o resguardo dos agentes formais, contribuem para a contenção do processo de desprestígio que acomete as instâncias formais quando estas são utilizadas de forma desmedida.

Assim, torna-se relevante que o Estado incentive a promoção do controle social através de instâncias informais, em especial na seara que englobe os bens jurídicos de menor potencial ofensivo. Por certo, a ausência estatal diante de transgressões a bens jurídicos mais importantes deve ser pautada pela cautela, tendo em vista o receio de que uma conduta violadora de um bem jurídico relevante possa desencadear grave desajuste ao arranjo da estabilidade social.

Por outro lado, a perspectiva informal, a despeito de sua importância, não é satisfatória quando diante da necessidade de enfrentamento de alguns conflitos sociais, mediante os quais se torna preciso recorrer à utilização de dispositivos burocráticos por parte do Estado. Ou seja, em determinadas situações cabem às instituições normativas reprimirem comportamentos perturbadores que colocam em risco a manutenção da paz social.

É interessante observar que, dado o multiculturalismo que marca as complexas sociedades do século XXI, o Estado, em razão do seu poderio econômico e de ser o propalado detentor do *jus puniendi*, exerce um papel fundamental, qual seja o de principal instituição divulgadora dos padrões mínimos de conduta indispensáveis para a manutenção da convivência pacífica entre os seres

---

<sup>28</sup> SICA, op. cit., p. 30.

humanos. Sobre a função do Estado, enquanto agente controlador, assim posiciona-se José Manuel de Sacadura Rocha:

Nas sociedades complexas modernas, o Estado assume no bloco de sociabilização a centralidade enquanto instituição de controle social, como um 'grande aparelho' técnico-ideológico capaz de orientar e preferencialmente coagir pessoas e organismos em relação a suas políticas e ideologia.<sup>29</sup>

Quanto ao conteúdo da citação retrotranscrita, é necessário analisar, com reservas, a preferência estatal pelo viés coator. Por certo, a capacidade de coagir pessoas compõe o arsenal de instrumentos que o Estado detém para exercer o controle social. Entretanto, a coerção não pode ser considerada a *prima facie* da forma como o Estado apresenta-se ao cidadão para conter distúrbios sociais, tendo em vista que, em última análise, a legitimidade que o Estado possui foi conferida, também, pelos cidadãos envolvidos em conflitos sociais que, por não terem sido satisfatoriamente resolvidos pelos agentes informais de controle, chegam ao conhecimento dos agentes que exercem o controle social de matriz formalista.

Não se deve esquecer que o respaldo concedido pelos cidadãos às instituições governamentais, para que estas exerçam o controle social, é conseguido mediante a contraprestação do Estado, responsável por assegurar o equilíbrio social necessário para o desenvolvimento dos indivíduos, bem como da coletividade. Sobre o tema, abordando a postura do ser humano em aceitar regulações emanadas pelo Estado e que afetam a esfera particular do cidadão, em favor da preservação da harmonia social, Celso de Castro leciona que

os homens concordam com a imposição de normas de conduta que lhes garantem igualdade e asseguram direitos como retribuição social à aceitação do controle. Essa inter-relação de funções garante o equilíbrio social que propicia tanto a persistência do grupo quanto o desenvolvimento individual.<sup>30</sup>

Nessa perspectiva, o Direito apresenta-se como a manifestação mais racional que o homem desenvolveu para regular as relações interpessoais, sejam estas físicas ou jurídicas, na seara do controle social formal. Tendo em vista a importância do tema para o presente trabalho acadêmico, o papel do Direito, enquanto instrumento de controle social formal, será examinado no próximo tópico.

---

<sup>29</sup> ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 179.

<sup>30</sup> CASTRO, op. cit., p. 217.

Ato contínuo, cabe afirmar que o Estado, de forma legítima, deve exercer seu papel de controlador, desde que mantenha a lucidez quanto ao fato de constituir o mais importante - mas não o único - agente mantenedor da ordem social. É imprescindível que os agentes estatais não tomem para si a regulação e a competência para lidar com todos os embates ocorridos na sociedade. Ou seja, malgrado possuir legitimidade para intervir na vida das pessoas, o Estado não deve atuar com exacerbada intensidade e alcance. Do contrário, de tal forma que a capacidade que os agentes informais têm de lidar com os embates sociais será qualificada como ínfima, o que não é desejável.

Em um Estado Democrático de Direito, o poder estatal não pode alastrar-se a ponto de impossibilitar que os cidadãos lidem com as desavenças sociais, especialmente com aquelas de menor expressão. A burocratização do conflito não é o único, tampouco o melhor caminho a ser seguido com vistas à resolução dos embates que ocorrem no meio social em pleno século XXI, assertiva que encontra ressonância no pensamento de David Garland, segundo o qual

No complexo e diversificado mundo da pós-modernidade, o governo efetivo e legítimo deve devolver poderes e compartilhar a tarefa do controle social com organizações locais e comunidade. Ele não pode confiar no 'saber do Estado', em burocráticas agências estatais inertes e nas soluções universais impostas de cima.<sup>31</sup>

Nessa linha de raciocínio, Sérgio Salomão Shecaira assevera que “a efetividade do controle social formal é muito menor do que aquela exercida pelas instâncias informais”.<sup>32</sup> Ainda de acordo com o mencionado autor, o fenômeno concernente à maior efetividade dos agentes informais “explica, por exemplo, ser a criminalidade muito maior nos grandes centros urbanos do que nas pequenas comunidades (onde o controle social informal é mais efetivo e presente).”<sup>33</sup>

Nesse diapasão, a Justiça Restaurativa, paradigma que é o foco dessa dissertação, visa ocupar relevante espaço destinado ao gerenciamento não impositivo, tampouco estigmatizante, dos conflitos sociais que são passíveis de soluções mediadas, malgrado serem etiquetados como delitos e terem chegado ao conhecimento das autoridades, não integrando, assim, as cifras ocultas.

---

<sup>31</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 430.

<sup>32</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 65.

Como nota-se, caso as instâncias informais mostrem-se insuficientes para controlarem um conflito e, ainda que de forma desnecessária ante a simplicidade do caso concreto, um desajuste social chegue às salas do Poder Judiciário, este deverá proceder com isenção, o que não impede a tentativa de alcançar uma solução construída em conjunto com as partes. Constatado que o caso concreto, mediante uma condução mediada, é passível de uma solução mais efetiva para as partes, até as agências institucionais devem despir-se de tantos formalismos, em nome da pacificação entre os agentes envolvidos no embate social, desde que, em comparação com os procedimentos judiciais comuns, as práticas restaurativas sejam mais benéficas.

Ou seja, com a Justiça Restaurativa, mesmo que inserida no âmbito das ferramentas institucionalizadas, se está a promover mais uma forma de resolução do conflito de forma menos traumática e mais satisfatória para as partes envolvidas e, por conseguinte, para o seu entorno social.

Ante o exposto, é possível concluir que há que promover-se uma interação entre os meios de controle social formal e informal, com ênfase na utilização residual das instâncias formais e no uso racional do Direito, em especial o ramo criminal, o qual será analisado a seguir, tendo em vista o delineamento satisfatório das questões atinentes à postura gregária do ser humano, bem como à forma de estabelecimento de parâmetros destinados a viabilizar a manutenção da paz social.

### **2.3. O Direito como instrumento de controle social**

Apresentado o panorama da estrutura de mecanismos que atuam na busca da manutenção da convivência pacífica entre os membros do corpo social, mostra-se apropriado expor a posição que o Direito, em especial o Direito Penal, deve ocupar como instrumento de controle social.

É interessante registrar que, a despeito de permear a vida de todos, bem como de ser objeto de estudo incessante por parte dos juristas, o estudo do Direito continua representando árdua tarefa no que tange a sua conceituação. Discorrendo sobre as dificuldades enfrentadas para estabelecer definição rigorosa sobre o direito, Maria Helena Diniz sustenta que “a definição essencial do Direito é problema

supracientífico, constituindo campo próprio das indagações da ontologia jurídica”.<sup>34</sup> Sob outra perspectiva - sem, contudo, perder de vista a amplitude do tema ora abordado - Paulo Queiroz afirma que o “Direito não é uma coisa, isto é, não tem uma essência, uma substância; não existe ontologicamente”.<sup>35</sup>

Como verifica-se, é impossível estabelecer definição unívoca para o Direito, tendo em vista que trata-se de um fenômeno multifacetário. Ademais, o termo Direito apresenta uma multiplicidade de significados. Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que o Direito “não só é um fenômeno de grande amplitude e muitas facetas, mas também a própria expressão direito (e seus correlatos) possui diferenças significativas que não podem ser desprezadas.”<sup>36</sup>

A consciência de que não existe um conceito universal que seja impassível de retoques, uma vez que a definição do que seja o Direito depende da perspectiva adotada, não impede que a busca por uma definição que sirva de orientação para o presente trabalho. Pela simplicidade da abordagem, é salutar seguir os ensinamentos de José Afonso da Silva<sup>37</sup>, o que torna possível afirmar que o Direito é um fenômeno histórico-cultural que consiste num sistema normativo.

Antes que sobrevenham críticas mais árduas à superficialidade do conceito adotado, há que se ter em mente que nem mesmo as definições mais profundas conseguem albergar toda a multiplicidade de sentidos do fenômeno jurídico. Apesar da proposital concisão da definição fornecida, esta mostra-se extremamente conveniente, uma vez que enaltece a mutabilidade, característica essencial ao Direito. Ademais, a ênfase no aspecto histórico está em consonância com a advertência feita por Paulo Queiróz de que “todo conceito, que é socialmente construído, só é compreensivo num espaço e tempo determinados, motivo pelo qual está em permanente mutação, ainda quando seus termos não são alterados.”<sup>38</sup>

Deixando de lado toda a discussão que envolve a conceituação do Direito, é possível dessumir que, afora o fato de consubstanciar um aglomerado de

---

<sup>34</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 241.

<sup>35</sup> QUEIRÓZ, Paulo. O Conceito de Direito – Uma Introdução Crítica. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel (Coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio**: Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 735.

<sup>36</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003, p. 34.

<sup>37</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.33.

<sup>38</sup> QUEIRÓZ, loc. cit.



disposições normativas predeterminadas - cuja natureza da fonte depende do viés oficial ou não do controle social em questão<sup>39</sup>, a essência do fenômeno jurídico consiste no fato de que, conforme raciocínio de Recásens Siches,

o Direito em sua produção, em seu desenvolvimento, em seu cumprimento espontâneo, nas transgressões que sofre, em sua aplicação forçada, em suas projeções práticas, se mostra como um conjunto de fatos sociais.<sup>40</sup>

O Direito, então, como fato social, inevitavelmente desemboca no âmbito cultural de cada sociedade, motivo pelo qual não é compreendido da mesma forma em todos os locais do globo terrestre. O Direito modifica-se conforme as peculiaridades culturais de cada povo. Para robustecer a análise em curso, é salutar trazer à baila um conceito de cultura que englobe os seus componentes essenciais, sob a perspectiva dos especialistas na matéria, quais sejam os antropólogos. Nessa senda, cabe registrar que a cultura, segundo Edward Hoebel e Everett Frost,

é o sistema integrado de padrões de comportamento aprendidos, os quais são características dos membros de uma sociedade e não o resultado de herança biológica.<sup>41</sup>

Nesse prisma, nota-se que a cultura resulta da invenção social, e não em razão da carga genética. Por isso, fica inviabilizada uma uniformidade cultural em escala global. Sob essa perspectiva, depreende-se, com tranquilidade, que os elementos culturais refletem o contexto social da comunidade, o que, inexoravelmente, influencia a formação do Direito. Sobre o tema, reconhecendo a ligação entre Direito - enquanto fato social - e cultura, bem como defendendo que o Direito - enquanto fato cultural - resulta de um processo construtivo, Paulo Bezerra consigna que “cada povo, cada cultura, tem valores eleitos que lhes são mais caros, mais essenciais, criando-se, assim, um caldo cultural próprio, que reflete na produção do Direito.”<sup>42</sup>

A cultura, portanto, tem um papel extremamente relevante para a formação da sociedade, em especial no que tange à propagação e manutenção de valores e

---

<sup>39</sup> Cf. SOUZA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000. Conforme o autor afirma na página 171 da referida obra, “na realidade, o Estado nunca deteve o monopólio do direito.”

<sup>40</sup> SICHES, Recásens. **Tratado de Sociologia**. São Paulo: Globo, 1965, p. 546.

<sup>41</sup> HOEBEL, Edward Adamson; FROST, Everett E. **Antropologia cultural e social** Tradução de Euclides Carneiro da Silva. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 4.

<sup>42</sup> BEZERRA, op. cit., p. 34.

normas. Esse perfil da cultura não impossibilita as mutações sociais que advêm da criatividade e do processo de amadurecimento do ser humano.

Nesse diapasão, discorrendo sobre a ligação entre a cultura e a sociedade, Anthony Giddens consigna que

o processo pelo qual as crianças, ou outros novos membros da sociedade, aprendem o modo de vida de sua sociedade é chamado de socialização. A socialização é o principal canal para a transmissão da cultura através do tempo e das gerações.<sup>43</sup>

Diante do exposto, constata-se a existência de um contínuo ciclo que forma-se entre a cultura, a socialização do homem e o Direito, enquanto ferramenta de controle social.

Assim, conclui-se que o fenômeno jurídico está indissociavelmente atrelado à existência de vida social, conforme sintetizado pelo brocardo latino *ubi societas, ibi jus*. O Direito não teria espaço em local habitado por um solitário porque, diante da ausência de interação entre pessoas, não restaria motivo nenhum para que o Direito exercesse sua “função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros”.<sup>44</sup>

Sendo assim, o Direito é uma ciência que, tendo a lei como seu principal instrumento, possibilita a promoção da regulamentação das relações advindas da convivência humana em sociedade, o qual está em constante mutação. No que diz respeito à composição de conflitos, o Direito é especialmente importante pelo fato de atuar quando os demais agentes de controle social fracassam na tentativa de lidar com os embates que, naturalmente, ocorrem dentro de qualquer agrupamento de pessoas. Sobre a localização do Direito no âmbito dos instrumentos de controle social, é indispensável colacionar o posicionamento de Antônio Luís Machado Neto, para o qual a função do Direito

é a de socializador em última instância, pois sua presença e sua atuação só se faz necessária quando já as anteriores barreiras que a sociedade ergue contra a conduta anti-social foram ultrapassadas, quando a conduta social já se apartou da tradição cultural, aprendida pela educação para, superando as condições de mera descortesia,

---

<sup>43</sup> GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 42.

<sup>44</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 25.

simples imoralidade ou mesmo, pecado, alcançar o nível mais grave do ilícito ou, tanto pior, do crime..<sup>45</sup>

Assim, fica consolidada a convicção de que o recurso ao Direito não deve ocorrer se uma forma de controle social mais suave mostrar-se suficiente para a abordagem do conflito.

Conforme já explicitado no presente tópico, o Direito é permeado pelos vetores culturais da sociedade que o produz. Nessa senda, não é adequado que o Direito esteja em descompasso com as características sociais do povo ao qual é aplicado.

Para uma visualização mais cristalina do que ora é sustentado cabe afirmar, mediante a utilização de conceitos geográficos elementares, que o Direito não pode ser uma ilha isolada do continente, que representa as demais formas de controle social. O Direito precisa ser como um arquipélago - conjunto de ilhas que representam, em sentido figurado, os diversos ramos jurídicos - interligado, ainda que mediante construções humanas, ao continente.

Nessa linha de intelecção, é necessário destacar que o Direito deve estar completamente concatenado com os demais instrumentos utilizados para o exercício do controle social. O intercâmbio entre o Direito e outros meios de regulação da comunidade não impede que aquele exerça uma função mais aguda na busca pela estabilização do agregado social. Assim, como assevera Antônio Luís Machado Neto,

Por estar em acordo com o inteiro mecanismo do controle social que se lhe antecipa (todo ele mais exigente em extensão, mas, menos exigente em profundidade ou em sanção que o direito) o direito pode reservar sua atuação para a última 'chance', aguardando que antes dele os níveis anteriores e mais compreensivos do controle social façam a sua parte como instâncias primeiras da socialização.<sup>46</sup>

Traçando um paralelo com a estrutura de um hospital, as enfermarias são como os meios de controle social informal, enquanto os quartos equivalem às demandas sociais que recorrem à apreciação jurídica dos ramos jurídicos menos invasivos, como o civil e o administrativo. Já o Direito Penal pode ser equiparado a uma unidade de terapia semi-intensiva, sendo a unidade de terapia intensiva (UTI) equivalente às penas privativas de liberdade.

---

<sup>45</sup> MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 166.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 166.

Recorrer ao Direito, de forma apriorística, para buscar o deslinde de todas as querelas sociais, representaria uma desvalorização dos outros instrumentos destinados a regulamentação social.

Se o Direito, em sentido amplo, já representa um recurso suplementar no que tange ao esforço de manutenção da paz social, ao Direito Penal, que consiste na última barreira desenvolvida pela sociedade para lidar com os desajustes sociais mais graves, cabe a característica da ultrasubsiariedade. Quanto ao posicionamento desse ramo do Direito no quadro de medidas regulatórias adotadas pela sociedade, Enrique Bacigalupo consigna que

o direito penal, junto com outros instrumentos de controle social mediante sanções, forma parte do controle social primário, por oposição ao controle social secundário, que trata de internalizar as normas e modelos de comportamento social adequados sem recorrer à sanção nem ao prêmio (por exemplo, o sistema educativo).<sup>47</sup>

Ante o caráter invasivo de suas medidas, o Direito Penal deve consubstanciar a última instância de controle social. O Direito Penal representa, então, um subsistema inserido em um sistema global de controle social. Sobre o tema, Sebastián Borges de Albuquerque Mello doutrina que

A intervenção penal é mínima porque só deve ser aplicada quando necessária, o que implica dizer que o Estado, diante de um determinado conflito, deve esgotar todos os recursos e buscar todas as alternativas possíveis de controle social para solucioná-lo. Somente o fracasso ou a insuficiência destas medidas justifica o recurso ao Direito Penal. Se o Estado dispuser de um meio não-penal (e, por isso, menos gravoso) para resolver o conflito, este deve ter preferência em relação à interferência do Direito Penal.<sup>48</sup>

Ao Direito Penal incumbe, com vistas à racionalidade e com respeito aos Direitos Humanos, resguardar os bens jurídicos essenciais para a manutenção da paz social. Essa natureza subsidiária de ramo penal é explicada, dentre outras razões, pelo caráter aflitivo das penas criminais. Por isso, mister se faz realçar a relevância do princípio da intervenção mínima, tendo em vista a necessidade da utilização de outros instrumentos capazes de efetivarem o controle social. O Direito Penal somente deve ser acionado quando constituir a última trincheira na defesa dos

---

<sup>47</sup> BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18.

<sup>48</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 82.

bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento da sociedade. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini e Antônio García-Pablos de Molina disciplinam que

uma das missões (finalidades) do Direito penal, a latere de configurar um sistema de tutela do indivíduo diante das agressões de outros indivíduos ou sobretudo diante da intervenção estatal, é a de proteger os bens jurídicos mais relevantes da pessoa para possibilitar o desenvolvimento de sua personalidade e sua realização ética, assim como a vida em comunidade.<sup>49</sup>

Apesar de possuir qualidades, como a contenção da vingança privada e o estabelecimento pretérito da sanção (princípio da anterioridade da lei penal), é inegável que o hodierno Direito Penal, através de seus instrumentos mais invasivos, como a pena privativa de liberdade, produz danos aos indivíduos passíveis de repressão criminal, o que constitui mais uma causa para que, sempre que suficiente, seja promovida a intervenção das instâncias informais de controle social.

O argumento de que os presidiários encontram-se privados da liberdade porque cometeram crimes, que causaram danos à vítima e ao meio social, não impede a busca por reprimendas menos traumáticas e mais focadas nos anseios das partes diretamente ligadas ao conflito.

Na atualidade, se tem constatado uma crescente judicialização, especialmente em âmbito penal, de embates sociais que outrora eram resolvidos de forma mais célere e menos traumática por agentes não inseridos no sistema penal, mediante a intervenção de membros respeitados pela comunidade ou através do recurso a outros ramos jurídicos, os quais ensejam sanções civis e/ou administrativas.

Mais uma vez, em contínuo exercício crítico, não estar-se a defender acolhimento luxuoso e tratamento complacente àqueles que efetivamente cometam crimes graves, os quais - não se pode esquecer – resultam em vítimas, transtornos familiares, desajustes financeiros, dentre outras consequências. Porém, é sempre necessário lembrar que, em um Estado desprovido – ainda bem – de penas de morte e perpétua, os indivíduos retirados de circulação social voltarão à sociedade, de modo que, além de um tratamento digno aos sujeitos que pratiquem atos desviantes de alta gravidade, é salutar a otimização de soluções, formais ou informais, advindas do entendimento entre as partes. Conforme esmiuçado no

---

<sup>49</sup> GOMES; GARCIA-PABLOS DE MOLINA; BIANCHINI, op. cit. p. 377-379.

transcorrer da dissertação, as soluções restaurativas, apesar de menos midiáticas, podem mostrar-se mais eficientes, tanto para agressor, como para vítima.

Nesse cotejo, não é prudente a defesa furiosa - quase “cega” - que alguns segmentos da sociedade fazem pela criação de novos tipos penais, tendo em vista que, “o aumento das condutas criminalizadas e a exigências de um maior controle sobre delitos antes resolvidos no âmbito da comunidade reforçam os estereótipos que apontam a rotinização do controle social formal e consequente seletividade”<sup>50</sup>, como salientado por Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.

Infelizmente, o panorama do sistema penal hipertrófico que será apresentado no capítulo subsequente, indica o fortalecimento de vertentes defensoras do expansionismo, bem como do endurecimento do Direito Penal, como recorrentes medidas de combate à criminalidade.

Inclusive, muitas vezes - de forma oportunista - a sensação de medo que alastra-se na sociedade é utilizada como meio potencializador das propostas ligadas ao recrudescimento do sistema penal.

## **2.4. O conceito de delito numa perspectiva jurídica**

Tendo em vista que o presente trabalho dissertativo trata, precipuamente, de questões concernentes ao Direito Penal, é oportuno, como forma de finalizar o capítulo que trata da estrutura e do controle social, tecer, em apertada síntese, algumas considerações sobre o conceito de crime no direito pátrio.

Considerando o conteúdo dos tópicos antecedentes, é possível afirmar que o crime não é uma realidade ontológica. O rótulo de delito a uma circunstância advém de uma construção social, o que não impede asseverar, na esteira do pensamento de Émile Durkheim, que “não existe sociedade isenta de criminalidade”.<sup>51</sup>

Como já detalhado, em toda sociedade existem conflitos sociais, sendo que as condutas que violam bens jurídicos mais importantes e, conseqüentemente, geram maior desconforto social, são intituladas de criminosas. Inclusive, o motivo de

---

<sup>50</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Direito e controle social: elementos para uma abordagem sociológica do campo do controle do crime. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 35, p.49-68, 2009, p. 60.

<sup>51</sup> DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 66.

uma conduta ilícita ser repreendida pelo Direito Penal, em detrimento dos demais ramos do Direito, diz respeito à opção do Poder Legislativo, devidamente legitimado, em face da Política Criminal adotada pelo Estado. Sobre o tema, Flávio Augusto Monteiro de Barros leciona que

A distinção entre o ilícito penal e o ilícito extrapenal é de quantidade ou de grau. Não há diferença ontológica. As razões que inclinam o legislador a conduzir a punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo ou do direito civil, em vez de puni-lo na órbita do direito penal, são de política criminal.<sup>52</sup>

Apesar de não haver diferença ontológica, mas tão somente uma distinção de grau entre os ilícitos penais e os extrapenais, é imperioso, especialmente para fins didáticos, estabelecer um conceito jurídico para a conduta criminosa. Nesse bojo, mostra-se pertinente chamar atenção para o fato de não existir, hodiernamente, um conceito de crime no ordenamento jurídico brasileiro.

No passado, o legislador brasileiro tentou conceituar o delito. O Código Criminal do Império (1830) no §1º do art. 2º definia o crime da seguinte forma: “Art. 2º. Julgar-se-á o crime ou delicto: §1º. Toda acção ou omissão voluntária contraria às leis penaes.”<sup>53</sup>

Já o art. 2º do Código Penal Republicano de 1890 era assim redigido: “A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção.”<sup>54</sup>

Diferente dos textos legais supracitados, o Código Penal brasileiro vigente não traz, em nenhum de seus artigos, a definição de crime. Também não há previsão do conceito de crime em outros textos infraconstitucionais.

Antes de avançar na presente análise correspondente à Teoria geral do crime, mister se faz consignar que o legislador do Brasil adotou um critério dicotômico, diferentemente de países, como Alemanha e França, que utilizam uma divisão tripartida na classificação das infrações penais.

A adoção do critério dicotômico, como também ocorre, por exemplo, na Itália, resulta no fato de o gênero infração penal comportar duas espécies: de um

---

<sup>52</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123.

<sup>53</sup> BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em 10 out. 2012.

<sup>54</sup> BRASIL. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 10 out. 2012.

lado, crime e delito como sinônimos, de outro, a contravenção, também conhecida como crime anão, uma vez que rotula infrações penais menos gravosas.

Nesse diapasão, é importante ressaltar que a Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei nº 3.914), ao dispor no art.1º que “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”, estabelece uma diferenciação entre crime e contravenção, exclusivamente, no que tange ao tipo de pena, sem apresentar um conceito de delito.

Sob o viés doutrinário, o conceito de crime é, em linhas gerais, analisado sob três prismas: o formal, o material e o analítico.

Sob o ponto de vista formal, crime é toda ação ou omissão que vai de encontro a um dispositivo legal elaborado sob o *jus imperium* do Estado. Essa mera subsunção do fato à lei penal, em razão de não atentar-se para a complexidade da atual sociedade multicultural, não mais possibilita, aos estudiosos, uma análise adequada do delito.

Já segundo a perspectiva material, crime seria toda conduta que de alguma forma violasse a segurança dos bens jurídicos mais relevantes para aquela sociedade. A vertente material sintetiza a perspectiva que a sociedade tem sobre o que pode e o que não pode ser feito, em atenção às leis penais. Essa concepção não fornece diretrizes sólidas para o estudo do delito.

Sendo assim, as perspectivas de conceituação (material e formal) citadas encontram-se em desuso, uma vez que, como destaca Cezar Roberto Bitencourt, “os conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.”<sup>55</sup> A doutrina, então, vem conceituando o delito sob a perspectiva analítica.

Antes da exposição das principais correntes doutrinárias deste conceito, é importante ressaltar que o estudo segmentado do crime, de acordo com o viés analítico, é meramente didático e destina-se a uma melhor visualização e investigação do fato supostamente criminoso; o crime, no plano concreto, é uno e indivisível. Feita esta consideração, resta viabilizada a apresentação, em apertada

---

<sup>55</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 220.



síntese, das principais vertentes da definição operacional – também chamada de analítica – do fato punível.

Alguns autores, como René Ariel Dotti<sup>56</sup> e Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>57</sup>, entendem que crime é um fato constituído por tipicidade e antijuridicidade. Já segundo o escólio de Basileu Garcia<sup>58</sup>, o crime consiste em fato típico, antijurídico, culpável e punível.

Não obstante, o sistema tripartido que encara o crime como uma ação típica antijurídica e culpável, como bem pontuado por Juarez Cirino dos Santos, é “dominante na dogmática contemporânea<sup>59</sup>”. Essa sistemática acerca da análise do fato criminoso, que é seguida no presente trabalho acadêmico, constitui o posicionamento adotado pela doutrina majoritária no Brasil, a exemplo de Rogério Greco<sup>60</sup>.

Nesse momento, é oportuno registrar que existem outras formulações analíticas atinentes ao exercício de definição do delito. Inclusive, como observado por Walter Barbosa Bittar<sup>61</sup>, é crescente a discussão acerca da inclusão da punibilidade como uma quarta categoria autônoma.

Ante o exposto, a despeito das variantes dogmáticas, não há como negar a ampla aceitação do exercício operacional de conceituação do delito. Seja qual for a corrente doutrinária adotada pelo operador do Direito Penal, o fato é que, apesar das deficiências, o conceito analítico, como bem recorda José Antônio Paganella Boschi, “satisfaz aos juristas, sejam eles finalistas ou não”.<sup>62</sup>

Finalizada, assim, a sucinta análise acerca da conceituação jurídica adotada no Brasil para o crime, mostra-se possível seguir adiante e tratar do panorama concernente à hipertrofia do Direito Penal.

---

<sup>56</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 301.

<sup>57</sup> BARROS, op. cit., p. 127.

<sup>58</sup> GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**: tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1972, p. 195.

<sup>59</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 75.

<sup>60</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 96.

<sup>61</sup> BITTAR, Walter Barbosa. A punibilidade como categoria substantiva na estrutura geral do delito. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). **Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo**. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 627-633.

<sup>62</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011, p. 62.

### 3. PANORAMA ATUAL DO DIREITO PENAL HIPERTRÓFICO.

#### 3.1. Direito Penal “moderno”<sup>63</sup>: uma visão crítica e racional.

Antes de trazer à baila representações do movimento expansivo do Direito Penal, é muito importante expor, com viés crítico, a melhor forma de compreensão do rótulo “Direito Penal moderno”.

O termo “moderno”<sup>64</sup>, em sentido etimológico, está ligado ao que é recente e que, por isso mesmo, representa um distanciamento em relação a uma situação pretérita. Nessa esteira, o que é moderno hoje, transcorrido algum período – o qual não é possível prever - deixará de ser. Um exemplo que amolda-se a essa compreensão corresponde ao Direito Penal do Século das Luzes, outrora qualificado de “moderno”.

O Direito Penal que emergiu no século XVII mereceu o rótulo de “moderno” por representar, em matéria jurídico-penal, a derrocada do Direito Penal sanguinário que imperou no período do Antigo Regime. De forma natural, em razão das mutações sociais, o Direito Penal da Ilustração, outrora merecidamente classificado como “moderno”, já não apresenta o mesmo frescor. Agora encarado com um Direito Penal tradicional, o Direito Penal “Liberal”<sup>65</sup> que, a partir dos ideais Iluministas, buscou humanizar as penas, além de restringir o âmbito de incidência do *jus puniendi* estatal, não impera sozinho.

Sem dúvida, a sociedade do Século XXI é muito diferente da que assistiu ao avanço dos ideais iluministas. Assim, é até natural o advento de novas formas de compreensão do fenômeno criminal, de modo que o vocábulo “moderno” não deve ser encarado, à primeira vista, com temor. Além disso, não é demais ter em mente

---

<sup>63</sup> O presente trabalho acadêmico almeja, conforme fica explícito em diversos trechos, desenvolver-se de forma concatenada com conhecimentos advindos de outras Ciências, ainda que não jurídicas, com realce para os conhecimentos históricos. Essa observação mostra-se relevante, uma vez que, nesse capítulo, o termo “moderno”, como forma de identificar uma espécie de Direito Penal, não será utilizado em conformidade com as fases históricas. Apesar de a Idade Moderna corresponder ao período entre 1453 e 1789, parte da doutrina penal, inclusive Luís Garcia Martín, utiliza a expressão “modernidade” sem ater-se ao lapso temporal supracitado. Não obstante, por fidelidade à diversidade de enfoques científicos, registro que a doutrina, a exemplo de Salo de Carvalho, também utiliza o termo “moderno” como qualificador do Direito Penal formatado no bojo do Iluminismo.

<sup>64</sup> Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2010, p. 511.

<sup>65</sup> Cf. GARCIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005, p. 42.

que o fato de alguma coisa não poder mais ser considerada moderna não significa que essa coisa possa ser encarada como obsoleta.

Nesse diapasão, a melhor forma de conduzir a atualização das bases criminológicas consiste em, com atenção às formas de pensamento da sociedade contemporânea, não desprezar as conquistas alcançadas pelo Direito Penal tradicional, como a formatação do princípio da humanidade das penas, o qual é acolhido pela Carta Política vigente no Brasil (art. 5º, incisos XLIX e XLVII, alínea 'e').

Entretanto, não é isso que se tem verificado. O Direito Penal Ilustrado tem, de forma preocupante, perdido espaço para a faceta beligerante do Direito Penal moderno, que erroneamente propugna pela expansão do Direito Criminal, muitas vezes sob o pretexto de buscar uma suposta garantia de segurança à sociedade. O problema na concepção de “Direito Penal moderno” mais difundida reside, portanto, no seu viés altamente expansivo. Esse quadro de enfraquecimento do Direito Penal tradicional, aprofundou-se com a globalização, conforme Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini e Antônio García-Pablos de Molina expressam da seguinte forma:

O pragmatismo efficientista é a nota do Direito criminal também nesta era da globalização. O que importa é que o sistema seja eficiente, que alcance seus resultados programados, ainda que com um alto custo em termos de respeito aos direitos e garantias fundamentais.<sup>66</sup>

Enfatizando, o problema não está em promover uma natural atualização do Direito Penal, uma vez que o mesmo precisa acompanhar as transformações sociais. Porém, não se deve aceitar que o processo de modernização do ramo criminal implique em retrocessos para ofendidos e ofensores.

Infelizmente, o propalado Direito Criminal moderno tem pautado-se pela frenética ampliação de seus tentáculos. Nesse sentido, Luis Gracia Martín, autor que opõe-se ao discurso de resistência à modernização do Direito penal e, por conseguinte, ao posicionamento da Escola de Frankfurt – cujo maior expoente é Winfried Hassemer - assume que

o Direito penal moderno tem antes de tudo uma dimensão clara e manifestamente quantitativa que se traduz em uma importante ampliação da intervenção penal e, por isso, em um relevante incremento de sua extensão atual em comparação com a que tinha no momento histórico precedente.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> GOMES; GARCIA-PABLOS DE MOLINA; BIANCHINI, op. cit., p. 320.

<sup>67</sup> GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 46.

No mesmo sentido, Francisco Munõz Conde assevera que o Direito Penal moderno tem caracterizado-se pela abundância dos

delitos de perigo, sobretudo em sua modalidade de perigo abstrato, referências contínuas a normas de caráter extra-penal em muitas tipicidades configuradas como “normas penais em branco”, e uma ampla proteção de bens jurídicos coletivos, difusos, às vezes puras funções de subsistemas sociais como o mercado ou ordenação territorial.<sup>68</sup>

Esse processo de desenvolvimento do Direito Penal moderno tem ganhado destaque pela defesa da criação de novas leis penais especiais, assim como pela sustentação da - supostamente benéfica – necessidade de incorporação de novas figuras delitivas à parte especial do Código Penal, que é uma característica do fenômeno de agigantamento do Direito Penal, o qual será tratado com maior acuidade nos próximos tópicos.

Antes, mister se faz aceitar que a modernização do Direito penal é incontrollável. A sociedade vem evoluindo e o Direito precisa acompanhar esse processo. Contudo, o reconhecimento da necessidade de modernização, se por um lado é benéfico para arejar as mentes dos penalistas mais conservadores no que tange aos métodos de diversão, como o proposto pela Justiça Restaurativa, por outro lado não pode constringer o penalista a aceitar que abusos às bases do Estado Democrático de Direito sejam colocadas em prática. Sobre o tema, Eduardo Demetrio Crespo, com extrema sabedoria, ensina que

os problemas do nosso tempo são muito diferentes dos do século XVIII, houve uma modernização da criminalidade que provoca, sem dúvida, uma mudança de sua abordagem jurídica. (...) Mas, por outro lado, é imprescindível não deixar em branco o fato de que a modernização do direito penal, se verdadeiramente pretende representar uma “evolução”, deve realizar-se em escrupulosa obediência às garantias do Estado de Direito, e não sob o influxo das exigências de “segurança” de uma sociedade que não conhece critérios de “razoabilidade” a respeito da intervenção penal, porque do contrário essa intervenção não poderá ser considerada justificada.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> MUNÕZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo, n.4, p.53-82, jan./jun. 2006, p. 55.

<sup>69</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Do “Direito Penal Liberal” ao “Direito Penal do Inimigo”. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo, v.1, n.1, p.09-37, jul./dez. 2004, p. 35-36.

Dessa forma, o caminho mais adequado rumo à modernização racional do Direito Penal não pode afastar-se do respeito aos direitos humanos. Do contrário, no caso de esquecimento das bases filosóficas do Estado Democrático de Direito, estar-se-á avalizando medidas retrógradas, ainda que sob a pecha da “modernização”.

Desafortunadamente, o discurso modernizante que tem repercutido com mais força está atrelado ao Movimento de Lei e Ordem, o qual tem fomentado a hipertrofia do Direito Penal.

### 3.2. Espetacularização do processo penal

Além da estigmatização, os desgastes psicológico e físico são consequências constantemente verificadas entre os indivíduos que figuram como partes de uma ação penal. Entretanto, o conhecimento desses resultados malignos - que, por vezes, debilitam mais que o próprio comportamento desviante que originou a lide - não impede o vertiginoso crescimento do clamor de parte da sociedade por uma repressão dura contra as atitudes que colocam em risco a segurança dos intitulados “cidadãos de bem”.

No bojo desse discurso de combate ao crime, o papel de parte da mídia<sup>70</sup> merece destaque negativo, em razão da potencialização e disseminação da sensação de medo causada por atos de violência. Sobre o viés amedrontador adotado por alguns meios de comunicação ao divulgarem informações relacionadas à violência, Luciano Anderson de Souza constata que

A atuação dos meios de comunicação de massa baseia-se na exploração da insegurança, gerando e manipulando o medo que assola os cidadãos, os quais sentem que seus bens mais caros estão ameaçados.<sup>71</sup>

Antes de prosseguir, para que não restem dúvidas sobre o teor democrático propugnado por este trabalho acadêmico, é pertinente registrar que não se está a

---

<sup>70</sup> Cf. MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho possível? Tradução de Jamil Chade. In: **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Organizadores: Edson Passetti, Roberto Baptista. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 283. Para Mathiesen, das três “camadas”, que protegem a prisão e mantêm a sua irracionalidade em segredo: a dos administradores, em um sentido mais amplo da palavra, a dos pesquisadores e a dos meios de comunicação de massa, a mais fundamental é a da mídia.

<sup>71</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 56.

defender qualquer medida atinente ao cerceamento da liberdade de imprensa. A crítica ora apresentada, longe de tentar lastrear um discurso de desmedida constrição ao louvável papel informativo prestado pela imprensa, concerne à forma como alguns meios de comunicação lidam com a violência verificada no meio social.

Especialmente programas televisivos têm explorado, de maneira irresponsável e sensacionalista, alguns comportamentos desviantes. Em nome da audiência, alguns programas televisivos, como “Na Mira” (transmitido na Bahia) e “Brasil Urgente” (com transmissão nacional), promovem uma verdadeira espetacularização dos atos ligados à instrução criminal, especialmente quando deparam-se com atos praticados durante o inquérito policial.

A postura agressiva de alguns repórteres fomenta a sensação de que os meios de controle social à disposição são ineficientes. Nessa perspectiva, Luciano Anderson de Souza verifica que a sensação de medo

se torna mais forte com a implementação de estratégias de manipulação social que passam à população a impressão de que os meios de controle social são falhos, mormente aqueles mais brandos, como o controle civil ou o controle administrativo de atos considerados ilícitos. E mesmo quando o controle já se faz por meio do mecanismo penal (...) a manipulação do sentimento social se faz com recurso a argumentos como o de que as penas previstas são brandas (...).<sup>72</sup>

Algumas vezes, com total desrespeito aos investigados, apresentadores de programas “policiais” promovem verdadeiro interrogatório “ao vivo”, tudo com a complacência de delegados despreparados e descompromissados com o cargo público que ocupam.

Quando confrontados sobre os possíveis excessos cometidos, os apresentadores e/ou repórteres ironizam os defensores dos Direitos Humanos e alegam que simplesmente estão mostrando a realidade da violência no Brasil.

Apesar de ser completamente compreensível a postura de revolta da população, especialmente ante o sofrimento sentido pelas vítimas e familiares de crimes bárbaros, o Estado, ao menos enquanto levar-se a sério o conteúdo da Magna Carta de 1988, não pode respaldar o tratamento degradante aos condenados e, menos ainda, aos acusados, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência. Ao tratar do princípio da presunção de inocência, com vistas ao trabalho da imprensa, Simone Schreiber confirma que

---

<sup>72</sup> Ibidem, p. 56-57.

Decorre ainda da aplicação do princípio a vedação de que o investigado ou acusado seja submetido a tratamento humilhante ou exposição indevida, especialmente pelos meios de comunicação. A cobertura jornalística de casos sob julgamento pode produzir efeitos danosos para o réu, especialmente se este já é apresentado inapelavelmente como culpado.<sup>73</sup>

Na mesma direção, Aury Lopes Jr., tece as seguintes considerações sobre a dimensão externa do princípio da presunção de inocência:

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.<sup>74</sup>

Ante o contexto delineado até o momento, constata-se a hipótese de colisão de direitos fundamentais. De um lado, o princípio da presunção de inocência; de outro, os princípios da liberdade de expressão e da publicidade dos atos processuais.

É um fato que, graças aos avanços tecnológicos, as notícias – inclusive sobre crimes – espalham-se pelo mundo com uma velocidade inimaginável até poucos anos. Durante a maior parte de século passado, as informações sobre um delito eram transmitidas, preponderantemente, pelo rádio e pelos jornais impressos. Hodiernamente, além de coberturas televisivas mais estruturadas, a internet é responsável pela propagação veloz e em escala global das informações sobre acontecimentos delitivos.

Por certo, a violência no Brasil é preocupante. Também não há como negar que o cometimento de um ilícito frequentemente é gerador de tristeza e angústia às vítimas e aos seus entes queridos. Nesse bojo, o presente trabalho acadêmico não tenta fantasiar a realidade do crime no Brasil, tampouco impedir que a imprensa noticie acontecimentos do cotidiano, dentre os quais a violência faz parte. Outrossim, a imprensa não merece ser rotulada. Existem agências de notícias que exercem suas atividades com qualidade e com respeito ao presumível estado de

---

<sup>73</sup> SCHREIBER, Simone. O princípio da presunção de inocência. **Revista da AJUFE**. Brasília, ano 23, n. 82, p. 239-251, 2005, p. 248.

<sup>74</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**, v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 48.

inocência do acusado. Também não é possível camuflar que, em algumas oportunidades, a própria imprensa, ao noticiar os fatos de forma abrangente, impede desmandos contra os réus.

Ante o exposto, a inquietação ora apresentada refere-se, exclusivamente, ao pitoresco espetáculo que, às vezes, é montado para a transmissão da informação sobre um delito.

A maneira como a informação é passada ao ouvinte acaba amplificando a sensação de insegurança que o comportamento delitivo efetivamente representa, o que não permite apontar a imprensa como costumeiro estopim para atos violentos.

A presente crítica a alguns meios de comunicação restringe-se à maneira, por vezes agressiva e aterrorizante, utilizada para transmitir notícias relacionadas à criminalidade. O modo de transmitir a notícia, ainda que não figure como uma relevante causa para a prática de atos violentos, pode corroborar para a propagação da sensação de insegurança.

### **3.3. Sociedade amedrontada e Movimentos de lei e ordem: terreno fértil para o florescimento do Direito Penal simbólico, da legislação penal de urgência e da (in)Tolerância Zero.**

Em razão de delitos extremamente graves, a sociedade, de forma intempestiva, postula por medidas penais mais duras, ainda que em desfavor de direitos outrora garantidos aos que cometem atos desviantes. Sob esse viés, Selma Santana assevera que

A criminalidade grave, de feitos danosos, incita um discurso de encurtamento de direito, liberdades e garantias do delinquente, dando a entender que é inconciliável o respeito pelos direitos fundamentais com a eficácia da perseguição desse tipo de criminalidade. Nesse cenário, o apelo à intervenção socializadora do Estado sobre o delinquente ou a invocação dos direitos fundamentais afigura-se como algo anacrônico ou pueril.<sup>75</sup>

O fato da sociedade sentir-se amedrontada, principalmente quando diante de ações orquestradas pela criminalidade organizada, representa um espaço

---

<sup>75</sup> SANTANA, Selma Pereira de. A reparação como sanção autônoma e o direito penal secundário. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra [Portugal]: Coimbra Editora, 2006, p. 471.



propício para a postulação por um Direito Penal exacerbadamente simbólico. Nesse sentido, Leonardo Sica assevera que

o terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana. Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, a do Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança.<sup>76</sup>

Antes de avançar sobre os efeitos, em sede penal, provocados pela sensação de pânico da sociedade, é conveniente tecer alguns comentários sobre o Direito Penal simbólico. Nesse sentido, para não incidir em crítica rasa e genérica, é importante refletir sobre a carga simbólica das reprimendas penais.

Até pelo fato de ser a última instância de controle social, é aceitável que o Direito Penal, ao menos em parte, tenha uma simbologia que, de forma natural, é percebida pela população. Nessa senda, José Luis Díez Ripollés, ao desenvolver uma excelente reflexão sobre o Direito Penal simbólico e os efeitos da pena, ensina que o exame das bases críticas do Direito Penal simbólico demanda como ponto de partida a “dupla constatação de que ao Direito penal lhe é consubstancial o uso dos denominados efeitos simbólicos e que, realmente serviu-se sempre deles, em geral com plena consciência de sua legitimidade, para a obtenção de seus fins.”<sup>77</sup>

Assim, é comum às normas penais a transmissão de uma mensagem mais incisiva, o que não é descabido. Essa é, inclusive, uma das razões da implementação do processo reparador em sede penal, e não no âmbito civilista, pois, como bem observa Selma Santana, “não é possível olvidar-se que o estímulo jurídico-penal motiva o autor bem mais, e de forma rápida, a efetuar uma pronta e completa compensação do dano que a distante ação civil.”<sup>78</sup>

Dessa forma, o problema não reside na utilização do simbolismo na legislação penal, mas sim no seu uso excessivo que, quando configurado, resulta na extrapolação dos limites relacionados aos efeitos instrumentais da pena por efeitos

---

<sup>76</sup> SICA, op. cit., p. 77.

<sup>77</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003, p. 149, tradução nossa. (la doble constatación de que al derecho penal le es consustancial el uso de los denominados efectos simbólicos y que, em efecto, se há servido siempre de ellos, por lo general com plena consciência de su legitimidad, para la obtención de sus fines).

<sup>78</sup> SANTANA, Selma Pereira de. **A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 190.

meramente simbólicos. Nessa toada, ratificando a compreensão ora apresentada sobre “legislação simbólica”, Marcelo Neves leciona que a referida expressão “aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.”<sup>79</sup>

Nesses casos, conforme vem ocorrendo no Brasil, tem desenvolvido-se um processo legislativo mais preocupado em transmitir alguns recados à sociedade - seja de uma pseudo-paz social, seja de uma sensação de maior respeitabilidade perante dispositivos legais que preveem temidas sanções penais – do que em efetivamente buscar soluções para os conflitos, muitas vezes gravíssimos, que são verificados no meio social.

Não há como negar que os governantes são pressionados por setores da população que clamam por uma reprimenda mais forte, especialmente quando da ocorrência de crimes que causam comoção nacional. Sem dúvidas, os legisladores são representantes eleitos pelo povo e, de tal forma, devem propor leis que representem os apelos sociais. O problema reside na maneira como os legisladores respondem aos anseios sociais. Além de ser obrigação do legislador agir com parcimônia – e não sonambulismo – ao buscar alinhar as leis ao discurso que ecoa nas ruas, a edição de novas leis deve respeitar os Direitos Humanos, pois, em caso contrário, estar-se-á retrocedendo, e não evoluindo.

Infelizmente, no mesmo bojo do denominado Direito Penal simbólico, têm sido editadas leis pouco atreladas à efetiva e equilibrada busca pela pacificação dos conflitos e, como consequência, pela redução dos impactos causados pelos crimes. Sob essa perspectiva, resta corporificada a legislação penal emergencial, fenômeno legislativo no qual, como afirma Camaño Viera, “se legisla em função do calor do momento e nem sequer se leva em conta as garantias constitucionais e os direitos humanos, palavra ruim que jamais poderia infiltrar-se nos discursos de lei e ordem”<sup>80</sup>.

O clássico exemplo brasileiro de lei penal emergencial consiste na Lei 8.072/90, mais conhecida como lei dos crimes hediondos. Essa lei, que regulamenta

---

<sup>79</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 23.

<sup>80</sup> CAMAÑO VIEIRA, Diego. Ley de urgencia y derecho penal de la emergencia. **Revista de Estudios Criminales**. Porto Alegre, n. 6, p.78-90, 2002, tradução nossa. (se legisla en función del calor del momento y ni siquiera se tienen en cuenta las garantías constitucionales y los derechos humanos, mala palabra que jamás podría “infiltrarse” en los discursos de “ley y orden”).

o inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, teve os sequestros do empresário Abílio Diniz, em 1989, e do publicitário Roberto Medina, em 1990, como propulsores para a sua formulação. Quatro anos depois, devido à comoção popular causada pela Chacina da Candelária, em 1993, e pelo assassinato da atriz Daniela Perez, em 1992, a Lei 8.930/94 incluiu, por exemplo, o homicídio quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, assim como o homicídio qualificado, no rol dos crimes considerados hediondos.

A Lei dos Crimes Hediondos, apesar de regulamentar uma matéria prevista na Magna Carta de 1988, foi produzida em flagrante contrariedade a preceitos constitucionais, como verifica-se ao analisar o regramento atribuído ao regime de cumprimento de pena. Em sua redação original, a Lei 8.072/90 disciplinava que as penas aplicadas aos crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo seriam cumpridas integralmente em regime fechado. Ou seja, era vedada a progressão de regime de cumprimento de pena, em evidente violação ao princípio constitucional da individualização da pena.

A crítica à proibição de progressão de regime ganhou ainda mais solidez quando da publicação da Lei 9.455/97 que, conforme o §7º do artigo 1º, disciplina que o condenado por crime de tortura iniciará o cumprimento da pena em regime fechado. Em miúdos, cabe relatar que a Lei 9.455/97 deu guarida, em sede legal, à progressão de regime em caso do cometimento de crimes de tortura. Tendo em vista que os crimes de tortura, conforme se extrai da redação do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, equiparam-se, no que tange à danosidade social, aos crimes hediondos, criou-se a expectativa de que a prerrogativa de progressão de regime seria estendida, ao menos em sede jurisprudencial, aos crimes previstos na Lei 8.072/90.

Contudo, em contrariedade às bases do raciocínio supraexplicitado, o Supremo Tribunal Federal, depois de seguidos julgados<sup>81</sup> negando a aplicabilidade, aos crimes hediondos, do tratamento legal conferido ao crime de tortura, editou, durante a Sessão Plenária de 24 de setembro de 2003, a Súmula 698<sup>82</sup> que tem o

---

<sup>81</sup> Nesse sentido, conferir os seguintes precedentes do STF: HC 76543, HC 76894 e HC 77023.

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 698**. Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=698.NUME.%20NAO%20S.FL.SV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 15 fev. 2013.

seguinte enunciado: não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.

Felizmente, em 23 de fevereiro de 2006, ao julgar o *Habeas Corpus* 82959, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Suprema Corte, em declarada evolução jurisprudencial, constatou que a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado conflita com a garantia da individualização da pena, o que motivou a declaração da inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

Com esteio na mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, o equívoco da original redação do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, foi, parcialmente, corrigido, no ano de 2007, quando a Lei 11.464, que alterou a Lei 8.072/90, passou a permitir a progressão de regime, sem deixar de exigir que a pena pelos crimes supracitados fosse cumprida inicialmente em regime fechado.

Recentemente, no dia 27 de junho de 2012, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao conceder o *Habeas Corpus* 111840, de relatoria do Ministro Dias Tóffoli, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, com redação alterada pela Lei 11.464/07, o qual prevê que a pena por crime hediondo ou equiparado (tortura, tráfico ilícito de drogas afins e terrorismo) será cumprida, inicialmente, em regime fechado. Dessa forma, a Suprema Corte passa a entender que é possível, a depender das nuances do caso concreto, o início do cumprimento de pena, em razão da prática de crime hediondo, em regime diverso do fechado.

Essa recente decisão proferida pela Suprema Corte, além de resguardar o princípio constitucional da individualização da pena, vai ao encontro da valorização da discricionariedade do magistrado no momento de fixar a pena. Nessa senda, não é demais lembrar que, como ensina Luiz Luisi,

o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo. (...) É de entender-se que, na individualização judiciária da sanção penal, estamos frente a uma “discricionariedade vinculada”. O juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles, o juiz pode fazer a s suas opções, para chegar a uma aplicação justa da Lei Penal, atendendo as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005, p. 38.

Ainda sobre o tema em apreço, é pertinente conferir o entendimento do STF, o qual se extrai do julgamento do *Habeas Corpus* 97.256. Na oportunidade, conforme ementa colacionada a seguir, a Suprema Corte manifestou-se sobre a questão da margem de liberdade que o magistrado possui durante o processo de individualização da pena, nos seguintes termos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. **O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.** (...) 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. (...) 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97256, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00113 RTJ VOL-00220- PP-00402 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 279-333)<sup>84</sup>

Conforme o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 97.256 - o qual serve de *leading case* no que tange à possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, no caso da prática do crime de tráfico ilícito de drogas – o julgador deve, em

<sup>84</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.256, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010. **Diário de Justiça Eletrônico 247**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2897256.NUME.+OU+97256.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/canhbf5>>. Acesso em 20 fev. 2013.

constante esforço para equilibrar os anseios por segurança jurídica e justiça material, buscar a personalização da pena, mediante ampla área de discricionariedade, tendo em vista as minúcias do caso concreto.

Nesse ponto, cabe finalizar a análise da Lei 8.072/90 asseverando que a mesma representa uma concretização do processo de dramatização da violência, que, através da potencialização da sensação de medo no meio social, abre margem para a edição de leis descompromissadas com a efetiva solução do problema da violência.

Além da Lei dos Crimes Hediondos, é possível citar a Lei 10.792/2003 que, ao alterar a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), instituiu o regime disciplinar diferenciado (RDD), o qual caracteriza-se, por exemplo, pela limitação do direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol.

É salutar que o legislador esteja atento ao cotidiano daquele que o elegeu. Ademais, celeridade proveniente do Poder Legislativo é sempre louvável, desde que a rapidez na proposição de leis penais não represente a mera preocupação com a repercussão da proposta de lei nos meios de comunicação.

As leis emergenciais estão mais voltadas em conquistar eleitores do que em consubstanciar o resultado de sérios e multilaterais debates acerca da criminalidade. Infelizmente, iniciativas legislativas marcadas pelo viés emergencial, “prevalendo-se do valor simbólico do Direito Penal, priorizam modificar a ‘imagem’, ‘apreciação social’ ou ‘sensação térmica da realidade’ mais do que mudar a própria realidade”<sup>85</sup>, conforme escólio de Raúl Cervini.

Em razão da insatisfação gerada por crimes que causam forte repulsa social, o Estado recorre ao poderio legislativo para dar uma resposta à sociedade, sem arrefecer os excessos naturalmente provocados pelo impacto de um crime que provoca comoção social. Assim, para não transmitir a mensagem de desídia com o povo, o Estado-Legislator produz uma “legislação-álibi”, mesmo que, como aponta Marcelo Neves, “nesses casos, em regra, seja improvável que a regulamentação normativa possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atitude legiferante serve como um álibi do legislador perante a população”.<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> CERVINI, Raúl. La reciente política legislativa penal em el Uruguay: entre la irracionalidad de la emergencia y el pragmatismo de los costos del sistema. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel (Coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio**: Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 151.

<sup>86</sup> NEVES, op. cit., p. 37.

Nesse contexto, é possível afirmar que a sensação de insegurança da população, que é realçada pelas novas formas de criminalidade, também favorece o acolhimento de leis emergenciais emblemáticas – ainda que descompromissadas com a efetiva solução do problema – assim como de teorias jurídico-penais que postulam o endurecimento das penas e a flexibilização ou exclusão de garantias processuais penais.

O contexto fático delineado acima formata um círculo vicioso, o qual é alimentado por apreensão social, mídia desconectada com os direitos do acusado, crime organizado e legisladores ávidos por alcançar o rótulo de maior expoente da implacável guerra ao crime. Uma das marcas da sociedade do medo é o ávido - mas pouco eficaz - processo de incremento do rol de condutas tipificadas. Como destaca Manuel Monteiro Guedes Valente, convive-se hoje com “a hipertrofia legislativa do Direito penal que tudo quer tutelar e nada tutela. Essa hipertrofia gera o fenômeno da popularização e vulgarização do Direito penal”.<sup>87</sup>

Na esteira desse preocupante processo de previsão desmedida de sanções de natureza penal para regulamentar condutas de somenos ofensividade, tem ganhado espaço o Movimento de Lei e Ordem. Sobre a origem dessa concepção acerca do uso do Direito Penal, Heleno Fragoso ensinou que

o abandono da filosofia correcional que inspirou, desde seu surgimento, a pena privativa de liberdade, bem como o aumento constante da criminalidade, sobretudo d criminalidade violenta, têm explicado o movimento da *Law and Order*, que defende a imposição de penas severas, com o endurecimento do sistema, fundado em critérios puramente retributivos.<sup>88</sup>

Os adeptos do Movimento de Lei e Ordem, defensores do discurso do Direito Penal Máximo, partem do pressuposto dicotômico e reducionista de que a sociedade é composta por homens bons, que devem ser defendidos a qualquer preço, e homens ruins, que devem ser duramente repreendidos através de leis severas. Sobre a irracionalidade do discurso propalado pela corrente maximalista, Aury Lopes Jr., de forma escorreita, ensina que modelo de Direito Penal máximo “caracteriza-se pela excessiva severidade, pela incerteza, a imprevisibilidade das

---

<sup>87</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**: o “progresso ao retrocesso”. Coimbra: Almedina, 2010, p. 14-15.

<sup>88</sup> FRAGOSO, Heleno. A reforma da legislação penal. **Revista do Direito Penal (RDP)**. Rio de Janeiro, n. 35, 1983, p. 12.

condenações e das penas e por configurar um sistema não controlável racionalmente pela ausência de parâmetros certos e racionais”.<sup>89</sup>

Desafortunadamente, o discurso do Direito Penal Máximo, que expõe ideais do Movimento de Lei e Ordem, foi acolhido por alguns governantes, tal como Rudolph Giuliani, ex-prefeito de Nova York (1994-2002), que instituiu, tendo como base ideológica a Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows Theory*), o programa de combate ostensivo à criminalidade que ficou conhecido como “Tolerância Zero”.<sup>90</sup>

A Teoria das Janelas Quebradas tem como marco histórico o artigo “*Broken Windows: the police and neighborhood safety*”, de co-autoria de James Q. Wilson e George L. Kelling, que foi publicado, em março de 1982, na revista estadunidense “*The Atlantic*”. Em síntese, essa teoria centra-se na ideia de que as pequenas infrações, quando toleradas, transmitem a sensação de desordem, o que acaba ensejando a prática de delitos mais graves, ante a expectativa da impunidade.

De acordo com Wilson e Kelling, “psicólogos sociais e chefes de polícia tendem a concordar que se uma janela de um prédio é quebrada e não é consertada, todas as demais janelas serão imediatamente quebradas.”<sup>91</sup>

Nesse bojo, sob o pretexto de que o Estado deve fazer-se presente para que a delinquência não prospere, os adeptos da Tolerância Zero propuseram a repressão de situações tipicamente enquadradas como problemas sociais, como é o caso dos moradores de ruas. Ao analisar o impacto causado pelas medidas conservadoras propostas pelo então prefeito Rudolph Giuliani para combater a crise de “qualidade de vida” enfrentada pela cidade de Nova Iorque na década de 1990, o sociólogo Alex Vitale constatou que ao tratar, por exemplo, da questão relativa aos desabrigados,

em vez de desenvolver serviços habitacionais e sociais, Giuliani se preocupou em criar uma série de medidas punitivas, que foram

---

<sup>89</sup> LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.112.

<sup>90</sup> Cf. COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas e se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v.3, n.11, p.23-29, 2003.

<sup>91</sup> KELLING, George L.; WILSON, JAMES Q. FRAGOSO, Broken Windows: the police and neighborhood safety **The Atlantic**, Washington, DC, mar. 1982. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/2/>>. Acesso em: 20 dez. 2012. Tradução nossa (Social psychologists and police officers tend to agree that if a window in a building is broken and is left unrepaired, all the rest of the windows will soon be broken.).



projetadas para reduzir o impacto do público à presença de moradores de rua, mais do que solucionar o problema dos sem-teto.<sup>92</sup>

Esse modelo de repressão ao crime também é contestado por se assemelhar-se a maneiras de combate ao crime que já foram classificadas de preconceituosas. Medidas da natureza do Tolerância Zero foram adotadas, por exemplo, no início da República Brasileira, não muito tempo após o fim da escravidão<sup>93</sup>. Traçando um paralelo entre as práticas repressivas hodiernas e o mencionado período histórico do Brasil, Miguel Reale Júnior posiciona-se nos seguintes termos:

diante do exemplo norte-americano, em especial as práticas da polícia de Nova Iorque, instituindo um estado policial em face das populações mais desprotegidas, podemos dizer que “já vimos este filme”, ao se instalar, até as primeiras décadas do Século XX, especialmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, mormente com relação aos ex-cativos, uma perseguição policial sem limites, com graves e profundas consequências de ordem social, fonte de grande parte dos males até hoje vividos nos conglomerados urbanos desorganizados do Brasil. Junta-se a este quadro a acusação irresponsável de serem os direitos humanos os causadores da insegurança, e que soa como uma permissão futura para matar e depois perguntar.<sup>94</sup>

É verdade que a administração Giuliani conseguiu reduzir as taxas de criminalidade. Ocorre que Giuliani omitiu que, além da implantação do programa “Tolerância Zero”, fatores como a diminuição do número de jovens entre 18 (dezoito) e 24 (vinte e quatro) anos e a redução substancial da taxa de desemprego, em razão de condições econômicas favoráveis nos anos 90 (noventa), contribuíram decisivamente para a queda dos números representativos da violência. Ademais, como lembra Sérgio Salomão Shecaira, Giuliani, ao se vangloriar dos dados alcançados por sua administração no que tange à repressão ao delito, “esqueceu” de falar que

<sup>92</sup> VITALE, Alex S. **City of Disorder: How the Quality of Life Campaign Transformed New York Politics**. New York: New York University Press, 2008, p. 53, tradução nossa (Instead of developing housing and social services, Giuliani became concerned with creating a series of punitive measures designed to reduce the public impact of homeless, rather than solving the problems of homeless people.).

<sup>93</sup> Em 13 de maio de 1888, a princesa Isabel promulgou a Lei Áurea, declarando extinta a escravidão no Brasil.

<sup>94</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. Insegurança e Tolerância zero. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v.2, n. 9, p.66-70, 2009, p. 69.

a criminalidade já havia caído 20% antes da aplicação da política (...) Enquanto Nova York propalava 'recorde' de quedas das taxas de criminalidade, da ordem de 70,6% entre os anos de 1991 e 1998, San Diego, implementando uma política de policiamento comunitário, teve queda de 76,4% na taxa de homicídios, no mesmo período.<sup>95</sup>

Nesse panorama, de forma indevida recorre-se ao sistema penal de modo abusivo. O Estado torna-se interventor no aspecto incorreto, uma vez que a bússola que guia a atuação estatal volta-se, primordialmente, para repressão. Ainda sobre os valores que embasam a Teoria das Janelas Quebradas, Alex Vitale considera que, “em essência, este é um retorno a uma teoria de controle social de regulação social, em que a polícia se torna o rotulador primário dos comportamentos adequados e providencia as sanções negativas necessárias para reforçá-los”.<sup>96</sup>

Sob o pretexto de conter a criminalidade, o Estado policesco tenta transmitir uma falsa segurança aos cidadãos através de medidas como o toque de recolher, que demanda o recolhimento dos cidadãos em suas residências a partir de um determinado horário a pretexto de diminuir a ocorrência de atitudes perturbadoras à paz social.

Nesse sentido, em vez de combater as diversas causas dos crimes, o Estado, cada vez mais interventor e menos provedor, restringe a liberdade dos cidadãos e coloca o foco na repressão do criminoso, o qual, em muitos casos, deveria ser tratado sob um espectro mais amplo, como resultado de um problema multidisciplinar, e não como mero sujeito contraventor.

Sem dúvida, existem situações em que a punição mais aguda se faz necessária, porém é indispensável ter em mente que, a não ser que esteja-se a planejar uma caminhada com destino à implantação da pena de morte e da prisão perpétua – medidas vedadas no ordenamento jurídico pátrio – não é muito inteligente tratar como bicho quem no futuro, não mais “engaiolado”, voltará ao convívio social. Ademais, segundo Alberto Zacharias Toron, autor de obra específica sobre o tema em apreço, “a ideia de que a violência se esgota na criminalidade parece falsa. A totalidade do significante da palavra violência não pode estar

---

<sup>95</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 165-176, out. 2009, p. 168.

<sup>96</sup> VITALE, op. cit. p. 17, tradução nossa (In essence, this is a return to a social control theory of social regulation in which the police become the primary labelers of appropriate behaviors and provide the necessary negative sanctions to reinforce them).

aprisionada naquilo que representa apenas uma de suas facetas, isto é, o crime.”<sup>97</sup> Também nessa direção, Maria Lúcia Karam defendeu a necessidade de uma compreensão mais racional do fenômeno da violência, tendo em vista que “a identificação da criminalidade convencional com a ideia de violência que gera o clima de pânico e de alarme social, desencadeado e alimentado pelas campanhas de lei e ordem”<sup>98</sup>, não é suficiente para explicar o multifacetado problema da violência.

Sendo assim, a isolada e generalizada postulação por penas mais duras não se coaduna com a expectativa de que os sujeitos que venham a delinquir, após o cumprimento de suas penas, estejam aptos a integrar a sociedade. Requerer um tratamento desumano para, em seguida, esperar urbanidade e respeito aos direitos alheios exala o aroma da incoerência.

### 3.4. Direito Penal do inimigo

Como visto alhures, a sensação de insegurança, que muitas vezes é alimentada por fatores exógenos às efetivas taxas de criminalidade, acaba fomentando o apelo social por uma maior presença de um “Estado Policial” que esteja sempre de prontidão para reprimir, “exemplarmente”, os comportamentos desviantes.

A referida sensação resta inflamada ao ponto no qual a população, de forma retrógrada, passa a requerer medidas penais que, mais do que a punição de um cidadão que cometeu um ilícito penal, representem a vitória dos ordeiros contra os marginais irrecuperáveis. Em nome da reprimenda aos “vagabundos”, vistos como verdadeiros cânceres sociais, despreza-se a circunstância de que as mesmas partículas cancerígenas (aqui, em alusão aos presidiários) voltarão a frequentar o organismo social e, caso desprovidos de qualquer tentativa de “cura”<sup>99</sup>,

---

<sup>97</sup> TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos**: o mito da repressão penal. Um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 95.

<sup>98</sup> KARAM, Maria Lúcia. Violência brasileira: o papel da criminalidade. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.4, p.55-69, jan./jul. 1994, p. 56.

<sup>99</sup> O termo “cura”, utilizado em sentido figurado, não significa que esta dissertação adota entendimento de que os delinquentes são sujeitos doentes e que, por isso, demandam tratamento. O vocábulo “cura” é usado com vistas ao paralelo traçado entre o crime e uma doença. A expressão “tentativa de cura” corresponde à necessidade do Estado oferecer instrumentos, como educação e

provavelmente ensejaram a metástase do próprio organismo que somente preocupou-se em punir, olvidando que aquelas “partículas”, ainda que desviantes, são seres humanos.

Nessa linha de discussão sobre o espaço de temor em que emergem medidas de recrudescimento penal, Manuel Monteiro Guedes Valente, defensor de um Direito Penal humanista, destaca que

A comunidade, desacreditada de um Direito penal comum que não previne e não consegue responsabilizar os agentes do crime altamente organizado e transnacional, exige ao Estado segurança (cognitiva e real) a todo o custo, mesmo que se crie um Direito penal específico ou excepcional para esse tipo de criminalidade e o delinquente deixe de ser pessoa e passe a ser um inimigo, uma não-pessoa.<sup>100</sup>

Nesse contexto surge, por exemplo, o Direito Penal do inimigo, que foi desenvolvido pelo professor alemão Günther Jákobs<sup>101</sup>. O Direito Penal do inimigo, que claramente adota um discurso de Direito Penal Máximo, respalda os discursos políticos claramente populistas e emergenciais, os quais, diante de crimes que causam ojeriza à sociedade, acabam ensejando medidas legislativas extremistas, ainda que em detrimento de direitos humanos.

O eminente professor da Universidade de Bonn defende a separação entre um Direito Penal do cidadão, que respeita as finalidades e garantias do Direito Penal ordinário, e um Direito Penal do inimigo, que parte do princípio de que nem todos os seres humanos devem ser tratados como pessoas e, conseqüentemente, sejam plenamente merecedores de garantias penais substanciais e formais. Nesse sentido, Günther Jákobs assevera que “o Direito Penal do Cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do Inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo”<sup>102</sup>.

Em termos filosóficos, Günther Jákobs encontra respaldo teórico nas concepções que Kant, Fichte, Rousseau e Hobbes têm acerca do contrato social<sup>103</sup>. De modo geral, os pensadores citados entendem que um sujeito, ao romper com as

---

emprego, que permita ao presidiário, que assim desejar, ter uma melhor compreensão do ato desviante que cometeu, de modo a, quando em liberdade, não proceder novamente de forma ilegal.

<sup>100</sup> VALENTE, op. cit., p. 17.

<sup>101</sup> JÁKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, *passim*.

<sup>102</sup> JÁKOBS; CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 28.

<sup>103</sup> Cf. JÁKOBS; CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 24-28.

amarras imanentes ao acordo social, torna-se passível de tratamento diferenciado por parte do Estado.

A concepção de dois setores do Direito Penal, um voltado ao cidadão e outro destinado ao inimigo, também é baseada na perspectiva que Günther Jákobs tem sobre os fins do Direito. De acordo com o autor alemão,

A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia de normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social (...) não precisarem ser abandonadas em caso de decepção.<sup>104</sup>

Nesse diapasão, vale dizer que Jákobs é partidário do funcionalismo radical, ramo teórico da conduta humana em Direito Penal que preocupa-se mais com os fins da pena e que leva em consideração, precipuamente, as necessidades do sistema. Nesse bojo, segundo crítica formulada por Francisco Muñoz Conde,

a tese de Jákobs sobre o 'Direito penal do inimigo' é uma construção valorativamente ambígua, que vale igualmente para um sistema democrático e para um totalitário. O sistema, qualquer que seja, e sua manutenção a todo custo, é a única coisa que importa.<sup>105</sup>

Assim, enquanto o Direito Penal do cidadão ocupa-se de assegurar a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo destina-se a combater o risco<sup>106</sup>. Ocorre que essa luta contra o perigo, como no caso do combate às ações terroristas, abandona um Direito Penal calcado na culpabilidade e adota a periculosidade como parâmetro para infligir sanções penais. Acerca da necessidade de resguardo de um Direito Penal lastreado na indispensabilidade da ideia de culpabilidade, Luiz Régis Prado é contundente, nos seguintes termos:

A propósito do princípio da culpabilidade – não há crime sem culpabilidade (nullum crimen sine culpa) -, e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade – proporcionalidade na culpabilidade -, como lídima expressão da justiça material, observa-se que em uma sociedade democrática só há lugar para um Direito Penal do fato ou da culpa.<sup>107</sup>

<sup>104</sup> JAKOBS, Günther. Os dilemas do Direito Penal. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. In: MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 9-55.

<sup>105</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 28.

<sup>106</sup> Cf. JÁKOBS, op. cit., p. 29.

<sup>107</sup> PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 55.

O Direito Penal do inimigo, portanto, desrespeita a consagrada concepção de Direito Penal do fato e ensejando um danoso Direito Penal do autor, que abre espaço para que os inimigos sejam punidos pelo que são, e não pelo que fazem. Para delimitar os grupos inimigos, então, se recorreria à avaliação do grau de aflição que alguns sujeitos provocam na maior parte da sociedade.

Essa concepção de Direito Penal proposta por Günther Jákobs é alarmante e não pode prosperar, pois, com o pretexto de se resguardar os supostos interesses legítimos da maioria de cidadãos ordeiros, se poderiam cometer atrocidades contra as minorias, uma vez que “a regra da maioria pode facilmente se converter em ditadura das majorias, especialmente nas sociedades pós-modernas”<sup>108</sup>, conforme Eduardo Appio chama atenção.

A teoria de Jákobs afronta as bases do Estado Democrático de Direito, no qual, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, todos – inclusive as minorias – devem ser tratados com respeito. Apesar de tentador, o discurso de “combate ao inimigo” representa um retrocesso no que diz respeito às conquistas da Humanidade ao lidar com os comportamentos desviantes, inclusive com os que causam forte repulsa à sociedade. Nessa senda, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini concluem que

Quem sustenta o “Direito penal” do inimigo (ou melhor, essa espécie de “direito emergencial”), na verdade, poderia ser caracterizado como um grande inimigo do Direito penal garantista, porque ele representa um tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado constitucional e democrático de Direito.<sup>109</sup>

Ademais, o Direito Penal do Inimigo não acolhe o caráter universalizante dos direitos fundamentais, uma vez que parte do pressuposto de que nem todo sujeito proporciona a garantia cognitiva mínima indispensável para que mereça ser tratado como pessoa. Tentado rebater, em parte, essa assertiva, Jákobs, de forma turva, afirma o seguinte:

não me dirijo contra os direitos humanos com vigência universal, porém seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia. Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial comunitário-legal, deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos; porém, isso

---

<sup>108</sup> APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008, p. 41.

<sup>109</sup> GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. “Direito Penal do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal In: EL HIRECHE, Gamil Föppel (Coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio**: Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 673.

não é uma pena contra pessoas culpáveis, mas contra inimigos perigosos (...).<sup>110</sup>

Como nota-se, Günther Jákovs sustenta que alguns indivíduos não estão acobertados pelos Direitos Humanos, uma vez que estes, apesar de universais, restringem-se aos cidadãos, categoria diversa daquela ocupada pelos inimigos. Para embasar seu temeroso raciocínio, Jákovs argumenta que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”.<sup>111</sup>

De certa forma, o pensamento de Jákovs permite o rebaixamento do inimigo a um patamar inferior àquele ocupado pelo ser humano. Esse raciocínio de Jákovs é inaceitável, uma vez que, como pondera Francisco Muñoz Conde, “em um Estado Democrático e respeitoso com a dignidade do ser humano, nada - nem o inimigo - pode ser definido como ‘não pessoa’”.<sup>112</sup>

Sobre essa desumanização que serve de lastro ao Direito Penal do inimigo, Pedro Caeiro brilhantemente disserta que

Ao sustentar que o inimigo não deve ser tratado como pessoa, Jakobs normativiza por completo aquele que é o arrimo último do Estado de Direito: a pessoa deixa de ser substantiva, dotada de realidade própria por força do nascimento, para passar a ser um atributo eventual, algo de semelhante à persona romana e ao subjectum medieval, pessoa é, então, não a pessoa humana, mas aquilo que se predica a cada indivíduo na cidade. Ora, foi precisamente este discurso que legitimou a escravatura e o holocausto. E, é evidentemente, uma ruptura civilizacional intolerável.<sup>113</sup>

Como medidas para combater o terrorista, assim como os traficantes de drogas e/ou armas, que são alguns dos inimigos da contemporaneidade, de acordo com a tese do Direito Penal do inimigo, Jákovs propõe a antecipação da punibilidade por meio da tipificação de atos preparatórios, a criação de tipos de mera conduta, a

<sup>110</sup> JÁKOBBS; CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 46.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>112</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada. **Revista de Estudios Criminales**. Porto Alegre, n. 27 p.9-41, 2007, p.37, tradução nossa. (en un Estado democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano ni el “enemigo”, ni nadie puede ser nunca definido como “no persona”).

<sup>113</sup> CAEIRO, Pedro. Direito penal do inimigo, RPCC, apud DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra Editora, 2004, p.35.

drástica elevação de algumas penas e a relativização ou supressão de garantias processuais<sup>114</sup>.

Para finalizar a presente análise, é imprescindível registrar que, apesar de todas as críticas aqui apresentadas, não há como negar que o discurso de Jákovs seduz, a tal ponto que esse modelo de Direito Penal excepcional, refratário aos postulados democráticos, passou a ser adotado, ainda que não em sua totalidade, em nações que declaram-se Estados Democráticos de Direito, como o Brasil, que implantou o já citado regime disciplinar diferenciado<sup>115</sup>, e a Espanha, que efetuou sucessivas reformas penais de cunho endurecedor no Código Penal de 1995 (outrora chamado de Código Penal da democracia, mas agora conhecido como “Código Penal da segurança”)<sup>116</sup>.

### 3.5. Explosão carcerária

Uma das principais medidas adotadas pelos adeptos do Movimento de Lei e Ordem para tentar reduzir o volume de eventos criminosos é o encarceramento. Muitos Estados esquecem o princípio da última *ratio* do Direito Penal e privilegiam a penalização através do uso constante do cárcere.

Dentro desse panorama de endurecimento penal, no que tange aos fins utilitários da pena, ganha destaque a teoria da prevenção geral negativa, que prega a utilização das penas para a intimidação dos grupos supostamente propensos à prática de condutas marginais àquelas aceitas pela sociedade.

O Direito Penal, então, passa a ser empregado como *prima ratio*, com base no argumento da busca pela pacificação social. O sistema penal acaba sendo utilizado como instrumento de um verdadeiro populismo punitivista.

Ocorre que esses Estados, que focam-se, como forma de combate à criminalidade, no fortalecimento dos instrumentos mais repressivos do Direito Penal, não têm logrado êxito. É verdade que alguns comportamentos criminosos permanecem demandando o encarceramento, assim como é inegável a existência

---

<sup>114</sup> Cf. GOMES; BIANCHINI, op. cit., p. 654. Cf. também JÁKOBBS; CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 90.

<sup>115</sup> Cf. BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. SCHMIDT, **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 14, p. 137-145, 2004.

<sup>116</sup> Cf. MUNÓZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo, n.4, p.53-82, jan./jun. 2006.



de bandidos que, ao sentirem-se acossados, tentam intimidar as ações estatais de repressão ao crime.

Não obstante, algumas atitudes governamentais têm causado aflição àqueles que almejam um Direito Penal menos abrangente e mais humano. Uma dessas providências preocupantes diz respeito ao vertiginoso aumento da construção de presídios em diversos países, apesar de a efetiva parcela dos crimes graves não ser compatível com o ímpeto dos defensores da utilização massiva do cárcere. Nesse sentido, Loïc Wacquant, após analisar, cuidadosamente, o crescimento da população carcerária nos Estados Unidos, assim constatou:

A quadruplicação, em duas décadas, da população encarcerada se explica não pelo aumento da criminalidade violenta, mas pela extensão do recurso à prisão para uma gama de crimes e delitos que até então não incorriam em condenação à reclusão (...). O que mudou neste período não foi a criminalidade, mas a atitude dos poderes públicos em relação às classes pobres consideradas como seu foco principal.<sup>117</sup>

Na esteira do pensamento de Loïc Wacquant, é possível afirmar que as espécies de crimes cometidos nas últimas décadas permaneceram similares e com uma incidência constante, sem grandes alterações. No entanto, a mudança de tratamento conferida a um determinado nicho de condutas, outrora vistas como desajustes sociais - sem maiores consequências na seara penal - contribuiu decisivamente para o crescimento em “progressão geométrica” da população carcerária. Ao analisar a indústria do encarceramento, com base em alguns dados colhidos por Loïc Wacquant, Juarez Cirino dos Santos constata que “a política americana de criminalização da pobreza, determinada pelo desmonte do estado social e sua substituição progressiva pelo estado penal”<sup>118</sup> é uma das justificativas para o assombroso aumento da população carcerária nos Estados Unidos.

Neste diapasão, é salutar reiterar que o aumento do número de presos ocorreu em vários países, não representando, portanto, uma realidade isolada. No Brasil, por exemplo, conforme dados do Ministério da Justiça<sup>119</sup>, entre 1995 e 2005 o

<sup>117</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 64-65.

<sup>118</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 501.

<sup>119</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <

total populacional do sistema penitenciário saltou de 148 mil para 361.402, o que representou um aumento de 143,91%.

Relatórios mais recentes do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) indicam que o vertiginoso aumento do número de presos permanece. Em junho de 2012, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional<sup>120</sup>, órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e que é subordinado ao Ministério da Justiça, a população carcerária brasileira correspondia a 549.577, o que, tendo em vista que havia 232.755 presos em novembro de 2000, representa um crescimento de 136,11% em onze anos e meio.

Os dados estatísticos apresentados indicam não somente o incremento da criminalidade severa, mas também a utilização do sistema penal para o combate de mazelas sociais que deveriam ser enfrentadas com destacadas Políticas Sociais e não preponderantemente com Política de Segurança. Oportunamente, registra-se, ainda, que o crescimento populacional não justifica, isoladamente, o assombroso incremento da população carcerária brasileira. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>121</sup>, houve um crescimento demográfico de 15,6% entre 1991 e 2000, enquanto entre 2000 e 2010, a população brasileira aumentou 12,3%, de modo que, em 2010, o Brasil era habitado por 190.732.694 pessoas.

Os altos índices de carcerização confluem para a falta de vagas no sistema prisional, o que desemboca na violação do art. 84 da Lei 7.210/84, mais conhecida como Lei de Execução Penal. De acordo com o referido diploma legal, o preso provisório deve ficar separado do condenado por sentença transitada em julgado, tal como o preso primário deve cumprir a pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes.

No contexto do déficit de vagas, os presídios brasileiros, de forma inapropriada, comportam, em uma mesma cela, indivíduos de diferentes graus de periculosidade à sociedade, o que, posteriormente, demonstra-se desastroso. A esse panorama, acrescenta-se a precária estrutura física da maioria dos estabelecimentos prisionais brasileiros, nos quais os detentos ficam à mercê de

---

<sup>120</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <

<sup>121</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1766](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1766)>. Acesso em 17 dez. 2012.

celas sem higiene, ausência de proteção térmica, comida desqualificada e serviço médico inoperante. Outro fator desfavorável ao sistema carcerário consiste no ócio gerado pelo irrisório número de atividades laborais desenvolvidas no interior dos presídios.

Por essas razões, é incontestável o quadro caótico do sistema carcerário do Brasil. O foco nas prisões acaba gerando uma hiperinflação carcerária que, conseqüentemente, deteriora ainda mais os sujeitos que voltarão ao convívio em sociedade. Conforme dados apurados pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>122</sup>, os índices de reincidência variam entre 60% e 70%.

É imperioso destacar que a presente análise não tem como escopo demonstrar que os delinquentes são inocentes, bem como mereçam tratamento de luxo. O combate ao crime precisa ser contínuo, de modo a garantir a pacificação social. Ademais, não devem ser desprezados os sofrimentos e danos gerados pelos criminosos.

Entretanto, também não se pode perder de vista que o tratamento prestado aos indivíduos que voltarão ao convívio social precisa, inclusive para o próprio bem da sociedade à margem dos presídios, estar concatenado com o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais, na esteira do pensamento de Dirley da Cunha Júnior<sup>123</sup>.

Em face da análise crítica que vem sendo empreendida por cientistas criminais garantistas, tem visualizado-se, com mais nitidez, o colapso que acomete o modelo punitivo, cuja prisão é um dos símbolos mais ilustrativos. Solidificando a constatação acerca da decadência das prisões, assim destaca Cezar Roberto Bitencourt:

Quando a prisão converteu-se na resposta penológica principal, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um remédio adequado para conseguir a reforma do delinquente (...). Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina uma certa atitude pessimista (...). A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116383>>. Acesso em 28 nov. 2010.

<sup>123</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 555.

<sup>124</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 143.

A crise desse sistema penal pautado na penalização é muito séria e, ainda que indiretamente, atinge toda a sociedade. Como já exposto, a construção de presídios não pode ser invocada como a principal solução para o combate ao crime.

Nesse diapasão, é imprescindível que a Política Criminal não seja compreendida como mera Política de Segurança do Estado. O movimento de Política Criminal - calcado no Direito Penal mínimo - não pode continuar a ser preterido por um modelo de Política Criminal intervencionista e punitivista que - de forma insensata e desprovida de dados empíricos favoráveis que estejam concatenados com a ideia de uma sociedade mais igualitária - tem defendido a explosão carcerária como um dos pilares da contenção do fenômeno da criminalidade.

Ademais, endurecimento das leis penais e, conseqüente, coisificação do criminoso, cujo Direito Penal do inimigo é uma das teorias que defende o discurso de Direito Penal máximo, não pode ter guarida em um ordenamento que tem nos princípios constitucionais penais da intervenção mínima e humanidade das penas dois pilares indispensáveis.

Como já explicitado nessa dissertação, são merecidas as críticas apresentadas contra alguns desarrazoados projetos de lei que visam ora o endurecimento demasiado das penas, ora a previsão de penas para conflitos sociais que não demandam a utilização do Direito Penal. Exemplo nítido da malversação das leis penais é o art. 49, parágrafo único, da Lei 9.605/98<sup>125</sup>. De acordo com esse dispositivo legal, a mera destruição culposa de plantas ornamentais é um ilícito penal.

Apesar dessas inoportunas medidas legislativas, não é possível deixar de reconhecer que alguns congressistas brasileiros têm, de forma sensata, entendido o caos do sistema penitenciário brasileiro. Conscientes da necessidade de prover os aplicadores do Direito, parcela dos legisladores brasileiro tem, ainda que pontualmente, aprovados leis penais (materiais e processuais) que fomentam a aplicação de instrumentos repressivos que, apesar de distintos do cárcere, são hábeis à punição.

---

<sup>125</sup> Lei 9.605/98. (...) Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposos, a pena é de um a seis meses, ou multa.

A Lei 12.403/2011, que alterou diversos dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal (CPP), relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, veio em boa hora para “oxigenar” o sistema carcerário. Ao prever diversas medidas cautelares distintas da prisão, nos termos do art. 319 do CPP, essa lei propiciou a imposição de medidas punitivas mais adequadas e proporcionais ao caso concreto. Outrossim, as novas medidas cautelares, com destaque para a monitoração eletrônica, restringem a utilização da prisão preventiva.

Apesar de louváveis, as novidades trazidas pela recente reforma do Código de Processo Penal ainda não são suficientes para resolver o problema do caos do sistema carcerário brasileiro.

Diante do exposto no presente tópico, é possível concluir que o sistema penal - o qual é composto pelos segmentos policial, judicial, ministerial e penitenciário - está em crise. A superação desse cenário de crise demanda o desenvolvimento de alternativas, contexto no qual se insere a Justiça Restaurativa. O paradigma restaurativo contrapõe-se ao discurso defendido pelos defensores de uma utilização hipertrófica do Direito Penal que, conforme já explicitado, exaltam a necessidade de expansão quantitativa do aparato do sistema penal, a despeito da aflição que o mesmo causa.

Por fim, resta consignar que as vertentes do Direito Penal máximo, que desrespeitam os direitos humanos e que têm no crescente encarceramento uma de suas propostas, vão de encontro aos propósitos de um modelo de Justiça Restaurativa que coaduna-se com a opção do constituinte brasileiro por um Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º da Carta Política de 1988, conforme análise crítica explicitada no próximo capítulo.

## 4. LIMITAÇÕES DO JUS PUNIENDI EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 4.1. Evolução do Estado de Direito em compasso com os direitos fundamentais

Antes do Estado de Direito, existia o Estado Absoluto, no qual o poder era concentrado na pessoa do monarca. Com a aliança entre a burguesia e a realeza, a descentralização feudal cedeu espaço à concentração de poder na figura do monarca. Nessa época, pregava-se a identificação irrestrita entre o soberano e o Estado.

Na Idade Moderna (1453-1789), a integração entre o absolutismo, no plano político, e o mercantilismo, na esfera econômica, resultou no Antigo Regime, o qual foi concebido durante o declínio do feudalismo, na Baixa Idade Média (séculos XII-XV).<sup>126</sup>

Segundo Thomas Hobbes, cujas ideias serviram para sustentar concepções absolutistas, originalmente, no estado de natureza, as pessoas enfrentavam-se constantemente, uma vez que não havia um poder suficientemente grande que garantisse a segurança. Assim, com o escopo de diminuir as tensões e manter a paz, para Thomas Hobbes<sup>127</sup>, a única maneira apta a defender os indivíduos das invasões estrangeiras e dos danos causados uns aos outros, era conferir direitos absolutos ao Estado, o qual na Monarquia estava identificado de forma indissociável com o monarca.

No Estado Absoluto, o soberano não consulta os súditos para a tomada de decisões, bem como não presta satisfação de seus atos. Nessa forma de Estado, aos súditos não são concedidos direitos públicos.

No final do século XVIII, sob a influência, em especial, de dois marcos históricos, quais sejam a Independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa, abandonou-se o Estado Absoluto, o que propiciou que o Estado de Direito emergisse.

---

<sup>126</sup> Cf. MELLO, Leonel Itassu Almeida; COSTA, Luís César Amad. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: Scipione, 1999.

<sup>127</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 147.

Sobre a transição do Estado Absoluto para o Estado de Direito, Norberto Bobbio esclarece que

É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos, mas também direitos públicos.<sup>128</sup>

Essa transformação do perfil estatal, perceptível com a ascensão, por exemplo, do princípio da separação dos poderes, fortalece o caráter cidadão de cada integrante da sociedade. O indivíduo deixa de ser um mero subalterno real para integrar a sociedade civil, portadora de direitos e obrigações. Como leciona Luigi Ferrajoli, “a relação entre Estado e cidadão deixa de ser uma relação entre soberano e súdito, e se converte em uma relação entre dois sujeitos que têm uma soberania limitada.”<sup>129</sup>

O advento do Estado de Direito, que também está conectado à ideia de constitucionalismo moderno, tem como característica essencial a limitação do poder estatal. Nesse sentido, Jorge Miranda ressalta que o Estado de Direito “surge como Estado liberal, assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade)”.<sup>130</sup>

O Estado de Direito surge com a forte influência do liberalismo político e econômico. Com o advento do pensamento liberal no plano econômico, cuja ideia embrionária foi suscitada pelos fisiocratas, o mercantilismo, doutrina econômica do absolutismo, foi severamente atingido e abriu espaço para o avanço do capitalismo sem amarras.<sup>131</sup>

O liberalismo econômico, que teve como expoente o economista inglês Adam Smith, defendia que o Estado não devia intervir na economia, uma vez que a economia funcionaria por si mesma, sob a égide de uma espécie de “mão invisível”. O lema desse pensamento era o “*laissez faire, laissez passer*” (deixai fazer, deixai

<sup>128</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 58.

<sup>129</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Garantías. La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 138, tradução nossa. (la relación entre Estado y ciudadano deja de ser una relación entre soberano y súbdito, y se convierte en una relación entre dos sujetos que tienen una soberanía limitada).

<sup>130</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 87.

<sup>131</sup> Cf. MELLO; COSTA, op. cit., p. 108

passar), o qual sintetizava a ideia de ampla liberdade que o Estado devia conceder ao não interferir nos rumos da economia.

Já no plano político, o liberalismo influenciou na formação do Estado de Direito no que diz respeito à queda dos governantes despóticos, à divisão de poderes e à positivação dos direitos dos cidadãos nas Constituições pátrias.

Nesse primeiro estágio do Estado de Direito, notoriamente liberal, foram consagrados os direitos fundamentais de primeira geração, que englobam os direitos civis e políticos. Um dos principais documentos afirmativos das conquistas liberais consiste na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que foi elaborada em 1789, no bojo da Revolução Francesa.

Especificamente sobre o citado documento histórico de origem francesa, vale frisar que as reiteradas menções ao caráter natural dos direitos consagrados naquele período refletem sua “profunda inspiração jusnaturalista”<sup>132</sup>, como registra Dirley da Cunha Júnior. Contudo, o fato de reconhecer a influência jusnaturalista – posicionamento jusfilosófico que ainda será abordado como mais vagar nessa dissertação - não enseja o fortalecimento da tese postulada pela referida corrente jusfilosófica acerca do caráter transcendental de alguns direitos do homem. Nessa senda, “embora a declaração dos direitos de 1789 refira os direitos fundamentais como direitos naturais, são eles fruto do esforço histórico da burguesia para livrar-se dos privilégios que beneficiavam clero e aristocracia, na vigência do absolutismo”<sup>133</sup>, conforme disciplina Marília Muricy.

Das palavras da autora supramencionada, também é possível extrair o viés histórico dos direitos fundamentais, não apenas dos integrantes da primeira geração. Tendo em vista que os direitos fundamentais são concebidos e evoluem consoante o contínuo processo emancipatório da humanidade, é possível afirmar que a historicidade constitui uma consagrada característica dessa categoria de direitos. Nessa direção, Norberto Bobbio doutrina que

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem todos de uma vez por todas.<sup>134</sup>

<sup>132</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 582.

<sup>133</sup> MURICY, Marília. Breve reflexão sobre a justiça. VELOSO, Marília Lomanto; AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera. (Org.). **Mediação popular**: uma alternativa para a construção da justiça. Salvador: Juspopuli Escritório de Direitos Humanos, 2009, p. 18.

<sup>134</sup> BOBBIO, op. cit., p. 5.



Voltando a tratar especificamente do Estado Liberal de Direito, cabe consignar que nesse modelo estatal são potencializadas as liberdades públicas, que consubstanciam espaços nos quais o indivíduo está livre da intervenção estatal. Essa zona de liberdade corresponde ao status negativo, também classificado como *status libertatis*, da Teoria dos Status de Jellinek<sup>135</sup>.

Esse Estado Liberal, entretanto, não atentou-se para as mazelas sociais. Ante as carências não combatidas pelo liberalismo, as pessoas passaram a requerer que o Estado, além de assegurar as liberdades individuais, realizasse justiça social. Os direitos fundamentais de primeira geração já não eram, de forma isolada, suficientes para atender as necessidades dos cidadãos.

Nesse bojo, especialmente nos países derrotados na 1ª. Guerra Mundial, os pleitos dos movimentos sociais ficaram ainda mais consistentes. Os filiados ao pensamento socialista começaram a pressionar os Estados a adotarem, se não um Estado Socialista, políticas sociais nas Constituições. Sobre as causas que fomentaram a substituição do modelo estatal de viés abstencionista por Estados dispostos a intervirem para diminuir os desequilíbrios socioeconômicos, Saulo Casali ensina que

Os conflitos sociais, a urbanização crescente e o surgimento da classe proletária, dentre outros tantos fenômenos da idade contemporânea, tornaram inevitável a concepção de que o Estado não poderia limitar a sua atuação na prática absenteísta e meramente negativa de não-violação da esfera de direitos do particular. O Estado-polícia teve de ceder espaço ao Estado-social, garantidor, desenvolvimentista, intervencionista e prestacionista.<sup>136</sup>

Antes de avançar na abordagem das características do Estado Social, é imprescindível destacar que, apesar de buscar aperfeiçoar deficiências resultantes da não intervenção do Estado Liberal, o próprio surgimento do Estado Social só foi possível graças à consolidação dos direitos fundamentais de primeira geração, uma vez que, como ensina Eugenio Raúl Zaffaroni, “sem os direitos civis e políticos, o avanço dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível porque se fecha toda possibilidade de luta social, que é o seu motor por essência.”<sup>137</sup> Ou seja, a

<sup>135</sup> ALEXY, op. cit., p. 258.

<sup>136</sup> CASALI, Saulo. **Poder Judiciário e Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/aft\\_PODER%20JUDICIARIO%20E%20DIREITOS%20HUMANOS.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/aft_PODER%20JUDICIARIO%20E%20DIREITOS%20HUMANOS.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2012.

<sup>137</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. El Estado de Derecho y los Problemas Sistémicos de los Derechos Humanos. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel (Coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro**

própria discussão acerca da implantação de direitos fundamentais de segunda geração só ocorreu devido ao estabelecimento de bases liberais sólidas.

Nesse rumo, previamente à abordagem específica dos direitos que marcaram o aparecimento do Estado Social, mister se faz advertir que o desenvolvimento de uma nova geração de direitos fundamentais não representa a morte dos direitos fundamentais das gerações anteriores. Em verdade, a nova geração de direitos fundamentais atrela-se, em uma relação de complementaridade, à geração pretérita em um processo cumulativo que fortalece a busca pela consagração dos direitos fundamentais.

Inclusive, devido à verificação dessa característica aglutinadora os direitos fundamentais, alguns autores, ao abordarem a temática em apreço, preferem a nomenclatura “dimensões” em detrimento do termo “gerações”, uma vez que, como já explicitado, direitos fundamentais civis e políticos, por exemplo, não são suplantados pelos direitos sociais, culturais e econômicos, ainda que, a depender do momento histórico, determinado grupo de direitos esteja em maior evidência.

Mas, a manutenção dos direitos fundamentais de uma geração - mesmo diante do surgimento de uma nova gama de direitos – não é a única razão para a preferência pelo termo “dimensão”. O verbete “dimensão” também tem merecido contundente acolhimento doutrinário em razão dos direitos surgidos em uma fase adquirirem uma nova “roupagem” quando em contato com os direitos que emergiram posteriormente. Por exemplo, como disciplina Saulo Casali, “um direito individual, ainda que se trate de um direito já reconhecido e efetivo, pode sofrer certa mudança de conteúdo, a depender do âmbito no qual seja confrontado.”<sup>138</sup>

Ou seja, os direitos fundamentais já consagrados são alçados a outra dimensão ao depararem-se com direitos provenientes de um momento histórico, político, econômico e social diferente. Para arrematar a discussão sobre a melhor forma de rotular as distintas fases evolutivas dos direitos fundamentais, mostra-se conveniente colacionar o entendimento de Willis Santiago. Segundo o autor mencionado, a maior adequação na referência às dimensões dos direitos fundamentais

---

**Milênio:** Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 23, tradução nossa. (Sin los derechos civiles y políticos, el avance de los derechos económicos, sociales y culturales es imposible, porque se cierra toda posibilidad de lucha social, que es su motor por esencia).

<sup>138</sup> Idem.

não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada –e, conseqüentemente, também para melhor realiza-los.<sup>139</sup>

Para ilustrar a diferente forma de encarar um direito fundamental de acordo com o momento evolutivo em curso, o exemplo mais propício é o direito de propriedade, o qual, apesar de surgir na primeira fase, deve levar em conta a perspectiva da função social quando confrontado com a emersão da segunda geração e, ato contínuo, não pode olvidar a importância da questão ambiental nos dias atuais, em razão da consagração dos direitos de terceira dimensão. Concluídos os necessários esclarecimentos sobre a nomenclatura adotada para identificar os distintos momentos do processo evolutivo dos direitos fundamentais, é possível voltar a tratar do Estado Social, o que se faz no parágrafo seguinte.

A transição do Estado Liberal para o Estado Social influenciou, por certo, nas Cartas Políticas. Sobre o tema, Dirley da Cunha Júnior explicita que houve “uma metamorfose da Constituição, de Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva.”<sup>140</sup>

Surgem, então, os direitos sociais e econômicos que compõem os direitos fundamentais de segunda geração. Nesse momento, o Estado, com foco no princípio da igualdade, passa a agir de forma proativa para minimizar as desigualdades sociais não combatidas pelo Estado Liberal. Sobre o tema, Jorge Miranda sustenta que

o Estado social de Direito não é senão uma segunda fase do Estado constitucional, representativo ou de Direito. Por dois motivos: 1º.) porque, para lá das fundamentações que se mantêm ou se superam (iluminismo, juracionalismo, liberalismo filosófico) e do individualismo que se afasta, a liberdade – pública e privada – das pessoas continua a ser o valor básico da vida colectiva e a limitação do poder político um objetivo permanente; 2º.) porque continua a ser (ou vem a ser) o povo como unidade e totalidade dos cidadãos, conforme proclamara a Revolução francesa, o titular do poder político.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 39.

<sup>140</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 39.

<sup>141</sup> MIRANDA, op. cit., p. 97.

Os direitos fundamentais de viés social passaram a ser reconhecidos no século XX, após a Primeira Guerra Mundial. No Brasil, os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição de 1934 que, além da tradicional declaração de direitos e garantias individuais, fez previsão expressa de dispositivos atinentes à ordem econômica e social, bem como insculpiu um título sobre a família, a educação e a cultura. Essa Constituição, que foi fortemente influenciada pela Constituição alemã de Weimar (1919), buscava o equilíbrio entre a liberdade do cidadão e o intervencionismo estatal.

Sob a perspectiva do Estado do Bem-Estar Social - diferentemente do Estado Liberal - não se permite, ao menos na teoria, que, em nome da liberdade econômica, parcela da população viva em situação miserável sem que os governantes busquem a solução de tal mazela social. Segundo escólio de Dirley da Cunha Júnior, o que caracteriza os direitos de segunda dimensão, que emanam com o Estado Social,

é a sua dimensão positiva, dado que objetivam, não mais obstar as investidas do Estado no âmbito das liberdades individuais, mas, sim, exigir do Estado a sua intervenção para atender as crescentes necessidades do indivíduo. São direitos de crédito porque, por meio deles, o ser humano passa a ser credor das prestações sociais estatais, assumindo o Estado, nessa relação, a posição de devedor. Esses direitos fundamentais sociais não estão destinados a garantir a liberdade *frente* ao Estado e a proteção *contra* o Estado, mas são pretensões do indivíduo ou do grupo *ante* o Estado.<sup>142</sup>

Nesse cotejo, o Estado do Bem-Estar Social deve almejar o fim das mazelas sociais, ainda que tal postura restrinja, em parte, o absoluto liberalismo que o Estado Liberal pregava. O Estado, nesse sentido, estará diante de um constante sopesamento de interesses quando da tomada de decisões.

O Estado Social deve prover o mínimo existencial, ou seja, possibilitar que todo cidadão tenha uma vida digna. Obviamente que prover o mínimo existencial nem sempre é fácil, especialmente em épocas de crises financeiras, mas a dificuldade em concretizar os direitos sociais não pode, de forma isolada, representar a sua falta de efetivação. Sobre o tema, Robert Alexy alerta que

mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos que deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do

---

<sup>142</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 604.

princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada.<sup>143</sup>

Com outros verbetes, é possível asseverar que o Estado, apesar das constantes restrições orçamentárias, deve esforçar-se para prover o mínimo existencial aos mais carentes. Como nota-se, a implementação dos direitos sociais é mais complicada do que a efetivação dos direitos civis e políticos, uma vez que a realização daqueles demanda ações e não meras abstenções. Essa maior complexidade advém do fato de que a ação de viés positivo está atrelada à, nem sempre constante, vontade política.

O Estado Caritativo (*Welfare State*) promoveu avanços sociais. Contudo, em alguns casos, ocorreram deturpações dos anseios sociais, razão pela qual atitudes excessivamente populistas - que limitavam, de forma exacerbada, as liberdades de segmentos sociais - foram colocadas em práticas. Nesse panorama, sob a bandeira da necessidade de intervenção estatal para o desenvolvimento de um Estado menos desigual, foram respaldados governos tirânicos, uma vez que a expressão “social” dá margem a distintas visões acerca da condução de um Estado.

Com o pretexto de implantar um Estado Social foram acobertadas agressões aos direitos humanos durante, por exemplo, a Itália fascista guiada por Mussolini e a Alemanha nazista liderada por Adolf Hitler. Nesse sentido, Paulo Bonavides, ao analisar o perigo gerado pela distorção do Estado Social, observa que “o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”.<sup>144</sup>

Sobre o Estado Social, ainda é pertinente pontuar que houve, após a 2ª. Guerra Mundial, uma nova onda de fortalecimento do intervencionismo estatal. O Estado Social enfrentou sucessivas crises sistêmicas, com realce para aquelas de natureza econômica, que desembocaram no rompimento da dicotomia capitalismo-socialismo.

Ante o exposto, constata-se que o Estado exclusivamente Social, ainda que por razões distintas à inadequação do Estado meramente Liberal, também não é satisfatório.

---

<sup>143</sup> ALEXY, op. cit., p. 512.

<sup>144</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 205.

Abre-se espaço, então, para o surgimento da concepção de Estado Democrático de Direito que, com base em um regime democrático, visa resguardar o pluralismo cultural inerente ao mundo contemporâneo. Sobre o Estado Democrático de Direito, assim leciona José Afonso da Silva:

É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.<sup>145</sup>

Essa nova concepção de Estado, que funde as concepções de Estado de Direito e de Estado Democrático, propõe-se a gerir, com base na soberania popular, uma sociedade complexa. Por certo, com respeito ao caráter democrático, cabe rememorar que a vontade da maioria do povo não pode representar o sufocamento político, econômico e cultural das minorias desprovidas de força política para defesa de suas reivindicações. O fato de o regime democrático representativo lastrear-se na vontade da maioria dos votantes não pode permitir que, em nome da maioria, sejam adotadas medidas tirânicas<sup>146</sup>. Sobre algumas das barreiras impostas aos grupos majoritários, com vistas à manutenção do respeito às minorias, características de um Estado Democrático, Luigi Ferrajoli pondera que

Nenhuma maioria, nem sequer por unanimidade, pode legitimamente decidir a violação de um direito de liberdade ou não decidir a satisfação de um direito social.<sup>147</sup>

O Estado Democrático de Direito pretende assegurar espaços onde as pessoas possam expressar seus pensamentos e, assim, traçar as diretrizes para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, na qual o respeito mútuo impere.

No bojo do Estado Democrático de Direito, têm ganhado destaque os direitos fundamentais de terceira dimensão, que consagram o princípio da solidariedade ou fraternidade. Alguns desses direitos, que têm a peculiaridade de representarem direitos de titularidade coletiva ou difusa, já lograram o êxito atinente ao reconhecimento constitucional, a exemplo do direito à autodeterminação dos

<sup>145</sup> AFONSO DA SILVA, op. cit., p. 120.

<sup>146</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 68-71.

<sup>147</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 24, tradução nossa. (Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legitimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social).

povos, o qual está positivado no art. 4º da Constituição Federal de 1988, e o direito ao meio ambiente equilibrado. Entretanto, a positivação dos direitos de terceira dimensão ainda tem muito que progredir. No que tange à sua positivação, como bem notado por Ingo Wolfgang Sarlet,

é preciso reconhecer que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte desses direitos fundamentais da terceira dimensão ainda (inobstante cada vez mais) não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no direito internacional, do que dá conta um grande número de tratados e documentos transnacionais nesta seara.<sup>148</sup>

O Estado Democrático de Direito Brasileiro está submetido às diretrizes da Constituição Federal de 1988 que o instituiu<sup>149</sup>. Assim, é possível falar em um Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Feito esse esforço histórico acerca da evolução do Estado de Direito, verifica-se que o mesmo deixou de ser abstencionista e formal, para configurar-se em uma forma de Estado que, de forma democrática e direcionado pela Constituição Federal, busca a justiça material.

O Estado Constitucional e Democrático de Direito representa uma mudança paradigmática, que é resultado do abandono de um Estado meramente Legislativo (formal) de Direito. Esse momento jurídico-constitucional, marcado pela consolidação da força normativa<sup>150</sup> da Constituição, pode ser denominado de neoconstitucionalismo. Apesar de não utilizar-se do prefixo “neo”, Luigi Ferrajoli expressa a mudança de ares da representatividade da Magna Carta, com os seguintes vocábulos:

O constitucionalismo, resultado da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, corresponde a uma segunda revolução na natureza do direito que se traduz em uma alteração interna do paradigma positivista clássico. Se a primeira revolução se expressou mediante a afirmação da onipotência do legislador, é dizer, do princípio da mera legalidade (ou legalidade formal) como norma de reconhecimento da existência das normas, esta segunda revolução foi realizada com a

---

<sup>148</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011, p. 49.

<sup>149</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...).”

<sup>150</sup> Cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

afirmação do que podemos chamar princípio da estrita legalidade (ou legalidade substancial).<sup>151</sup>

Em síntese, o Estado de Direito atual está calcado na soberania popular e, dentre outras características, impõe a submissão dos governantes à lei, sem esquecer-se de enfatizar a efetivação dos direitos sociais e culturais. Sobre esse quesito, não é supérfluo lembrar que o Poder Judiciário Brasileiro tem sido cada vez mais atuante no auxílio à efetivação dos direitos fundamentais, inclusive com decisões que impõem uma postura proativa de determinados entes governamentais na busca da eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional<sup>152</sup>.

Por fim, resta mencionar que, além dos direitos fundamentais ora abordados, existem as seguintes dimensões de direitos fundamentais<sup>153</sup>: quarta dimensão – correspondente aos direitos à democracia direta e aos direitos relacionados à biotecnologia - e quinta dimensão, que, segundo Dirley da Cunha Júnior, o qual apoia-se na linha de raciocínio de Paulo Bonavides, consiste no direito à paz.

#### 4.2. Pós-positivismo e substancialismo principiológico

No bojo do Estado Democrático de Direito, uma das marcas do momento que atravessa o universo jurídico brasileiro corresponde à progressiva sedimentação da força normativa dos princípios.

Nessa vereda, felizmente tem sido intensificada, entre os operadores do Direito, a busca pela efetivação dos princípios constitucionais penais, ditos fundamentais, quais sejam o princípio da culpabilidade, da legalidade, da ofensividade, da humanidade e da intervenção mínima - este último, apesar de já citado, será novamente abordado em tópico posterior.

Para robustecer a compreensão adotada no presente trabalho acadêmico acerca dos princípios constitucionais penais, que consubstanciam decisivas

---

<sup>151</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 66, tradução nossa. (El constitucionalismo, tal como resulta de la positivación de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidade (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial).

<sup>152</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 179-215.

<sup>153</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 609-610.



barreiras aos excessos punitivistas porventura postulados, é salutar demonstrar como ocorreu o crescente processo de fortalecimento dos princípios – termo derivado do latim *principium*<sup>154</sup> - enquanto espécie de normas jurídicas, para a avaliação das lides que chegam ao Judiciário.

Nesse contexto, mostra-se oportuno estabelecer uma ponte entre o substancialismo principiológico e o pós-positivismo jurídico. Para alcançar tal desiderato de forma robusta, mister se faz tecer um esboço histórico acerca das principais Escolas do pensamento jurídico.

É oportuno iniciar a análise das correntes jusfilosóficas pelo movimento jusnaturalista, predecessor do positivismo. De modo geral, para o jusnaturalismo, o Direito natural serve, enquanto marco axiológico, de esteio para a busca constante pela máxima da justiça. Nesse momento, a despeito da referência a sua característica marcante, impende pontuar que o jusnaturalismo não constitui um movimento unívoco.

O jusnaturalismo é uma posição jusfilosófica que passou por diversas fases, em decorrência das distintas contribuições emanadas, por exemplo, pelos sofistas, estóicos e escolásticos. Essas variadas concepções filosóficas contribuíram no processo de evolução do movimento jusnaturalista. Nesse sentido, Antônio Luís Machado Neto pontifica que

Desde as representações divinas de uma ordem legal de origem divina, até a moderna filosofia do direito natural formal de Stammler e Del Vecchio, passando pelos sofistas, os estóicos, os padres da Igreja, os escolásticos, os ilustrados e os racionalistas do século XVII e XVIII, a longa tradição do jusnaturalismo se vem desenvolvendo, com uma insistência e um domínio ideológico que somente as ideias grandiosas e os pensamentos caucionados pelas motivações mais exigentes poderiam alcançar.<sup>155</sup>

Ante o exposto, constata-se a existência de diferentes modalidades de jusnaturalismo, como o jusnaturalismo teológico da Idade Média e o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII.

De acordo com a vertente escolástica, por exemplo, o Direito natural constituiria um arcabouço de princípios morais, que são imutáveis e inerentes à natureza humana. Nesse período, o Direito natural estava adstrito à vontade divina.

---

<sup>154</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Atualizadores Nagibi Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 606.

<sup>155</sup> MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 82.

Já para os jusnaturalistas racionalistas, que ganharam realce no Século das Luzes, ou seja, durante o Iluminismo, o direito natural adviria da razão humana de viés universalizante. Através dessa razão, se reconheceriam os direitos inatos a todos os homens. Por certo, essa visão jusnaturalista está arraigada ao momento histórico, no qual o teocentrismo havia sido preterido pelo antropocentrismo.

Nesse ponto, é salutar registrar que a existência de diversos afluentes, que representam as diferentes perspectivas jusnaturalistas, não impede a constatação de características comuns a tais vertentes, todas integrantes da doutrina jusnaturalista, manancial daqueles afluentes.

Nessa senda, incumbe asseverar que, afora as vicissitudes em relação a cada modalidade do jusnaturalismo, este movimento jusfilosófico tem a superioridade do Direito natural, em face do Direito positivo, como uma marca primordial, o que não significa que os adeptos do jusnaturalismo neguem a existência do Direito positivo. O jusnaturalista aceita o Direito positivo, desde que este esteja coadunado com os preceitos emanados do Direito natural.

Feitas algumas remições específicas a determinadas modalidades jusnaturalistas, impende asseverar que, de um modo geral, as distintas vertentes do jusnaturalismo defendem que, ao almejar um Direito justo, é imprescindível valorar o objeto de estudo. Não basta que o Direito seja emanado de legisladores com poderes para tal. O Direito, segundo a doutrina jusnaturalista, precisa ser justo. O Direito injusto não é considerado Direito.

Nessa linha de raciocínio, é possível consignar que, em síntese, a ideia central do jusnaturalismo reside na percepção de que existem um conjunto de valores que, mesmo que porventura não sejam reconhecidos pelo Direito positivo, representam anseios essenciais da humanidade.

De acordo com o jusnaturalista, para a existência do Direito, que precisa ser justo, é indispensável a presença do teor substantivo, e não somente formal. Sobre o tema, Tércio Sampaio esclarece que, diferentemente dos teóricos positivistas, os autores chamados jusnaturalistas,

que defendem que o direito positivo, posto por autoridade, deve respeitar os ditames da natureza humana, a natureza das coisas, os princípios éticos e religiosos, sob pena de não ser direito, reclama para a identificação da juridicidade um elemento material, de conteúdo.<sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 110.

Desse postulado direcionado à negação do Direito que demonstrar-se injusto, pode-se extrair a conclusão de que o jusnaturalista está mais atento à legitimidade do que à validade da ordem jurídica. Ocorre que essa visão jusnaturalista, em verdade, desemboca em uma confusão entre as esferas do ser e do dever-ser.

A constante busca pelo Direito justo faz com que o Direito natural afaste-se demasiadamente da imparcialidade valorativa. Machado Neto critica essa percepção jusnaturalista, uma vez que desnatura a própria concepção de ciência jurídica, como depreende-se da afirmação de que

pele simples fato de ser um ideal valorativo, o direito natural é incompatível com a neutralidade axiológica a que, como ciência, também, está sujeita a ciência do direito. Daí que, sobretudo, uma teoria do direito natural não possa servir para fundamentar uma verdadeira ciência do direito.<sup>157</sup>

Com base nessa perspectiva de justiça do jusnaturalismo, um ordenamento jurídico que fosse rotulado como violador de supostos direitos naturais imanentes ao homem não seria considerado como direito.

Essa constatação complica a doutrina do Direito natural no que concerne ao objetivo de cientificação jurídica. Sobre o tema, o jusfilósofo argentino Carlos Cossio adverte que,

antes do século XIX, o pensamento jurídico incidia de forma especulativa sobre o ideal jurídico (Direito natural), embora sob o erro de acreditar que era uma verdade metafísica o que apenas era um critério de valor sobre o direito justo.<sup>158</sup>

Como nota-se, a doutrina jusnaturalista, exatamente por seus ideais, acabou se tornando exacerbadamente fluida, de modo que não forneceu um lastro adequado para a formatação de uma ciência jurídica, sendo assim uma compreensão pré-científica do Direito.

Após o delineamento dos contornos básicos atinentes à doutrina jusnaturalista, mostra-se possível começar a tratar do positivismo jurídico. Contudo, antes de prosseguir, cabe lembrar que o exame realizado no presente tópico desembocará na formação do movimento pós-positivista, o qual alberga destaque

---

<sup>157</sup> MACHADO NETO, op. cit., p. 86.

<sup>158</sup> COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954, p. 33, tradução nossa. (antes del siglo XIX, el pensamiento jurídico incide en forma especulativa sobre el ideal jurídico (Derecho natural), si bien bajo el grave error de creer que era una verdad metafísica lo que sólo era un criterio de valor sobre el derecho justo).

aos princípios, os quais são espécies de normas de grande relevo para o presente trabalho acadêmico. Feita essa breve ponderação, mostra-se possível iniciar efetivamente a análise acerca do movimento positivista.

A terminologia “positivismo jurídico” não origina-se do positivismo filosófico, inclusive pelo fato deste ter surgido na França, enquanto aquele, objeto do estudo ora perpetrado, ter na Alemanha o seu berço. Em verdade, a origem da expressão “positivismo jurídico” reside na contraposição entre as locuções “Direito positivo” e “Direito natural”.

Nesse ponto, mostra-se oportuno registrar que o termo “positivismo” não é unívoco, uma vez que engloba, além do positivismo jurídico que será examinado a seguir, o positivismo sociológico desenvolvido por Augusto Comte, autor que defendia a realização de uma reforma social, por meio da Sociologia – ciência positiva dos fatos sociais. Corroborando o caráter plural da expressão em apreço, Mario Cattaneo ensina que “positivismo jurídico é um termo de uso muito corrente na linguagem filosófico-jurídica e expressa um conceito muito complexo e ambíguo”<sup>159</sup>.

A transição ora apreciada, da concepção jusnaturalista à positivista jurídica, está conectada ao advento do Estado Moderno que emergiu com a dissolução da sociedade medieval. Enquanto na sociedade medieval prevalecia o pluralismo jurídico, com a formação do Estado Moderno passa a imperar o monismo jurídico.

Na sociedade medieval, em face da multiplicidade de grupos sociais independentes, existiam diversos ordenamentos jurídicos. Já no Estado Moderno, com a concentração de poder pelo Estado (leia-se monarca), a produção jurídica torna-se unitária e exclusiva.

Essa mudança atinente aos entes legitimamente encarregados da produção jurídica altera, diretamente, o exercício da atividade do juiz. Durante o período medieval, o magistrado tinha uma ampla liberdade para decidir de onde extrairia a fundamentação para resolução dos conflitos, uma vez que ele podia recorrer, inclusive, às regras do costume. Nessa fase, o juiz podia utilizar-se de preceitos advindos, também, do Direito natural, então concebido como uma importante fonte do Direito.

---

<sup>159</sup> CATTANEO, Mario A. Positivismo Giuridico. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernerto (Diretto) **Novissimo Digesto Italiano, XIII**. Torino: UTET, 1957, p. 316, tradução nossa. (Positivismo giuridico è un termine di uso piuttosto corrente nel linguaggio filosofico-giuridico, ed esprime un concepto assai complexo e ambiguo).

Com a formação do Estado Moderno e a conseqüente monopolização da produção jurídica por parte do Estado, o juiz, ao deparar-se com uma controvérsia judicial, passa a recorrer somente às normas produzidas pelo Estado. Ao juiz não é mais outorgada a discricionariedade de escolher, como fonte do Direito, normas que não tenham sido emanadas pelo Estado.

Assim, depreende-se que, com a formação do Estado moderno, o juiz deixa de recorrer ao Direito natural, uma vez que este não se encontra mais no mesmo patamar do Direito positivo.

Feita a abordagem acerca da gênese da expressão “positivismo jurídico”, cabe apresentar as características fundamentais dessa perspectiva jusfilosófica. Nesse sentido, Norberto Bobbio<sup>160</sup> esclarece que o positivismo jurídico pode ser considerado sob três aspectos, quais sejam: a) como um certo modo de abordar o estudo do Direito; b) como uma certa teoria do Direito; c) como uma certa ideologia do Direito.

O primeiro aspecto é correlato à maneira de abordar, de encarar o Direito. Nesse bojo, o Direito é considerado como um fato, e não como um valor. Assim, o jurista deve examinar o Direito da mesma forma que o cientista investiga a realidade natural, de modo que não haja formulação de juízos de valor. Nesse sentido, Norberto Bobbio ensina que

Na linguagem juspositivista o termo ‘direito’ é então absolutamente avalorativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor.<sup>161</sup>

Diante dessa atitude de inércia valorativa exercida pelo jurista, forma-se uma teoria formalista acerca da validade do Direito, segundo a qual a validade do mesmo não depende de uma análise axiológica. Assim, a sua validade diz respeito somente ao aspecto formal, sem dependência, portanto, de um viés substancial.

Desse primeiro aspecto, é possível extrair a conclusão de que o positivismo jurídico representa o estudo do Direito como fato, não como valor. Nesse sentido, Paulo Hamilton Siqueira Jr. realça que, dessa visão positivista, emerge um contundente rompimento entre o Direito e a moral, conforme a seguir transcrito.

---

<sup>160</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 134.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 131

A neutralidade científica é uma marca evidente do positivismo jurídico (...). Dessa visão, surge a tese conceitual da separação entre o direito e a moral. O direito é concebido como fato, excluindo-se a moral e os valores da sociedade.<sup>162</sup>

Por certo, esse postulado positivista vai de encontro ao posicionamento jusnaturalista, segundo o qual qualquer norma, para ser considerada válida, deve ser justa, qualidade adquirida mediante um processo de valoração.

Já o segundo aspecto atinente à análise do positivismo jurídico diz respeito à teorização do Direito. Esse aspecto da problematização, portanto, encara a temática através das teorias que compõem o arcabouço teórico do positivismo jurídico.

Nesse ponto, é possível dividir a exposição, ainda na esteira do raciocínio de Norberto Bobbio<sup>163</sup>, em seis teorias, quais sejam: a) teoria coativa do Direito, segundo a qual o Direito é definido em função do elemento coação, tendo em vista que as normas valem em razão do nível de força que podem exercer; b) teoria da legislação, cujo postulado básico é a defesa da lei como fonte primordial do Direito, o que não impede o reconhecimento da existência de outras fontes jurídicas; c) teoria imperativista do Direito, a qual sustenta a norma como um comando, uma diretriz imperativa; d) teoria da coerência do ordenamento jurídico, que veda a coexistência simultânea de duas normas antinômicas no mesmo ordenamento jurídico; e) teoria da completude do ordenamento jurídico, que rechaça a existência de lacunas no Direito, de modo que o juiz sempre pode obter, com base nas normas explícitas e implícitas, uma regra para a resolução do caso concreto; f) teoria da interpretação mecanicista, de acordo com a qual, no labor do jurista, o elemento declarativo deve ter mais vigor que o viés produtivo do Direito.

No terceiro aspecto, enfatiza-se o respeito à lei. Esse ponto diz respeito à teoria da obediência, de acordo com a qual o jurista deve ater-se ao que está disposto da lei, sem liberdade para exercitar juízos de valor, bem como uma ampla e arejada atividade hermenêutica sobre o texto legal.

Nesse ponto, que finaliza a fulcral sistematização proposta por Norberto Bobbio acerca das características fundamentais do positivismo jurídico, mostra-se indispensável, aproveitando-se dos contornos teóricos emanados pela teoria da obediência, traçar alguns comentários sobre a Escola da Exegese, uma das principais manifestações do positivismo legalista.

---

<sup>162</sup> SIQUEIRA JR. Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 204.

<sup>163</sup> BOBBIO, op. cit., *passim*.

A Escola da Exegese, que aglutinou vários juristas franceses, como Proudhon e Melville, surgiu durante a época da codificação do direito civil francês. Os exegetas franceses, com base em um raciocínio exacerbadamente racionalista, pregavam que a tarefa do jurista era somente absorver os vocábulos contidos no Código de Napoleão, que, ao ser publicado em 1804, unificou o direito civil francês. Sobre o exegetismo, Maria Helena Diniz doutrina nos seguintes termos:

A ciência do direito, no século XIX, encontra sua expressão mais característica no exegetismo. Para a escola da exegese, a totalidade do direito positivo se identifica por completo com a lei escrita; com isso a ciência jurídica se apegou à tese de que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido.<sup>164</sup>

O exegetismo pregava que a lei devia ser a única fonte das decisões jurídicas. De acordo com essa corrente ultralegalista, o jurista devia se ater à interpretação literal do texto legal, uma vez que a lei continha todo o Direito. Essa concepção jurídica visava impedir que os juristas se contrapusessem às diretrizes estatais.

Como nota-se, a função do julgador era mecânica, tendo em vista que a solução jurídica devia expressar um silogismo perfeito. Nesse processo de interpretação não havia, portanto, espaço para um exercício de valoração por parte do intérprete.

Assim, para concluir a breve análise sobre a Escola da Exegese, cabe afirmar que o exegetismo foi duramente criticado por engessar a atividade do intérprete. Sobre o tema, Margarida Camargo ensina que, tendo em vista as lacunas existentes em todo ordenamento jurídico, François Géný sustentou a possibilidade de - na hipótese de ausência de resposta legal para o caso concreto - a solução jurídica ser encontrada à margem do âmbito alcançado pelo Direito positivo<sup>165</sup>.

Nesse ponto, é imperioso consignar que o positivismo legalista não é a única modalidade de positivismo. Existem outras concepções positivistas, como o modelo teórico desenvolvido por Herbert L. A. Hart.

Entretanto, é salutar observar que, a despeito de conter características específicas distintas, muitas correntes epistemológicas podem ser enquadradas

---

<sup>164</sup> DINIZ, op. cit., p. 50.

<sup>165</sup> Cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 64-69.

como positivistas. Corroborando o entendimento da pluralidade de positivismos, Adrian Sgarbi afirma também

que as muitas correntes positivistas – que tornam possível incluir construções distintas como as de Kelsen, Ross e Hart – encontram espaço na rubrica positivismo jurídico justamente porque apenas acrescentam às teses centrais referidas uma ou outra particularidade. Daí que há “muitos positivismos”, tais como os positivismos jurídicos normativistas (como o de Kelsen e de Hart), realistas (como os de Olivecrona e Alf Ross), os positivismos soft, hard etc, mas o eixo central de ‘identidade’ continua presente.<sup>166</sup>

Tendo completado a explanação de viés generalizante sobre o positivismo jurídico, mister se faz, pelo indiscutível protagonismo exercido no século XX, tratar - ainda que brevemente - do normativismo jurídico de Hans Kelsen.

A partir da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen acaba criando um normativismo jurídico que, por certo, constitui a máxima expressão do positivismo jurídico.

Com a Teoria Pura do Direito, publicada pela primeira vez em 1934, Hans Kelsen almeja libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos, o que significa dizer que a pureza da teoria está em viabilizar um conhecimento dirigido somente ao Direito.

Com essa teoria, que é proposta como uma Teoria Geral do Direito, Kelsen pretende extirpar o sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e fragiliza as barreiras que lhe são apresentadas pela natureza do seu objeto. De acordo com a visão de Hans Kelsen, a função da ciência do Direito é meramente cognoscitiva.

Sobre a Teoria Pura, em especial no que concerne à pureza metodológica vislumbrada por Hans Kelsen, interessante colacionar a doutrina de Jose Castan Tobeñas.

A chamada escola de Viena, fundada pelo professor Hans Kelsen, elevou o logicismo jurídico ao partamar máximo, tendo em vista que colocou como base de sua teoria filosófica do Direito positivo (que chamou Teoria Pura do Direito) o critério da pureza do método, entendendo como tal o uso de conceitos puramente formais e normativos, com exclusão de qualquer consideração valorativa e finalista.<sup>167</sup>

<sup>166</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 717.

<sup>167</sup> TOBEÑAS, Jose Castan. **Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del derecho**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1947, p. 42, tradução nossa. (La llamada escuela vienesa, fundada por el profesor Hans Kelsen, ha llevado el logicismo jurídico a su culminación extrema, por cuanto ha sentado como base de su teoría filosófica del Derecho positivo (la que llama teoría pura del Derecho)



Através do rigor metodológico, Kelsen quer purificar a ciência do Direito, cujo objeto deve restringir-se à norma jurídica. Kelsen afasta as considerações fáticas e valorativas do âmbito da ciência jurídica. No que diz respeito a esse processo de purificação proposto na Teoria Pura do Direito, esclarecedores são os ensinamentos de Machado Neto, segundo o qual,

Kelsen submete a temática tradicional da jurisprudência a uma dupla purificação. A primeira é uma purificação do aspecto fático acaso ligado ao direito, entregando esse aspecto às ciências causativas como a sociologia e a psicologia. A segunda expunge do direito o aspecto ético-valorativo do ideal de justiça habitualmente associado à ideia de direito. Esse último, pelo seu caráter emocional e, pois irracional e extracientífico, Kelsen o relega à política, à ética e à filosofia da justiça.<sup>168</sup>

Além do rigor metodológico, é indispensável afirmar que o estudo desenvolvido por Hans Kelsen está calcado em duas esferas teóricas, quais sejam: a nomoestática e a nomodinâmica. Enquanto a nomoestática é a teoria da norma jurídica, a nomodinâmica é a teoria do ordenamento jurídico.

A nomoestática tem como objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, ou seja, o Direito em seu momento estático. Para Kelsen, o Direito é uma ordem coativa que quando da ocorrência de um delito impõe uma sanção.

Segundo Kelsen, a norma jurídica é um juízo hipotético com força imperativa, que pode ser decomposto em dois preceitos, quais sejam: o preceito primário, extraído da fórmula “dada a não-prestação, deve ser a sanção”; o preceito secundário, que é identificado com a fórmula “dado o fato temporal deve ser a prestação”.

Nesse cotejo, tendo em vista que o Direito é uma ordem coativa, a fórmula pura que embasa o Direito é a norma primária que estabelece a sanção.

Acerca da nomodinâmica, cabe afirmar que a exposição do conjunto de normas como um sistema coerente em que as normas se estruturam segundo uma maior ou menor especificidade é a ideia central da teoria do ordenamento jurídico.

Nesse ordenamento, as normas estão organizadas segundo seu grau de generalização. Assim, a ordem jurídica é formatada em uma estrutura hierárquica, na qual as normas se relacionam através da fundamentação ou da derivação.

---

el criterio de la pureza del método, entendiendo por tal el empleo de conceptos puramente formales y normativos, con exclusión de toda consideración valorativa y finalista

<sup>168</sup> MACHADO NETO, op. cit., p. 120-121.

Diante dessa perspectiva de um sistema de normas, é possível afirmar que uma norma jurídica é válida porque é criada de acordo com um determinado rito, e não em razão do seu conteúdo.

Por fim, no que tange à dinâmica jurídica, é indispensável fazer referência a *grundnorm*. A *grundnorm* é a norma hipotética fundamental sobre a qual o sistema jurídico está fundamentado em última instância. Sobre a norma fundamental, Hans Kelsen assevera que:

a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: o processo de criação do Direito positivo.<sup>169</sup>

Nesse diapasão, constata-se que a norma fundamental não é uma norma posta, mas uma norma pressuposta. Ademais, a norma fundamental, apenas, fornece o fundamento de validade de todas as normas pertencentes à mesma ordem jurídica, mas não o conteúdo das normas que formam este sistema jurídico.

Aproximando-se do término do breve esboço acerca da Teoria Pura do Direito, cabe asseverar que a teoria de Kelsen não passa incólume às críticas. Para Carlos Cossio, Hans Kelsen fez uma teoria da norma e não uma teoria geral do direito. É possível afirmar que, no que tange ao problema da exatidão na teoria pura do direito, falta a Hans Kelsen uma ontologia jurídica.

No que tange às críticas contra Hans Kelsen, é conveniente arrematar consignado que o grande esforço teórico, com o propósito de cientificizar o Direito acabou propiciando uma perversa brecha, qual seja a legitimação de sistemas jurídicos autoritários, como o nazismo liderado por Adolf Hitler e o fascismo de Mussolini. Abordando essa falha do pensamento positivista, Luigi Ferrajoli consigna que “o positivismo jurídico, se por um lado está na base do princípio da estrita legalidade, por outro também permite modelos penais absolutistas, caracterizados pela ausência de limites ao poder normativo do soberano”.<sup>170</sup>

Apresentado o panorama acerca do jusnaturalismo e do positivismo, é possível, então, iniciar a tratar do pós-positivismo, movimento epistemológico

---

<sup>169</sup> KELSSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 222.

<sup>170</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006, p. 37-38.

propício para o desenvolvimento das bases ideológicas da Justiça Restaurativa, em consonância com o princípio da presunção de inocência.

Nesse bojo, como forma de explicar o porquê da ascensão do pós-positivismo, é oportuno consignar que a partir da segunda metade do século XX, o positivismo jurídico já não comportava a complexidade social inerente ao pluralismo do mundo pós-moderno.

A absolutização do dogma por meio da tutela do Estado não encontra mais guarida no direito contemporâneo. Sobre a decadência do positivismo, Paulo Hamilton Siqueira Jr. reforça que

O positivismo jurídico não tem mais lugar no direito do século XXI. A complexidade e a dinâmica social não se coadunam com o direito construído pela modernidade. Os conceitos do Estado moderno, como segurança jurídica e legalidade, devem ser aperfeiçoados pelo direito atual, que podem indicar pelo termo pós-positivismo.<sup>171</sup>

Era necessário, então, superar o positivismo jurídico. Nesse sentido, configurou-se vislumbra uma transição de paradigma, assim abordada por Ricardo Maurício Freire Soares:

Sendo assim, com a crise do positivismo jurídico, abriu-se espaço para a emergência de um conjunto amplo e difuso de reflexões acerca da função e interpretação do Direito, reintroduzindo, na esteira da pós-modernidade, as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico. Buscou-se, então, conceber-se a ordem jurídica como um sistema plural, dinâmico e aberto aos fatos e valores sociais, erguendo-se um novo paradigma, denominado, por muitos estudiosos, como pós-positivismo jurídico.<sup>172</sup>

Essa transição de paradigma se dá no contexto em que o normativismo exacerbado já não atendia aos anseios sociais. Entretanto, não pretendia-se retornar à abstração jusnaturalista, tampouco dispensar o viés de cientificidade que tinha sido alcançado pelo Direito. Assim, como uma superação da dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo, emerge o pós-positivismo jurídico, precisamente esclarecido por Luís Roberto Barroso, nos seguintes termos:

A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao

<sup>171</sup> SIQUEIRA JR. op. cit., p. 199.

<sup>172</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao estudo do direito**. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 273

jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade.<sup>173</sup>

Diante da pluralidade da sociedade pós-moderna, faz-se necessário um sistema jurídico que, atrelado à segurança jurídica e à legalidade, tenha legitimidade, com vistas ao ideal de justiça.

Enquanto no positivismo o sistema jurídico é fechado e rotulado por uma única dimensão disciplinar, no pós-positivismo o sistema jurídico é aberto, tendo como marca a interdisciplinaridade.

Sob o influxo do pensamento pós-positivista, ganha relevo a esfera da comunicação e da análise do discurso, o que, por conseguinte, eleva a importância da capacidade de exame crítico do intérprete.

Enquanto no positivismo o intérprete deve se pautar por uma postura neutra, no pós-positivismo o intérprete há de ter uma postura construtiva diante do texto legal. Enquanto a função desempenhada pelo juiz no contexto positivista é passiva, sendo mero reproduzidor da lei, no paradigma pós-positivista o papel do juiz é ativo.

É nesse contexto que o tema do ativismo judicial encontra espaço para desenvolver-se. Essa perspectiva de atuação do magistrado pode ser muito benéfica às partes de um processo penal, especialmente no quesito de aplicação da pena, uma vez que um juiz sensível às reflexões que permeiam o paradigma pós-positivista poderá lograr mais êxito no momento de fixar a sanção penal a ser cumprida pelo condenado. A sensibilidade do magistrado é decisiva no processo penal para verificar que, apesar de ainda não ser descartada, a prisão é somente a última das medidas sancionatórias a ser aplicada.

É também no bojo do pós-positivismo jurídico que os princípios passam a destacar-se como espécie de norma jurídica. Acerca da evolução da juridicidade dos princípios durante as mudanças emanadas das escolas do pensamento jurídico abordadas no presente trabalho, é possível, com apoio na doutrina de Paulo

---

<sup>173</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.** (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7655>>. Acesso em: 16 abr. 2011.

Bonavides<sup>174</sup>, compreender que a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas, quais sejam a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Como já visto nesse trabalho, a mais antiga etapa jusfilosófica é a jusnaturalista, na qual os princípios habitavam ainda uma esfera por inteiro abstrata, razão pela qual a sua normatividade era quase nula. De forma extremamente vaga, os princípios possuíam uma dimensão meramente ético-valorativa que não era trazida à práxis jurídica de forma contundente.

A segunda fase da teorização foi a juspositivista. Nesta etapa, os princípios, apesar de ocuparem mais espaço nas leis – inclusive nos códigos - ainda possuem uma limitada perspectiva de válvula de emergência para o deslinde de querelas jurídicas, ou seja, os princípios ainda encontravam-se em desvantagem com as regras. Ao ser encarado como mera pauta programática, o princípio ficava carente de carga normativa.

Já na atual fase pós-positivista, potencializa-se a hegemonia axiológica dos princípios. Nesta etapa, os princípios são concebidos como pilares normativos que possuem força vinculante dentro do sistema jurídico eminentemente constitucional. Como bem pontua Luís Roberto Barroso, “o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo”<sup>175</sup>

Na trilha da relação entre pós-positivismo e substancialismo principiológico, alguns autores - Karl Larenz, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Claus-Wilhelm Canaris – destacam-se não só por estabelecerem critérios para diferenciar regras de princípios, mas também por desenvolverem formas de lidar com os conflitos entre normas jurídicas, tema de suma importância para Estados Democráticos de Direito que, como o Brasil, são regidos por Constituições extensas. Sobre esse ponto específico, Luís Roberto Barroso ressalta que “a existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo”.<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> BONAVIDES, op. cit., p. 259-266.

<sup>175</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista da AJUFE**. Brasília, ano 23, n. 82, p. 109-157, 2005, p. 121.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 122.

Como forma de arrematar o presente tópico, é indispensável apresentar, sucintamente, alguns dos autores supracitados, uma vez que tratam das diferenças entre regras e princípios, assim como dos conflitos entre princípios. Em razão de terem obtido especial destaque no cenário jurídico brasileiro, as doutrinas de Robert Alexy e Ronald Dworkin foram selecionadas para serem abordadas, concisamente, em sequência.

Sobre Robert Alexy, é possível consignar que ele desenvolveu uma Teoria dos Direitos fundamentais da Constituição alemã. Na obra “Teoria dos direitos fundamentais”, Robert Alexy enaltece a importância da efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição, uma característica notória do mundo pós-moderno.

Em face da importância dos princípios no bojo do paradigma pós-positivista, é importante apresentar a distinção que Robert Alexy estabelece entre princípios e regras.

Robert Alexy defende que os princípios são mandamentos de otimização, cuja principal característica é o fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus. Neste ponto, mister se faz indicar, conforme destacado por Alexy, que “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas<sup>177</sup>”. Ou seja, o grau de efetividade alcançado pelos princípios depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. Já as regras são mandamentos definitivos.

No que tange aos conflitos, um conflito entre as regras pode ser solucionado com a decretação de invalidade de uma das regras envolvidas ou com a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que suprima o conflito. A aplicação da regras não se pauta pela ponderação, mas pela subsunção, razão pela qual as regras ensejam o cumprimento ou não-cumprimento. Sendo assim, as regras possuem rígidas fixações no âmbito do fática e juridicamente possível. .

Já na colisão entre princípios, um deles terá que ceder, o que não quer dizer que um princípio será declarado inválido, nem que existirá a necessidade da criação de uma cláusula de exceção. De acordo com o pensamento de Alexy, o embate entre princípios é resolvido em razão da ponderação efetuada entre os princípios colidentes. Dessa maneira, um princípio cede espaço, uma vez que o outro, em face

---

<sup>177</sup> ALEXY, op. cit., p. 118.

dos contornos do caso concreto, mostra-se precedente – vale repetir - sob as condições vislumbradas em determinada situação.

A teoria dos princípios desenvolvida por Alexy é útil para, além de possibilitar o deslinde racional das colisões de direitos fundamentais, lidar com problemas teórico-constitucionais, inclusive alguns constatados na Magna Carta do Brasil. Como esclarece Robert Alexy, a teoria dos princípios

possibilita um caminho intermediário entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não-validade. Em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não-vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível.<sup>178</sup>

Nesse contexto, verifica-se a importância de todo o esforço feito no presente tópico. O exame do posicionamento dos autores pós-positivistas, no que concerne à forma mais adequada de solucionar embates principiológicos, reflete-se no momento de dúvida acerca do direito fundamental que deve prevalecer no caso concreto, em detrimento de outro que sofrerá limitação. Robert Alexy, por exemplo, propugna que uma

restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão.<sup>179</sup>

Finalizada a exposição do pensamento de Robert Alexy, no que diz respeito aos princípios e às regras, é possível dar prosseguimento ao trabalho. Para tanto, é conveniente tratar do posicionamento de Ronald Dworkin sobre a matéria em apreço no presente tópico.

Tendo em vista o contexto pós-positivista em que encontra-se Ronald Dworkin, é salutar iniciar uma análise acerca do pensamento dworkiano, a partir das considerações de Alberto Alonso Muñoz, no sentido de que

Dworkin parte de uma recusa peremptória do que considera ser o pressuposto fundamental do positivismo e do jusnaturalismo: a ideia de que o direito seja um conjunto de fatos normativos, sobre cujo

<sup>178</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 69.

<sup>179</sup> ALEXY, op. cit., p. 296.

caráter se controverte, mas que não escondem sua natureza de coisa.<sup>180</sup>

Para Ronald Dworkin, a abordagem do Direito está intrinsecamente ligada a uma forte atividade interpretativa. Segundo Dworkin, o juiz, por exemplo, apesar de dever, em nome da humildade, estar ciente de sua falibilidade, não pode furtar-se ao enfrentamento dos casos difíceis, diante dos quais se faz necessário um intenso exercício hermenêutico.

Como forma de retratar o trato mais apurado que poderia ser dispensado quando do exame dos *hard cases*, Dworkin utiliza o personagem Hércules, juiz filósofo de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”<sup>181</sup> e que, portanto, apesar de servir para demonstrar uma apurada forma de investigação de uma intrincada lide jurídica, não representa a realidade.

Sem dúvida, a ênfase no exercício hermenêutico, assim como a valorização dos princípios constituem posturas que refletem a discordância de Dworkin com postulados positivistas. Marília Muricy corrobora o *quantum* exposto, com os seguintes verbetes:

Crítico exacerbado do positivismo jurídico, contrapõe-se à regra de reconhecimento como fundamento de obrigatoriedade do sistema jurídico, compreendido não como um puro sistema de normas alheio às regras da equidade e da justiça, mas, sim, como um conjunto complexo de normas, diretrizes e princípios, responsáveis, estes últimos, pela configuração geral do sistema, com a incumbência de informar a aplicação das normas, sobretudo quando a literalidade destas últimas sugere solução desarrazoada.<sup>182</sup>

Nesse diapasão, Dworkin<sup>183</sup> estabelece a distinção entre princípios jurídicos e regras jurídicas sob uma perspectiva de natureza lógica. Para Dworkin, a diferença reside na natureza da orientação de cada conjunto de padrão. Enquanto as regras jurídicas são aplicáveis na base do “tudo ou nada”, os princípios, mesmo os que mais aproximam-se da forma de uma regra, não apresentam consequências jurídicas que são aplicadas automaticamente quando as condições previstas, como suficientes para sua aplicação, manifestam-se.

<sup>180</sup> MUÑOZ, Alberto Alonso. **Argumentação e Interpretação do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 233.

<sup>181</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165.

<sup>182</sup> MURICY, Marília. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFBA**, Salvador, v.37, p.69-91, 1997/1998.

<sup>183</sup> DWORKIN, op. cit., p. 39.



Fazendo alusão ao jogo de beisebol, Dworkin sustenta que o juiz, diante de regras, age de forma mais rígida, uma vez que são escassos os caminhos a seguir. Escassos – e não único – em decorrência do fato de que a regra pode comportar exceções, “mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções.”<sup>184</sup>

Já os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, que é a dimensão do peso ou importância. Por essa razão, mesmo os princípios que assemelham-se a regras, ante a presença de determinadas condições, não são aplicados da forma automática que rege a incidência das regras.

Nesse cotejo, o intérprete, ao deparar-se com o encontro entre princípios em um caso concreto, deve pautar sua análise com vistas à força relativa de cada princípio. Diferentemente, quando duas regras entram em conflito, uma delas será considerada inválida, de forma sumária.

Explicitada a distinção entre princípio e regra, ainda é conveniente pontuar que, para Dworkin, as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas<sup>185</sup>. Nesse bojo, cabe lembrar que, para expor sua complexa estrutura da interpretação jurídica, Dworkin utiliza a figura de Hércules, um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade.

O pensamento de Ronald Dworkin contribui para arejar o sistema jurídico, antes congelado diante do império do positivismo jurídico. Contudo, seu pensamento também sofre críticas. Uma das contestações que sofre a teoria de Dworkin pode ser extraída da doutrina de Eros Roberto Grau<sup>186</sup>, o qual, ao contrário de Dworkin, entende que as regras comportam exceções.

Ante o exposto, resta finalizada a apresentação de importantes fatores que contribuíram para que os princípios, especialmente os constitucionalmente previstos, tenham alcançado a atual e valiosíssima representatividade para a análise dos ordenamentos jurídicos, fato que, conforme já explicitado, constitui importante pilar para a construção do corrente trabalho dissertativo.

---

<sup>184</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>185</sup> DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271.

<sup>186</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 168.

### 4.3. Direito Penal Constitucional e princípios constitucionais penais

O atual Estado Democrático e Constitucional de Direito, que tem na dignidade da pessoa humana o núcleo essencial para efetivação dos direitos fundamentais, mostra-se correto em seus objetivos, uma vez que enaltece que o Estado existe para o indivíduo e não o contrário.

Ante o exposto sobre os contornos de um Estado Democrático de Direito, é imperioso constatar que a Constituição Federal ganha destaque nessa concepção de Estado, especialmente pela influência que causa nos demais textos que compõem o ordenamento jurídico da nação. Como bem assevera Luís Roberto Barroso,

na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria.<sup>187</sup>

A Magna Carta funciona como uma espécie de farol que deve guiar a produção, bem como a interpretação das normas infraconstitucionais. Conscientes dos valores defendidos pela Carta Política, os intérpretes devem fazer leitura constitucional das normas penais, o que ganha relevo em razão da vigência de diversas leis, que versam sobre matérias criminais, produzidas anteriormente à Lei Fundamental de 1988.

Todos os intérpretes da Constituição, ao se depararem com normas penais, devem fazer uma leitura constitucional. Como afirma Luiz Régis Prado, a

Constituição, sobretudo em uma sociedade democrática há de ser o ponto jurídico-político de referência primeiro em tema de injusto penal – reduzido às margens da estrita necessidade – como afirmação do indispensável liame material entre o bem jurídico e os valores constitucionais, amplamente considerados.<sup>188</sup>

A democratização da interpretação constitucional, que, conforme Peter Häberle, “não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático”<sup>189</sup>, é benéfica ao processo de conscientização sobre os ideais constitucionais, o que, por sua vez, viabiliza uma aplicação das leis penais,

<sup>187</sup> BARROSO, op. cit., p. 133.

<sup>188</sup> PRADO, op. cit., p. 89.

<sup>189</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 23.

mesmo aquelas pretéritas ao ano de 1988, em consonância com os princípios e objetivos do hodierno Estado Democrático de Direito. Como verifica-se, é fundamental que o exercício hermenêutico, diante de leis penais, seja realizado de forma concatenada com o conteúdo constitucional, especialmente no quesito dos limites ao exercício do poder de punir do Estado.

Nesse cotejo, é possível constatar que a relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional foi sendo cada vez mais estreitada com o decorrer da evolução do Estado de Direito e, conseqüentemente, com o desenvolvimento das dimensões (também chamadas de gerações) dos direitos fundamentais. Com razão, Luciano Feldens afirma que

São os direitos fundamentais, portanto, o epicentro da relação entre Constituição e Direito Penal, constituindo-se no núcleo em torno do qual se pode cogitar de uma reserva constitucional de Direito Penal.<sup>190</sup>

Na esteira da busca pela mesma sintonia entre as leis penais e a Magna Carta, os princípios constitucionais penais exercem papel decisivo. Como destacado no tópico antecedente, os princípios possuem realce no atual momento jusfilosófico, de modo que são concebidos como pilares normativos que possuem força vinculante dentro do sistema jurídico eminentemente constitucional.

A despeito da existência de princípios aplicáveis a todos os ramos do Direito, como o de que todos são iguais perante a lei, a presente análise deter-se-á sobre os princípios fundamentais no âmbito criminal que, ainda bem, não são poucos. Existem princípios constitucionais penais expressos, assim como implícitos.

Como princípios constitucionais expressos, é possível elencar os seguintes: legalidade (art. 5º, inciso XXXIX), irretroatividade da lei penal, salvo quando benéfica (art. 5º, inciso XXXIX), humanidade (art. 5º, incisos XLIX e XLVII, alínea 'e'), pessoalidade (art. 5º, inciso XLV), individualização da pena (art. 5º, inciso XLVIII).

No que tange aos princípios constitucionais implícitos, sem a pretensão de esgotar o rol, cabe citar os seguintes: intervenção mínima, insignificância, lesividade, culpabilidade, proporcionalidade, proibição da analogia *in malam partem*.

---

<sup>190</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2008, p. 33.

Como se nota, são vários os princípios penais que encontram respaldo na Carta Magna de 1988. Segundo o escólio de Juarez Cirino, “os princípios constitucionais mais relevantes para o Direito Penal são o princípio da legalidade, o princípio da culpabilidade, o princípio da lesividade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da humanidade e o princípio da responsabilidade pessoal”.<sup>191</sup>

Antes de passar ao próximo tópico, é salutar ratificar a necessidade de que a defesa pela aplicação dos princípios extrapole os livros jurídicos e alcance, por exemplo, as decisões exaradas por magistrados, como sinal de que as diretrizes constitucionais estão sendo postas em prática. Sobre o tema, Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos se posicionam da seguinte forma:

O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar ao da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade.<sup>192</sup>

Na presente dissertação, não serão abordados todos os princípios. Pela pertinência para o trabalho acadêmico em curso, antes de tratar da dignidade da pessoa humana, que, segundo Rizzato Nunes, é “um verdadeiro supraprincípio constitucional”<sup>193</sup>, serão tecidos alguns comentários sobre o princípio da intervenção mínima penal, que consubstancia importante pilar para o fio condutor que direciona esta dissertação.

#### 4.3.1. Princípio da intervenção mínima do Direito Penal

Como explicitado, no momento da abordagem do tema controle social, o Direito não deve servir como primeiro instrumento regulador do cotidiano das pessoas, tampouco como primeira barreira inibidora de medidas que possam provocar desajustes sociais. Com ainda mais cuidado deve ser utilizada a tutela

---

<sup>191</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 19.

<sup>192</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 2, 2003, p. 175.

<sup>193</sup> NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50.

penal, a qual somente deve intervir quando for socialmente necessária à sobrevivência da comunidade, de forma que os limites da intervenção mínima ou subsidiária não sejam violados.

A ideia de utilização subsidiária do Direito Penal é propagada pelo princípio da intervenção mínima, o qual não deve ter sua amplitude questionada pelo simples fato de não estar previsto, de forma expressa na Magna Carta de 1988. Como lembra Luiz Luisi, “embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa *Grundnorm*, tratando-se de um postulado nela inequivocamente implícito.”<sup>194</sup>

Nesse cotejo, o Direito Penal, por ser o ramo do Direito que envolve a aplicação das medidas mais rígidas ao cidadão, deve manter-se, com ainda mais razão, na retaguarda das áreas do Direito aptas a lidar com os embates sociais. Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes, Antônio Garcia-Pablos de Molina e Alice Bianchini lecionam que “a intervenção penal, em razão da natureza do castigo penal, que retrata a forma mais drástica de reação do Estado frente ao delito, deve ser fragmentária e subsidiária. Isso é o que caracteriza o princípio da intervenção mínima”.<sup>195</sup>

Nessa senda, o legislador, em matéria penal, deve ter cuidado com os apelos feitos em momentos críticos – desfavoráveis à reflexão - por medidas de recrudescimento penal. Uma lei penal, por formalizar a forma mais dura de controle social, somente deve ser formulada quando a sua necessidade para a manutenção da paz social for inquestionável. Nesse sentido, Luiz Luisi doutrina que “condição, portanto, para a criação de um novo tipo penal é que o bem jurídico a tutelar seja de relevância superlativa para o convívio social.”<sup>196</sup>

Além do legislador, outra figura que tem papel fundamental na propagação do princípio da intervenção mínima é o juiz criminal. No exercício da atividade judicante, ao deparar-se com enunciado normativo a ser aplicado ao caso concreto, o magistrado não deixar de ater-se ao princípio da intervenção mínima, que é um limite constitucional ao exercício do *jus puniendi*. Sobre esse aspecto da atuação do juiz criminal, ante o princípio ora abordado, Alberto Jorge de Barros Lima, apoiando-

---

<sup>194</sup> LUISI, op. cit., p. 40.

<sup>195</sup> GOMES; GARCIA-PABLOS DE MOLINA; BIANCHINI, op. cit., p. 443.

<sup>196</sup> LUISI, op. cit. p. 45.

se na concepção defendida por Eros Roberto Grau de que a completude dos enunciados normativos é obtida mediante atuação do intérprete<sup>197</sup>, sustenta que

O limite, no processo interpretativo, gerado pela irradiação do princípio, implica que os significados hauridos dos enunciados pelos juízes devem, necessariamente, conter afirmações relativas à dignidade constitucional do bem jurídico, a intolerável forma de ofensa e ao fato de enxergar a resposta penal como a última possibilidade do ordenamento jurídico.<sup>198</sup>

Infelizmente, tendo em vista a análise acerca do panorama hipertrófico do sistema penal, constata-se que medidas de recrudescimento penal têm sido adotadas, em flagrante desrespeito ao princípio da intervenção mínima, como sintetizado por Geder Luiz Rocha Gomes, nos seguintes termos:

Assiste-se, no cenário atual brasileiro, ao desenvolvimento de um processo expansivo do direito penal com a diária produção legislativa calcada sob o fundamento de proteção à coletividade (defesa social) que contraria a correta hermenêutica minimizadora da atuação punitiva estatal.<sup>199</sup>

É importante registrar, também, que o princípio da intervenção mínima está concatenado com as diretrizes que norteiam o Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, José Antônio Paganella Boschi afirma que

O princípio da intervenção mínima do direito penal exerce papel de relevo no Estado Democrático de direito, por preservar a incidência do direito penal só como *ultima ratio* (...) A proposta minimalista se insere no contexto do direito penal democrático e garantista.<sup>200</sup>

É pertinente pontuar que o princípio da intervenção mínima – *ultima ratio* – tem ganhado adeptos em todo o mundo, pois, a despeito de não gerar as inseguranças causadas pelo utópico abolicionismo, consolida a tese de que o *jus puniendi* estatal não pode ser utilizado em situações que não sejam drasticamente graves, comungando, assim, em parte, com a tese de ilegitimidade do sistema penal que lastreia o abolicionismo do direito penal.

De acordo com o minimalismo penal, o direito penal só deve preocupar-se com os bens jurídicos mais importantes e imprescindíveis à vida em sociedade. Sendo assim, o direito penal deve ser subsidiário, só sendo utilizado quando os

<sup>197</sup> GRAU, op. cit. p. 77.

<sup>198</sup> LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

<sup>199</sup> GOMES, Geder Luiz Rocha. **A substituição da prisão**. Alternativas penais: legitimidade e adequação. Salvador, JusPodivm, 2008, p. 69.

<sup>200</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2011, p. 51.

demais ramos jurídicos se mostrarem insuficientes para o resguardo dos bens jurídicos de maior importância.

Corroborando a afirmativa de que o direito penal não deve ser utilizado em situações de somenos relevância, Claus Roxin ensina que

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumento do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a ‘*ultima ratio* da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.<sup>201</sup>

O princípio sob exame, que limita o poder incriminador do Estado, condensa a ideia de que, caso outros meios de controle social apresentem-se como suficientes para a tutela de determinado bem jurídico, a sua criminalização será inapropriada.

Diante do exposto, resta solidificada a ideia de que o Direito Penal, para cumprir a sua missão com o mínimo de sucesso, precisa ser um “soldado de reserva”. Neste momento, é oportuno ratificar que o presente trabalho científico não coaduna com o pensamento abolicionista, mas defende um Direito Penal mínimo. Desde que não impliquem na manutenção do alcance penal a situações conflituosas que já demandam o completo afastamento do ramo jurídico responsável por tratar das sanções mais extremas, a implementação de medidas restaurativas coaduna-se com o programa de direito penal mínimo, conforme resta ratificado por Leonardo Sica, o qual consigna que

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.<sup>202</sup>

O Direito Criminal deve sim ser utilizado, desde que seja a única ferramenta jurídica disponível e capaz de resguardar, de forma satisfatória, os bens jurídicos mais relevantes. Sempre que outro ramo do Direito for capaz de tutelar adequadamente um bem jurídico importante, a hipótese de incidência do Direito Penal deve ser rechaçada.

<sup>201</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoria del delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

<sup>202</sup> SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 130.

#### 4.4. Dignidade da pessoa humana e Direito Penal

Demonstrada a importância dos princípios no atual contexto pós-positivista, é imprescindível tratar da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o principal vetor hermenêutico extraído da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, é necessário examinar as raízes históricas da ideia de dignidade da pessoa humana, De acordo com Rogério Greco,

Embora suas origens remontem à Antiguidade, o princípio da dignidade da pessoa humana é, basicamente, fruto da evolução filosófica ocidental, fundamentada na individualidade, na singularidade existencial, na liberdade e no respeito à vida, tendo como função precípua, portanto, a valorização do homem, em si mesmo considerado.<sup>203</sup>

Sobre a dignidade da pessoa humana, um autor que, em razão da profundidade com que investiga a matéria no cenário jurídico brasileiro, merece destaque é Ingo Wolfgang Sarlet. Com base nos estudos do citado autor<sup>204</sup>, é possível consignar que as raízes da ideia de dignidade da pessoa humana remontam aos pensamentos clássico e cristão.

Já a ruptura com as bases tradicionais e, por conseguinte, a formatação de uma concepção racional da dignidade da pessoa humana pode ser atribuída a Samuel Pufendorf, que postulou a liberdade moral – e não a natureza humana em si - como característica distintiva do ser humano<sup>205</sup>. O processo de secularização da ideia de dignidade humana completa-se com Immanuel Kant, que sustentou a autonomia ética do ser humano como fonte da dignidade desta espécie<sup>206</sup>.

Traçado, de forma sucinta, o percurso que a ideia da dignidade humana percorreu, cabe afirmar que -, por tratar-se de conceito vago e impreciso, bem como por ter uma natureza polissêmica - é difícil o estabelecimento de um conceito único que albergue toda a amplitude do referido tema. Entretanto, com apoio na doutrina de Ingo Sarlet<sup>207</sup>, é possível concluir que a ideia nuclear da noção de dignidade da pessoa humana ainda reside na autonomia e na autodeterminação a que cada indivíduo tem direito, com base nos ensinamentos kantianos.

<sup>203</sup> GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas á privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 96.

<sup>204</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

<sup>205</sup> Idem, p. 35-36.

<sup>206</sup> Idem, p. 37.

<sup>207</sup> Idem, p. 53.



A despeito de sua remota origem, a dignidade da pessoa humana ganhou efetivo reconhecimento, como um valor a ser respeitado por todos, a partir de 1948. Após a 2ª. Guerra Mundial, tendo em vista as barbáries praticadas pelos nazistas sob o manto da legalidade formal, a dignidade da pessoa humana ganhou maior alcance, com vistas ao seu poder de impedir possíveis atrocidades outrora cometidas sob a aparente legalidade lastreada em interpretações e aplicações distorcidas de outras normas jurídicas. Como desdobramento do fim da 2ª. Grande Guerra, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem que, em seu preâmbulo, dispõe que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”<sup>208</sup>

Como exposto, a dignidade da pessoa humana possui inequívoco caráter multidimensional, de modo que existem algumas formas de conceituar essa ideia. Ciente de que não é uma definição absoluta e irretocável, ante a abertura do tema, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existências e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>209</sup>

Ante a amplitude e fluidez do tema da dignidade da pessoa humana, conforme o conceito apresentado, é possível pleitear que, com o escopo de assegurar a justiça e a paz dentro do Estado Democrático de Direito, os desvios de rotas legislativas, judiciais ou do Poder Executivo, especialmente no delicado setor criminal, sejam corrigidas mediante a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Rogério Tair disciplina que

tanto o princípio da dignidade humana quanto o imperativo da preservação dos direitos humanos tornam-se elementos de hermenêutica penal e critérios de habilitação do sistema punitivo,

---

<sup>208</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/DeclU\\_D\\_HumanosVersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf)>. Acesso em: 25 de mar. 2012.

<sup>209</sup> SARLET, op. cit., p. 70.

além de exercerem as funções de limites do *ius puniendi* e de finalidades prestacionais do Estado, efetivadas através da atividade punitiva.<sup>210</sup>

Antes de continuar traçando as pontes que devem ser estabelecidas entre o Direito Penal e a dignidade da pessoa humana, é conveniente tecer alguns comentários sobre a natureza jurídica do instituto ora apreciado. Como já mencionado<sup>211</sup>, a dignidade da pessoa humana pode ser encarada como o supraprincípio. Realmente, em razão do destaque que, por exemplo, a Constituição Federal do Brasil conferiu à dignidade da pessoa humana, não é descabido compreender que se trata de um princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa<sup>212</sup>.

Apesar de o presente trabalho acadêmico acolher a perspectiva de que a dignidade da pessoa humana consubstancia um superprincípio, cabe lembrar que essa perspectiva não é indiscutível. Robert Alexy, que é seguido de forma irretocável por Ingo Wolfgang Sarlet, entende que, em verdade, a dignidade da pessoa humana possui uma dupla dimensão (princípio e regra). Como pode-se extrair do esboço feito alhures sobre sua Teoria dos princípios, Robert Alexy defende que não existem princípios absolutos. Entretanto, o fato de não reconhecer caráter absoluto à dignidade da pessoa humana, não impede Robert Alexy de defender o merecido realce auferido por tal princípio – e regra, ante a dupla dimensão – razão pela qual o pensamento do referido autor não pode ser usado para pleitear violações à dignidade humana<sup>213</sup>.

Nesse cotejo, a atuação no Direito Criminal não pode afastar-se da ideia de dignidade da pessoa humana, que foi alçada pelo constituinte ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, Constituição Federal). Por certo, a dignidade humana é estendida a todos os cidadãos, inclusive, àqueles que transgridam normas jurídicas de teor penal. Ou seja, o infrator também merece ser tratado em conformidade com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Geder Luiz Rocha Gomes discorre que

A amplitude conferida pelo constituinte ao valor dignidade humana contempla todo e qualquer ser humano, o que, por óbvio, inclui o

---

<sup>210</sup> TAIAR, Rogério, **A dignidade da pessoa humana e o direito penal**: a tutela dos direitos fundamentais. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 77.

<sup>211</sup> NUNES, op. cit., p. 50.

<sup>212</sup> Cf. SARLET, op. cit., p. 80.

<sup>213</sup> SARLET, op. cit., p. 84-85.

infrator, sendo descabida a sanção que desrespeite os limites traçados por este princípio e ilegítima qualquer restrição que o viole. Vale dizer que, para ser considerada legítima, a sanção penal deve manter-se dentro dos parâmetros impostos pelo conteúdo valorativo intrínseco aos princípios constitucionais, de tal sorte que, em nenhuma hipótese, viole o valor-princípio dignidade humana, ainda que se apresente, esta sanção, formalmente revestida de caráter de legalidade.<sup>214</sup>

Os princípios constitucionais penais, também, atrelam-se à ideia de dignidade da pessoa humana, em especial pelo fato do Direito Penal englobar as medidas mais rígidas, no que tange o *jus puniendi*, que o Estado detém para promover o controle social. Na esteira dessa constatação, Sebastián Borges de Albuquerque Mello consigna que

todos os princípios penais relacionam-se, em maior ou menor medida, com a ideia de dignidade humana, pois o tratamento dispensado pelo Direito Penal às pessoas representa a mais aguda e violenta forma de intervenção nos direitos fundamentais.<sup>215</sup>

Depreende-se, então, que a dignidade da pessoa humana é a célula *mater* que rege todo o sistema jurídico penal brasileiro. Conclui-se, portanto, que as ideais de Direito Penal mínimo, Direitos fundamentais, princípios penais e processuais penais constitucionais, Estado Democrático de Direito e dignidade da pessoa humana formam uma teia de valores que serve de lastro para a concepção do paradigma da Justiça Restaurativa e, conseqüentemente, para a adoção de medidas restaurativas. Corroborando esta conclusão, é possível trazer à baila a pertinente constatação feita por Maria Coeli Nobre da Silva, autora responsável pela seguinte afirmação:

A Justiça Restaurativa encontra espaço para desenvolver-se em seus fundamentos ético-filosóficos, e com suas práticas retira a vítima da posição neutralizada em que se encontrava, promove sua integração no cenário penal, resgata-lhe direitos, especialmente a sua dignidade humana, assim, instalando-se a parceria da vítima com os direitos humanos.<sup>216</sup>

Reconhecida a inter-relação entre a Justiça Restaurativa e os temas até aqui abordado, cabe passar ao próximo tópico para finalizar o presente capítulo.

<sup>214</sup> GOMES, op. cit., p. 74.

<sup>215</sup> MELLO, op. cit., p. 57.

<sup>216</sup> SILVA, Maria Coeli Nobre da. O princípio da dignidade da pessoa humana da vítima e os fundamentos da justiça de proximidade (restorative justice). In: OLIVEIRA, José Carlos de (Org.) **Estudos de direitos fundamentais**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010, p. 127.

#### 4.5. A legitimidade do Direito Penal e da Justiça Restaurativa no Estado Democrático e Constitucional de Direito

A missão do Direito Penal é proteger os bens jurídicos, individuais ou coletivos, mais importantes para manutenção da paz social. Os bens jurídico-penais são bens vitais da coletividade e do indivíduo que não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito. Assim, com lastro no princípio da *ultima ratio*, cabe explicitar que o Direito Penal não pode se prestar à repressão de condutas de somenos ofensividade.

Sob essa perspectiva, em um Estado Democrático e Constitucional de Direito como o Brasileiro, o Direito Penal, necessariamente, deve se restringir à tutela dos bens jurídicos mais importantes, conforme a orientação constitucional. Nesse Estado, o Direito Penal Constitucional só é legítimo se atender aos princípios constitucionais penais, a exemplo dos princípios da culpabilidade, intervenção mínima, humanidade das penas e da legalidade.

Em um Estado Democrático, a legitimidade do Direito Penal é extraída das opções políticas contidas na Carta Magna. Nessa vereda, deve-se partir de “um princípio político-criminal da imprescindível congruência, ou analogia substancial, entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos”, como afirma Selma Pereira de Santana<sup>217</sup>.

O Direito Penal, portanto, deve resguardar os bens jurídicos imprescindíveis para a sociedade, razão pela qual não há espaço para a tutela de normas morais. Nesse sentido, em artigo dedicado a tratar da missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, Paulo Queiróz observa que

sob a égide de um Estado que se define Democrático de Direito – Estado, pois, funcional –, não é de tolerar-se que se pretenda confiar-lhe a realização, por exemplo, de ideais teocráticos ou metafísicos, como o é a realização de valores absolutos de justiça. Não é compatível, enfim, com um assim concebido Estado o cometimento de fins absolutos, mas só relativos e instrumentais.<sup>218</sup>

Diante do exposto, é possível concluir, assim como Selma Pereira de Santana, que “a legitimidade do Direito Penal está hoje – perdidas as matrizes de

<sup>217</sup> SANTANA, Selma Pereira de. **A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130.

<sup>218</sup> QUEIRÓZ, Paulo. Sobre a missão do direito penal no estado democrático de direito. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**, Salvador, v.2, n.2, p.207-212, 1997.

legitimação teocrática ou metafísica – na sua capacidade de reduzir ao mínimo possível o grau de violência gerado na sociedade.”<sup>219</sup> Assim, quando do recurso ao Direito Penal, sempre deve perscrutar-se a viabilidade da aplicação de soluções menos aflitivas possíveis.

A Justiça Restaurativa, que está concatenada com os Direitos humanos, se bem utilizada à luz do princípio da humanidade das penas, pode apresentar frutíferos resultados atrelados aos anseios por justiça, sem esquecer-se das características imanentes ao Estado Democrático de Direito. Nessa senda, é pertinente colacionar o entendimento de Marcelo Gonçalves Saliba, segundo o qual

A aplicação dos princípios da mínima intervenção e fragmentariedade, a embasar a descriminalização e despenalização de fatos incriminados, em busca de algo melhor que o Direito penal, e o afastamento da justiça penal são os primeiros passos para o respeito à dignidade da pessoa humana e os direitos humanos. Em outro sentido, numa postura inversa, a aproximação da sociedade, vítima e desviante legitimam a atuação da justiça dentro do Estado Democrático de Direito.<sup>220</sup>

Nesse cotejo, com vistas ao núcleo essencial que orienta os direitos fundamentais - qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana - a Justiça Restaurativa, em face das características já explicitadas no presente trabalho acadêmico, apresenta-se como uma alternativa válida para o enfrentamento de delitos de pequeno e médio potencial ofensivo, quando presentes a voluntariedade do ofensor e a predisposição da vítima, requisitos – que ainda serão abordados no presente texto - essenciais para o sucesso do modelo restaurativo.

---

<sup>219</sup> SANTANA, op. cit., p. 183.

<sup>220</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 93.

## 5. ENFRAQUECIMENTO DO PARADIGMA PUNITIVO

### 5.1. Estudo transdisciplinar: uma análise multifacetada do crime

No contemporâneo mundo pós-moderno, vivencia-se o avanço do multiculturalismo. A diversidade cultural não sai da pauta de assuntos mais comentados pela sociedade.

A facilidade do acesso ao conhecimento, o qual foi propiciado – preponderantemente – pela disseminação do uso da internet, possibilita a incessante troca de informações e experiências entre diferentes comunidades, de forma que as fronteiras físicas não conseguem conter a propagação de novas ideias. Esse momento social, ao mesmo tempo em que produz uma demanda por direitos fundamentais, fomenta a consagração dos mesmos.

O Direito não passou incólume às recentes mudanças paradigmáticas da sociedade pós-moderna, uma vez que, como fato social que é, o Direito desemboca no âmbito cultural de cada sociedade. O multifacetado contexto da sociedade, de forma inexorável, influencia o setor jurídico.

No que tange ao âmbito criminal, é possível dizer que tem sido incentivada uma escurreita interligação entre as Ciências Criminais. Há muito tempo não se acolhe a ultrapositivista defesa da Dogmática como única ciência válida para a análise do crime. Em convergência à orientação de Salo de Carvalho<sup>221</sup>, é cabível sustentar que as Ciências Criminais, ante a complexidade do fenômeno criminoso, devem estar abertas à transdisciplinaridade, com vistas à ideia humanista de respeito à diversidade.

O crime não é mais analisado somente sob o viés dogmático. Com vistas a um estudo adequado sobre os contornos do evento criminosos, os operadores do Direito devem observar, além do aspecto dogmático, questões criminológicas e sociológicas, por exemplo. O exame mais crítico e amplo dos elementos que ensejam a prática do delito possibilita verificar que o paradigma punitivo já não é suficiente para abarcar todos os eventos delitivos, em razão das peculiaridades de cada caso concreto. Nessa senda, cabe registrar que o enfrentamento transdisciplinar do crime constitui um aspecto decisivo para o desenvolvimento da Justiça Restaurativa.

---

<sup>221</sup> CARVALHO, Salo de. Criminologia e Transdisciplinaridade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40.

Diante da mencionada perspectiva multidisciplinar que tem ganhado espaço no âmbito jurídico, é imperioso, com o objetivo de propiciar um melhor entendimento do paradigma restaurativo, apresentar teorias que, cada qual com uma dose de intensidade, serviram de esteio para a criação e o desenvolvimento dos modelos de Justiça Restaurativa.

## **5.2. Bases teóricas contributivas à justiça restaurativa**

### **5.2.1. Política Criminal racional**

Nesse tópico, será traçado o perfil político-criminal que melhor coaduna-se com paradigma da Justiça Restaurativa.

Inicialmente, cabe afirmar que Política Criminal consiste, em apertada síntese, no programa oficial de controle do crime e da criminalidade. Segundo Von Liszt, responsável pela clássica noção que se tem do tema em apreço, a Política Criminal consiste no “conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do delito e da eficácia da pena, segundo os quais o Estado dirige a luta contra o delito por meio da pena e de suas formas de execução”.<sup>222</sup>

Nessa senda, a Política Criminal, desenvolvida a partir de marcos teóricos que levam em consideração o contexto social, representa o conjunto de estratégias utilizadas pelo Estado para lidar com os delitos. É imperioso, contudo, que a Política Criminal não seja, de forma desvirtuada, compreendida como mera Política de Segurança do Estado.

O movimento de Política Criminal calcado no Direito Penal Mínimo, que está inserido na concepção de Estado Democrático de Direito, não pode ser preterido por um modelo de Política Criminal altamente intervencionista e punitivista que, de maneira desarrazoada, tem postulado incessantemente medidas de recrudescimento criminal.

Tendo como marco propedêutico a constatação da crise do paradigma punitivo, que tem no sistema carcerário sua principal característica, os adeptos do minimalismo defendem o princípio da subsidiariedade. Com base na noção de

---

<sup>222</sup> LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1914, tomo 2, p. 56, apud SANTANA, Selma Pereira de. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1.

subsidiariedade, os minimalistas sustentam que o Direito Penal só deve ser requisitado para intervir nos conflitos sociais que representem situações drásticas, nas quais os demais ramos do Direito mostrem-se ineficazes.

Além da busca pela restrição do alcance das medidas penais às ocasiões de extrema gravidade, os defensores de um Direito Penal concatenado com os Direitos humanos também almejam que, quando for imprescindível recorrer-se ao Direito Criminal, sejam utilizadas sanções menos aflitivas que a privação da liberdade, desde que tais medidas mostrem-se adequadas ao caso concreto.

Nesse cotejo, quando da inevitável incidência do Direito Penal, mister se faz potencializar a utilização de algum substitutivo penal apto a, sem deixar de cumprir um papel sancionador de viés mais veemente, diminuir a adoção da pena privativa de liberdade, que é a sanção penal mais estigmatizante. Nessa linha de pensamento, em busca de meios aptos a maximizar o resguardo das sanções criminais mais duras aos crimes de extrema gravidade, é possível trazer à baila o paradigma intitulado de “Justiça Restaurativa”, cujas características serão a seguir explicitadas.

No bojo desse novo paradigma político criminal, que visa propiciar alternativas às consequências jurídico-penais emanadas pelo decadente modelo de Justiça Criminal vigente, apresenta-se a discussão atinente à “reparação” como uma forma de viabilizar uma resposta menos danosa e mais eficiente ao delito.

No atual estágio de desenvolvimento alcançado pelo Brasil, a Política Criminal não pode resumir-se ao aumento do efetivo policial, tampouco à construção de estabelecimentos destinados ao encarceramento. Como bem ponderou Jeffery, “mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões significam mais presos, porém não necessariamente menos delitos.”<sup>223</sup>

É imprescindível, então, que o Programa Estatal de Política Criminal, além de preocupar-se com a forma de reação, avalie - com coerência e cautela - quais bens jurídicos são merecedores de proteção por meio de ferramentas de natureza penal. Assim, a boa Política Criminal não pode albergar arroubos odiosos provenientes da repugnância causada por crimes hediondos que, por vezes, são

---

<sup>223</sup> JEFFERY, C. P. **Criminology as an interdisciplinary behavioral Science**. *Criminology*, p. 149-169, apud GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 128.



alarmados nos noticiários como se representassem a regra dos acontecimentos delitivos.

No caso brasileiro, uma boa medida adotada pelos operadores do Direito, assim como pelos integrantes do Poder Legislativo, para não serem acometidos por sentimentos vorazes acerca da forma de lidar com a criminalidade, consiste na incessante consulta aos princípios penais emanados da Constituição Federal. Indubitavelmente, um Direito Penal Constitucional é muito mais forte que um Direito Criminal alheio aos ditames constitucionais.

Como já explicitado quando da abordagem acerca da hipertrofia do Direito Penal, a ocorrência de crimes hediondos não é justificativa para que o Estado responda na mesma moeda, se igualando ao delinquente.

De fato, a criminalidade precisa ser combatida, o que não se faz exclusivamente com afagos e gestos de complacência. Porém, também não é condizente, especialmente com a Magna Carta Cidadã de 1988, caminhar para o outro extremo, no qual todos sentem-se acuados em razão de uma Política de Segurança sufocante.

A Política Criminal precisa ser racional, e não emocional. Assim, com respeito aos princípios constitucionais, será possível alcançar um ponto de equilíbrio que permita o efetivo combate ao crime, ao mesmo tempo em que a liberdade do cidadão seja preservada ao máximo. Em consonância com esse raciocínio, Pierpaolo Bottini conclui que

O modelo constitucional de organização social e política no Brasil é o Estado Democrático de Direito, de forma que toda a estratégia política criminal deve estar voltada para proteger e estabilizar expectativas de respeito à dignidade humana e aos valores a ela inerentes. Na linha do explicado, mesmo que a política criminal aplicada não proteja efetivamente tais bens, deve ser construída com o objetivo de consolidar a expectativa de que o espaço de autodeterminação do indivíduo seja preservado, tanto em relação à interferência invasiva de outros indivíduos quanto em relação à intervenção estatal.<sup>224</sup>

Nesse cotejo, com vistas ao entendimento transdisciplinar do delito, é imprescindível promover a integração entre Política Criminal e dogmática, pois,

---

<sup>224</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109-131.

como observa Selma Santana, “entre a dogmática e a Política Criminal existe uma autêntica unidade funcional.”<sup>225</sup>

A coesão que deve pautar a relação entre Política Criminal e Dogmática, sem olvidar a integração da Criminologia, é possível ser mais facilmente alcançada em um Estado Democrático de Direito, no qual a tessitura jurídica deve ser mais arejada. Sobre essa relação, Francisco Muñoz Conde entende que “não há nenhuma razão para rechaçar a estreita vinculação entre Dogmática jurídico-penal e Política Criminal, e sim muitas para defender uma inter-relação entre ambas.”<sup>226</sup>

Pelo brilhantismo com que trata o tema, torna-se imperiosos transcrever as magistrais considerações tecidas por Jorge de Figueiredo Dias, *in verbis*:

A evolução do estatuto da política criminal perante a dogmática jurídico-penal e a criminologia em direção a um novo estágio foi cumprida quando as concepções próprias do Estado de Direito formal, de natureza liberal e individualista, e do Estado social, mais preocupado com o funcionamento do sistema social do que com o império da regra de direito, cederam o lugar à concepção que, de forma compreensiva, será referida aqui como a do Estado de Direito material contemporâneo. Sob esta designação quer-se compreender todo o Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa mesma razão, se deixa morrer, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as ligações – políticas, sociais, culturais, econômicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um.<sup>227</sup>

Ante o exposto, fica ratificada a salutar defesa, sob a égide dos princípios reitores do Estado Democrático de Direito, por uma Política Criminal que não despreza a natureza subsidiária do Direito Penal. Dessa forma, é necessária a manutenção de espaço para novas concepções jurídicas, com lastro social, que almejem promover uma Justiça menos aflitiva, como a proposta restaurativa, sem, contudo, incitar a impunidade.

<sup>225</sup> SANTANA, op. cit., p. xi.

<sup>226</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: historia de una relación atormentada. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 27 p.9-41, 2007, p. 32, tradução nossa. (No hay, pues, ninguna razón para rechazar la estrecha vinculación existente entre Dogmática jurídicopenal y Política criminal y si muchas para defender una interrelación entre ambas).

<sup>227</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 25.

### 5.2.2. Criminologia crítica

A Criminologia surge no fim do século XIX no bojo da Escola Positiva. Nesse período, a Criminologia, ciência causal-explicativa com foco no sujeito criminoso, se pautava em teorias biológicas e psicológicas, sob a influência do positivismo naturalista. É nessa fase que a Dogmática Jurídica deixa de ser a única pauta de estudos penais. Nesse sentido, é salutar explicitar que, enquanto a Dogmática Penal é uma Ciência do dever-ser voltada para a sistematização normativa, a Criminologia é uma Ciência do ser que analisa o fenômeno da criminalidade.

No seu nascedouro, a Criminologia era eminentemente positivista. Sob essa perspectiva, o criminoso é um indivíduo diferente dos demais cidadãos. Como marco teórico de contestação à posição adotada pelos criminólogos positivistas, é imperioso fazer referência à Emile Durkheim. Esse sociólogo francês apresentou na clássica obra “As regras do método sociológico” contundente crítica à concepção de que o crime representaria um fenômeno patológico. Segundo Durkheim, que utilizou a teoria estrutural-funcionalista da anomia e da criminalidade para combater a concepção positivista do princípio de bem e do mal, não existe sociedade isenta de criminalidade<sup>228</sup>.

Essa Criminologia, denominada de “Etiológica”, que tem feição determinista e volta sua atenção para o criminoso sem dar relevo ao contexto social não atende mais às demandas da moderna e complexa sociedade.

Modernamente, a Criminologia tem ganhado importância como ciência penal fundamental para compreensão da criminalidade. Abandonando a concepção de criminoso como um sujeito anormal que deve ser alijado da sociedade, a Criminologia Crítica defende que o crime é em verdade um fenômeno social que, para ser melhor compreendido, precisa analisar no caso concreto as variantes socioeconômicas e culturais que envolvem determinada conduta criminosa.

Para os defensores da Criminologia Radical, é imprescindível alijar da análise criminológica as concepções positivistas. Para essa vertente Crítica, o crime carece de suporte material, ou seja, enquanto realidade ontológica, não existe; o crime é criado por processos sociais. Nessa seara, torna-se imperioso colacionar entendimento do expoente Alessandro Baratta que doutrina, nos seguintes termos:

---

<sup>228</sup> DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 66.

A plataforma teórica alcançada pela criminologia crítica, e preparada pelas correntes mais avançadas da sociologia criminal liberal, pode ser sintetizada em uma dupla contraposição à velha criminologia positivista, que usava o enfoque biopsicológico. (...) Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinado indivíduos.<sup>229</sup>

Não é demasiado lembrar que a expressão “Criminologia Crítica” engloba uma série de discursos não homogêneos. Objeto de estudo e método são os elementos que possibilitam traçar a diferença entre as vertentes criminológicas. Para a Criminologia tradicional, a criminalidade – enquanto dado ontológico - é o objeto natural estudado pelo método etiológico, ao passo que a Criminologia crítica investiga a criminalização – como realidade construída- através de um duplo método, o qual é bifurcado em vertentes interacionista e dialética<sup>230</sup>.

Na mesma linha de intelecção defendida pelos críticos de uma Criminologia determinista calcada em fatores bioantropológicos, ganha especial destaque o movimento de contestação social denominado de *Labeling approach*, que surgiu nos anos 60, dispensa a perspectiva etiológica e, em consonância com o entendimento multicultural da sociedade, passa a encarar o crime como um fenômeno social ocorre devido a vários fatores. Segundo Sérgio Salomão Shecaira, o movimento criminológico ora abordado representa “um abandono do paradigma etiológico-determinista e a substituição de um modelo estático e monolítico de análise social por uma perspectiva dinâmica e contínua de corte democrático.”<sup>231</sup> Corroborando esse entendimento, Juarez Cirino ensina que:

O paradigma do labeling approach, originário da criminologia fenomenológica americana de meados do século XX, estuda a criminalidade como fenômeno social produzido por normas e valores – e não como coisa explicável por etiologias causais -, dirigindo-se a atenção para definições institucionais e formas de comunicação intersubjetivas no processo de construção social do crime e da criminalidade.<sup>232</sup>

<sup>229</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 160-161.

<sup>230</sup> Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Disponível em: <[http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia\\_critica\\_reforma\\_legis\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2012.

<sup>231</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 269.

<sup>232</sup> SANTOS, op. cit., p. 694-695.

As ideias críticas propostas pelo movimento do *Labeling approach*, que refuta o monismo cultural em favor de uma postura metodológica pautada pela pluralidade, também refletiram no ordenamento jurídico brasileiro. Como exemplo da influência desse posicionamento criminológico no Brasil, é possível citar a instituição do regime progressivo do cumprimento da pena privativa de liberdade, novidade que foi trazida pela Reforma de 1984 (Leis 7.209 e 7.210 de 1984)<sup>233</sup>.

A Criminologia Crítica, que não defende o completo desaparecimento do aparato de controle imposto pelo sistema penal, tem como proposta o fim das injustiças e privilégios que são verificados no sistema penal, em razão das desigualdades sociais. A Criminologia Crítica sustenta, ainda, uma abrupta contração do sistema penal.

Os partidários dessa vertente criminológica, com base na defesa da democracia e da igualdade de tratamento – independente da classe social – opõem-se, de forma fervorosa, ao viés estigmatizante do sistema penal tradicional. Esse posicionamento, que preocupa-se com as consequências advindas das tradicionais sanções penais, acaba servindo de base para a discussão sobre as medidas propostas pela Justiça Restaurativa.

### 5.2.3. Abolicionismo

O abolicionismo, que é a forma mais radical de confrontação com os postulados penais, configura uma teoria deslegitimadora do sistema penal. Esse movimento, que defende a extinção de todo o sistema penal e surgiu nos meados da década de 70, representa uma vertente que radicalizou os preceitos defendidos pela Criminologia Crítica.

Em posição diametralmente oposta ao Movimento Lei e Ordem, arguindo a ruína e irracionalidade do sistema penal, encontra-se o Abolicionismo Penal, movimento que tem Louk Hulsman e Nils Christie como expoentes, e Filippo Gramatica como um dos precursores.

Esclarecendo o que é o abolicionismo penal, Paulo Queiróz afirma que

O abolicionismo, como se disse, recusa consistência científica a todas as premissas sobre que descansa o direito penal e propõe, por isso, não apenas a extinção da pena, nem do direito penal, mas a

---

<sup>233</sup> Cf. SHECAIRA, op. cit., p. 309.

imediate abolição de todo o sistema de justiça penal. Argumenta-se que o sistema penal é em si mesmo um problema social, que é um mal social que cria mais problemas do que resolve.<sup>234</sup>

Os abolicionistas reforçam a ideia de que as premissas basilares do direito de punir precisam ser refutadas, uma vez que toda conduta enquadrada como delituosa representa uma realidade inexorável. Ademais, como já explicitado, o comportamento criminoso, de uma perspectiva ontológica, é inexistente. Ainda assim, segundo os abolicionistas, o Direito Penal, com claro desígnio repressor, através de rótulos<sup>235</sup>, incrimina condutas sociais que, segundo a corrente política hegemônica, precisam de uma repressão severa.

Do postulado acima exposto, concernente ao modo de surgimento das condutas previstas como criminosas, deriva a crítica de que o sistema criminal tende a reproduzir as desigualdades sociais em toda estrutura judiciária - em especial na legislação penal vigente e no *modus operandi* dos cidadãos com investidura para decidir as lides. Em outros verbetes, o sistema penal - que é seletivo e recruta sua clientela entre os desprovidos de representatividade socioeconômica - apesar de camuflar seus reais propósitos, representa um sistema de controle social.

Segundo o movimento abolicionista, o sistema penal foca sua intervenção sobre pessoas e não sobre situações. Nessa perspectiva abolicionista, o sistema penal estaria mais interessado em punir os indivíduos desfavorecidos socioeconomicamente, de forma a manter as desigualdades sociais. Sobre o tema, Rogério Greco leciona, nos seguintes termos:

A crítica abolicionista é construída desde o momento em que surge a lei penal, proibindo ou impondo determinado comportamento sob a ameaça de sanção, questionando os critérios, bem como a necessidade do tipo penal incriminador, passando pela escolha das pessoas que, efetivamente, sofrerão os rigores da lei penal, pois que, como é do conhecimento de todos, a 'clientela' do Direito Penal é constituída pelos pobres, miseráveis, desempregados, estigmatizados por questões raciais, relegados em segundo plano pelo Estado, que deles somente se lembra no momento crucial de exercitar a sua força como forma de contenção de massa, em benefício de uma outra classe, considerada superior, que necessita desse 'muro divisório' para que tenha paz e tranquilidade, a fim de que possa produzir e fazer prosperar a nação.<sup>236</sup>

<sup>234</sup> QUEIRÓZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 92-93.

<sup>235</sup> Cf. EL HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 125.

<sup>236</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói/RJ: Impetus, 2009, p. 9.

Esse processo seletivo serviu como postulado para o desenvolvimento da já citada Teoria do Etiquetamento (*Labelling approach*) que surgiu na década de 1960 nos Estados Unidos da América. Vale pontuar que, apesar de ter desenvolvido-se na década de 1960, algumas bases dessa tese de discriminação social perpetrada pelo Direito Penal já tinham sido suscitadas por autores como Edwin Sutherland, expoente no estudo dos “crimes de colarinho branco”.

Um dos principais expoentes do abolicionismo é o criminólogo holandês Louk Hulsman. Com o escopo de propiciar uma melhor abordagem dos conflitos sociais abarcados pela análise jurídico-penal, Hulsman sustenta que eventuais embates devem ser encarados como “situações problemáticas”<sup>237</sup>, nas quais a comunicação entre os sujeitos deve ser potencializada, e não mais como comportamentos criminosos que, em decorrência da maneira como são conduzidos pelos órgãos da Justiça Criminal, acabam ensejando o acirramento de ânimos entre as partes envolvidas.

Hulsman apresenta fortes críticas ao encarceramento. Segundo Hulsman, a prisão, por ele considerada um castigo corporal, representa um sofrimento estéril, *nonsense*. Sob essa perspectiva, a prisão destrói o espírito e o físico do indivíduo de forma tão desastrosa que o ser humano acaba, ao passar pela experiência do cárcere, despersonalizado e dessocializado o que resulta na sua incapacidade de retornar, de forma sadia, ao convívio social. Nesse sentido, Hulsman sustenta que “o clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação.”<sup>238</sup>

O autor holandês entende também que o sistema penal é uma fábrica de culpados, “na medida em que seu funcionamento mesmo se apoia na afirmação da culpabilidade de um dos protagonistas, pouco importando a compreensão e vivência que os interessados tenham da situação.”<sup>239</sup> Apesar da Justiça Restaurativa não se afastar do conceito de culpabilidade, a crítica de Hulsman – no que tange à análise restrita que o sistema penal tradicional executa – é aproveitada pelos modelos

---

<sup>237</sup> HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal Tradução de Maria Abramo Brant de Carvalho. In: **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Organizadores: Edson Passetti, Roberto Baptista. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 207.

<sup>238</sup> HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 63.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 67.

restaurativos que visam examinar o crime sob uma perspectiva mais ampla do que a habitual.

Louk Hulsman, resumindo as duras críticas que faz ao sistema penal, arremata consignando que sua “reprovação mais profunda à justiça criminal é a de que ela tende a fornecer uma construção não realista do que aconteceu e, portanto, a fornecer também uma resposta não realista e ineficiente.”<sup>240</sup>

A despeito da difusão de ideias sob a titulação de “abolicionismo penal”, para que não reste aparente uma univocidade em todo o discurso abolicionista, é salutar consignar que essa teoria deslegitimadora não é homogênea, tendo em vista as variações existentes em decorrência das distintas vertentes ideológicas<sup>241</sup> que servem de lastro para o desenvolvimento das concepções sustentadas pelos expoentes do movimento, tais como Louk Hulsman, que parte de uma matriz fenomenológica, e Thomas Mathiesen, que é adepto do pensamento marxista. Sobre esse aspecto, Salo de Carvalho chama atenção para o fato de que

O abolicionismo congrega autores que, partilhando da crítica sociológica às agências penais, comungam de inúmeras e diversificadas propostas para a radical contração/substituição do sistema penal por instâncias não-punitivas de resolução dos conflitos.<sup>242</sup>

As ideias de Thomas Mathiesen e Nils Christie também, em parte, servem de inspiração para a Justiça Restaurativa. Enquanto Nils Christie<sup>243</sup> enfatiza os benefícios dos “comitês de mediação” – conselhos para soluções alternativas de conflitos – a política abolicionista de Thomas Mathiesen<sup>244</sup>, inspirou a criação da Associação Norueguesa para a Reforma Penal (KROM), que consiste em um espaço público alternativo para discussão dos malefícios da prisão.

Em resumo, os abolicionistas sustentam que é imperioso desprestigiar a falsa noção de que o sistema penal é inerente à existência humana em comunidade.

<sup>240</sup> HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal Tradução de Maria Abramo Brant de Carvalho. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Organizadores: Edson Passetti, Roberto Baptista. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 205-206.

<sup>241</sup> BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 648.

<sup>242</sup> CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 138.

<sup>243</sup> CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. Tradução de Beatriz Scigliano Careiro. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Organizadores: Edson Passetti, Roberto Baptista. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 252.

<sup>244</sup> MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho possível? Tradução de Jamil Chade. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Organizadores: Edson Passetti, Roberto Baptista. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 285.



Em analogia com o pensamento de Francis Bacon<sup>245</sup>, é possível afirmar que o abolicionismo defende o rompimento com os preconceitos (ídolos) sobre a maneira de solução dos conflitos penais, pois, desta forma, a sociedade será capaz de vislumbrar alternativas para a resolução dos embates que atualmente estão insertos na esfera de domínio do Direito Penal.

Em decorrência das ideias supracitadas, os críticos do abolicionismo alegam que o movimento de descriminalização total é utópico, tendo em vista que existem situações em que o Direito Penal é indispensável. Constata-se, portanto, que o abolicionismo é iconoclasta, no que tange à tese da indispensabilidade da reprimenda penal. Mais do que uma mudança jurídica, o abolicionismo defende uma reviravolta na compreensão social acerca da punição, de forma que constitui uma proposta política de mudança social. Nesse sentido, Eugenio Raul Zaffaroni observa que “o abolicionismo penal é uma proposta de nova sociedade. Não é uma proposta penal. Para abolir o poder punitivo, é mister mudar a sociedade.”<sup>246</sup>

E é nesta linha de pensamento crítico que a Justiça Restaurativa se insere, como medida alternativa ao sistema penal que, no entanto, não vislumbra a extinção do mesmo.

#### 5.2.4. Vitimologia

A Vitimologia é a disciplina que enfoca o estudo científico na vítima. A despeito de não diminuir a importância da Vitimologia, é salutar ponderar que ainda existe debate doutrinário<sup>247</sup> acerca da sua (in)dependência em relação a Criminologia.

Como um ramo autônomo, a Vitimologia surgiu em 1947, fruto dos debates sobre as barbáries cometidas durante a 2ª. Guerra Mundial. Os principais precursores dessa etapa, que é denominada de clássica ou positivista, são o romeno Benjamin Mendelsohn e o alemão Hans Von Hentig, autores que

---

<sup>245</sup> BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultura, 1997, p. 54.

<sup>246</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Abertura. In: KARAM, Maria Lúcia (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 41.

<sup>247</sup> Cf. NEUMAN, Elías. **Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales**. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1994, p. 38-39.

“compartilham uma análise etiológica e interacionista”, como observado por Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes<sup>248</sup>.

A Vitimologia é uma disciplina que busca recolocar a vítima em uma posição de destaque em sede de um evento criminoso. Essa ciência criminal visa romper com o consagrado binômio crime-criminoso e, por conseguinte, inserir a vítima, de forma significativa, no âmbito das discussões atinentes ao delito. A Vitimologia, especialmente na fase atual, capta a necessidade de, através de um trabalho multidisciplinar, dar voz à vítima, as suas angústias e aos seus anseios. Sobre o contemporâneo perfil da Vitimologia, Xulio Ferreiro Baamonte leciona, nos seguintes termos:

Como característica geral, em uma perspectiva evolutiva, pode-se fazer menção à mudança de uma Vitimologia do ato, enfocada no estudo do alcance da interferência da vítima no delito, para uma Vitimologia da ação, conectada com o movimento social e mais preocupada com a resolução dos problemas enfrentados pela vítima, desde uma múltipla perspectiva, legal, social, assistencial, psicológica, etc.<sup>249</sup>

Capta-se a contribuição que a atual perspectiva da Vitimologia fornece para o desenvolvimento do paradigma restaurativo. Outrossim, sobre a indispensabilidade da análise vitimológica para compreensão do delito, o criminólogo argentino Elias Neuman aduz:

A justiça resplandecerá com o estudo do agredido, se compreenderá melhor a conduta do transgressor, as sentenças serão mais justas. Não se pode explicar o fenômeno criminal sem a presença da vítima. Será preciso sua análise e investigação, que revelam em diversos delitos a cada vez mais tangível interação com o delinquente, ao ponto que sem ela não se pode compreender adequadamente a conduta deste.<sup>250</sup>

<sup>248</sup> GOMES, Luiz Flávio; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 77.

<sup>249</sup> BAAMONDE, Xulio Ferreiro. **La víctima em el proceso penal**. Madrid: La ley, 2005, p. 51, tradução nossa (Como característica general en la tendencia evolutiva, se puede hacer mención del paso de una Victimología del acto, enfocada en el estudio de la intervención de la víctima en la penetración del delito, hasta una Victimología de la acción, conectada con el movimiento social, y más preocupada de la resolución de los problemas a los que la víctima se enfrenta, desde una múltiple perspectiva, legal, social, asistencial, psicológica, etc).

<sup>250</sup> NEUMAN, op. cit., p. 43, tradução nossa. (La justicia resplandecerá con el estudio del agredido, se comprenderá mejor la conducta del transgresor, las sentencias serán más justas. No puede explicarse el fenómeno criminal sin la presencia de la víctima. Será preciso su análisis e investigación, que revelan, en múltiples delitos, la cada vez más tangible interacción con el delincuente, a punto tal que sin ella no puede comprenderse debidamente la conducta de éste).

Conforme corroborado pelas palavras proferidas por Elias Neuman, a ideia de que a vítima deve ser participante ativa no processo tende a revigorar.

Não obstante, na concepção que ainda impera no ordenamento jurídico nacional, destacando-se o ramo criminal, o Estado (detentor do *jus puniendi*), quando da ocorrência de um delito, apropria-se deste e afasta a vítima, transformando-a, na maioria das vezes, em mera fonte de prova processual. A vítima, assim como o ofensor e a comunidade, não é atraída pelo processo penal tradicional. Como identifica Raffaella Pallamolla, "o foco não está no dano causado à vítima ou na experiência desta e do ofensor no momento do delito, mas sim na estrita violação à lei, já que a vítima passa a ser o próprio Estado."<sup>251</sup>

Essa postura repulsiva, em relação à participação da vítima, acaba gerando uma espécie de vitimização secundária, também conhecida como sobrevivitização, que consiste no sofrimento suportado pela vítima, de forma derivada, em razão da maneira como o sistema penal lida o com o crime. Ou seja, essa forma de vitimização é resulta do desdobramento do delito, o que verifica-se, por exemplo, quando a vítima percebe que a sua impressão sobre o crime não está sendo efetivamente levada em consideração.

Em contrapartida, a Vitimologia repudia a tese de que o crime, como violação a um bem jurídico, permite que o Estado se apodere, de forma exclusiva, do conflito e discuta, exclusivamente, com o delinquente o direcionamento a ser adotado.

Não se pode olvidar que a postulação pela inserção da vítima nas discussões não pode ser interpretada como uma defesa, de viés retrógado, por uma onipotência do polo passivo do delito. Deve-se buscar o equilíbrio entre as partes, razão pela qual, como lembram Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, "a moderna Vitimologia não pretende uma inviável regressão ao passado, à vingança privada ou à represália, porque uma resposta institucional e serena ao delito não pode se subordinar aos estados emocionais da vítima."<sup>252</sup> Sobre esse quesito, é importante pontuar que a Justiça Restaurativa abre espaço para que as emoções das partes sejam expressadas, com o objetivo de uma melhor compreensão dos impactos causados pelo crime, o que não significa que

---

<sup>251</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 70-71.

<sup>252</sup> GOMES; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 75.

destemperos emotivos sejam aceitos pelos modelos restaurativos. Influenciada pela Vitimologia, a Justiça Restaurativa não almeja um “regime ditatorial vitimológico”, mas sim, com o propósito de uma efetiva reparação do dano, um diálogo simétrico.

Ainda é importante pontuar que a Vitimologia não se confunde com a Vitimodogmática que, com resquícios ideológicos provenientes do pensamento vitimológico positivista, busca examinar o grau de influência da vítima para a ocorrência de uma conduta criminosa. Em caso de co-responsabilidade da vítima, a vertente moderada da Vitimodogmática, que é dominante na doutrina e na jurisprudência alemãs<sup>253</sup>, defende a atenuação da pena imposta ao autor de delito.

É no âmago da Vitimodogmática que se desenvolve o princípio da autorresponsabilidade da vítima<sup>254</sup> que, em regra, ao propor a ausência ou atenuação da responsabilidade penal do sujeito ativo do crime a depender do comportamento da vítima, não serve como matriz ideológica para a Justiça Restaurativa.

Por fim, é possível consignar que, para os defensores da Vitimologia, a vítima não é uma figura fadada ao medo e seus interesses devem ser considerados no caso concreto como um dos aspectos mais relevantes para a resolução do embate. Nesse diapasão, se depreende o valioso auxílio que a concepção vitimológica confere na construção do paradigma da Justiça Restaurativa.

---

<sup>253</sup> Cf. SANTANA, Selma Pereira de. Justiça restaurativa, um novo olhar sobre as vítimas de delito e a injustificável contraposição da Vitimodogmática. **Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi**, Fortaleza, jun. 2010, p.1231.

<sup>254</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan; LARRAURI PIJOAN, Elena. **Victimología: presente y futuro**. Barcelona: PPU, 1993, p. 14.

## 6. JUSTIÇA RESTAURATIVA

### 6.1. Apresentação de uma nova proposta de Justiça

Antes de começar a exposição sobre a Justiça Restaurativa, uma ponderação se mostra necessária: o desenvolvimento teórico do paradigma a seguir dissecado está longe de esgotar-se, ou seja, ainda há muito que perquirir sobre a Justiça Restaurativa. Apesar do avanço do estudo sobre o tema no âmbito acadêmico, da propagação dos ideais restaurativos para a sociedade e do crescimento da implantação de práticas restaurativas, o assunto em comento ainda não constitui um arcabouço teórico completo.

Por certo, como tentar-se-á demonstrar a seguir, os conhecimentos atinentes à Justiça Restaurativa vêm consolidando-se. Não obstante, ainda é extremamente pertinente a constatação feita por Leonardo Sica de que “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.”<sup>255</sup> Essa ponderação não almeja gerar insegurança - especialmente aos que iniciam os contatos com a Justiça Restaurativa – sobre o caráter científico do tema em comento, tampouco esmorecer os ânimos daqueles que debruçam-se sobre a literatura que versa sobre o paradigma restaurativo, mas sim esclarecer que trata-se de uma matéria ainda em estágio de progresso teórico e que, pelas próprias características, permanecerá afeita a constantes ajustes, o que não impedirá que os principais contornos já delineados sejam a seguir trabalhados.

Nesse rumo, cabe iniciar a abordagem consignando que a discussão sobre Justiça Restaurativa, como novo modelo de gestão do crime, surgiu na década de setenta do século XX. A utilização de forma pioneira da expressão “Justiça Restaurativa” é atribuída<sup>256</sup> ao psicólogo estadunidense Albert Eglash, em 1977, no artigo intitulado “*Beyond Restitution: Creative Restitution*”, no qual o autor estabelece a diferença entre três tipos de justiça criminal, quais sejam: retributiva, reabilitativa e restaurativa.

---

<sup>255</sup> SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

<sup>256</sup> Cf. LEVINSON, David (Ed.). **Encyclopedia of crime and punishment**: volume 3. California: Sage, 2002, p. 1389.

Na Justiça Retributiva, que exalta o viés punitivo, o crime é tratado como uma violação a uma lei criminal estabelecida pelo Estado, o foco é o ofensor e não há espaço para participação da vítima e da comunidade na busca pela melhor forma de lidar com os males gerados pelo crime. A Justiça Reabilitativa, que também não abre espaço para a vítima, parte do pressuposto de que o ofensor necessita de tratamento. Por sua vez, a Justiça Restaurativa enseja uma avaliação mais ampla do crime, de forma que a vítima seja mais participativa.

A Justiça Restaurativa surge devido à necessidade de buscar alternativas diante do caos provocado pela ineficácia das penas retributivas em diversas situações de conflito social. A aplicação de medidas restaurativas, adiante explicitadas, está concatenada com a ênfase nos Direitos humanos e encontra guarida no Estado Democrático de Direito, concepção de Estado que é defendida na presente dissertação, sob o manto do neoconstitucionalismo. Nessa senda, Leonardo Sica sustenta que “a construção de um novo paradigma de justiça penal (a justiça restaurativa, baseada na mediação penal) pode colaborar para a efetiva transição para o Estado Democrático de Direito”.<sup>257</sup>

Antes de prosseguir, é oportuno esclarecer que, conforme ensina Mylène Jaccoud<sup>258</sup>, as expressões “justiça transformadora ou transformativa”, “justiça relacional”, “justiça restaurativa comunal”, “justiça recuperativa” e “justiça participativa” são utilizadas para denominar o paradigma ora examinado. Ainda é necessário informar que o título “Justiça Reintegrativa” também é usado como sinônimo de Justiça Restaurativa<sup>259</sup>.

Como já explicitado nesse tópico, o paradigma ora apreciado não consiste em tema esgotado. A própria definição da Justiça Restaurativa não é uma questão fechada. Não obstante, a definição proposta por Tony Marshall, apesar de não ser a única possível, sintetiza a essência da Justiça Restaurativa, razão pela qual alcançou grande aceitação entre os estudiosos do assunto. De acordo com Tony Marshall, “a justiça restaurativa é um processo pelo qual as partes que têm interesse

---

<sup>257</sup> SICA, op. cit., p. 8.

<sup>258</sup> JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), 2005, p. 163.

<sup>259</sup> Cf. FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça restaurativa**: natureza, finalidades e instrumentos. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.24.

em uma ofensa específica, reúnem-se para coletivamente resolver como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações futuras.”<sup>260</sup>

Nessa vereda, é possível afirmar que a Justiça Restaurativa visa que as partes envolvidas na ocorrência de uma conduta ofensiva possam, de forma participativa, encontrar solução para reparar os danos causados e, assim, pacificar as relações intersubjetivas. Sobre o escopo da Justiça Restaurativa, Leonardo Sica entende que

Sob a denominação de justiça restaurativa (restorative justice, giustizia riparativa, justice réparatrice, justicia reparadora, etc.), 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.<sup>261</sup>

Já Gerry Johnstone e Daneil Van Ness, autores com destaque internacional quando a discussão jurídica diz respeito à Justiça Restaurativa, ensinam que, em síntese, a meta mais ampla desse modelo de justiça “é transformar a forma como as sociedades contemporâneas visualizam e reagem aos crimes e aos comportamentos importunos”.<sup>262</sup>

Ainda com o intuito de clarificar o tema em questão, qual seja um novo paradigma alternativo de justiça, é salutar consignar que, em 2002, por iniciativa da Bélgica, o Conselho da União Europeia criou uma Rede Europeia de Pontos de Contacto Nacionais para a Justiça Restaurativa, cujo artigo 2º fornece a seguinte definição sobre o tema:

Artigo 2º. Definição e formas de justiça restaurativa: Para efeitos da presente decisão, o termo “justiça restaurativa” refere-se a uma visão global do processo de justiça penal em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infractor é realçada de uma maneira positiva. A justiça restaurativa denota uma abordagem lata em que a reparação material e imaterial de relação confundida entre a vítima, a comunidade e o refractor constitui um princípio orientador geral no processo de justiça penal. O conceito de justiça restaurativa abrange um conjunto de ideias que é relevante para diversas formas de sancionamento e de tratamento de conflitos

<sup>260</sup> MARSHALL, Tony. **Restorative Justice**: an overview. London: Home Office Research and Development Statistics Directorate, 1999, p. 5, tradução nossa (Restorative Justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future).

<sup>261</sup> SICA, op. cit., p. 10.

<sup>262</sup> JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. The Meaning of Restorative Justice. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (ed.). **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton, UK; Portland, USA: Willian Publishing, 2007, p. 5, tradução nossa (Its broad goal is to transform the way contemporary societies view and respond to crime and troublesome behavior).

nas várias fases do processo penal ou com ele relacionados. Embora até à data a justiça restaurativa tenha encontrado expressão principalmente em diversas formas de mediação entre as vítimas e os infratores (mediação vítima-infractor), estão cada vez mais a ser aplicados outros métodos, como, por exemplo, o debate em família. Os governos, a polícia, os órgãos de justiça criminal, as autoridades especializadas, os serviços de apoio e assistência à vítima, os serviços de apoio ao infractor, os investigadores e o público estão todos implicados neste processo.<sup>263</sup>

Do dispositivo supratranscrito, se constata a predisposição harmonizadora e intersubjetiva de um modelo de justiça mais reparador e menos punitivo, em evidente contraposição ao *modus operandi* do processo convencional.

Os simpatizantes da Justiça Restaurativa defendem uma releitura da análise feita sobre o fato criminoso. O crime não deve continuar a ser entendido com mera violação a um bem jurídico, em descompasso com os anseios da vítima. De acordo com a perspectiva restaurativa, a conduta humana classificada como criminosa, antes de configurar uma afronta à lei, representa um desrespeito a uma pessoa. Corroborando essa constatação, Mylène Jacoud disserta que – na perspectiva restaurativa - “o crime não é mais concebido como uma violação contra o estado ou como uma transgressão a uma norma jurídica, mas como um evento causador de prejuízos e consequências”<sup>264</sup>.

Essa mudança de perspectiva é fundamental para uma modalidade de justiça consensual que tem o diálogo como principal ferramenta para gerir os conflitos. Nesse contexto, Howard Zehr - autor que defende a “troca das lentes” utilizadas para visualizar o conflito - explica que, diferente da lente retributiva, que não dá importância ao relacionamento entre vítima e ofensor, a lente restaurativa “identifica as pessoas como vítimas e reconhece a centralidade das dimensões interpessoais. (...) O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos.”<sup>265</sup>

Antes que se alastrem as críticas acerca da reintrodução da vítima na condução do evento criminoso, se mostra adequado fazer uma ponderação. A Justiça Restaurativa, apesar de influenciada pela Vitimologia, não busca, em nenhuma hipótese, trocar a atual postura estatal, que afasta contundentemente o

<sup>263</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575\\_02pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf)>. Acesso em 30 nov. 2011.

<sup>264</sup> JACCOUD, op. cit., p. 170.

<sup>265</sup> ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 174.



sujeito passivo do contexto destinado à solução do conflito, por uma ditadura da vítima em claro desfavor do sujeito ativo do crime. Como bem pontua Raffaella Pallamolla, “não é correto afirmar que a justiça restaurativa seja um movimento restrito às vítimas, visto que se preocupa com estas, mas também com o ofensor e a comunidade envolvida no conflito.”<sup>266</sup>

O processo restaurativo não se presta a legitimar respostas advindas do possível ódio exalado pela vítima. Ao contrário do que alegam alguns críticos, a Justiça Restaurativa não foi concebida para legitimar a vingança. Nos encontros restaurativos, todos os envolvidos precisam estar cientes de que os direitos das partes estão igualmente resguardados, não havendo uma espada apontada para a cabeça do autor do delito. Como lembra Howard Zehr, “na esteira do crime, as necessidades das vítimas são o ponto inicial para a justiça restaurativa. Mas não se devem negligenciar as necessidades do ofensor e da comunidade.”<sup>267</sup>

Caso as partes, ainda que ambas acreditem estar com a razão, não estejam imbuídas no intuito de dialogar, de forma respeitosa e em igualdade de oportunidades, a essência do processo restaurativo não far-se-á presente. A reparação, como assevera Selma Santana, “não deve ser direcionada predominantemente ao autor do delito ou à vítima, devendo levar igualmente em consideração ambas as linhas de visão.”<sup>268</sup>

Nesse bojo, a Justiça Reintegrativa não isola o delito em um compartimento estanque. Pelo contrário, a abordagem feita sobre a conduta agressora é multidisciplinar, inclusive, com o objetivo de incutir nas partes uma compreensão multifacetária da violência provocada em desfavor de alguém. A gestão do conflito não é feita somente por juristas, mas, também, por uma equipe de profissionais heterogênea composta, por exemplo, por psicólogos, assistentes sociais e pedagogos.

Constata-se que a Justiça Reparadora, mais do que “fazer justiça”, busca reduzir os malefícios do crime e, por conseguinte, alcançar a almejada pacificação social. Sobre essa concepção reintegrativa, Francisco Amado Ferreira aduz que

A intervenção da Justiça Restaurativa parte do pressuposto de que, antes mesmo de constituir uma violação à lei, a agressão se traduz, em termos individuais e psico-afetivos, na experiência emocional de

---

<sup>266</sup> PALLAMOLLA, op. cit., p. 53.

<sup>267</sup> ZEHR, op. cit., p. 189.

<sup>268</sup> SANTANA, op. cit., p. 65.

magoar ou ser magoado ou prejudicado e num profundo desrespeito em relação à vítima como pessoa e à sua personalidade.<sup>269</sup>

A Justiça Restaurativa, na perspectiva aqui apresentada, não propõe a extinção do sistema penal, e sim a complementaridade entre o modelo de reparação e o processo tradicional. Corroborando essa perspectiva, Marcelo Gonçalves Saliba assevera que “o modelo penal tradicionalmente imposto tem de ser revisto, e a justiça restaurativa se propõe a fazê-lo, sem eliminá-lo”<sup>270</sup>. No mesmo sentido, observando a necessidade de manutenção do sistema repressor para atuar sobre um determinado nicho de condutas extremamente graves, Leonardo Sica, aduz que “a justiça restaurativa não é um modelo substitutivo ao atual: os modelos punitivos e restaurativos devem coexistir e complementar-se, pois que não há condições de prescindir do direito punitivo (...) em determinadas situações-limites.”<sup>271</sup>

Com uma atuação complementar, o paradigma restaurativo acaba por enfatizar o princípio penal da intervenção mínima, cujo escopo é evitar que o Direito Criminal seja banalizado. Sob essa ótica minimalista, o Direito Penal só pode ser utilizado quando os demais ramos jurídicos mostrem-se incapazes de resguardar devidamente determinados bens jurídicos considerados essenciais para a sociedade.

É importante rebater a tese de que as propostas da Justiça Restaurativa podem incitar a falsa sensação de impunidade. O controle jurídico-penal continuará presente. Como bem ressalta Selma Pereira de Santana,

a reparação não se trata, em suma, de instrumento para se excluir o controle jurídico-penal. Ela apenas viabiliza a criação de um espaço livre, dentro dos limites desse controle, e acentua o princípio da responsabilidade na restauração da paz pública.<sup>272</sup>

Ato contínuo, constata-se que o paradigma de Justiça Reintegrativa, ao viabilizar um espaço para comunicação entre as partes, possibilita a diminuição da gravidade das consequências jurídicas advindas da prática delitiva. Nesta senda, é possível asseverar que a concepção restaurativista fortalece o princípio constitucional da humanidade das penas.

---

<sup>269</sup> FERREIRA, op. cit., p.25.

<sup>270</sup> SALIBA, op. cit., p. 178.

<sup>271</sup> SICA, op. cit., p. 34.

<sup>272</sup> SANTANA, op. cit., p. 194-195.

Ademais, na esteira da análise feita – no início do presente trabalho dissertativo - acerca dos meios de controle social, a propagação da ideia de que existe espaço, mesmo no âmbito estatal, para a busca por soluções não ortodoxas para determinada situação conflitante – outrora vista exclusivamente como uma conduta criminosa que violou uma norma jurídica e, portanto, é merecedora de uma repressão penal – não deve ser encarada como uma postura que causará abalo às instituições que compõem o sistema penal, que é composto pelos segmentos Policial, Ministerial, Judicial e Penitenciário.

A divulgação, assim como a adoção, de procedimentos menos enrijecidos pelo Estado, desde que respeitados os direitos fundamentais e com vistas à redução dos efeitos negativos causados por uma conduta desviante, deve ser recebida com otimismo. Inclusive, para os que se preocupam com a legitimidade da atuação estatal ao lidar com crimes, a busca por uma postura que, ao ser menos formal, se preocupe efetivamente em reduzir os malefícios causados por um comportamento desviante - o que constitui uma das propostas da Justiça Restaurativa - se mostra promissora, uma vez que, como doutrina Leonardo Sica,

Mesmo nas esferas institucionais – logo, no sistema penal – a escolha pela redução do formalismo, pela informalização, deve ser observada como caminho para o alcance (ou recuperação) da legitimidade.<sup>273</sup>

Há que advertir-se, ainda, que a Justiça Restaurativa não se apresenta como medida apta a diminuir o número de ocorrências criminosas, uma vez que não se consubstancia como ferramenta de Política Criminal para combate das causas do delito. Não obstante, é possível verificar, na esteira dos ensinamentos de Howard Zehr, que “a diminuição da criminalidade é um subproduto da Justiça Restaurativa.”<sup>274</sup>

A meta desse novo paradigma é, quando possível, buscar, mediante um processo construtivo calcado no diálogo entre as partes, um melhor entendimento dos motivos do crime já consumado e, por conseguinte, uma maneira amena de solucionar o conflito.

---

<sup>273</sup> SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

<sup>274</sup> ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 20.

Em sequência, se torna imperioso frisar que a Justiça Restaurativa, na perspectiva majoritariamente acolhida, é pautada pelo princípio da voluntariedade, uma vez que o agredido, assim como o agressor, não pode ser compelido a participar desse modelo de justiça. Quando aceita pelos sujeitos envolvidos, a Justiça Restaurativa busca - através, basicamente, de três modelos, quais sejam a mediação vítima-infrator (técnica distinta do modelo conciliatório utilizado pelos Juizados Especiais Criminais do Brasil), as conferências de grupos familiares e os círculos restaurativos (que englobam os painéis comunitários) - estimular as partes a gerirem o conflito e, possivelmente, encontrarem uma alternativa para a solução do conflito.

É importante reiterar que a Justiça Restaurativa não representa uma forma privada de Justiça. O escopo do paradigma restaurativo não é privatizar os conflitos.

No bojo desse novo paradigma, busca-se a reapropriação do conflito, sem margem para a privatização do mesmo. Uma das causas da aversão ao novo paradigma consiste na falta de conhecimento sobre as ferramentas utilizadas para a aplicação dos programas restaurativos. Erroneamente, critica-se a Justiça Restaurativa, assemelhando-a as práticas guiadas pela lógica mercantil, as quais promovem verdadeiro escambo, em sede penal, entre as partes. Símbolo dessa situação é o sistema de "*plea bargaining*", que é muito utilizado nos Estados Unidos.

No "*plea bargaining*", a negociação da pena é feita de forma escancarada. Os representantes do Poder Judiciário e, especialmente, o representante do órgão ministerial têm amplos poderes para ajustar a pena, conforme os pleitos expostos pelo autor do crime. Em busca da confissão, ao Promotor de Justiça é permitido propor ao acusado, em troca da confissão, o oferecimento de denúncia pela prática de crime menos grave do que o realmente cometido.

Em razão das características explicitadas, verifica-se que, indubitavelmente, o sistema do "*plea bargaining*" não se coaduna com os valores restaurativos. Justiça Restaurativa e *plea bargaining* possuem uma relação da mesma natureza que água e óleo, ou seja, não se misturam. Corroborando essa constatação, Ilana Martins afirma que "a Justiça Restaurativa em nada se assemelha ao sistema do *plea*

*bargaining*, no contexto do qual o acusado é praticamente coagido pelo órgão Ministerial e pelo Juiz a aceitar o acordo, com vistas a evitar o processo”.<sup>275</sup>

Na Justiça Reintegrativa, o dano material, por vezes suportado, não é o enfoque do processo conduzido sob a égide restaurativa. Mesmo tratando da conciliação ferramenta utilizada nos Juizados Especiais Criminais do Brasil – que, como ver-se-á, não corresponde à proposta restaurativa aqui defendida - Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, de forma precisa, esclarece que “resgatar a idéia original de uma participação maior da vítima não significa desconsiderar os direitos do acusado ou submetê-lo a uma nova forma de vingança privada”.<sup>276</sup>

Ademais, a reparação do dano nem sempre se dará pela via pecuniária, uma vez que o objetivo não é a mercantilização da dor. A indenização pecuniária por perdas e danos emergentes, apesar de constituir uma das medidas adotadas para reparar o dano, não pode ser entendida como sinônimo de solução reparadora.

Em verdade, não há uma fórmula para a solução do conflito, de modo que a forma de dissipar as divergências será construída pelas partes. Ou seja, o foco na perspectiva da comunicação apresentada por esse novo paradigma de justiça, na esteira do pensamento de Leonardo Sica<sup>277</sup>, é encorajar as partes envolvidas (vítima e ofensor) a exercerem papéis de protagonistas na busca pelo deslinde do conflito, no qual as autoridades públicas funcionarão como facilitadores, em que a forma de dissipar as divergências será construída pelas partes.

Nesse diapasão, a reparação do dano, conforme o modelo restaurativo, representa um avanço no âmbito das medidas alternativas do modelo punitivo que está em flagelos e, por isso, não pode se alastrar. Nesse sentido, destacando a já tratada crise do sistema penal, bem como vislumbrando um horizonte favorável à introdução da Justiça Restaurativa no Brasil, Luiz Flávio Gomes assevera que o sistema tradicional da Justiça Criminal

acha-se, desde sempre, em crise. Porque absolve ou condena, mas não ‘resolve’ o problema criminal (praticamente nada de positivo faz para a solução verdadeira do problema). Porque impõe suas

<sup>275</sup> LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal.** 2012. 205 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012, f. 121.

<sup>276</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou punir?- Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.73.

<sup>277</sup> SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

decisões com ‘imperium’, mas sem ‘auctoritas’. Porque se preocupa exclusivamente com o castigo do agente culpável – isto é, com a pretensão punitiva do Estado, que é só um dos sujeitos implicados no problema criminal – mas não atende às legítimas expectativas dos restantes: da vítima, da comunidade, do próprio infrator. A efetiva reparação do dano causado pelo delito, a preocupação com a reinserção social do delinquent e a pacificação das relações interpessoais e sociais afetadas pelo crime não são considerados seriamente pelo modelo clássico, que atua guiado mais por critérios de eficiência administrativa do que de justiça e equidade. Há, portanto, espaço para o crescimento no Brasil da chamada Justiça restaurativa.<sup>278</sup>

A Justiça Restaurativa, portanto, procura ocupar um espaço no qual a imposição de sanções é evidentemente ineficaz. Neste viés, a reparação, também identificada como concertação agente-vítima<sup>279</sup>, através do entendimento propiciado entre o sujeito ativo e a vítima, se mostra um objetivo mais efetivo, inclusive, sob a ótica das teorias preventivas da pena<sup>280</sup>.

Ultimamente, no que tange aos fins das penas, se tem suscitado, inclusive, a possibilidade da reparação do dano configurar uma consequência autônoma do delito. De forma sucinta, Jorge de Figueiredo Dias aglutina o pensamento em questão, nos seguintes termos:

Refere-se hoje, cada vez com maior insistência, como uma autônoma e nova finalidade da pena o propósito de com ela se operar a possível concertação entre o agente e a vítima através da reparação dos danos – não apenas necessariamente patrimoniais, mas também morais – causados pelo crime.<sup>281</sup>

Reiterando a possibilidade de a reparação constituir uma sanção penal autônoma, Günther Jákoobs posiciona-se da seguinte forma:

o dever de ressarcir pode bastar no caso concreto como consequência do delito; inclusive, em alguns delitos pode ser para a vítima mais adequado que prevaleça o dever de ressarcimento sobre a pena. Ademais, se leva em consideração uma ampla compensação autor-vítima – que excede o marco puramente civil.<sup>282</sup>

<sup>278</sup> GOMES, Luiz Flávio. Justiça penal restaurativa: perspectivas e críticas. **Argumenta**, Jacarezinho, n.8, p.151-154, jan./jun, 2008.

<sup>279</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 56.

<sup>280</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoria del delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madri: Editorial Civitas, 1997, p. 103.

<sup>281</sup> DIAS, op. cit., p. 56.

<sup>282</sup> JÁKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos y teoria de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 17, tradução nossa. (el deber de resarcimiento puede bastar en El caso concreto como consecuencia del delito; incluso, en algunos delitos puede ser para la víctima más

A reparação, sob a perspectiva da Justiça Restaurativa, consiste em um processo no qual o ofensor reconhece, perante a vítima e a sociedade, a responsabilidade pela ofensa. Registre-se que, em tópico posterior, retornar-se-á ao exame crítico da reparação.

Ao aproximar-se do término dessa exposição acerca do modelo reintegrativo de Justiça, é imprescindível, pela posição de destaque na pesquisa do tema em tela, colacionar a precisa abordagem de Selma Pereira de Santana, que doutrina nos seguintes termos:

A reparação, no Direito Penal, constitui um processo através do qual o autor do delito assume, perante a vítima e a sociedade, a responsabilidade pelo ato delituoso. Na perspectiva do processo penal, este não deve excluir um espaço livre para composições de conflitos que restabeleçam a paz.<sup>283</sup>

A Justiça Restaurativa apresenta-se como uma alternativa para a redução dos danos oriundos de crimes já consumados, diferentemente do que muitas vezes ocorre no processo penal convencional, cuja marca da conflituosidade e acirramento de ânimos entre as partes é intrínseca. Essa nova concepção de justiça prega que, em vez da tensa e, às vezes, traiçoeira relação estabelecida no modelo de justiça retributiva, seja aberto espaço para que, quando preenchidos os requisitos restaurativos, uma relação pautada pelo respeito sirva de ponte rumo a uma solução acordada e, por conseguinte, mais satisfatória para as partes envolvidas, direta ou indiretamente, no conflito.

## **6.2. A posição da Justiça Restaurativa e o(s) ponto(s) de contato com o sistema penal tradicional**

Uma questão primordial, com a qual se depara o investigador do paradigma restaurativo, consiste em decidir a posição que a Justiça Restaurativa deve ocupar no sistema jurídico. Basicamente, formaram-se duas tendências sobre o tema apreciado, quais sejam a minimalista e a maximalista.

---

adecuado que prevalezca el deber de resarcimiento sobre la pena. Además, se tiene em cuenta una amplia compensación autor-vítima – que excede AL marco puramente civil).

<sup>283</sup> SANTANA, op. cit., p. 194.

De acordo com a perspectiva minimalista, o modelo adequado enfatiza o processo restaurativo, ainda que essa postura resulte em resultados mais tímidos do que os auferidos pela perspectiva maximalista.

Em razão de focarem-se no processo restaurativo, e não no seu resultado, os partidários da tendência minimalista entendem que o princípio da voluntariedade não pode ser violado em nome de uma maior produção de soluções restaurativas. Como esclarece Milène Jaccoud, “a tendência detalhista ou ‘desvio do sistema judiciário principal’ concebe que a justiça restaurativa deve convocar exclusivamente voluntários”<sup>284</sup>. Ou seja, a parte, antes de participar de processo restaurativo, deve manifestar – livre e conscientemente – sua aquiescência.

Não obstante a defesa do distanciamento mantido do sistema penal, os minimalistas vêm aceitando, como informa Raffaella Pallamolla, “a fiscalização do Estado, para evitar abusos ou violações de direitos”<sup>285</sup>. Essa postura mostra-se a mais equilibrada e com maior potencial de êxito.

Já o modelo maximalista, pautado pela busca de resultados, parte da concepção de que a Justiça Restaurativa “deve transformar profundamente o modelo retributivo e, para tal, deve ser integrada ao sistema de justiça estatal”, como ensina Mylène Jacoud<sup>286</sup>.

Em nome da produtividade, admite-se a condução de um processo restaurativo ainda que o requisito da voluntariedade das partes não esteja preenchido. Essa perspectiva, que é rejeitada nessa dissertação, parece afrontar contra a essência da Justiça Restaurativa, que consiste em oportunizar, aos que desejem, um fórum de diálogo voluntário acerca das causas e implicações da ofensa.

Não obstante a maior proximidade desse trabalho científico com a concepção minimalista, não é pertinente perder de vista o caráter complementar da Justiça Restaurativa em relação à Justiça Penal tradicional.

Como abordado no tópico precedente, os programas restaurativos, de forma majoritária, apresentam-se como alternativas ao sistema de justiça tradicional, em uma relação de complementaridade. Sobre essa relação existente entre Justiça Restaurativa e Justiça Penal comum, Tony Marshall, expoente dos estudos ligados à

---

<sup>284</sup> JACCOUD, op. cit., p. 172.

<sup>285</sup> PALLAMOLLA, op. cit., p. 79-80.

<sup>286</sup> JACOUD, loc. cit.



Justiça Restaurativa, já ensinava, há mais de uma década, que “em geral aceitava-se que a Justiça Restaurativa podia e devia integrar-se o máximo possível com a Justiça Penal tradicional, como um processo complementar que melhora a qualidade, a efetividade e a eficiência da justiça como um todo.”<sup>287</sup>

Nessa vereda, mostra-se oportuno identificar o instante em que o caso concreto chega aos programas restaurativos. Com lastro na obra editada pela Organização das Nações Unidas<sup>288</sup>, é possível elencar quatro etapas em que podem remeter-se as querelas jurídicas aos programas restaurativos, conforme a seguir explicitado.

A primeira possibilidade consiste no encaminhamento efetuado na fase policial, ou seja, pré-acusatória, como ocorre na Inglaterra e no Japão. Também é possível que ocorra, segundo Leonardo Sica, “pré-acusação, com encaminhamento pelo juiz ou pelo Ministério Público, após recebimento da *notitia criminis* e da verificação de requisitos mínimos”<sup>289</sup>, uma vez que a ausência destes pode implicar no arquivamento do caso.

A segunda etapa possível se dá quando o caso é remetido na fase pós-acusação, mas, usualmente, antes do processo. Nessa situação, o *Parquet* é responsável por realizar o encaminhamento.

A terceira possibilidade consiste na fase pré-sentença – concluída a instrução – na qual o encaminhamento pode ocorrer antes do julgamento ou durante a sentença. Nesse caso, o encaminhamento é feito pelo magistrado.

Por fim, cabe mencionar a etapa pós-sentença, como alternativa ao cárcere, como parte dele, ou somada à pena de prisão. Essa possibilidade é duramente criticada porque constitui a sobreposição dos modelos punitivo e restaurativo, circunstância que pode, de acordo com Leonardo Sica causar danos como “*bis in idem* para o ofensor, revitimização e incongruência sistemática”<sup>290</sup>.

Diante do exposto, é possível asseverar que o momento mais propício para o encaminhamento do caso aos programas restaurativos reside na etapa pré-instrução criminal. O ato de remeter o caso à Justiça Restaurativa, no momento

---

<sup>287</sup> MARSHALL, op. cit., p. 8, tradução nossa (generally accepted that Restorative Justice can and should be integrated as far as possible with Legal Justice as a complementary process that improves the quality, effectiveness and efficiency of justice as a whole).

<sup>288</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime. **Handbook on restorative justice programmes**. New York: United Nations, 2006, p. 13.

<sup>289</sup> SICA, op. cit., p.29.

<sup>290</sup> Idem, p. 30.

anterior à instrução, poupará as partes dos embates que, geralmente, são amplificados pelos ritos processuais ordinários.

A princípio, a possibilidade de encaminhamento em momento posterior ao início da instrução, quando a relação de contrariedade das partes está ainda mais delineada, parece abrir um espaço muito amplo para um excessivo jogo de barganha, o qual não se coaduna com a perspectiva restaurativa defendida nesse trabalho acadêmico.

### **6.3. Modelos restaurativos**

O Estado, por meio das modalidades convencionais de processo, durante muito tempo, se posicionou como o único a ter legitimidade para gerir o conflito entre cidadãos. Esse exclusivismo procedimental estatal para conduzir a busca pela pacificação social está saturado e o revigoramento de medidas autocompositivas está em destaque.

Como já defendido no presente texto, o Estado não pode, por impossibilidade de recursos materiais, nem deve, por questões sociais, ser o único a ter respaldo para determinar o modo de lidar com o conflito. Nesse diapasão, formas não-impositivas têm ganhado relevo na tentativa de alcançar resultados mais produtivos com vistas à estabilização das relações interpessoais abaladas pelo crime.

No âmbito do paradigma apreciado nessa dissertação, vislumbram-se, basicamente, três modelos de abordagem do conflito, quais sejam a mediação vítima-infrator, as conferências de grupos familiares e os círculos restaurativos (que engloba os painéis comunitários).

Em apertada síntese, vale consignar que as conferências de grupos familiares transcorrem mediante a participação, além dos diretamente envolvidos no conflito, de familiares e pessoas fortemente ligadas às partes.

Já nos círculos restaurativos, de forma mais ampla que nas conferências familiares, ocorre a participação da comunidade. Nesse modelo, os diálogos, por serem mais abrangentes, podem versar sobre questões comunitárias que, de alguma forma, implicaram na ocorrência do conflito.

Já o encontro mediado vítima-ofensor, por ser o modelo mais utilizado, será analisado, de forma pormenorizada, no tópico subsequente.

### **6.3.1. Mediação: principal prática do modelo restaurativo**

Como esclarecido, a mediação não é a única prática aceita pelo modelo de Justiça Restaurativa. Não obstante, a mediação se apresenta como a prática mais consolidada para o presente estágio evolutivo no qual se encontra o paradigma restaurativo. A seguir, destacar-se-á a seguir as principais nuances da mediação.

Neste sentido, a mediação se apresenta como uma forma alternativa de condução dos conflitos da seara criminal, na qual, de forma desburocratizada, se busca restaurar as relações sociais deterioradas por uma determinada prática violenta. Há que consignar-se que, mais do que o concesso emocional entre autor e vítima, o mediador busca permitir que, através do diálogo, as partes restabeleçam o respeito mútuo. Em outros verbetes, o objetivo do encontro restaurativo não é que, necessariamente, as partes estabeleçam laços afetivos, e sim que possam construir “pontes de comunicação”.

A mediação, atenta ao déficit comunicacional, que é uma das marcas do processo penal tradicional, destina-se a propiciar um ambiente propício para o diálogo respeitoso e não-camuflado entre as partes.

A mediação não se confunde com a conciliação, cuja atuação pode ser constatada nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil. Esses Juizados são regulamentados pela Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 que, ao revogar a Lei nº 7.244 de 7 de novembro de 1984, acabou com os Juizados de Pequenas Causas, os quais, em verdade, constituem os embriões dos atuais Juizados Especiais.

Nos Juizados Especiais Criminais, na audiência preliminar, conforme expressamente previsto nos artigos 72 e 73 da Lei nº 9.099/95, o juiz ou conciliadores sob sua orientação conduzirão a tentativa de conciliação entre as partes. É importante não olvidar que a competência desses Juizados se restringe aos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, abrangem as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, conforme redação do artigo 61 da Lei Ordinária que regula a matéria em apreço.

Na conciliação, cuja meta é a solução negociada do conflito, a atuação do conciliador é mais incisiva. Sem dúvida, é da própria natureza do evento conciliatório que o conciliador direcione a discussão com o claro objetivo de que um acordo, sugerido por ele próprio ou pelas partes, seja firmado. Por certo, no mundo atual em que a velocidade dos procedimentos é maior do que antigamente - o que, *a priori*, é um bom sinal, a condução de uma tentativa de conciliação pode ser realizada de forma condensada.

Algumas vezes, entretanto, o conciliador acaba, no afã de - mais do que encontrar uma solução para o problema – diminuir a pauta de audiências instrutórias da Vara Judicial, inibindo o debate sobre as causas do crime e busca demonstrar os benefícios advindos da decisão tomada de maneira conciliada. Sobre esse e outros problemas constatados no cotidiano dos Juizados Especiais criminais, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo esclarece que

a excessiva preocupação com a celeridade da justiça, aliada a problemas estruturais como a falta de juízes, promotores e defensores públicos e o número insuficiente de Juizados, junto com a demanda impressionante de processos judiciais, acaba por solapar a possibilidade de que as audiências sirvam como um momento para o restabelecimento do diálogo entre as partes em conflito. A busca de produtividade leva a uma tendência de redução dos esforços do juiz no sentido da conciliação, que exigiria o esclarecimento das partes e a abertura de espaço para a expressão da vítima e do autor do fato.<sup>291</sup>

A postura extremamente interventiva do conciliador, em nome da produtividade – como ocorre nos Juizados Especiais brasileiros - não é salutar. Verifica-se, então, que essa maneira “acelerada” de tentar gerenciar o conflito não se coaduna com a Justiça Restaurativa. Não se pode sequer aventar a existência de forte identificação entre os programas restaurativos e o que ocorre no Brasil, sob a égide da Lei 9.099/95. Sobre o tema, Leonardo Sica esclarece que:

A preocupação em não identificar a mediação com a conciliação da Lei 9.099/95 ou com ideia de *conflict resolution*, reside na constatação de que ambas concentram toda a atenção na obtenção do acordo e, mesmo que disfarçadamente, no desafogamento da máquina judiciária, reduzindo e empobrecendo as possibilidades de revalorização e reconhecimento das partes (...).<sup>292</sup>

No bojo restaurativo, a maior celeridade comunicacional não pode implicar em “atropelamentos” de cuidados destinados à justa e equitativa condução de um

---

<sup>291</sup> AZEVEDO, op. cit., p.76.

<sup>292</sup> SICA, op. cit., p.48-49.

conflito penal. Sobre o tema, Leonardo Sica se posiciona afirmando que “a celeridade não está na pauta do projeto de mediação penal.”<sup>293</sup> Corroborando a necessidade de parcimônia quando da utilização da mediação, Ricardo Cappi afirma que

Nesse caso, o processo da mediação demanda tempo, não tendo como obedecer a lógicas “imediatistas”, tais como aquelas da decisão imposta. Trata-se do tempo da palavra, da simbolização daquilo que até então tinha ficado no patamar do não dito, preso nas ações através das quais o conflito se expressava.<sup>294</sup>

Em resumo, não devem ser repudiadas as iniciativas destinadas à elevação da eficiência do sistema penal, desde que o conceito de eficiência, concatenado com os direitos fundamentais, não seja distorcido.

Diferentemente do conciliador, o mediador tem um papel menos diretivo. A função de mediador é possibilitar o diálogo pacífico e respeitoso entre as partes. O modo de enfrentamento do problema, bem como sua solução, será desenvolvido pelas partes. Na mediação, em primeiro plano, as partes, com mais liberdade do que em uma conciliação, buscam gerir o conflito. O papel do mediador é facilitar a comunicação entre os sujeitos e conduzir o encontro em momentos críticos quando as partes percam o espírito restaurativo de vista e se excedam emocionalmente de modo a potencializar o dano gerado pelo crime.

Nessa perspectiva, a mediação, assim como a conciliação, fica a cargo de um terceiro neutro que deve manter a imparcialidade. Mas, diferentemente da conciliação, o poder de gerência sobre o conflito por parte do mediador é ínfima. Como explicitado, não cabe ao mediador interferir nos debates entre as partes com o escopo de direcionar a conversa sob a perspectiva que lhe parecer mais favorável. Na mediação, a solução deve ser construída pelas partes, sem que o mediador interfira de modo a alterar o caminho natural a ser percorrido por ofensores e ofendidos, na busca por um acordo. Sobre o tema, Ricardo Cappi ensina que na mediação,

A resposta não é concebida como devendo ser imposta, mas sim co-produzida pelos protagonistas do conflito. Trata-se de dar-lhes legitimidade para que seus respectivos pontos de vista possam emergir, serem expressados e ouvidos, podendo, possivelmente, modificar-se ao longo da mediação.<sup>295</sup>

---

<sup>293</sup> Idem, p. 127.

<sup>294</sup> CAPPI, op. cit., p. 34.

<sup>295</sup> Ibidem.

Por fim, é imprescindível afirmar que o mediador, assim como as partes, tem o dever de manter sigilo absoluto acerca do conteúdo dos encontros restaurativos. O mediador não pode repassar informações sobre os diálogos das partes para ninguém, em especial para o magistrado competente para o julgamento da ação penal em questão.

#### 6.4. Princípios restaurativos

Apesar de forte convergência dentro da doutrina, não existe um pleno consenso sobre os princípios que guiam a Justiça Restaurativa.

Enquanto Francisco Amado Ferreira, entende que a “Justiça Restaurativa orienta-se por princípios de voluntarismo, de consensualidade, de complementaridade, de confidencialidade, de celeridade, de economia de custos, de mediação e de disciplina”<sup>296</sup>, Raffaella Pallamolla, com base na citada Resolução 2002/12 da ONU, menciona como imprescindíveis, para uma boa prática restaurativa, os seguintes princípios:

voluntariedade, consentimento informado, confidencialidade, manutenção da presunção de inocência (na hipótese do caso retornar à justiça criminal), estabelecimento de regras de derivação de casos para os programas e reconhecimento do acordo cumprido com força de coisa julgada.<sup>297</sup>

A importância da matéria atinente aos princípios restaurativos é tamanha, que, costumeiramente, torna-se pauta dos encontros envolvendo estudiosos do paradigma emergente, inclusive no Brasil. Como exemplo de evento que resultou em um documento orientador das práticas restaurativas, é possível citar o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado na cidade de Araçatuba, estado de São Paulo - Brasil, nos dias 28, 29 e 30 de abril de 2005. Como conclusão do evento, foi elaborada a Carta de Araçatuba<sup>298</sup>, da qual extrai-se os seguintes princípios restaurativos: 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

---

<sup>296</sup> FERREIRA, op. cit., p. 29.

<sup>297</sup> PALLAMOLLA, op. cit., p. 27.

<sup>298</sup> I SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA. Carta de Araçatuba. Araçatuba, 30 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/cartadearacatuba.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2013.

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 transcorrer do trabalho, todos os princípios supramencionados são abordados, ainda que de forma fugaz. Nessa dissertação, não será realizado o tratamento pormenorizado de todos os princípios.

Nesse diapasão, ainda que não exista uma inerente superioridade de alguns princípios sobre outros, os princípios da voluntariedade e da confidencialidade merecem um especial destaque, em razão da pertinência dos mesmos para que a Justiça Restaurativa coexista, de forma harmoniosa, com o princípio da presunção de inocência.

#### **6.4.1. Voluntariedade**

A voluntariedade é o principal pressuposto para a tentativa de restauração dos danos advindos de um conflito. Essa característica constitui um requisito indispensável para a tentativa de uma solução reparadora. Como destaca Marcelo Gonçalves Saliba, “a presença do delinquente e da vítima é imprescindível para o processo restaurativo, contudo não se realiza coercitivamente a reunião e sim voluntariamente.”<sup>299</sup>

---

<sup>299</sup> SALIBA, op. cit., p. 162.

É impossível a prática da Justiça Restaurativa se não houver voluntarismo das partes, uma vez que essa é uma das características que distinguem o processo Reintegrativo da Justiça Penal Tradicional. Inclusive, mesmo após iniciado o processo restaurativo, os mediados podem revogar o consentimento<sup>300</sup> exaurido anteriormente e, ato contínuo, desistirem da tentativa de reparação sem quaisquer prejuízos para posteriores atos processuais no âmbito da Justiça Penal Tradicional.

Em hipótese alguma se pode admitir coação antes ou durante o(s) encontro(s) restaurativo(s). Entretanto, não há óbice para o incentivo, seja por particulares ou por órgãos oficiais, à participação de processos restaurativos.

Nesse sentido, é salutar destacar a exigência de voluntariedade, e não de espontaneidade, ou seja, não há necessidade de que o próprio sujeito envolvido em um conflito de natureza penal que esteja ao alcance da Justiça Restaurativa tenha tido a iniciativa de participar de um ciclo restaurativo. Sob esse aspecto especificamente, é possível traçar um paralelo com o instituto do arrependimento posterior que, conforme consagrado no artigo 16 do Código Penal Brasileiro, demanda voluntariedade, e não espontaneidade, para sua aplicabilidade.

Em algumas situações, após avaliação dos profissionais responsáveis por encaminhar os casos aos programas restaurativos, nota-se que, apesar de propensos a participarem dos encontros restaurativos, as partes precisam conversar, inicialmente, com o mediador, sem a presença da parte oposta. Nesses casos, antes da realização da reunião entre as partes, o mediador conversa, em separado, com as partes, com o objetivo de preparar as mesmas para o encontro. Essa prévia orientação às partes, se feita de maneira equitativa e desprovida de pressão, não implica prejuízo ao princípio da voluntariedade. Nesse sentido, Howard Zehr ensina que

Nos casos em que for indicado, trabalha-se com a vítima e o ofensor em separado e, depois, havendo consentimento para que continue o processo, acontece um encontro ou diálogo entre os dois, organizado e conduzido por um facilitador treinado que orienta o processo de maneira equilibrada.<sup>301</sup>

O encontro prévio entre mediador e parte, sem a presença da parte oposta, não almeja compelir a participação das partes, mas sim potencializar a probabilidade

---

<sup>300</sup> Cf. FERREIRA, op. cit., p. 33.

<sup>301</sup> ZEHR, op. cit., p. 58.



de sucesso do encontro mediado, o qual não deve ser realizado sem os consentimentos da vítima e do agressor.

É válido reconhecer que esse encontro preliminar entre parte e mediador, além de constituir uma fase preparatória para o encontro vítima e ofensor, também pode configurar uma espécie de mediação, qual seja a indireta, na qual o mediador, após encontrar-se com cada parte, transmite as impressões de um lado para o outro.<sup>302</sup> Não obstante aceitável a mediação indireta, deve-se, sempre que possível, dar preferência á mediação direta, na qual, de forma presencial, as partes expressam suas impressões sobre o conflito.

A Justiça Restaurativa, com recurso à mediação, confere liberdade às partes para, de forma igualitária, discutirem acerca do conflito e suas consequências. Essa igualdade de condições presente no processo reintegrativo somente pode ser alcançada com base na predisposição dos indivíduos para participarem dessa nova concepção de justiça. Essa natureza paritária da mediação é marca distintiva da Justiça Restaurativa em contraposição à Justiça Tradicional.

#### **6.4.2. Confidencialidade**

Na Justiça Penal Tradicional, a comunicação entre as partes não existe. O processo penal tradicional parte do pressuposto de que os indivíduos se repudiam, em razão do conflito gerado pelo ato criminoso.

Já a Justiça Restaurativa, conforme exposto, parte de uma perspectiva completamente distinta, na qual as partes se mostram propensas à comunicação, com o escopo de tratarem as causas e efeitos que envolveram a agressão sofrida por uma ou ambas partes. Nesse processo intersubjetivo, para que as partes procurem a sinceridade, em vez da camuflagem de opiniões e intenções, a confidencialidade das informações precisa ser resguardada.

Nesse diapasão, a certeza do sigilo do processo de mediação é essencial na perspectiva do processo reintegrativo. A garantia de que o conteúdo debatido durante o processo de mediação não extrapolará as portas e janelas das salas onde ocorreram os diálogos mediados representa pressuposto primordial para a disseminação da Justiça Restaurativa.

---

<sup>302</sup> Cf. SICA, op. cit., p. 59.

A defesa contundente do viés confidencial da mediação se dá em função do temor referente aos prejuízos que o vazamento de informações pode resultar. O receio de que o teor das conversas vaze é uma das principais críticas à Justiça Restaurativa.

Como forma de proteger os intervenientes, sustenta-se que o teor das conversas não deve ser reduzido a termo. Ao contrário de processo tradicional, no processo de mediação o princípio da oralidade deve imperar. Em princípio, somente serão registrados o termo de aceitação de participação na mediação e, em caso de êxito, o acordo final, conforme ensina Francisco Amado Ferreira<sup>303</sup>.

A dúvida apresentada pelas partes, ante o receio de vazamento de informações, deve tentar ser dissipada com o esclarecimento a respeito das medidas preventivas adotadas para assegurar o sigilo das declarações. Os olhares desconfiados percebidos no primeiro momento não devem abater o mediador, o qual não pode esmorecer no que tange à delicada tarefa de incutir os sentimentos de confiança e boa-fé entre os mediados.

Diferentemente do processo criminal comum, no qual as partes, às vezes de forma inescrupulosa, tentam escamotear suas reais impressões acerca do comportamento desviante sob exame, no encontro mediado é imprescindível que, de forma respeitosa, os envolvidos expressem o que realmente pensam do delito, tendo como segurança a convicção de que o caráter confidencial obstaculizará posteriores distorções do conteúdo abordado no encontro restaurativo.

Para alcançar o desiderato restaurativo, a construção de um canal de comunicação de mão-dupla seguro é requisito essencial. As partes precisam sentir-se seguras para que, despidas de subterfúgios, busquem entender e, se possível, solucionar os danos emocionais e patrimoniais gerados pela conduta desviante. Está na pauta restaurativa o “voto de confiança” entre os envolvidos, fato que, sem dúvida, perpassa pela convicção positiva a respeito do não vazamento de informações. Nesse sentido, Francisco Amado Ferreira afirma que

É importante que se valorize a confiança e a fé negocial entre as partes, tranquilizando-as quanto à possibilidade de uma eventual utilização das suas declarações noutras sedes. Libertamo-las, por conseguinte, de possíveis constrangimentos tanto no momento de adesão à iniciativa como ao longo da sua participação no evento pacificador. Pelas mesmas razões, a publicidade ao longo do

---

<sup>303</sup> Cf. FERREIRA, op. cit., p. 36.

processo de mediação deve, em princípio, ser excluída, devendo o evento decorrer à porta fechada.<sup>304</sup>

Esse princípio se revela essencial para a tranquilidade dos intervenientes, em especial quando do insucesso do processo de mediação. Nesse aspecto, se mostra inviável a presença durante a mediação do magistrado responsável pelo julgamento da ação nos tramites legais tradicionais. Ou seja, o juiz competente para o julgamento da ação penal em questão não pode ser influenciado por informações da mediação.

Nesse sentido, o magistrado não pode sequer ser informado se ocorreu ou não tentativa de acordo entre as partes. Em outros verbetes, ninguém pode relatar ao magistrado se as partes passaram ou não por um processo de mediação, quanto mais sobre os motivos do não entendimento pleno entre as partes.

Caso, após a realização de um processo de mediação que não logrou pleno êxito, antes ou durante o curso de processo penal, algum indivíduo, com ou sem interesse na ação em tela, repasse qualquer informação sobre a mediação para o magistrado, tal informação imprópria ensejará a incidência inequívoca do consagrado princípio da inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito.

## **6.5. Reflexão sobre a reparação no âmbito da Justiça Restaurativa**

A reparação entre autor e vítima modifica o número de vértices no processo. Enquanto no processo penal tradicional, existe uma relação bilateral que, na esteira do pensamento de Selma Santana, desenvolvia-se entre o Estado e o imputado, no processo restaurativo, a relação torna-se trilateral, mediante a inclusão da vítima no rol de principais interessados no conflito.

Essa nova perspectiva de solução dos conflitos, como já explicitado, não conduz à defesa da extinção do processo penal tradicional, A Justiça Restaurativa não almeja decretar o fim do sistema penal tradicional, mas sim a sua contração.

Nesse rumo, a Justiça Restaurativa busca ocupar uma zona híbrida, na qual, apesar de não ser possível, de forma geral, despenalizar algumas condutas, é cabível, por parte do Estado, ceder espaço para que, aqueles que assim desejem, encontrem formas alternativas, mas não menos legítimas de solucionar os conflitos,

---

<sup>304</sup> Ibidem.

o que propiciará a pacificação social, objetivo de todo procedimento que envolve partes conflitantes.

A reparação se destina, então, a lidar com embates que, apesar de não poderem ser esquecidos - sob a perspectiva do ramo jurídico mais duro utilizado pelo Estado - comportam um tratamento penal mais suave. Sobre o tema, Selma Santana pontifica que

A ideia político-criminal da reparação, como consequência jurídico-autônoma do delito, é introduzi-la como nível intermediário no grande espaço existente entre a desnecessidade de aplicação de pena e ela própria, enquanto imputação de responsabilidade efetuada à força.<sup>305</sup>

Assim, a reparação, ao tratar de matéria criminal, fica em setor intermediário, uma vez que - ainda que não traga toda a carga axiológica e estigmatizante das penas tradicionais - constitui uma reação jurídica para os casos que, apesar de comportarem uma abordagem não impositiva, atualmente não permitem uma renúncia a uma resposta penal.

Como salientado, atualmente, presencia-se a propagação dos ideais pós-modernos, os quais não acolhem radicalizações de posturas, especialmente diante de embates sociais. Não se vive mais em um mundo no qual posicionamentos radicais consigam prosperar sem resistência. O Estado, se por um lado está respaldado pela coletividade para exercer o *jus puniendi*, por outro, em um regime democrático pautado por princípios constitucionais, deve estar preparado para, em certas ocasiões, abrir mão de parte de seu poder gerenciador de conflitos.

Se o Estado não é uma entidade a ser desprezada no século XXI, também não é um ser onipotente, onipresente e onisciente capaz de achar a melhor maneira para lidar com comportamentos desviantes, mesmo quando estes estejam no âmbito de incidência do Direito Penal.

Sem dúvida - em um primeiro instante - o raciocínio dos autores que, ao defenderem propostas garantistas, rejeitam medidas restauradoras - em sede penal - parece impassível de retoques.

Mercedes Garcia Arán, por exemplo, defende que a redução do âmbito de incidência do Direito Penal seja guiada, exclusivamente, por uma perspectiva pública, de cunho formal. Segundo Arán, “a melhor política reducionista do direito

---

<sup>305</sup> SANTANA, op. cit., p. 191.

deve conduzir a uma seleção de ilícitos penais baseada na intervenção mínima, mas radicalmente pública e garantisticamente formalizada”.<sup>306</sup>

De fato, a postura ultragarantista tem seu lado positivo, uma vez que rejeita, contundentemente, todo projeto que se destina a cercear o direito de defesa do acusado, assim como toda tentativa de criminalização que não se pautar, exclusivamente, pela conduta praticada pelo indivíduo. Em parte, são compreensíveis as preocupações garantistas com modelos arejados, como os restaurativistas.

Considerando que, há menos de cem anos, o mundo se deparou com o Direito do Estado Nazista e que, atualmente, são fartas as medidas de recrudescimento penal, como o Direito Penal do Inimigo formulado por Günther Jákobs, são inteligíveis as preocupações garantistas com modelos que, de alguma forma, tangenciem o processo penal comum.

Contudo, a preocupação com o desamparo aos acusados, assim como as inquietações geradas pela mitigação da barreira entre Direito Público e Direito Privado, não parece suficiente para limitar o progresso das propostas restaurativas, tendo em vista que, caso utilizadas as técnicas adequadas – como a mediação – um modelo mais arejado, no que tange ao trato com comportamentos desviantes de baixo e médio potencial lesivo (ou até mesmo, como atenuante da pena, no âmbito da criminalidade grave<sup>307</sup>), parece promissor. Se em uma trincheira é imperiosa a defesa dos direitos dos réus contra atitudes desrespeitosas com os direitos fundamentais, em outra frente de combate é necessário – especialmente, em um mundo pós-moderno - deixar novas ideias florescerem com o escopo de progredir na busca pela pacificação social após a constatação de desajustes sociais.

A Justiça Restaurativa não foi formulada com o escopo de dar aval estatal a medidas de vingança privada em sede penal. Nesse ponto específico, as práticas restaurativas, de forma racional, se distinguem do processo criminal comum, no qual a relação entre o Estado e as partes é vertical, ao viabilizarem uma relação horizontal entre os envolvidos no conflito.

---

<sup>306</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. Despenalización y privatización: tendencias contrarias? In: ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003, p. 200, tradução nossa (la mejor política reduccionista del derecho penal debe conducir a una selección de ilícitos penales basada en la intervención mínima, pero radicalmente pública y garantísticamente formalizada).

<sup>307</sup> Cf. SANTANA, op. cit., p. 130.

Ademais, o papel do mediador é fundamental para evitar que os encontros restaurativos transbordem ódio e acabem por resultar em “soluções” mais drásticas que aquelas previstas em lei.

Mesmo os autores que temem uma espécie de privatização do processo, com a consolidação da Justiça Restaurativa, reconhecem a existência de vantagens na adoção da reparação como forma menos danosa de lidar com o conflito. Nesse sentido, Juan Carlos Carbonell Mateu, apesar de receoso quanto à entrada da vítima do processo, reconhece que

O papel político-criminal atribuído à reparação pode ser, neste contexto, significativo. Não cabe dúvida do ser potencial como um meio de reduzir a pressão criminosa e efeitos indesejáveis da pena. Contituiría assim uma <terceira via> de reação, sem efeitos desocializadores e mediante a qual se conseguiria anular ou, ao menos, diminuir consideravelmente as consequências do delito.<sup>308</sup>

É válido repetir que em nenhuma hipótese se está a defender que a Justiça Restaurativa seja a única solução para todos os problemas do Direito Penal. A Justiça Restaurativa não é uma panaceia para todas as situações de conflito. Entretanto, sob uma perspectiva racional-modernizante do Direito Penal, é cabível afirmar que existe um espaço propício para a aplicação de postulados restaurativistas voltados à pacificação dos conflitos, em compasso com a redução dos danos.

Não se pode perder de vista que a compreensão do real escopo da Justiça Restaurativa perpassa uma análise multidisciplinar. Nesse sentido, como forma de enfrentar possíveis análises reducionistas referentes à proposta ainda inovadora – qual seja a Justiça Restaurativa – é salutar adotar como ponto de partida, como bem pontua Selma Santana, “um princípio político-criminal da imprescindível congruência, ou analogia substancial, entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos.”<sup>309</sup>

<sup>308</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Alternativas al Derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003, p. 216, tradução nossa (El papel político-criminal atribuído a la reparación puede ser, al respecto, significativo. No cabe duda de su potencialidad como medio de disminuir la presión penal y los efectos indeseables de la pena. Contituiría así una <tercera vía> de reacción, sin efectos desocializadores y mediante la que se conseguiría anular o, al menos disminuir notablemente, las consecuencias del delito).

<sup>309</sup> SANTANA, op. cit., p. 183.

Essa concepção político-criminal que norteia a reparação, em sede penal, confronta exatamente a crítica de que a Justiça Restaurativa acaba englobando os crimes insignificantes em sua seara de atuação.

Como já explicitado no presente trabalho, qualquer medida de intervenção penal deve estar em consonância com os dispositivos constitucionais. Nessa senda, a reparação, concatenada com a carga axiológica emanada da Constituição Federal, não pode ser cogitada para lidar, ao menos em sede penal, com comportamentos desviantes caracterizados como de exígua gravidade, aos quais não se mostra cabível – em razão dos princípios da intervenção mínima e da insignificância – o exercício de um controle social que recorra ao Direito Penal. Sobre o âmbito de incidência das medidas restaurativas, Selma Santana ressalta que

Nesse espaço intermediário, não estaria incluída a criminalidade de ínfima gravidade. Essa forma de criminalidade, marcada pela insignificância da culpabilidade e pela inexistência de interesse público na persecução penal, prescinde tanto da reparação quanto da pena.<sup>310</sup>

Quanto ao teor do acordo, é imperioso chamar atenção para o fato de que as práticas restaurativas não ocorrem ao arrepio do Estado. Não é por que o Estado cedeu espaço para que as partes tentem transigir, sem as amarras impostas pelos ritos processuais tradicionais, que serão aceitos acordos mais gravosos que a própria pena, acordos desproporcionais ou acertos violadores dos direitos humanos.

Sobre a função desempenhada pelo Poder Judiciário para evitar acordos de matriz degradante, Thaíze Gutierrez pondera que

o conteúdo do acordo será submetido ao crivo do Judiciário, que deverá zelar pela proporcionalidade, além de respeitar os princípios relacionados à sanção, não podendo admitir excessos nem acordos degradantes, devendo, portanto, limitar a vontade das partes.<sup>311</sup>

Para sedimentar essa questão, é oportuno colacionar o entendimento de outro investigador do tema, qual seja Renato Campos Pinto De Vitto, que assim posiciona-se:

O eventual acordo obtido na prática restaurativa deve ser redigido em termos precisos e claros, sendo que as eventuais obrigações nele estampadas devem ser razoáveis, proporcionais e líquidas,

---

<sup>310</sup> Idem, 192.

<sup>311</sup> GUTIERRIZ, Thaíze de Carvalho Correia. **Justiça restaurativa**: método adequado de resolução dos conflitos jurídico-penais praticados contra a mulher em ambiente doméstico. 2012. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012, f. 87.

devendo prever as formas de se garantir o cumprimento e a fiscalização das condições nele estatuídas. É de se ponderar que o plano restaurativo pode estar sujeito à análise judicial antes de sua homologação (...)<sup>312</sup>

Óbvio que a questão do que é ou não permitido - como forma de reparação - percorre uma linha muito tênue. De um lado, o Estado deve permitir que as partes, de forma criativa e com a mente aberta, alcancem uma boa solução para o conflito. Por outro, o Estado não pode cancelar acordos desprovidos de proporcionalidade e que indiquem para a indevida sobrepujança desleal dos anseios de uma das partes sobre as necessidades da outra. Possivelmente, esse debate sobre o rol de medidas aceitáveis, que devem ser avaliadas no caso concreto, se apoiará nas formulações pós-positivistas atinentes às formas de lidar com os embates principiológicos.

Nessa senda, é conveniente reforçar a ideia de que a Justiça Restaurativa não se preocupa, exclusivamente, com as questões que envolvem a vítima. Sem dúvida, sob a batuta da Justiça Restaurativa, a latente necessidade de empoderamento<sup>313</sup> da vítima é perscrutada. No entanto, para que esse paradigma não seja acoimado de avalizador de desmandos das vítimas, é imprescindível que a vontade de que atender as necessidades das vítimas não se sobreponha à dignidade do ofensor. Os interesses da vítima devem ser perseguidos, desde que sejam “legítimos e não ofensivos aos direitos do desviante”<sup>314</sup>, como ressalta Marcelo Saliba.

Ainda quanto ao conteúdo do acordo, cabe asseverar que, exatamente por não constituir um balcão de negócios, a Justiça Restaurativa não foca na possível transferência de recursos (dinheiro ou bens) do ofensor para o ofendido. Por certo, a reparação financeira constitui uma das medidas adotadas para reparar o dano, mas essa não é a meta a ser perquirida em todas as situações. Como bem assinala Leonardo Sica, “o novo paradigma prevê a reparação mais sob o aspecto simbólico, do que material, podendo incluir uma série de prestações voluntárias negociadas entre as partes, sem referência ao dinheiro.”<sup>315</sup>

---

<sup>312</sup> DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), 2005, p. 45.

<sup>313</sup> Cf. ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 27.

<sup>314</sup> SALIBA, op. cit., p. 169.

<sup>315</sup> SICA, op. cit., p. 155.



Diante do exposto, é possível concluir que, apesar dos ajustes que constantemente serão feitos em busca do aprimoramento do novo paradigma, a Justiça Restaurativa, ao defender a bandeira da reparação advinda do acordo – desprovido de um viés meramente mercantil - entre as partes, já constitui uma salutar inovação na tentativa da sociedade alcançar formas menos traumáticas de lidar com parte dos crimes.

## **6.6. Panorama das experiências restaurativas**

Para finalizar esse capítulo, apresentar-se-á, de forma concisa, o panorama das experiências restaurativas pelo mundo.

A Nova Zelândia é um dos países que iniciaram a implementação de programas restaurativos. O que fomentou o surgimento da Justiça Restaurativa foi o clamor da sociedade maori. Os maoris, ancestral comunidade tribunal neozelandesa, reivindicavam o desenvolvimento de alguma estratégia apta a lidar com as posturas desviantes adotadas pela juventude maori<sup>316</sup>, de forma menos invasiva, sem resultar, portanto, no encarceramento.

Para atender esse anseio maori de que a efetiva responsabilização dos jovens ocorresse de forma compatível com as tradições culturais do seu povo, foi editado, em 1989, o “Children, Young Persons and Their Families Act” (Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias). Essa legislação, que rompeu com o modelo punitivo anteriormente utilizado, possibilitou que as famílias participassem, ativamente, da busca pelo entendimento das causas do conflito e pela resolução do mesmo.

Em razão dos bons resultados auferidos com essa forma alternativa de lidar com o conflito, mediante a reunião do grupo familiar, dos envolvidos e, às vezes, da polícia, os programas restaurativos foram estendidos a outros nichos de conflito. Sobre o tema, Gabrielle Maxwell informa que

Desde 1999, o uso de práticas de justiça restaurativa na Nova Zelândia também se propagou em outros níveis, com o desenvolvimento, pela polícia, de processos de encaminhamento alternativo para responder a infrações relativamente sem gravidade cometidas por jovens, e com o desenvolvimento da legislação e de

---

<sup>316</sup> Idem, op. cit., p. 82.

processos para a provisão da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal adulto.<sup>317</sup>

Outro país que saiu na dianteira da aplicação de programas restaurativos é o Canadá, onde, basicamente três modelos de Justiça Restaurativa são aplicados, quais sejam: mediação vítima-ofensor, as conferências familiares e os círculos restaurativos envolvendo a comunidade.

O pioneirismo canadense é atribuído em razão de um caso ocorrido em 1974, na cidade de Kirchner, província de Ontário, quando, em razão de uma sugestão de componentes de um grupo cristão menonita, o magistrado autorizou que os envolvidos debatessem o conflito em um encontro, do qual resultou a reparação dos danos causados por dois jovens a algumas casas depredadas por eles<sup>318</sup>.

No Canadá, onde os programas restaurativos multiplicam-se, a Justiça Restaurativa “não é vista como um substituto do sistema de justiça tradicional, mas como apenas uma das respostas possíveis à prática do crime de que se pode dispor conforme o caso”<sup>319</sup>, conforme ensina Leonardo Sica.

Anda no âmbito estrangeiro, é válido mencionar a tentativa de utilização restaurativa na África do Sul. Como forma de lidar com as feridas causadas pelo regime do Apartheid, foi criada - durante a transição política, cujo maior símbolo é o ex-presidente Néelson Mandela - uma Comissão de Verdade e Reconciliação<sup>320</sup>, a qual, no fim dos trabalhos, apresentou extenso relatório, sem um viés rancoroso. Essa mentalidade, apesar de não ter sanado todos os problemas gerados pela tensão política causada pelos anos de Apartheid, contribui para que a busca pelo perdão fosse fomentado naquela nação.

No Brasil três experiências concretas merecem destaque. Na comarca de São Caetano do Sul, assim como outra em Porto Alegre, os conceitos restaurativos são utilizados na área da infância e juventude. Por sua vez, no Distrito Federal, a Justiça Restaurativa é aplicada aos conflitos criminais em que adultos figuram como partes diretamente envolvidas.

---

<sup>317</sup> MAXWELL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), 2005, p. 281.

<sup>318</sup> Cf. SICA, op. cit., p. 97.

<sup>319</sup> Ibidem.

<sup>320</sup> Idem, p.102-105.

Por fim, é imperioso mencionar a experiência prática que é vivenciada em solo soteropolitano no 2º JECRIM - Largo do Tanque, conduzido pela Juíza de Direito Maria Guimarães de Jesus.

O Núcleo de Justiça Restaurativa do Largo do Tanque nasceu de experiências implantadas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia com o Projeto dos Balcões de Justiça e Cidadania (2004). Aos participantes da experiência restaurativa no Largo do Tanque, é disponibilizado o serviço de “Sala de Espera”, que consiste em um ambiente reservado, no qual são desenvolvidas ações socioeducativas e terapêuticas voltadas para aqueles que estejam no aguardo do atendimento. A equipe do Núcleo é formada, inclusive, por psicólogos e assistentes sociais aptos a realizar atendimentos destinados a fomentarem a reflexão e a conscientização das partes.

## 7. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

### 7.1. Apresentação do princípio

As regras não são as únicas fontes de trabalho do operador do Direito. Como já explicitado nesse trabalho, os princípios também são essenciais para a adequada análise de um caso jurídico no hodierno mundo pós-moderno.

No processo penal brasileiro, os princípios ganham especial relevo em decorrência do obsoleto Código de Processo Penal do Brasil que, apesar de seguidas reformas legislativas, tem sua gênese no Decreto-Lei nº. 3689 de 3 de outubro de 1941, o qual foi fortemente influenciado pelo Código de Rocco (Código Processual Italiano do período fascista). Assim, os dispositivos do Código de Processo Penal devem ser interpretados à luz da Carta Magna de 1988, a fim de fazer a releitura de dispositivos legais retrógrados em uma perspectiva liberal e garantista, conforme diretriz constitucional.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, diversos princípios foram alçados ao patamar de baluartes do regime democrático. Dentre os princípios processuais penais de maior destaque se encontra o da presunção de inocência, aqui encarado como sinônimo de princípio da não-culpabilidade,

Por opção do constituinte originário, a Carta Política vigente, apesar de inegavelmente acolher a concepção relacionada ao presumível estado de inocência do cidadão, não utilizou a expressão “inocente”, mas sim a seguinte redação, no inciso LVII do art. 5º: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Essa redação despertou discussão doutrinária acerca da possível distinção entre o princípio da inocência e o princípio da não-culpabilidade. Sendo assim, é oportuno reforçar que essa dissertação, apoiando-se nos ensinamentos de Gustavo Badaró<sup>321</sup>, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar<sup>322</sup>, posiciona-se favoravelmente à utilização das expressões “presunção de inocência” e “não-culpabilidade” como sinônimas.

Nesse percurso investigativo, cabe tratar do aspecto ligado à formação do princípio da presunção de inocência. Apoiando-se nos ensinamento de Ricardo

---

<sup>321</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 285.

<sup>322</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 51.

Alves Bento<sup>323</sup>, pode-se afirmar que as referências mais remotas ao *in dubio pro reo* encontram-se no Direito Romano, sob a influência do Cristianismo.

Em uma perspectiva dessacralizada, é possível apontar a Magna Carta Inglesa de 1215, outorgada pelo Rei João Sem Terra, como importante ponto de reconhecimento do princípio da presunção de inocência, tendo em vista que esse histórico texto previu, no art. 39, a garantia do devido processo legal (*due process of law*), da seguinte forma:

Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra.<sup>324</sup>

Não obstante a pertinência dessa concepção de processo, a conjuntura política verificada na Baixa Idade Média não a acolheu. Nesse período, o acusado ficava à mercê dos desmandos praticados sob a égide do sistema inquisitorial. Nesse sentido, Ferrajoli aduz que

apesar de remontar ao direito romano, o princípio da presunção de inocência até prova em contrário foi ofuscado, se não completamente invertido, pelas práticas inquisitórias desenvolvidas na Baixa Idade Média. Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve.<sup>325</sup>

Na Idade Moderna, a situação manteve-se desfavorável ao réu, sobre o qual recaí o ônus de provas sua inocência. Como explicitado alhures, a Idade Moderna foi marcada pela hegemonia dos regimes absolutistas, nos quais o poder concentrava-se na mão do monarca.

Essa visão opressora foi transferida para o processo penal, de modo que o direito à defesa, assim como ao contraditório, não existia. Assim, vivia-se sob a égide de um processo inquisitorial.

---

<sup>323</sup> BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 37.

<sup>324</sup> MAGNA CARTA DE 1215. Disponível em: <<http://www.britannia.com/history/docs/magna2.html>>. Acesso em 05 mar. 2013, tradução nossa (No freeman shall be taken, or imprisoned, or disseized, or outlawed, or exiled, or in any way harmed--nor will we go upon or send upon him--save by the lawful judgment of his peers or by the law of the land).

<sup>325</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 506.

Essa situação mudaria durante a transição do Estado Absoluto para o Estado de Direito. No fim do século XVIII, em um momento histórico no qual a sociedade não mais aceitava o modelo de sufocamento das liberdades perpetrado como lastro no poderio monárquico, passou-se a reconhecer, juridicamente, direitos considerados naturais aos homens.

Pelo pioneirismo no processo de combate à total irresponsabilidade dos Poderes Públicos, assim como na tentativa de valorização dos cidadãos, cabe mencionar a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (então uma das treze colônias inglesas na América do Norte) de 12 de janeiro de 1776. Ao presente trabalho, interessa a constatação feita por Ricardo Bento, segundo o qual, no que tange à Declaração da Virgínia,

se pode concluir que já existia uma priorização, para não se partir de uma presunção absoluta de culpabilidade do cidadão, havendo um abrandamento de norma, pela presunção, de que possivelmente o cidadão possa ser inocente de imputações feitas em face de sua pessoa.<sup>326</sup>

A despeito da importância do referido documento histórico, a consagração do princípio da presunção de inocência, efetivamente, remonta ao artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi proclamada em Paris no ano de 1789. Assim redigiu-se o mencionado dispositivo legal:

Artigo 9º- Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.<sup>327</sup>

Portanto, esse princípio é fruto do movimento filosófico denominado Iluminismo que, como resultado de uma revolução intelectual que sofreu influência das transformações culturais iniciadas no Renascimento, eclodiu durante o século XVIII na França e se espalhou pelo mundo.

Nessa esteira, o princípio da presunção de inocência foi difundido como uma garantia conferida a todos aqueles que venham a estar sob a acusação de cometimento de algum delito.

A concepção original de presunção de inocência, apesar de algumas ressalvas, ainda é dominante no sistema processual dos países liberais, em especial

---

<sup>326</sup> BENTO, op. cit., p. 37.

<sup>327</sup> DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao/direitoshumanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em 02 mar. 2013.

no Brasil. Vale frisar que apenas em 1988, o mencionado princípio foi constitucionalmente previsto. Anteriormente, esse princípio somente era reconhecido, de forma indireta, como consequência da noção de devido processo legal.

Atualmente, o sistema jurídico-criminal brasileiro tem no princípio da não-culpabilidade uma das suas pilstras. Na mesma vertente defendida por Francesco Carrara, autor cuja visão acerca do processo penal será retratada no próximo tópico, a Constituição Federal do Brasil de 1988 dispõe sobre o princípio da presunção da inocência no art. 5º, inciso LVII, conforme a redação a seguir transcrita:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Nesse diapasão, por fim, é válido explicitar que o princípio da presunção de inocência, conforme doutrina dominante, não impede a decretação de prisões provisórias (medidas cautelares exigem *periculum in mora* (também chamado *periculum libertatis*) e *fumus boni juris* (fumaça do bom direito). Sob esse viés, o Supremo Tribunal Federal tem entendido não haver incompatibilidade entre o importantíssimo princípio da presunção de inocência e eventuais limitações ao direito do acusado, desde que as medidas restritivas sejam efetivamente necessárias. A seguir, ementa de julgado no qual a Suprema Corte trata do assunto em questão:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA. 1. **A presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal no processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas sejam necessárias e não prodigalizadas.** Em absoluto constitui véu inibidor da apreensão da realidade pelo juiz, ou mais especificamente do conhecimento dos fatos do processo e da valoração das provas, ainda que em cognição sumária e provisória. O mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser conhecido e valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, **já que a imposição desta tem por pressuposto a**

**presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria.** 2. Se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam o envolvimento profundo do agente com o tráfico de drogas e, por conseguinte, a periculosidade e o risco de reiteração delitiva, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria. 3. O efeito disruptivo e desagregador do tráfico de drogas, este associado a um mundo de violência, desespero e morte para as suas vítimas e para as comunidades afetadas, justifica tratamento jurídico mais rigoroso em relação aos agentes por eles responsáveis e que deve refletir na análise dos casos concretos. (HC 106856, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-150 DIVULG 31-07-2012 PUBLIC 01-08-2012)<sup>328</sup>

Essa ideia de flexibilidade do princípio da presunção de inocência em face das medidas cautelares deve ser orientada na linha de pensamento de Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>329</sup> no sentido de que se o réu não estiver perturbando, atrapalhando a instrução criminal, a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em nome da cautela, implica antecipação de pena e, por conseguinte, não deve ser aplicada.

## **7.2. Finalidade do processo penal garantista em um Estado Democrático e Constitucional de Direito**

Em uma análise acerca do tratamento conferido ao evento criminoso em um Estado Democrático de Direito concatenado com a ideia de um Direito Penal minimalista e que respeite os direitos dos acusados ou condenados criminalmente, se mostra indispensável tratar, ainda que de forma sucinta, da Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli<sup>330</sup>.

Antes, de tratar propriamente do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, mister se faz delimitar o mote central do processo penal adequado para um Estado Democrático de Direito, cuja discussão remonta às posições da Escola Clássica e da Escola Positiva.

<sup>328</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106856, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 150. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28106856.NUME.+OU+106856.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/9wl9u4u>>. Acesso em 30 nov. 2012.

<sup>329</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29.

<sup>330</sup> FERRAJOLI, op. cit., *passim*.



Ao iniciar qualquer abordagem atinente ao pensamento denominado “clássico”, é salutar consignar que a Escola Clássica não existiu enquanto uma reunião doutrinária comum acerca da matéria criminal. Essa denominação, inclusive, foi alcunhada pelos integrantes da Escola Positiva, em tom de escárnio.

Assim sendo, ao considerar a Escola Clássica como um movimento fruto do contexto histórico do Iluminismo, se impõe destacar que um dos seus maiores expoentes, ao lado de Cesare Beccaria, foi Francesco Carrara. Para Carrara, criador da dogmática penal, a finalidade do Direito Penal é a seguinte:

A finalidade da autoridade civil é frear a violência dos indivíduos; a do direito penal é conter a violência do legislador; a dos estatutos processuais, impedir a violência dos magistrados.<sup>331</sup>

Como se extrai das palavras de Carrara, o combate às atrocidades que ocorriam no Antigo Regime é uma das bandeiras do processo penal de inspiração clássica, enquanto conjunto de normas que se prestem a garantir a isonomia dos julgamentos e o ímpeto da vingança.

Para a corrente Clássica, a punibilidade do sujeito, que se funda no livre-arbítrio, deve ser apurada de forma escorreita, sem violação dos ditames legais que devem ter, como inspiração, a dignidade do acusado, enquanto ser humano que não deixa de ser pelo fato de ter violado a lei. Sob essa perspectiva, Francesco Carrara arremata que o juízo penal deve

ser o último instrumento da tutela do direito, é evidente que os instrumentos processuais devem ser adequados a um duplo serviço: tutela do direito que têm os bons à punição do culpado, e tutela do direito que tem o processado de não ser submetido a punição sem culpa, ou além da justa medida da sua culpa.<sup>332</sup>

Os autores clássicos, além de abordarem os fins penais, manifestaram-se os sobre direitos processuais do acusado, inclusive no sentido de garantir que todo homem fosse presumivelmente considerado inocente. Nesse sentido, Cesare Beccaria asseverou que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que ele se convenceu de ter violado as condições com as quais estivera de acordo”.<sup>333</sup>

---

<sup>331</sup> CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**: parte geral. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956-1957, p. 295.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 295-296.

<sup>333</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 28.

Esse pensamento jurídico da Escola Clássica, apesar do avanço humanístico que representou, não permaneceu incólume às críticas. Nesse diapasão, em contraposição à forma de pensar o Direito Penal perpetrada por Carrara, surge a Escola Positiva, no final do século XIX, que, dentre outros postulados, defendia que o delito é um fenômeno natural e/ou social, bem como que a pena é um instrumento de defesa social.

Na esteira da Escola Positiva, no que diz respeito ao aspecto técnico jurídico correspondente aos fins do processo penal, o autor Vincenzo Manzini merece destaque. Apesar partir de bases positivistas, Manzini, para ser mais preciso, compôs a Escola do Tecnicismo Jurídico Italiano, cuja composição contava, ainda, com Arturo Rocco que elaborou o Código de Processo Italiano de 1931. Para Manzini, em apertada síntese, a finalidade do processo é respaldar a atuação repressora do Estado, e não a contenção da força deste, conforme se depreende das seguintes palavras do referido autor:

Considerados, portanto, a finalidade, o conteúdo e o caráter mostrados, é claro que o interesse fundamental que determina o processo penal é o alcançar a punibilidade do culpado, ou seja, é realizar a pretensão punitiva do Estado contra o imputado, enquanto seja considerado culpado; não apenas o interesse de alcançar a proclamação da inocência ou da moralidade do acusado.<sup>334</sup>

Vincenzo Manzini, como se nota, apresenta um raciocínio diametralmente oposto ao desenvolvido por Francesco Carrara. Nessa perspectiva, Manzini é refratário ao princípio da presunção de inocência, como se depreende da contundente afirmação desse autor positivista, *in verbis*:

Se é errado, portanto, o critério de que as normas processuais penais estão essencialmente dirigidas a tutela da inocência, mais inexato ainda é a opinião de que no processo penal valga (mais ainda: “milite, como se diz no jargão forense”) a favor do imputado uma presunção de inocência, pela qual o imputado deverá ser considerado inocente enquanto não haja sentença condenatória irrecorrível. Não há nada mais paradoxo e irracional.<sup>335</sup>

<sup>334</sup> MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo I. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1951-1954, p. 250, tradução nossa. (Considerados, por tanto, la finalidad, el contenido y el carácter indicados, es evidente que el interes fundamental que determina el proceso penal, es el de llegar a la punibilidad del culpable, o sea, es hacer realizarse la pretensión punitiva del Estado contra el imputado, en cuanto resulte culpable; no ya el interes de llegar a la proclamación de la inocência o de la moralidad del inculpado).

<sup>335</sup> Ibidem, p. 253, tradução nossa. (Si es erroneo, por tanto, el critério de que las normas procesales penales estén esencialmente dirigidas a la tutela de la inocência, más inexacta es aún la opinión de que en el procedimiento penal valga (más aún: “milite, como se dica em jerga forense) a favor del imputado una presunción de inocência, por la que esse mismo imputado deberá ser considerado

Essa concepção de Manzini pode ser constatada no Código de Rocco de 1931. Esse Código foi colocado em prática durante o governo fascista de Mussolini. De tendência inquisitorial e repressora da liberdade, o Código de Rocco influenciou na elaboração do Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 que ainda está vigente.

Em contraposição à concepção de Manzini, no presente trabalho se defende que a razão, no que tange às diretrizes do processo penal, está em consonância com o posicionamento defendido por Francesco Carrara. Nesse sentido, o escopo do processo é proteger os acusados, inocentes ou não, do *jus imperium* estatal, da sua força punitiva.

Nesse contexto, em consonância com o Estado Democrático de Direito, com o escopo de reforçar a segurança que o processo penal deve salvaguardar para o acusado, se mostra relevante a teoria desenvolvida por Luigi Ferrajoli. Em um Estado Democrático de Direito, nada mais salutar do que ampliar a liberdade do homem e restringir, ao patamar mínimo necessário, o poder do Estado.

O garantismo rechaça os dois extremos, quais sejam: o Estado anti-liberal consubstanciado pelo abuso do direito de punir, assim como a liberdade selvagem lastreada pela ausência de regras.

Pode-se dizer que o garantismo é um sistema que traça limites ao exercício do poderio estatal, de forma a resguardar a liberdade regrada – e não desenfreada – de cada componente da sociedade. O garantismo é, em essência, um modelo de Direito.

Com o propósito de aumentar a liberdade do homem e reduzir o poder do Estado ao mínimo sustentável, Luigi Ferrajoli desenvolve técnicas de minimização do poder institucionalizado. Essas técnicas, que são sintetizadas em 10 (dez) axiomas, consubstanciam garantias relativas à pena e ao delito, bem como ao processo. O modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal é resultado de uma concatenação sistemática dos dez princípios, os quais, como esclarece Luigi Ferrajoli, “foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos

---

como inocente mientras no haya mediado la sentencia irrevocable de condena. Nada más burdamente paradójico e irracional).

XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal absoluto”.<sup>336</sup>

Segundo o garantismo penal, existem três garantias relativas à pena e, por conseguinte, ao problema de quando e como punir<sup>337</sup>. A primeira é referente ao axioma de “*nulla poena sine crimine*”, que corresponde ao princípio da retributividade, no sentido de que não é possível a imposição de uma pena sem o cometimento de um crime. A segunda garantia diz respeito ao “*nullum crimen sine lege*”, que caracteriza o princípio da legalidade, ou seja, não há crime sem previsão legal. Vale dizer que o princípio da legalidade é a viga mestra do garantismo, uma vez que permite o achatamento do poder punitivo do estado. Já o axioma de “*nulla lex (poenalis) sine necessitate*” significa que, com base no princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal, não deve haver imposição de pena se o conflito puder ser resolvido por outros ramos do direito, uma vez que o Direito Penal, como já sustentado nessa dissertação, deve ser a última instância de controle dos conflitos sociais.

No que tange às garantias relativas ao delito, ou seja, ao problema de quando e como punir<sup>338</sup>, Luigi Ferrajoli estabelece, como indispensável, o respeito ao axioma de “*nulla necessitas sine injuria*”, em defesa do princípio da lesividade ou ofensividade. Também com relação ao delito, o consagrado autor italiano propugna o respeito ao axioma da “*nulla injuria sine actione*”, ou seja, o princípio da exteriorização da ação, e ao axioma da “*nulla actio sine culpa*”, que nada mais é do que o princípio da culpabilidade, também conhecido como princípio da responsabilidade pessoal.

Como último bloco de axiomas, Luigi Ferrajoli prevê garantias relativas ao processo<sup>339</sup>, quais sejam: a) “*nulla culpa sine iudicio*” – princípio da jurisdicionariedade, que é considerada a mais importante garantia processual que serve de pressuposto para todas as outras; b) “*nullum iudicium sine accusatione*” – princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; c) “*nulla accusatio sine probatione*” - princípio do ônus da prova ou da verificação; d) “*nulla probatio sine defensione*” – princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

---

<sup>336</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 91.

<sup>337</sup> Ibidem, p. 325.

<sup>338</sup> Ibidem, p. 425.

<sup>339</sup> Ibidem, p. 495.

O garantismo, portanto, é um sistema de limites impostos ao Poder Estatal. Esclarecidos os conteúdos dos axiomas elencados por Luigi Ferrajoli, cabe asseverar que todos os princípios garantistas estão previstos na Constituição Federal de 1988, o que ressalta a existência de um Direito Penal Constitucional.

Como se constata facilmente, as teses garantistas vão de encontro ao que propõe Günther Jákovs no que diz respeito à forma de tratamento com o inimigo. De acordo com o garantismo penal, propostas ligadas ao Direito Penal do Autor, como é o discurso do Direito Penal do Inimigo, devem ser extirpadas dos ordenamentos jurídicos.

Por outro lado, em alusão ao pensamento Ronald Dworkin<sup>340</sup>, é possível afirmar que o cumprimento dos axiomas propostos pela Teoria do Garantismo Penal visa garantir que os direitos, tanto os individuais, como os coletivos, especialmente os fundamentais, sejam levados a sério. A correta aplicação das garantias, sem dúvida, auxilia imensamente no progresso das sociedades que, de forma esmerada, preservam os direitos fundamentais. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli disciplina que

As garantias não são outra coisa que técnicas previstas pelo ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, e, portanto, para possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais em coerência com sua estipulação constitucional.<sup>341</sup>

Como se verifica, o garantismo serve de lastro para a defesa do Direito Penal Mínimo, ou seja, a defesa do máximo de bem-estar para o não delinquente e do mínimo de mal-estar para o delinquente, ambas diretrizes consonantes com o Estado Democrático de Direito. Enquanto o minimalismo está almeja restringir a intervenção penal, o garantismo se propõe a resguardar as garantias penais e processuais penais. Assim, é possível concluir que, apesar de não constituírem sinônimos, garantismo e minimalismo são convergentes. Sobre a ligação do minimalismo penal com o pensamento garantista, Aury Lopes Jr. aduz que

Existe uma profunda relação entre o atual modelo de Direito Penal mínimo e seu correspondente processo penal garantista. O primeiro é condicionado e limitado ao máximo, correspondendo não só ao máximo grau de tutela das liberdades dos indivíduos em relação ao

<sup>340</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, *passim*.

<sup>341</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Garantías. La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 25, tradução nossa. (Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para possibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional).

arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Existe uma clara vinculação entre garantismo e racionalismo.<sup>342</sup>

Portanto, cabe afirmar que o garantismo penal é um modelo normativo de Direito que representa um sistema de limites às autoridades políticas. Observa-se, ainda, que o esse modelo normativo – apesar de focar no direito à liberdade – pode ser estendido à garantia de todos os direitos fundamentais, a exemplo dos direitos sociais, convertendo-se assim em um paradigma da democracia constitucional.

Sob a perspectiva garantista, as sanções criminais não podem ser utilizadas de forma excessiva, o que, possivelmente, contribuiu para que Fernando Galvão da Rocha, ao tratar da legitimidade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, sustentasse, de forma escorreita, que

São ilegítimas e, portanto, substancialmente inválidas todas as aplicações sancionatórias do direito penal que não contribuam para a construção de uma sociedade mais fraterna. O ideal garantista impõe a prevalência das soluções não aflitivas para as soluções de conflito.<sup>343</sup>

Considerando o pleito garantista por medidas sancionatórias mais brandas, não é absurdo, sem olvidar a complementaridade entre o modelo tradicional de justiça e o modelo restaurativo, postular que a Justiça Restaurativa pode coexistir com a Teoria do Garantismo Penal. Para robustecer essa afirmativa, cabe invocar Afonso Konzen, o qual conclui que

não se percebem, portanto, na perspectiva da adoção de práticas restaurativas na solução de conflitos de natureza penal ou infracional, incompatibilidades ou impossibilidades de convivência harmônica desse modelo com a carta principiológica da instrumentalidade garantista.<sup>344</sup>

No momento, é oportuno registrar que Luigi Ferrajoli entende que as respostas jurídico-penais obtidas através de acordos mediados aviltam contra a escorreita construção probatória. Contudo, o modelo restaurativo que é explicitado no presente trabalho acadêmico não se enquadra em nenhum dos sistemas de controle antigarantistas explicitados por Ferrajoli, (o social-preventivo, o estatal-

<sup>342</sup> LOPES JR., op. cit., p.111.

<sup>343</sup> ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Legitimidade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, 2007, p. 124.

<sup>344</sup> KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007, p. 98.

selvagem, o social-disciplinar e o estatal-disciplinar), a despeito de Luigi Ferrajoli ser refratário às propostas consensualistas<sup>345</sup>.

O pensamento garantista é louvável. Especialmente em razão das horrendas violações - aos direitos humanos - verificadas durante o não muito longínquo regime ditatorial que governou o Brasil entre 1964 e 1985, a defesa do modelo garantista é salutar. No entanto, a ferrenha defesa por um modelo ultragarantista não pode obstaculizar a promoção de programas destinados à resolução consensual dos crimes. Apesar de preponderante, o processo penal garantista não constitui a única ferramenta possível de ser utilizada com o escopo de pacificar o conflito, sem que isso gere maiores danos às partes. Nessa linha de raciocínio, Leonardo Sica, com extrema sabedoria, aduz que:

O rol axiomático do sistema de proteção sintetizado por Ferrajoli é todo 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?<sup>346</sup>

Nessa senda, não obstante o posicionamento de Ferrajoli, é possível, tendo em vista o princípio da complementaridade, afirmar que não é inviável a coexistência do modelo tradicional, no qual as garantias processuais penais devem ser aplicadas com veemência, com o modelo consensual. Nesse último, inclusive por estar calcado na voluntariedade e na busca por um entendimento no âmbito criminal, é viável a retração das garantias processuais, circunstância que oportunizará a tentativa de alcançar uma conclusão menos traumática para o conflito.

O garantismo, então, pautado na negação das violações aos direitos dos acusado cuida – e assim deve continuar – dos casos em que o nível de animosidade entre as partes não possibilita que do diálogo brote uma solução harmoniosa. É possível dizer que o garantismo possui, no bom sentido, uma índole negativa.

Por sua vez, os modelos restaurativos visam propiciar uma chance de acerto, de cunho positivo, entre as partes. Para tanto, mister se faz o recuo das garantias processuais penais, em nome de um possível acerto menos aflitivo para as partes envolvidas no conflito, o que, inexoravelmente, respinga, de forma positiva,

---

<sup>345</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 27.

<sup>346</sup> SICA, op. cit., p. 135.

na busca pela pacificação social, que é um dos principais objetivos do processo e, por conseguinte, do Direito.

### **7.3. Justiça restaurativa e o princípio da presunção de inocência**

Após apresentados os postulados restaurativos, bem como o princípio da presunção de inocência, é possível asseverar que ambos podem coexistir, cada qual atuando em uma zona de incidência, de forma harmoniosa. Para alcançar tal desiderato, novamente se faz necessário sustentar que o paradigma restaurativo deve desenvolver-se em relação de complementaridade com a Justiça Penal tradicional.

É imperioso estabelecer a coexistência de um “modelo do conflito”, marcado pelas posições antagônicas das partes e pela animosidade costumeira de um processo que busca identificar culpados e inocentes, e um “modelo do consenso”, no qual as partes, de forma voluntária, predispõem-se a dialogar sobre o conflito - em toda sua amplitude - com o propósito de encontrar uma solução que atenda, da forma mais equitativa possível, às necessidades da vítima, do ofensor e das demais partes interessadas no conflito. Sobre o tema, Selma Santana aduz que

a Justiça negociada faz apelo à participação e ao consenso, conferindo um papel ativo à vítima e ao autor do delito. Na realidade, trata-se da introdução, no âmbito da justiça criminal, de um modelo consensual de solução de conflitos de natureza penal, devendo-se alertar que estamos diante de uma complementaridade entre modelos baseados, um no ‘conflito’, e outro no ‘consenso’; e de que, este último, além de ser complexo, determina uma nova leitura das bases do processo penal.<sup>347</sup>

Nesse contexto, poder-se-á falar em convívio não-conflituoso entre o princípio da presunção de inocência e a Justiça Restaurativa. Na perspectiva de Justiça Restaurativa aqui explicitada, não há que se falar em prejuízo para o acusado no que concerne ao princípio da não-culpabilidade.

O processo restaurativo não prejudica o suposto autor de um delito, uma vez que, como já apresentado, a Justiça Reintegrativa tem a confidencialidade como um de seus princípios básicos. Inclusive por estar calcado na voluntariedade e na busca por um entendimento no âmbito criminal, no processo restaurativo é viável a

---

<sup>347</sup> SANTANA, op. cit., p. 202.



retração das garantias processuais, circunstância que oportunizará a tentativa de alcançar uma conclusão menos traumática para o conflito.

Outrossim, em decorrência das características da Justiça Restaurativa, especialmente do caráter sigiloso dos encontros restaurativos, o estado de inocência do possível agressor manter-se-á intacto. Eventual utilização, em sede processual penal tradicional, de informações obtidas durante as tentativas de acordo devem ensejar reprimendas do Poder Judiciário, uma vez que restaria configurada postura violadora da estabilidade social, às vezes, mais gravosa que a própria agressão geradora do processo penal em curso. O eventual vazamento de informações não poderá implicar em prejuízo àquele que, agindo de boa-fé, participou de programa restaurativo.

De qualquer forma, nem mesmo o vazamento de informação concernente à possível confissão do delito maculará, de forma absoluta, o princípio da presunção de inocência, uma vez que, mesmo no processo penal tradicional, a confissão não representa meio de prova impassível de questionamentos. O próprio Código de Processo Penal, ao tratar da confissão (art. 197), dispõe que o valor da confissão será aferido em consonância com os demais elementos probatórios do caso concreto. Como afirmado por Selma Santana, “a confissão, sem embargo de ser excelente e um valioso meio de prova, não tem força probatória absoluta.”<sup>348</sup> Em razão do interesse público, o magistrado deverá proceder ao cotejo da confissão com todo o arcabouço probatório do caso concreto.

Na perspectiva de Justiça Restaurativa aqui explicitada, não há que se falar em prejuízo para o acusado no que concerne ao princípio da não-culpabilidade. O processo restaurativo não prejudica o suposto autor de um delito, uma vez que, como já apresentado, a Justiça Reintegrativa tem a confidencialidade como um de seus princípios básicos. Ademais, a participação em processo restaurativo não implica na assunção de culpa por uma das partes; pode implicar, se houver acordo. Sobre o tema, Ilana Luz conclui que

O procedimento restaurativo é pautado, outrossim, na assertiva de que o consentimento do ofensor em participar da construção do acordo não significa assunção da culpa penal. De fato, esse ponto é crucial para que se respeitem as garantias fundamentais de presunção de inocência..<sup>349</sup>

---

<sup>348</sup> Idem, p. 208.

<sup>349</sup> LUZ, op. cit., f. 191.

Ademais, é imperioso consignar que a possibilidade de confissão da culpa como pressuposto para deslinde do conflito de forma mais branda já se encontra tipificada no Código Penal do Brasil sem, contudo, causar tanta repulsa. O dispositivo a que se faz alusão é o artigo 168-A, §2º, abaixo transcrito.

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Conforme verificado, a confissão para arrefecer a pena também ocorre em sede de processo convencional, uma vez que o princípio da presunção de inocência não impede tal posicionamento por parte do réu.

Ademais, as partes, apoiadas no princípio da voluntariedade, devem ter o direito de evitar o processo, que é uma garantia, não uma imposição, conforme esclarece Leonardo Sica da seguinte forma:

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 (...).<sup>350</sup>

O autor do delito deve ter o direito de dispensar o processo tradicional e, ao assumir sua culpa, tentar achar uma solução acordada, desde que tal postura traga benefícios para ele e, por via de consequência, para a vítima e para a sociedade.

No que tange à Justiça Reparadora, há que se compreender que a tentativa de solução do conflito sob o viés restaurativo é um *plus* e não um *minus* ao modelo convencional de justiça. Não havendo o acordo, o conflito passará a ser objeto do processo penal tradicional.

Mesmo após o insucesso do encontro reintegrativo, o Judiciário, sem qualquer vínculo prejudicial ao ocorrido na seara restaurativa, adotará todas as medidas normais de um processo penal, inclusive, a busca pela conciliação.

<sup>350</sup> SICA, op. cit., p. 128.

Caso haja acordo e, em seguida, o mesmo seja homologado pelo Poder Judiciário, o autor do delito será beneficiado com a atenuação da pena, a suspensão condicional do processo ou até a extinção da pena, tudo isso condicionado ao cumprimento do acordo.

Quanto à crítica de que as modalidades de encontro restaurativo violam o princípio da presunção de inocência, Leonardo Sica, de forma esclarecedora, rebate a crítica que é o cerne do presente investigação científica, da seguinte maneira:

Quanto à 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. 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 (...)<sup>351</sup>

O princípio da não-culpabilidade, enquanto garantia do réu, não pode impedir que o mesmo, de forma livre e voluntária, venha a assumir uma parcela ou toda responsabilidade por um evento criminoso. Repita-se, ainda, que os intervenientes em um processo restaurativo só farão as declarações que acharem convenientes. Ademais, nem mesmo eventual confissão poderá resultar em prejuízo ao princípio em questão, se o caso for remetido para o processo penal tradicional, em razão da não resolução acordada do conflito.

Outrossim, as partes podem, a qualquer momento, revogarem o consentimento outrora dado para participar do encontro restaurativo. Nesse sentido, também rejeitando a tese de que a participação em programa restaurativo implica em renúncia à presunção de inocência, André Lamas Leite posiciona-se nos seguintes termos:

Não julgamos, pois, correcto afirmar que a participação em programas de mediação envolve uma renúncia do arguido à presunção de inocência de que se encontra revestido, desde logo devido à possibilidade de, a todo o tempo, ele retirar o seu consentimento para a continuação do processo e dado que, nesses casos, tal não pode ser, de modo algum, utilizado na tramitação subsequente.<sup>352</sup>

---

<sup>351</sup> SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 132.

<sup>352</sup> LEITE, André Lamas. **A mediação penal de adultos**: um novo paradigma de justiça? Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 119.

Diante do exposto, é possível afirmar que o modelo reparador não viola o princípio da presunção de inocência. Existe espaço para a convivência entre o princípio em comento e a Justiça Restaurativa.

## 8. CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi assinalado, é possível concluir que:

1. O homem é um ser eminentemente social;
2. o processo socializador confirma a natureza gregária do homem e vai ao encontro do brocardo, em latim, *ubi homo, ibi societas*, que sintetiza a máxima de que onde houver a presença humana, necessariamente, haverá o desenvolvimento das sociedades;
3. o ser humano não só existe; ele coexiste com seus semelhantes, não só pelo sentimento gregário que, em maior ou menor escala, move o homem, como, também, pela necessidade, ainda que inconsciente, de interagir para viabilizar o aproveitamento de todas as potencialidades individuais;
4. tendo em vista que, em decorrência da pluralidade de concepções ideológicas sobre os mais diversos assuntos que podem permear a vida dos seres humanos, o respeito ao direito alheio não impera sempre, a sociedade é motivada a estabelecer parâmetros para lidar com as condutas humanas que geram desconfortos sociais;
5. a absoluta ausência de regulamentação, ainda que informal, poderia desembocar no abalo da própria concepção de vida gregária por parte do ser humano;
6. o controle social pode ser entendido como o conjunto de valores, que pode ser difundido de maneira formal ou informal, ao qual a sociedade recorre para amenizar ou solucionar as perturbações sociais que emanam da própria interação entre os seres humanos;
7. é possível praticar um controle social de maneira mais eufemística e paulatina, sob uma perspectiva que privilegia a orientação e o diálogo, o que não impede que, às vezes, sejam utilizadas posturas repressivas;
8. em um Estado Democrático de Direito, o poder estatal não pode alastrar-se a ponto de impossibilitar que os cidadãos lidem com as desavenças sociais, especialmente com aquelas de menor expressão. A burocratização do conflito não é o único, tampouco o melhor caminho a

ser seguido com vistas à resolução dos embates que ocorrem no meio social em pleno século XXI;

9. é importante que o Estado somente intervenha quando os agentes informais, seja pela complexidade do caso concreto, seja pela extensão do dano em análise, não tenham capacidade de dirimir o conflito de forma a exercer um eficaz controle social;
10. há que se promover uma interação entre os meios de controle social formal e informal, com ênfase na utilização residual das instâncias formais, direcionadas pelo uso racional do Direito, em especial o ramo criminal;
11. o Direito Penal representa um subsistema inserido em um sistema global de controle social;
12. o sistema clássico de Justiça Criminal está em crise;
13. o sentimento de medo da sociedade tem, infelizmente, consubstanciado um espaço propício para a hipertrofia do Direito Penal;
14. a teoria de Jákovs afronta as bases do Estado Democrático de Direito. Ademais, o Direito Penal do inimigo desrespeita a consagrada concepção de Direito Penal do fato e ensejando um danoso Direito Penal do autor, que abre espaço para que os inimigos sejam punidos pelo que são, e não pelo que fazem;
15. o crescimento populacional não justifica, isoladamente, o assombroso incremento da população carcerária brasileira;
16. apesar de ser completamente compreensível a postura de revolta da população, especialmente ante o sofrimento sentido pelas vítimas e familiares de crimes bárbaros, o Estado, ao menos enquanto levar-se a sério o conteúdo da Magna Carta de 1988, não pode respaldar o tratamento degradante aos condenados e, menos ainda, aos acusados, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência;
17. é louvável a estreita relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, que é verificada em um Estado Democrático de Direito;
18. os princípios possuem realce no atual momento jusfilosófico, no bojo do pós-positivismo, de modo que são concebidos como pilares normativos

que possuem força vinculante dentro do sistema jurídico eminentemente constitucional;

19. sob a perspectiva de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, o Direito Penal, necessariamente, deve restringir-se à tutela dos bens jurídicos mais importantes, conforme a orientação constitucional. Nesse Estado, o Direito Penal Constitucional só é legítimo se atender aos princípios constitucionais penais, a exemplo dos princípios da culpabilidade, intervenção mínima, humanidade das penas e da legalidade;
20. além da busca pela restrição do alcance das medidas penais às ocasiões de extrema gravidade, os defensores de um Direito Penal concatenado com os Direitos humanos também almejam que, quando for imprescindível recorrer-se ao Direito Criminal, sejam utilizadas sanções menos aflitivas que a privação da liberdade, desde que tais medidas mostrem-se adequadas ao caso concreto;
21. o crime não é mais analisado somente sob o viés dogmático. Com vistas a um estudo adequado sobre os contornos do evento criminosos, os operadores do Direito devem observar, além do aspecto dogmático, questões criminológicas e sociológicas, por exemplo. O exame mais crítico e amplo dos elementos que ensejam a prática do delito possibilita verificar que o paradigma punitivo já não é suficiente para abarcar todos os eventos delitivos, em razão das peculiaridades de cada caso concreto. Nessa senda, o enfrentamento transdisciplinar do crime constitui um aspecto decisivo para o desenvolvimento da Justiça Restaurativa;
22. é imperioso que a Política Criminal não seja compreendida como mera Política de Segurança do Estado. O movimento de Política Criminal calcado no Direito Penal Mínimo, que está inserido na concepção de Estado Democrático de Direito, não pode ser preterido por um modelo de Política Criminal intervencionista e punitivista;
23. o Direito Penal deve ser subsidiário, só sendo utilizado quando os demais ramos jurídicos se mostrarem insuficientes para o resguardo dos bens jurídicos de maior importância;

24. os ideais de Direito Penal mínimo, direitos fundamentais, princípios penais e processuais penais constitucionais, Estado Democrático de Direito e dignidade da pessoa humana vão formando uma teia de valores que serve de lastro para a concepção do paradigma da Justiça Restaurativa;
25. a postura repulsiva do sistema tradicional, em relação à participação da vítima, acaba gerando uma espécie de vitimização secundária, também conhecida como sobrevitimização;
26. a Justiça Restaurativa não representa uma forma privada de Justiça. O escopo do paradigma restaurativo não é privatizar os conflitos;
27. em razão das características explicitadas, verifica-se que, indubitavelmente, o sistema do “*plea bargaining*”, no qual a negociação da pena ocorre de forma escancarada, não se coaduna com os valores restaurativos. Justiça Restaurativa e *plea bargaining* possuem uma relação da mesma natureza que água e óleo, ou seja, não se misturam;
28. a Justiça Restaurativa, apesar de influenciada pela Vitimologia, não busca, em hipótese alguma, trocar a atual postura estatal, que afasta contundentemente o sujeito passivo do contexto destinado à solução do conflito, por uma ditadura da vítima em claro desfavor do sujeito ativo do crime;
29. quando aceita pelos sujeitos envolvidos, a Justiça Restaurativa busca - através, basicamente, de três modelos, quais sejam a mediação vítima-infrator (técnica distinta do modelo conciliatório utilizado pelos Juizados Especiais Criminais do Brasil), as conferências de grupos familiares e os círculos restaurativos (que englobam os painéis comunitários) - estimular as partes a gerirem o conflito e, possivelmente, encontrarem uma alternativa para a solução do conflito;
30. a Justiça Restaurativa tende a diminuir as mazelas sociais provocadas pelo sistema tradicional, sendo, portanto, mais eficaz à luz dos direitos fundamentais consignados no Estado Democrático e Constitucional de Direito;



31. a Justiça Restaurativa pode ser estimulada sem o receio de ensejar uma expansão do controle estatal sobre o indivíduo, bem como sem violar os princípios básicos do Estado Democrático de Direito;
32. diferentemente da conciliação, o poder de gerência sobre o conflito por parte do mediador é ínfimo. Como explicitado, não cabe ao mediador interferir nos debates entre as partes com o escopo de direcionar a conversa sob a perspectiva que lhe parecer mais favorável. Na mediação, a solução deve ser construída pelas partes, sem que o mediador interfira de modo a alterar o caminho natural a ser percorrido por ofensores e ofendidos, na busca por um acordo;
33. com o propósito de aumentar a liberdade do homem e reduzir o poder do Estado ao mínimo sustentável, Luigi Ferrajoli desenvolve técnicas de minimização do poder institucionalizado. Essas técnicas, que são sintetizadas em 10 (dez) axiomas relativos à pena e ao delito, bem como ao processo, não podem obstaculizar o desenvolvimento da Justiça Restaurativa;
34. tendo em vista o princípio da complementaridade, não é inviável a coexistência do modelo tradicional, no qual as garantias processuais penais devem ser aplicadas com veemência, com o modelo consensual. Nesse último, inclusive por estar calcado na voluntariedade e na busca por um entendimento no âmbito criminal, é viável a retração das garantias processuais, circunstância que oportunizará a tentativa de alcançar uma conclusão menos traumática para o conflito.
35. a Justiça Restaurativa busca ocupar uma zona híbrida, na qual, apesar de não ser possível, de forma geral, despenalizar algumas condutas, é cabível, por parte do Estado, ceder espaço para que, aqueles que assim desejem, encontrem formas alternativas, mas não menos legítimas de solucionar os conflitos, o que propiciará a pacificação social, objetivo de todo procedimento que envolve partes conflitantes;
36. é imperioso estabelecer a coexistência de um “modelo do conflito”, marcado pelas posições antagônicas das partes e pela animosidade costumeira de um processo que busca identificar culpados e inocentes, e um “modelo do consenso”, no qual as partes, de forma voluntária,

predispõem-se a dialogar sobre o conflito - em toda sua amplitude - com o propósito de encontrar uma solução que atenda, da forma mais equitativa possível, às necessidades da vítima, do ofensor e das demais partes interessadas no conflito;

37. a consagração do princípio da presunção de inocência, efetivamente, remonta ao artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi proclamada em Paris no ano de 1789;
38. o princípio da não-culpabilidade, enquanto garantia do réu, não pode impedir que o mesmo, de forma livre e voluntária, venha a assumir uma parcela ou toda responsabilidade por um evento criminoso;
39. o processo restaurativo não prejudica o suposto autor de um delito, uma vez que a Justiça Reintegrativa tem a confidencialidade como um de seus princípios básicos. Ademais, a participação em processo restaurativo não implica na assunção de culpa por uma das partes;
40. o princípio da não-culpabilidade, enquanto garantia do réu, não pode impedir que o mesmo, de forma livre e voluntária, venha a assumir uma parcela ou toda responsabilidade por um evento criminoso. O autor do delito deve ter o direito de dispensar o processo tradicional e, ao assumir sua culpa, tentar achar uma solução acordada, desde que tal postura traga benefícios para ele e, por via de consequência, para a vítima e para a sociedade. As partes, apoiadas no princípio da voluntariedade, devem ter o direito de evitar o processo, que é uma garantia, não uma imposição;
41. a tentativa de solução do conflito sob o viés restaurativo é um *plus* e não um *minus* ao modelo convencional de justiça. Não havendo o acordo, o conflito passará a ser objeto do processo penal tradicional;
42. em decorrência das características da Justiça Restaurativa, especialmente do caráter sigiloso dos encontros restaurativos, o estado de inocência do possível agressor manter-se-á intacto. Eventual utilização, em sede processual penal tradicional, de informações obtidas durante as tentativas de acordo devem ensejar reprimendas do Poder Judiciário, uma vez que restaria configurada postura violadora da estabilidade social, às vezes, mais gravosa que a própria agressão

geradora do processo penal em curso. O eventual vazamento de informações não poderá implicar em prejuízo àquele que, agindo de boa-fé, participou de programa restaurativo;

43. as práticas restaurativas não ocorrem ao arrepio do Estado. Não serão aceitos acordos mais gravosos que a própria pena, acordos desproporcionais ou acertos violadores dos direitos humanos;
44. ainda quanto ao conteúdo do acordo, conclui-se que a Justiça Restaurativa não foca na possível transferência de recursos (dinheiro ou bens) do ofensor para o ofendido. Por certo, a reparação financeira constitui uma das medidas adotadas para reparar o dano, mas essa não é a meta a ser perquirida em todas as situações;
45. caso haja acordo e, em seguida, o mesmo seja homologado pelo Poder Judiciário, o autor do delito será beneficiado com a atenuação da pena, a suspensão condicional do processo ou até a extinção da pena, tudo isso condicionado ao cumprimento do acordo;
46. nem mesmo o vazamento de informação concernente à possível confissão do delito maculará, de forma absoluta, o princípio da presunção de inocência, uma vez que, mesmo no processo penal tradicional, a confissão não representa meio de prova impassível de questionamentos;
47. as partes podem, a qualquer momento, revogarem o consentimento outrora dado para participar do encontro restaurativo;
48. é possível a convivência entre o princípio da presunção de inocência e a Justiça Restaurativa.

## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARISTÓTELES. **A Política**, 6ª ed. São Paulo: Atena, 1960.

ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou punir?- Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Aezandre (org.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito e controle social: elementos para uma abordagem sociológica do campo do controle do crime. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 35, p.49-68, 2009.

BAAMONDE, Xulio Ferreiro. **La víctima em el processo penal**. Madrid: La ley, 2005.

BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal, parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7655>>. Acesso em: 16 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista da AJUFE**. Brasília, ano 23, n. 82, p. 109-157, 2005.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 2, p. 167-210, 2003.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BERGER, Peter L. **Perspectivas sociológicas**: uma visão humanística. Tradução de Donaldson D. Garschagen. Petrópolis: Vozes, 1986.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BITTAR, Walter Barbosa. A punibilidade como categoria substantiva na estrutura geral do delito. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). **Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo**. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 627-633.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**, volume I. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Direito Penal Contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109-131.

BRASIL. Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em 10 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 10 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1766](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1766)>. Acesso em 17 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D{364AC56A-DE92-4046-46C-6B9CC447B586}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>>. Acesso em 26 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=pt-br&params=itemID%3D{C37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C}%3B&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>>. Acesso em 17 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.256, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 247. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2897256.NUME.+OU+97256.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/canhbf5>>. Acesso em 20 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Habeas Corpus nº 106.856, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, nº 150. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28106856.NUME.+OU+106856.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/9wl9u4u>>. Acesso em 30 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Súmula nº 698**. Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=698.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 15 fev. 2013.

BUSATO, Paulo César. Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal do inimigo. SCHMIDT, **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 14, p. 137-145, 2004.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; LARRAURI PIJOAN, Elena. **Victimología**: presente y futuro. Barcelona: PPU, 1993.

CAMAÑO VIERA, Diego. Ley de urgencia y derecho penal de la emergencia. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v.2, n.6, p.78-90, 2002.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAPPI, Ricardo. Mediação e prevenção da violência. In: VELOSO, Marília Lomanto; AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera. (Org.). **Mediação popular**: uma alternativa para a construção da justiça. Salvador: Juspopuli Escritório de Direitos Humanos, 2009, 27-35.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Alternativas al Derecho penal. In: ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003, p.215-229.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**: parte geral. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_; Criminologia e Transdisciplinaridade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40.

CASALI, Saulo. **Poder Judiciário e Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/aft\\_PODER%20JUDICIARIO%20E%20DIR EITOS%20HUMANOS.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/aft_PODER%20JUDICIARIO%20E%20DIR EITOS%20HUMANOS.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2012.

CASTRO, Celso A. Pinheiro de. **Sociologia aplicada ao direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

CATTANEO, Mario A. Positivismo Giuridico. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernerto (Diretto) **Novissimo Digesto Italiano, XIII**. Torino: UTET, 1957.

CERVINI, Raúl. La reciente política legislativa penal em el Uruguay: entre la irracionalidad de la emergencia y el pragmatismo de los costos del sistema. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel (Coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro**

**Milênio:** Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 151-195.

CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. Tradução de Beatriz Scigliano Careiro. In: **Conversações abolicionistas:** uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Organizadores: Edson Passetti, Roberto Baptista. São Paulo: IBCCrim, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575\\_02pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf)>. Acesso em 30 nov. 2011.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho.** Buenos Aires: Arayú, 1954.

COSTA, Maria Cristina Castilho. **Sociologia:** introdução à ciência da sociedade. São Paulo: Moderna, 2005.

COUTINHO, Jacinto; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas e se a pedra vem de dentro? **Revista de Estudos Criminais.** Porto Alegre, v.3, n.11, p.23-29, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: Juspodivm, 2011.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa.** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), 2005, p. 41-51.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao/direitoshumanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao/direitoshumanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em 02 mar. 2013.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. **Revista de Ciências Penais.** São Paulo, v.1, n.1, p.09-37, jul./dez. 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal; Coimbra Editora, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. In: ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN, Ulfried; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo:** el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003, p. 147-172.



DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume. 1.** São Paulo: Saraiva, 2005.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana.** Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Império do direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal:** garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão.** Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Derecho y Garantías. La ley del más débil.** Madrid: Trotta, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio:** dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça restaurativa:** natureza, finalidades e instrumentos. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FRAGOSO, Heleno. A reforma da legislação penal. **Revista do Direito Penal (RDP).** Rio de Janeiro, n. 35, 1983.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal:** tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1972.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. Despenalización y privatización: tendencias contrarias? In: ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.).

**Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo:** el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, 2003.

GARELLI, Franco. Controle Social. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Coord.): trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira. **Dicionário de política.** Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

GARLAND, David. **A cultura do controle e ordem social na sociedade contemporânea.** Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GOMES, Geder Luiz Rocha. **A substituição da prisão.** Alternativas penais: legitimidade e adequação. Salvador, JusPodivm, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Justiça penal restaurativa: perspectivas e críticas. **Argumenta,** Jacarezinho, n.8, p.151-154, 2008.

\_\_\_\_\_; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Criminologia:** introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal,** volume 1: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_; BIANCHINI, Alice. "Direito Penal do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal In: EL HIRECHE, Gamil Föppel (Coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio:** Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 653-675.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência.** Tradução de Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio:** uma visão minimalista do Direito Penal. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Celso Bastos, 2001.

GUTIERRIZ, Thaize de Carvalho Correia. **Justiça restaurativa:** método adequado de resolução dos conflitos jurídico-penais praticados contra a mulher em ambiente

doméstico. 2012. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOEBEL, Edward Adamson; FROST, Everett E. Tradução de Euclides Carneiro da Silva. **Antropologia cultural e social** São Paulo: Cultrix, 2006.

HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. Tradução de Maria Abramo Brant de Carvalho. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Organizadores: Edson Passetti, Roberto Baptista. São Paulo: IBCCrim, 1997.

\_\_\_\_\_; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**. O sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

I SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA. Carta de Araçatuba. Araçatuba, 30 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/cartadearacatuba.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2013.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), 2005.

JÁKOBS, Günther. Os dilemas do Direito Penal. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. In: MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coord.). **Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 9-55.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal: parte general**. Fundamentos y teoria de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1997.

\_\_\_\_\_; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. The Meaning of Restorative Justice. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (ed.). **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton, UK; Portland, USA: Willian Publishing, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Violência brasileira: o papel da criminalidade. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n.4, p.55-69, jan./jul. 1994.

KELLING, George L.; WILSON, JAMES Q. FRAGOSO, Broken Windows: the police and neighborhood safety **The Atlantic**, Washington, DC, mar. 1982. Disponível em: < <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/2/>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

LEITE, André Lamas. **A mediação penal de adultos**: um novo paradigma de justiça? Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

LEVINSON, David (Ed.). **Encyclopedia of crime and punishment**: volume 3. California: Sage, 2002.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Oliveira. **História da Civilização**. São Paulo: Melhoramentos, 1962.

LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Aezandre (org.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**: Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito processual e sua conformidade constitucional, v. II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LUBISCO, Nídia Maria Leinert; VIEIRA, Sônia Chagas; SANTANA, Isnaia Vieira. **Manual de estilo acadêmico**: monografias, dissertações e teses. 4. ed. rev. e ampl. Salvador: EDUFBA, 2008.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**, Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris: 2005.

LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa**: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal. 2012. 205 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MAGNA CARTA DE 1215. Disponível em:  
<<http://www.britannia.com/history/docs/magna2.html>>. Acesso em 05 mar. 2013.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo I. Traducion de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1951-1954.

MARSHALL, Tony. **Restorative Justice: an overview**. London: Home Office Research and Development Statistics Directorate, 1999.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho possível? Tradução de Jamil Chade. In: **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Organizadores: Edson Passetti, Roberto Baptista. São Paulo: IBCCrim, 1997.

MAXWELL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), 2005, p. 279-293.

MELLO, Leonel Itassu Almeida; COSTA, Luís César Amad. **História moderna e contemporânea**. São Paulo: Scipione, 1999.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade**. O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: JusPodivm, 2010.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manuel de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MUÑOZ, Alberto Alonso. **Argumentação e Interpretação do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MUNÓZ CONDE, Francisco. As reformas da parte especial do Direito Penal espanhol em 2003: da “tolerância zero” ao “direito penal do inimigo”. Tradução de Themis Maria Pacheco de Carvalho. **Revista de Ciências Penais**. São Paulo, n.4, p.53-82, jan./jun. 2006.

\_\_\_\_\_. La relación entre sistema del derecho penal y política criminal: história de una relación atormentada. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 27 p.9-41, 2007.

\_\_\_\_\_; BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MURICY, Marília. Breve reflexão sobre a justiça. In: VELOSO, Marília Lomanto; AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera. (Org.). **Mediação popular: uma alternativa**

para a construção da justiça. Salvador: Juspopuli Escritório de Direitos Humanos, 2009, p. 15-18.

\_\_\_\_\_. O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a nova hermenêutica jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFBA**, Salvador, v.37, p.69-91, 1997/1998.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NEUMAN, Elías. **Victimología, el rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales**. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1994.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <[http://unicrio.org.br/img/DeclU\\_D\\_HumanosVersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf)>. Acesso em: 25 de mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime. **Handbook on restorative justice programmes**. New York: United Nations, 2006 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Marcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade mecum**. 11. ed. atual. e ampl. São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. O Conceito de Direito – Uma Introdução Crítica. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel (Coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 735-743.

\_\_\_\_\_. Sobre a missão do direito penal no estado democrático de direito. **Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA**, Salvador, v.2, n.2, p.207-212, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1969

REALE JÚNIOR, Miguel. Insegurança e tolerância zero. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v.2, n. 9, p.66-70, abr./jun. 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Celeridade e eficácia – uma opção político-criminal. In: Faculdade de Direito da Universidade do Porto. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Legitimidade do direito penal no estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.95, p.99-128, 2007.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROSS, Edward Alsworth. **Social control and the foundations of sociology**. Boston: Beacon Press, 1959.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: tomo I: fundamentos: la estructura de la teoria del delito. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madri: Editorial Civitas, 1997.

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

SANTANA, Selma Pereira de. **A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Justiça restaurativa, um novo olhar sobre as vítimas de delito e a injustificável contraposição da Vitimodogmática. **Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi**, Fortaleza, jun. 2010.

\_\_\_\_\_. A reparação como sanção autônoma e o direito penal secundário. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra [Portugal]: Coimbra Editora, 2006, p. 469-506.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Disponível em:  
<[http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia\\_critica\\_reforma\\_legis\\_penal.pdf](http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal** - Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. O “direito de punir”: revisão crítica. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 9, p.84-101, 2003.

SCHREIBER, Simone. O princípio da presunção de inocência. **Revista da AJUFE**. Brasília, ano 23, n. 82, p. 239-251, 2005.

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Tolerância zero. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 165-176, 2009.

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

SICHES, Recásens. **Tratado de Sociologia**. São Paulo: Globo, 1965.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Atualizadores Nagibi Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Maria Coeli Nobre da. O princípio da dignidade da pessoa humana da vítima e os fundamentos da justiça de proximidade (restorative justice). In: OLIVEIRA, José Carlos de (Org.) **Estudos de direitos fundamentais**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010, p. 107-128.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao estudo do direito**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TAIAR, Rogério, **A dignidade da pessoa humana e o direito penal**: a tutela dos direitos fundamentais. São Paulo: SRS, 2008.



TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 2010.

TOBEÑAS, Jose Castan. **Las diversas escuelas juridicas y el concepto del derecho**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1947.

TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos**: o mito da repressão penal. Um estudo sobre o recente percurso da legislação brasileira e as teorias da pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**: o “progresso ao retrocesso”. Coimbra: Almedina, 2010.

VITALE, Alex S. **City of Disorder**: How the Quality of Life Campaign Transformed New York Politics. New York: New York University Press, 2008.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEFFORT, Francisco Corrêa. **Os clássicos da política**, volume 1. São Paulo: Ática, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Abertura. In: KARAM, Maria Lúcia (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. El Estado de Derecho y los Problemas Sistémicos de los Derechos Humanos. In: EL HIRECHE, Gamil Föppel (Coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio**: Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19-28.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

\_\_\_\_\_. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.