

# CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO TARDIO E A RACIONALIDADE PENAL MODERNA: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MECANISMO DE FORMAÇÃO E REVITALIZAÇÃO DA CIDADANIA

*Late Brazilian Constitutionalism and Modern Penal Rationality:  
restorative justice as a mechanism of formation and revitalization of  
citizenship*

## *Caio Vinícius de Jesus Ferreira dos Santos*

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Membro do Grupo de Pesquisa Justiça Restaurativa (UFBA), vinculado ao CNPq. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Advogado. E-mail: caiojsantos@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1572321462786127>.

## *Selma Pereira de Santana*

Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2006). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais por esta última Faculdade (2002). Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1984). E-mail: selmadesantna@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1410037874765018>.

Recebido: 09.12.2017 | Aprovado: 06.06.2018

**RESUMO:** A justiça restaurativa propõe, por meio de seus valores e instrumentos eminentemente relacionais e colaborativos, mecanismos para a formação e a revitalização de uma cultura constitucional no momento da construção da resposta ao crime. A partir disso, este trabalho pretende investigar a complexidade do constitucionalismo tardio brasileiro em relação à racionalidade penal moderna em diálogo com a dimensão positiva do garantismo, bem como analisar as novas perspectivas do paradigma restaurativo,

utilizando-se do método hipotético-dedutivo e jurídico propositivo, através da análise de bibliografia especializada. Por conseguinte, estabelece-se que a relação conexa e funcional entre o direito penal e o processo penal requer a introdução de práticas consensuais para fomentar novas lentes sobre a edificação da cidadania por meio de uma política criminal vinculada às proposições dos constitucionalismos pós-modernos (neoconstitucionalismo e o constitucionalismo do futuro), com a finalidade de abraçar novos valores e princípios norteadores da resposta penal, movimentando as esferas pública e privada da sociedade brasileira.

**ABSTRACT:** Restorative justice proposes, through its eminently relational and collaborative values and instruments, mechanisms for the formation and revitalization of a constitutional culture at the moment of the construction of the response to crime. From this, this work intends to investigate the complexity of late Brazilian constitutionalism in relation to modern criminal rationality in dialogue with the positive dimension of garantism, as well as to analyze the new perspectives of the restorative paradigm, using the hypothetical-deductive and juridical methods, through the analysis of specialized bibliography. Therefore, it is established that the related and functional relationship between criminal law and criminal procedure requires the introduction of consensual practices to foster new lenses on the building of citizenship through a criminal policy linked to the propositions of postmodern constitutionalisms ( neo-constitutionalism and the constitutionalism of the future), with the purpose of embracing new values and principles guiding the criminal response, moving the public and private spheres of Brazilian society.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalismo brasileiro tardio, racionalidade penal moderna, justiça restaurativa, cidadania.

**KEYWORDS:** Late Brazilian constitutionalism; modern penal rationality; restorative justice; citizenship

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Bases para a Compreensão do Constitucionalismo Tardio: breve esboço histórico do Constitucionalismo; 3. Constitucionalismo Tardio e a Racionalidade Penal Moderna: a frustração das dimensões dos direitos fundamentais no Brasil; 4.

Para Além Garantismo Penal Negativo: a emergência de um garantismo penal positivo; 5. A Interpretação Constitucional na Resposta Penal: o fomento da cultura constitucional via procedimento restaurativo; 6. Considerações Finais; 7. Notas; 8. Referencias

## 1 INTRODUÇÃO

O paradigma restaurativo desponta, em meio à crise do sistema de política criminal, como um instrumento de construção da resposta ao crime que se baseia no reconhecimento de uma dimensão intersubjetiva e relacional do conflito, assumindo como função precípua a pacificação do mesmo, por meio da reparação dos danos causados às vítimas, tendo por suporte fundamental o encontro e o diálogo.

Com isso, a justiça restaurativa se perfaz em uma forma de lutar contra a injustiça social e a estigmatização consequente do delito, tendo por escopo a redução das históricas injustiças realizadas pela política criminal, sem simplesmente aduzir a um instrumento de amortização da prática delitiva na sociedade contemporânea. O fenômeno restaurativo é complexo, perfazendo-se em um arquétipo aberto que se reinventa continuamente e se desenvolve com base nas próprias experiências empíricas, reafirmando os valores comunitários.

Essa complexidade demanda uma abordagem diferenciada que convida vítima, ofensor e coletividade a realizarem à norma constitucional, permitindo a viabilidade de arranjos sociais ajustados às demandas e pleitos reais que se aproximam do conteúdo normativo protegido pelo direito penal, integrando as histórias dos indivíduos afetados pelo crime, a formação da cidadania e a revitalização dos valores comunitários.

Nesse contexto, valendo-se do método hipotético-dedutivo e jurídico propositivo, ambiciona-se apresentar a justiça restaurativa, por meio da apreciação de bibliografia especializada, como uma proposta de resposta ao crime que se envolve nos valores constitucionais da atualidade, tencionando as potencialidades da

esfera pública e privada da sociedade brasileira.

Na parte inicial, o artigo apresenta um breve esboço das movimentações constitucionais para estruturar a compreensão do constitucionalismo tardio brasileiro, abordando a carência de uma cultura constitucional no âmbito nacional. Posteriormente, examina a perspectiva negativa e positiva do garantismo para indicar a promoção da cidadania como uma garantia positiva que deve lastrear o caminho da resposta penal. E, finalmente, considerando que as partes envolvidas no procedimento restaurativo são intérpretes da constituição, apreende-se que a construção de uma resposta penal deve estar pautada no fortalecimento e revitalização da cidadania irrompida com o crime.

## **2 BASES PARA A COMPREENSÃO DO CONSTITUCIONALISMO TARDIO: BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO**

As origens do Constitucionalismo remontam às manifestações históricas de contenção do poder estatal ou de limitação da atuação dos governantes, na medida em que pretendiam limitar e controlar o poder político. A noção de constitucionalismo, a partir das leituras de Karl Loewenstein (1979), remontam períodos históricos anteriores ao surgimento das constituições. Desse modo, o surgimento de textos constitucionais não é o requisito para o nascimento do ideário do constitucionalismo.

Não obstante, a noção de constitucionalismo toma contornos significativos, em razão da absorção dos valores mais caros à existência humana nas cartas constitucionais, fixando fundamentos filosóficos e políticos na interpretação e realização dos direitos dos governados e na limitação dos governantes.

Após a Idade Média, com a Magna carta de 1215, às movimentações constitucionais deslançam e seguem em direção à modernidade, lastreadas em ideias libertárias propagadas pelo Iluminismo. Neste cerne, o constitucionalismo moderno nasce com ascendente nas constituições escritas, simbolizadas nos Textos dos Estados Unidos, de 1787, e da França, de 1791. Frise-se que as marcas dos textos normativos mencionados estavam no estabeleci-

mento de um rol de direitos e garantias fundamentais que lastream e limitavam a o exercício e a estrutura do poder estatal. É este momento da história que se asseguram expressamente a separação dos poderes e os direitos fundamentais como instrumento de oposição ao absolutismo.

Com o advento da Primeira Guerra Mundial, as movimentações constitucionais pautadas na liberdade e igualdade formal deram um passo significativo em direção a um novo modelo de Estado, na medida em que a sociedade permanecia carente das provisões que viabilizariam o alcance da liberdade e do próprio tratamento igualitário, diante a imperativa desigualdade. Neste caminhar, o arquétipo de constituição garantia, defensiva e liberal cedeu lugar ao modelo social, dirigente e pragmático. Balizas primeiras do estado do Bem-Estar Social são as Constituições Mexicanas, de 1917, e a Alemã, de 1919.

Por conseguinte, no início do século XX, surge um novo significado para as movimentações históricas constitucionais, denominado de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo pós-moderno. Verifica-se nos seus desígnios uma visão inovadora, mais alargada e distanciada da ideia de estado absenteísta em relação aos indivíduos. Isso porque, almejando prioritariamente a plenitude da Constituição para além de seu texto, demanda a concretude das normas fundantes na compreensão de todo o ordenamento jurídico, na dimensão política e, também, social (CUNHA JR., 2011, p. 40-41).

O novel arquétipo constitucional almeja o reconhecimento da supremacia material e axiológica da Constituição para conformar e validar a interpretação, a compreensão e a afirmação do direito. Neste momento de revitalização do poder constitucional, os direitos e garantias fundamentais somam força na edificação da Carta Magna como pilar interpretativo e axiológico para a complexidade jurídica.

Frise-se que o neoconstitucionalismo se desenvolveu por consequência à ruína do Estado Legislativo de Direito Europeu, em razão precípua das barbáries perpetradas pelo governo nacional socialista alemão. A partir disso, as teorias jurídicas recorreram ao arcabouço valorativo das movimentações constitucionais

para apreciar as investidas à pessoa humana perpetradas pelo estado nazista, obstando a legalidade como fundamento único da lei promulgada por autoridade competente, para aquilatar os valores que protegiam a vida, a igualdade, a liberdade e a solidariedade.

A partir da incorporação de valores e opções ideológicas na estrutura das constituições, vislumbram-se novos horizontes para a efetivação do conteúdo que corporifica sua dimensão axiológica sem desprezar o princípio da legalidade, face a complexidade das relações sociais na pós-modernidade. Nesse passo, com suporte em Barroso (2005, p. 06), percebe-se que o pós-positivismo, enquanto marco hermenêutico-filosófico do neoconstitucionalismo, procura aperfeiçoar uma leitura moral da construção jurídica, sem evocar a categorias metafísicas, inspirando-se em ideários de justiça para promover uma revitalização ética no Direito.

É importante apontar que, a partir do o “giro descolonial” ou “decolonialidade” (GORCZEWSKI; PEREIRA, p.33), a América Latina tem apontado novos contornos para as movimentações constitucionais, a partir de sua história e formação identitária. Isso em razão da necessidade de se colocar em pauta discussões que tencionam a herança colonial europeia, revisitando a construção democrática construída na modernidade que ainda hoje permeia o substrato político do ocidente. Neste contexto, com objetivo de alavancar a soberania popular persegue-se novos modelos de estado, novos mecanismos de resposta penal, novas estruturas cidadãos de controle e gestão da eficácia da constituição. Com isso, os axiomas constitucionais demandam espaço para a edificação de leituras constitucionais localizadas que não correspondem ao trilhar das movimentações do constitucionalismo europeu.

Para Enzo Bello, em razão das transformações sociais promovidas para e pela cidadania se faz premente a reconfiguração da esfera pública e suas relações com a esfera privada, promovendo inovadoras articulações em termos de políticas públicas. Para tanto, é necessário perceber o Estado como fomentador da cidadania e não seu único promotor, desestatizando a cidadania para intensificá-la, por meio da sua amplitude societária, expandindo as formas de interação entre público e privado. Neste cerne, o Estado deixa de ser um ícone institucional e passa a ser percebido como “espaço público associativo” (2012, p. 85).

Na contemporaneidade, diante das demandas sociais, surge a noção de constitucionalismo do futuro, do por vir ou vindouro, proposta desenhada pelo argentino José Roberto Dromi. Traduz-se a novel percepção constitucional numa projeção do que se encaminharia posteriormente ao neoconstitucionalismo, ajustando as críticas ao modelo contemporâneo aos pleitos sociais, para instituir a materialização dos imperativos da Constituição (LAZARI 2012, p. 346).

O constitucionalismo do futuro, assim, terá de aquiescer e solidificar os direitos fundamentais de terceira geração, incorporando na construção interpretativa e prática constitucional a ideia de fraternidade e solidariedade, promovendo o equilíbrio do conservadorismo moderno, vigente nos dias de hoje, e as inovações advindas das críticas perpetradas ao projeto neoconstitucionalista.

Nesse contexto, na projeção do constitucionalismo do por vir, após a consolidação do neoconstitucionalismo, José Roberto Dromi indica que a edificação do direito constitucional restará permeada de valores indicativos de verdade, consenso, continuidade, participação, integração e solidariedade (DROMI apud TAVARES, 2013, p. 35). Alguns desses já presente no arcabouço valorativo da Carta nacional.

### **3 CONSTITUCIONALISMO TARDIO E A RACIONALIDADE PENAL MODERNA: A FRUSTRAÇÃO DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL**

Manoel Jorge e Silva Neto (2016, p. 19) apresenta o constitucionalismo tardio como um fenômeno decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, que fomentam a ausência de formação de uma cultura constitucional nos Estados pós-modernos que se organizam a partir de uma constituição formal. Essa conformação e concretização atrasada e procrastinada dos valores constitucionais conduzem à ineficácia social das normas presentes na Carta Fundamental e impedem sua efetividade.

Para o autor, a cultura constitucional se estabelece quando os comportamentos das instituições públicas e privadas atuam con-

ducentes a preservar a vontade da constituição, efetivar os princípios constitucionais ao máximo possível e disseminar o conhecimento estabelecido acerca do mesmo (2016 p. 19). Caso contrário, têm-se uma obstrução da consolidação, materialização e inovação dos direitos fundamentais. Além disso, se verifica no Brasil uma sistemática tentativa de restringir os direitos fundamentais ou exterminá-los em concreto em razão de interesse econômicos com ilegítimos fundamentos, por exemplo, na reserva do possível.

O constitucionalismo tardio brasileiro impede, assim, o estabelecimento de uma cultura constitucional sólida que fomente a institucionalização e revitalização dos direitos fundamentais, requerendo um apelo contínuo à formalidade para instituir uma possível segurança jurídica na construção da política criminal, apegando-se a normas que são desrespeitadas na realização da resposta penal, sem apreender – quando é possível - a justiça consensual como mecanismo de construção da resposta penal.

No mesmo sentir, a racionalidade penal moderna se refere a um sistema ideológico vinculado a uma reiterada instrumentalização de práticas institucionais jurídicas para a realização do sistema penal que conecta intrinsecamente o enunciado normativo e a sanção. Para tanto, considera como sendo a própria sanção o mecanismo de valoração da norma de comportamento, afastando-se do desiderato fundamental da normativa.

Álvaro Pires nos adverte que a racionalidade penal moderna institui um entrave epistemológico aos saberes relacionados à questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação (PIRES, p. 43), ou seja, à criação de uma nova racionalidade penal concernente à movimentação do período pós-moderno, rompendo a “estrutura telescópica” de norma de comportamento e sanção.

Dessa arte, o processo de irrealização da cultura constitucional inviabiliza o desenvolvimento da construção do seu próprio debate em relação aos modelos contemporâneos de constitucionalismos e seu “lugar no mundo”, seja acerca do anunciado pelo constitucionalismo do futuro ou do modelo descolonial, haja vista que a epistemologia da estrita legalidade e igualdade material, cunhada nas bases do liberalismo, ainda é aguda na persecução da realização do conteúdo material da constituição, impedindo mui-

tas vezes o avançar do debate sobre os direitos fundamentais.

Por consequência, as relações entre o direito penal e os direitos humanos e fundamentais se constroem de modo paradoxal e conflitante na sociedade brasileira, a partir do lastro epistemológico da racionalidade penal moderna (PIRES, p. 46), estimando a violação dos direitos fundamentais como meio de proteger os direitos fundamentais, perseguindo o fortalecimento do braço armado do Estado e a limitação daqueles caros direitos para se alcançar a segurança, por exemplo.

Além disso, a fusão entre o constitucionalismo tardio e a racionalidade penal moderna torna quase impossível a reflexão sobre o sistema penal ou a análise do crime sem uma dependência quase exclusiva da pena afliativa - privativa de liberdade - (PIRES, p. 42) e a aplicação de medidas alternativas na resolução dos conflitos penais, ainda que em complementariedade ao processo penal tradicional.

Isso ocorre em virtude da disseminação de uma falsa ideia de impunidade (sem questionar sobre quem recai a mesma na sociedade brasileira) e de uma mídia ávida em estimular a vingança social e estatal como ideário de justiça, em detrimento da Constituição, enfraquecendo a esfera privada de realização da cidadania. Além disso, a utilização da criminalização de condutas e encarceramento como principal política estatal, em combate à criminalidade, não agenciam o fortalecimento dos laços e valores coletivos.

Inicialmente, perfaz-se inescusável anotar que, na atualidade, a interpretação dos direitos fundamentais é fruto da própria racionalidade penal moderna e seus consectários, lastreada na tradição liberal clássica. Nesse sentido, a identidade nacional e a historicidade são elementos, geralmente, esquecidos, no contexto de realização daqueles, sonogando a elucidação de parâmetros situados pelo neoconstitucionalismo ou pelos diálogos sobre constitucionalismo na América Latina; tampouco dos estudos de criminologia na realização do direito penal, cedendo lugar aos apelos midiáticos.

Leonardo Sica, nesse contexto, indica os postulados inibitórios ao possível paradigma restaurativo conquanto o fortalecimento de uma cultura do revanchismo, sendo eles: a obrigação e o de-

ver prático e político de punir, a imbricação histórica entre crime e pena, a proporcionalidade vertical (cresce a criminalidade e aumenta as penas) e a exclusão de alternativas à prisão advindas da inquestionável necessidade de punir como política de promoção à segurança – fruto do paradigma punitivo, ainda vinculado ao modelo legalista (2007, p. 135).

Nesse contexto, percebe-se que a união do constitucionalismo tardio e da racionalidade penal moderna desembocam em consequências danosas para a edificação dos direitos fundamentais em suas distintas dimensões, afastando-se conseqüentemente dos objetivos da Constituição Federal de 1988 e subjugando políticas públicas ao fracasso em razão do utilitarismo.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão caracterizados pela proteção do indivíduo frente ao Estado, expressando um espaço de abstenção estatal em benefício do governado, são rotineiramente violados, em razão da ampliação do direito penal e da aplicação reiterada da reposta penal afiliva.

No mesmo passo, os direitos fundamentais de segunda dimensão, marcados pela promoção da igualdade são sumariamente desmantelados na promoção de uma política criminal encarceradora, muitas vezes, com feições humanizadas. Não se pode olvidar as desigualdades históricas ainda presentes nas relações mais rotineiras da sociedade brasileira. Desigualdades estas reforçadas pelo sistema tradicional que investe no esfacelamento da cidadania e estigmatização das pessoas por meio da prisionalização.

A terceira geração de direitos fundamentais resta igualmente frustrada uma vez que é retirado da coletividade a possibilidade de emancipação dos envolvidos em conflito penal. Seja em decorrência da fragmentação dos laços sociais em consequência do delito, do silenciamento das vítimas ou da invisibilização das histórias que envolvem a situação conflituosa.

Diante da consolidação do constitucionalismo tardio brasileiro e a impossibilidade de se realizar os valores ínclitos do neoconstitucionalismo e, até mesmo, do constitucionalismo do futuro, novos modelos de resolução do conflito penal ainda são considerados instituições danosas e temerárias às garantias constitucionais, apesar dos gritantes indicativos favoráveis à sua institucionalização.

#### 4 PARA ALÉM GARANTISMO PENAL NEGATIVO: A EMERGÊNCIA DE UM GARANTISMO PENAL POSITIVO

Considerando que os direitos fundamentais se enraízam nas relações mais prosaicas da vida em sociedade<sup>1</sup>, pode-se afirmar que em meio às movimentações históricas, pretendem limitar a atuação do Estado, bem como o seu poder de punir. Com isso, se perfaz consequente a relação entre os direitos fundamentais e o garantismo penal.

Com objetivo de limitar a atuação estatal na aplicação da pena, Cesare Beccaria cunhou as bases epistemológicas do garantismo, despontando que “toda pena não violenta, de um ou de muitos contra o cidadão, deve ser necessariamente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, e proporcional aos delitos” (2000, p. 117).

Neste contexto, Luigi Ferrajoli extraiu dos princípios fundamentais das movimentações histórico-constitucionais modelos axiomáticos complexos que vislumbram a aplicação da pena em interferência mínima na vida das pessoas. Tais implicações deônticas – ou princípios – enunciam uma condição *sine qua non*, ou seja, uma garantia jurídica para aferição e afirmação da responsabilidade penal e para aplicação da pena. Os axiomas apresentados por Ferrajoli são (2006, p. 74-75): *Nulla pena sine crimine*; *Nullum crimen sine lege*; *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; *Nulla necessitas sine injuria*; *Nulla injuria sine actione*; *Nulla actio sine culpa*; *Nulla culpa sine iudicio*; *Nullum iudicium sine accusatione*; *Nulla accusatio sine probatione*; *Nulla probatio sine defensione*.

Segundo Ilana Martins Luz:

Os axiomas destacados por Ferrajoli visam a responder às seguintes perguntas que frequentemente, devem ser feitas, antes de existir uma punição aflictiva. A primeira dela circunscreve-se ao “quando e como” deve haver intervenção penal, e serão elucidadas pelos princípios da consensualidade da pena ao delito (I), legalidade (II) e necessidade da tutela penal (III) e ensejam uma garantia com relação à pena. A segunda pergunta consiste na questão do quando e como proibir, e tem, como prin-

cípios correlatos, os da lesividade (IV), materialidade (V) e culpabilidade (VI), culminando com uma garantia relacionada ao delito. E, por fim, Ferrajoli assenta que deve ser objeto de análise a questão do “quando e como julgar”, expressada pelos princípios da jurisdicionalidade (VII), acusatório (VIII), do ânus da prova (IX) e do contraditório (X) (2012, p. 94).

Com base em Salo de Carvalho (2001), o garantismo é um instrumento de limitação do controle social promovido pelo Estado que anseia estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção estatal-penal, deslegitimando modelos de intervenção penal que posicionem a defesa social acima dos direitos e garantias individuais historicamente cunhados.

Em entrevista concedida ao canal ciências criminais<sup>2</sup>, Luigi Ferrajoli afirma que o “garantismo possui inúmeras possibilidades de desenvolvimento que dependem de variados processos”, como o constitucional e o cultural que se afastam dos desígnios da tradição liberal clássica. Ademais, o autor assenta que a dimensão procedimental do garantismo é insuficiente para o adimplemento da democracia.

Em vistas à conjectura do garantismo negativo, Alessandro Baratta anuncia a fragilidade dos seus postulados negativos, haja vista que, como prática, propõe apenas limites, programáticos que indicam o que não deve ser realizado para alcançar uma resposta penal válida, sem ofertar indicações positivas para o controle social (1997, p. 202-203). Desse modo, o autor desenvolve o garantismo positivo, partindo da premissa de que a limitação do poder punitivo não pode ser feita exclusivamente por meio de arquétipos absenteístas, corolário da geração absenteísta de direitos contra o Estado.

Para o garantismo positivo, a limitação do poder punitivo e a construção da resposta criminal devem estar pautadas, também, nos direitos de prestação positiva do estado, ou seja, no arquétipo dos direitos de segunda dimensão, levando em consideração o lastro programático constitucional. Na conformação das proposições de Álvaro Pires, pode-se considerar o garantismo proposto por Baratta como um artifício capaz de inovar a racionalidade do

direito penal, na medida em que o tornaria mais complexo. Assim, os métodos de resolução do conflito penal serão diversificados, viabilizando a inclusão de alternativas aos revides penais exclusivamente punitivos.

Para Leonardo Sica, o rol de princípios do sistema de proteção sintetizado por Ferrajoli é baseado em princípios penais negativos que não podem ser considerados o único meio legítimo de solução dos conflitos penais, porquanto reforçam a sistemática da racionalidade penal moderna e tampouco afastam o binômio culpado/inocente. Além disso, a proposta exclusivamente absenteísta, por mais que represente um avanço na conjuntura penal-constitucional, não promove a emancipação dos atores envolvidos na situação criminosa, reforçando o ideário de revanchismo penal.

as garantias formais e negativas não são o único meio de 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? (...) A ótica do estrito garantismo é o oferecimento de garantias ilusórias num quadro punitivo exacerbado no qual, tal como se acostumou a observá-lo respeita-se todas as garantias do acusado, mas o fim do caminho é único: a pena severa. Não se aceita supressões das garantias negativas em que seja para expor o indivíduo a um sistema menos aflitivo e estigmatizante.(SICA, 2007, p. 165)

Neste esboço, Jhon Haley (HALLEY Apud SICA, 2007, p. 134) vislumbra que as proteções processuais promovem a cuidadosa determinação da culpa, sendo mais importante se a culpa significa a perda da liberdade. *Mutatis mutandi*, segundo Sica (2007), com extirpação da possibilidade da pena aflitiva e desumanizada, faz-se possível elucubrar outro nível de garantias positivas, seguindo os passos de Alessandro Baratta. Desse modo, o constitucionalismo em sua acepção contemporânea demanda a inclusão de garantias positivas na promoção da resposta penal, em conjunção

às garantias negativas, sem representar a ampliação da órbita de controle penal.

## **5 A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA RESPOSTA PENAL: O FOMENTO DA CULTURA CONSTITUCIONAL VIA PROCEDIMENTO RESTAURATIVO**

A justiça restaurativa expressa um novo modelo de resolução dos conflitos penais; todavia, estabelecer seu conceito ainda é um desafio significativo para seus cultores, em razão de seu imperativo empírico, consistindo em um complexo de práticas participativas que necessitam de uma formulação teórico-científica (SICA, 2007, p.10).

O paradigma restaurativo persegue uma resposta relacional ao delito, com práticas intersubjetivas e coletivas que destacam, enquanto objetivo específico, o diálogo entre ofensor e vítima, reconhecendo uma dimensão interpessoal do conflito. Para tanto, as técnicas restaurativas buscam a pacificação daquele por meio da reparação dos danos causados à vítima quando possível, via a autorresponsabilização do agente infrator.

Palamolla (2009, P. 54) aduz, conquanto a dificuldade de definição, que a abertura conceitual das práticas restaurativas conduz a uma imprecisão da verificação das técnicas e dificulta a avaliação dos programas restaurativos. Além disso, a autora aponta que a justiça restaurativa possui um conceito temporalmente fluído, porquanto se modifica ao longo das circulações culturais, assim como suas práticas, desde os estudos e experiências iniciais (2009, p. 54). Neste sentido, a essência para designar a concepção restaurativa se vincula às práticas (dimensão minimalista) ou a partir do suporte nos resultados (dimensão maximalista).

A reflexão sobre a necessidade de uma resposta penal restaurativa nasce a partir das críticas realizadas ao sistema penal tradicional pelas teorias abolicionistas e do urgente resgate das vítimas – historicamente esquecidas pelo processo penal - como assinala os movimentos da vitimologia, com a intervenção de uma reação humanizada e relacional da resposta fornecida no sistema

de justiça criminal tradicional, baseada na neodemocratização dos procedimentos criminais, bem como na mitigação da expansão do direito penal.

Vale salientar que o modelo restaurativo também persegue a reparação dos danos causados à vítima e o abrandamento das consequências sociais e pessoais do delito, além de fomentar a reintegração social do agente infrator por meio do reforço dos valores comunitários sem recorrer a processos de estigmatização social. As orientações mencionadas são extraídas da Resolução 2000/2012, de 24 de julho de 2000, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que cunhou os princípios basilares para a instrumentalização de programas restaurativos em matéria criminal.

Segundo estabeleceu a referida resolução, tem-se que qualquer programa que realize processos e almeje objetivos restaurativos assim é considerado, demonstrando uma imprecisão conceitual. Igualmente, assinala que o procedimento restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando adequado, quaisquer outras pessoas da comunidade vinculadas ao delito podem participar ativamente na construção da solução dos conflitos penais, preferencialmente com o auxílio de um facilitador. As técnicas restaurativas são representadas pela mediação, conciliação, círculos de paz, reuniões familiares e encontros comunitários.

A principal consequência do processo restaurativo é a realização do acordo restaurativo. Neste é possível o estabelecimento da restituição dos danos causados à vítima, serviços comunitários, dentre outras coisas, objetivando realizar as necessidades individuais e coletivas e as responsabilidades contraídas pelas partes, para fomentar a reintegração entre vítima, comunidade e ofensor. Na justiça restaurativa, são consideradas partes as vítimas, os ofensores e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo delito. Vale lembrar que o facilitador representa uma pessoa que, de maneira imparcial, auxilia na participação e diálogo das partes afetadas no procedimento restaurativo.<sup>3</sup>

É importante assinalar que o paradigma restaurativo se afasta do ideário da racionalidade penal moderna, emancipando o conceito normativo da aplicação da sanção, sem pretender ser uma

técnica universal e racionalizada. Frise-se que a pena de prisão é rebaixada ao patamar de secundária e excepcional na aplicação da resposta estatal, prestigiando-se o caráter dialógico e relacional, abraçando a dimensão humana dos conflitos penais.

O processo penal, instrumento estatal legitimado para imposição de pena, vem sendo mitigado como único vetor de finalização do conflito criminal, abrindo-se espaço para ambientes de consensualidade em consonância com as Lei 9.099/1995 e a Lei 13.140/2015. Esta última consagra a mediação de direitos indisponíveis, quando admitem transação, como forma de solucionar os conflitos penais, sem imposição de pena. Nesse caminhar, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 2016, a Resolução n. 225 que inseriu as técnicas e os valores restaurativos no corpo das práticas de resolução dos conflitos no sistema jurídico nacional.

Alexandre Ribas e Gabriela Numazawa consideram que o CNJ não possui a competência devida para impulsionar a justiça restaurativa (2016) como mecanismo de solução de conflitos no direito penal, restando inconstitucional sua atuação. Parece evidente que a Resolução não legisla sobre direito penal ou processual penal como afirmam os autores, mas inserem a axiologia e os instrumentos restaurativos nos espaços possíveis de persecução penal com lastra na Lei 9.099/95 e na Lei de Mediação. Assente-se, ainda, que as técnicas aventadas na Lei do Juizados Especiais não é abraçada pelos valores restaurativos na medida em que perseguem fins utilitários distantes dos interesses do novo modelo.

Vale anotar também que a mediação penal tradicional tem dado espaço à mediação com suporte nos valores e instrumentos restaurativos, percebendo um *locus* restaurador em meio ao mar retribucionista, na medida em que a lei possibilita sua utilização<sup>4</sup>. Além disso, percebendo a realização de políticas públicas de auxílio às vítimas e aos ofensores, diante da coletividade, o CNJ uniformiza uma perspectiva de justiça restaurativa no âmbito jurídico nacional, evitando dessemelhanças na sua realização, reiterar-se, quando possível.

A leitura da Constituição Federal, a partir do constitucionalismo contemporâneo e dos direitos fundamentais de terceira geração, consoante a premente necessidade de se edificar uma política

pública permanente de estímulo e aprimoramento de mecanismos consensuais de resolução de litígios, impende a busca de métodos de concretização do art. 3º, na medida em que o sistema de política criminal hodierno inviabiliza uma sociedade livre, justa e solidária, bem como fortalece a pobreza, a marginalização e amplia as desigualdades sociais, repercutindo na capacidade do desenvolvimento social.

Diante do constitucionalismo contemporâneo e do futuro, a interpretação e realização da constituição não está estritamente vinculada às elucubrações institucionais e judiciais, demandando uma interação entre aqueles que vivem no contexto regulado pela norma constitucional. Nesse cerne, a construção da resposta penal requer a compartimentalização do conceito normativo e da sanção, atrelando valor constitucional e responsabilidade coletiva na construção de uma resposta penal, ou seja, o infrator, a vítima e comunidade são interpretes da constituição no momento da construção do acordo restaurativo.

A partir de Peter Härbele (1997), pode-se anunciar que a interpretação constitucional deve ser desenvolvida sob a influência democrática, na qual todo cidadão produz a concretização da norma constitucional nas relações mais prosaicas do cotidiano. Desse modo, colocar os valores constitucionais, os direitos fundamentais e a norma de comportamento como lastro base para elucidação do conflito penal pode auxiliar no firmamento de uma cultura constitucional por meio da justiça restaurativa. Vale anotar que o processo penal, garantidor dos indivíduos frente ao Estado, não é a estrutura mais adequada para fomentar a emancipação da vítima, provocar a responsabilização e tomada de consciência do agente infrator em relação aos danos e a sua cidadania – na maioria das vezes historicamente vilipendiada e selecionada pelo sistema penal – e a revitalização dos laços sociais rompidos com o crime.

Não há mais espaço para acreditar na ressocialização apenas por meio do afastamento do infrator através da pena de prisão, tampouco que a prisão é o instrumento adequado para a realização dos direitos humanos e fundamentais.

O ato ilícito criminoso aqui deixa de ser idealizado estritamente como uma violação à norma penal, sendo visto como uma

conduta que molesta concretamente as pessoas, a sociedade e os valores que guarnecem a vida em coletividade. Assim, a substância restaurativa direciona para a valorização das adversidades reais dos afetados pelo conflito, em detrimento do sistema de justiça autorreferente, demandando um processo de interpretação do real, do cultural, da norma constitucional e do enunciado comportamental penal que convergem na resolução do conflito. No momento do diálogo, as histórias pessoais, as consequências do delito e tantas outras interferências se vinculam na edificação de uma possível justiça.

É nesse espaço que uma cultura constitucional se movimenta, promovendo a inovação e as mudanças necessárias que contribuem para a formação e o fortalecimento dos valores constitucionais na esfera pública e privada. Não se pode esquecer que a cidadania e o respeito são os combustíveis do motor legitimador da estrutura do Estado Democrático de Direito. Infelizmente, o direito penal tem se ampliado como política pública singular para irromper a insegurança, em compasso com as ações mais arcaicas perante gestos de sobrevivência, devorando a vivência comunitária cidadã, em razão do agigantamento da tirania do Estado e o medo da população.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Finalmente, a Justiça Restaurativa se impõe como um novo paradigma de justiça criminal, qualificada como um modelo consensual de resolução dos conflitos, que observa o aspecto relacional das pessoas afetadas pelo crime, imprimindo um caráter participativo e dialógico, que promove, antes da punição, a emancipação cidadã dos envolvidos, por meio da reparação à vítima pelos danos sofridos, da ressocialização e responsabilização do ofensor e da revitalização/reconstrução dos laços sociais rompidos.

Neste espeque, a análise do novel modelo de resposta ao crime compreende uma modificação das lentes interpretativas de política criminal com espeque na constitucionalização dos interesses penais e dos membros comunitários por meio da redemocratização do sistema de justiça, para promover os valores das movimentações constitucionais que esquadriham a realidade brasileira na

contemporaneidade.

Igualmente, a construção teórica da justiça restaurativa deve tomar como alicerce, várias influências jurídicas, políticas e sociais, radicando em seus princípios, valores e instrumentos da axiologia presente na Constituição Federal de 1988. Não obstante, a edificação de uma cultura constitucional na seara penal, bem como na instrução dos envolvidos na resolução do conflito no momento do encontro sob as orientações do facilitador que deve instruir sobre a resolução do conflito dentro da perspectiva constitucional, tendo por escopo uma pedagogia emancipadora da cidadania, em vislumbre da solidariedade e fraternidade, diferentemente do processo penal tradicional.

Apesar da definição aberta e flexível, em razão do fenômeno restaurativo se modificar a partir das multifacetadas práticas decorrentes de diversificadas movimentações históricas e culturais, a justiça restaurativa deve buscar suas finalidades sem perder de vista a sua estrutura fundante: as críticas ao sistema penal perpetradas pelo abolicionismo e as movimentações de redescoberta da vítima na construção da resposta penal.

Com isso, os instrumentos restaurativos não podem olvidar a emergência de amparo do infrator, ao passo que devem viabilizar a acolhida da vítima e de seus interesses frente ao delito. Para tanto, o espaço de construção da resposta penal transfere para os envolvidos a responsabilidade de subsumir a adversidade à sua resolução, integrando a história de suas vidas, suas intersubjetividades, a política criminal e os valores constitucionais. Com isso, o procedimento restaurativo é liceu da cidadania, no qual seus participantes são interpretes da constituição e arquitetos da sociedade que almejam.

Ao perceber que todo espaço de vivência é espaço de interpretação e edificação constitucional, não se pode negligenciar o lugar de aplicação da norma penal, seja no crime de menor ou maior potencial ofensivo. Isso porque a seara penal deveria ser um espaço de revitalização e fortalecimento das relações coletivas, com arrimo na retomada dos valores mais estimados que foram vili-pendiados pelo delito, sendo a promoção da cidadania, por meio, da resposta penal uma garantia positiva na resolução do conflito

penal.

O embate à opressão é bandeira que flamula em meio ao sistema de coisas estabelecido na sociedade brasileira, requerendo o aperfeiçoamento dos debates acerca da construção jurídica, sem ontologismos e metafísicas, inspirando-se em noções de justo que abracem a identidade nacional e o real da vida, sem xenofobias, para promover uma revitalização ética no e do Direito. Talvez, nessa emancipação constitucional dos indivíduos, ainda que tardiamente, no espaço de resolução do delito, se abanque uma cultura constitucional que desvele e desmistifique a sanção penal como mecanismo heroico nas homéricas guerras contra a insegurança, para desenvolver as estruturas que desabilitarão os atrasos do constitucionalismo nacional, agitando a responsabilidade social da esfera pública e privada.

## 7 NOTAS

1. Em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.
2. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/202404568/entrevista-com-luigi-ferrajoli>> Acesso em: 31 ago 2017.
3. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/110005565/resolucao-2002-12-da-Onu>>. Acesso em: 14 abr. 2017.
4. Nas Varas da Infância e Juventude e nos Juizados Especiais Criminais.

## 8 REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BARROSO, L. R.. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BECCARIA, Cesare Marchese di. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo, SP: Martin Claret, 2000.

BELLO, Enzo. **A cidadania no constitucionalismo latino-americano**. 1. ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador, BA: JusPODIVM, 2011.

DE PAULO, Alexandre Ribas; Numazawa, Gabriela Natacha Alvares. **Uma abordagem constitucional sobre a justiça restaurativa no âmbito criminal preconizada na resolução 125/2010 do Conselho nacional de Justiça**. Disponível em: < <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/viewFile/62935/38656> > Acesso em: 31 ago 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2006.

GORCZEWSKI, C.; PEREIRA, M. O despertar de uma nova era: o novo constitucionalismo latino-americano. In: Clovis Gorczewski; Monia Clarissa Hennig Leal. (Org.). **Constitucionalismo Contemporâneo. Cidadania e Justiça**. 1ed. Curitiba: Multideia, 2016, v. 1.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição**. Trad.: Gilmar Ferreira MENDES. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1997.

LAZARI, Rafael de. "Reflexões críticas sobre a viabilidade de um 'constitucionalismo do futuro' no Brasil: exegese valorativa". **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 9, p. 91-112, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1979, 615 p.

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.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **A justiça restaurativa da teoria à prática**. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIRES, Álvaro. **A Racionalidade Penal Moderna: o modelo de nova prevenção**. São Paulo: CEBRAP, 2004. Disponível em: <[http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/121354/mod\\_resource/content/1/Pires\\_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf)> . Acesso em: 28 abr 2016.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília, DF: ESMPU, 2016. 217 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2013.