

1 INTRODUÇÃO

O atual panorama político institucional brasileiro é de crises: crise carcerária, do sistema tradicional de justiça, crise do estado social de direito, crise na comunicação entre os operadores do direito e comunidade. Neste contexto, o modelo tradicional de justiça penal, por mais que se mostre seletivo, ineficiente e custoso, numa perspectiva sócio-econômica, agravando os problemas que supostamente deveria solucionar, resiste incólume a quaisquer mudanças, admitindo apenas pequenas mudanças pontuais.

Outrossim, prevê a Constituição da República que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, fundamentado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho na livre-iniciativa, e, por fim, no pluralismo político.

Estado Democrático de Direito pressupõe um Estado politicamente organizado, que estabelece e se submete às leis, existindo limites rígidos ao exercício do poder, pautando-se na noção de um governo do povo, pelo povo e para o povo. Ademais, para que seja considerado democrático, o Estado deve fundamentar-se em premissas que potencializem e concretizem os direitos fundamentais, sobrelevando a condição dos cidadãos e orientando-os no sentido de concretizarem seus ideais.

Neste sentido, o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ratificando tal garantia, o mesmo dispositivo constitucional, em seu inciso XXXIX, preconiza que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Assim, tem-se que a legalidade estabelece limitações ao poder punitivo estatal. Trata-se, portanto, de uma garantia consolidada e reveste-se de maior importância em um Estado Democrático de Direito e, em especial, na seara penal, a Lei consiste em um pressuposto e limite para a aplicação das sanções.

A legalidade possui três pilares fundamentais: o democrático, uma vez que o regime democrático semi-direto adotado pelo Brasil pressupõe a elaboração das leis em abstrato pelo Poder Legislativo, através dos representantes escolhidos pelo povo, titular efetivo do poder estatal; o jurídico, possuindo o comando normativo força cogente e imperativa sobre todos os cidadãos; e, por fim, o político, haja vista que a Lei estabelece os limites balizadores ao exercício do poder conferido aos representantes eleitos (TIVERON, 2014, p. 40-41).

Outrossim, tem-se que a legalidade corresponde a importante garantia conferida aos cidadãos, ganhando maior relevância na esfera penal, uma vez que este ramo do Direito

representa o exercício do poder punitivo estatal, o que reclama limitações, para que se possa falar em um Direito Penal racional e compatível com o Estado Democrático de Direito.

Originada a partir da confluência da vitimologia e do abolicionismo penal, surge a justiça restaurativa como um modelo diferente de justiça penal, com finalidades, procedimentos e mecanismos divergentes dos tradicionais para solucionar os conflitos oriundos da prática de um crime, sendo também passível de aplicação na justiça juvenil, isto é, nos atos infracionais praticados por menores de idade.

Neste tocante, no ano de 2012, houve a recente introdução da justiça restaurativa na justiça juvenil através da Lei 12.594, de 18 de janeiro do referido ano, que regulamentou o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, possibilitando, assim, as práticas restaurativas no atendimento de adolescentes infratores.

Destarte, o termo “justiça restaurativa” foi utilizado pela primeira vez em 1977, em um artigo de autoria de Albert Eglash, intitulado de *Beyond Restitution: creative restitution*, sendo este considerado o pioneiro no discurso restaurativo. (BIANCHINI, 2012, p. 88)

A justiça restaurativa, outrora considerada uma utopia, hoje desponta como uma realidade fática no cenário jurídico brasileiro. Assim, com o advento da Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça, aprovada no dia 31 de maio do ano de 2016, bem como da Resolução 118, de 01 de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, emergem as práticas restaurativas como uma alternativa e como um novo paradigma de justiça penal, ainda não positivadas, no ordenamento pátrio.

Diante da crise de (i)legitimidade e (in)eficiência do atual modelo de justiça criminal, surge a justiça restaurativa como alternativa de reação penal, trazendo à tona a distinção entre o aspecto social e a dimensão pessoal dos delitos, além de redescobrir a vítima do crime, empoderando e dando a esta papel de destaque na construção da resposta adequada à resolução do conflito no caso concreto.

A ressignificação da importância da vítima no processo penal não implica na diminuição nos direitos do ofensor, que também devem ser respeitados. A proposta restaurativa sustenta-se no equilíbrio entre os direitos do ofendido e do infrator, buscando resguardar os interesses daquele, sem a desconfiguração das garantias constitucionalmente asseguradas do acusado.

Partindo da premissa de que a missão do Direito Penal, além da proteção dos bens jurídicos, também é a restauração e manutenção da paz jurídica, tem-se que as propostas humanizadoras da justiça restaurativa objetivam regenerar o conflito interpartes e social gerado

pelo delito, resgatando a paz e almejando tornar eficaz, em seus propósitos preventivo, retributivo e pedagógico, a sanção penal.

Todavia, em que pese a gradual emergência da justiça restaurativa como alternativa de resposta penal, muito se critica acerca de viabilidade prática e efetividade de tal modelo de reação penal, tecidas principalmente pelos defensores do garantismo penal, que aduzem que a redescoberta da vítima no processo penal consiste em retrocesso histórico e importa em diminuição dos direitos do infrator, destinatário final do sistema de controle penal, bem como privaria o agente criminoso do seu direito constitucional a um processo justo, democrático e equilibrado, além da ausência de respaldo legal a amparar e estabelecer os limites dos acordos restaurativos.

Diante desse impasses e obstáculos à implementação e positivação da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, além da questão da ausência de amparo legal justificador dos acordos restaurativos, o que atinge, por reflexo, questões das garantias dos ofensores, da legalidade e democracia motivou-se a escolha do tema do presente artigo.

Neste sentido, tendo em vista a gradual implementação da justiça restaurativa no Brasil, ainda que seja por resoluções, já existindo programas consolidados nos estados da Bahia, Maranhão, São Paulo e Rio Grande do Sul, por exemplo, ressalta-se a importância de escrever sobre a temática, uma vez que se faz necessário refletir sobre os fundamentos e limites éticos e jurídicos do acordo restaurativo.

Foram estas as inquietações que justificaram a escolha do tema. A fim de se alcançar os fins propostos, empregou-se o método hipotético-dedutivo, a partir do levantamento bibliográfico e revisão da literatura especializada na temática, além do método normativo-dogmático que teve, por escopo, a análise de alguns dispositivos presentes no ordenamento jurídico brasileiro que podem fundamentar os acordos restaurativos firmados, enquanto pendente a conformação da justiça restaurativa no direito positivo brasileiro.

Ademais, estruturou-se o presente artigo em quatro capítulos. No tópico inicial, realiza-se uma exposição geral sobre a justiça restaurativa, seu conceito (ou ausência deste), princípios, valores e práticas.

Em momento posterior, debate-se o fundamento democrático da justiça restaurativa, uma vez que, para a maioria dos defensores desse modelo alternativo de justiça criminal, a introdução de práticas restaurativas no processo penal implica em fortalecimento da democracia, uma vez que subtrai o monopólio do poder do Estado e entrega-o aos envolvidos

no conflito originado pelo delito, para que estes possam construir a solução mais adequada ao caso.

No capítulo subsequente, discorre-se sobre os efeitos jurídicos do acordo restaurativo, partindo de dispositivos legais existentes no ordenamento normativo pátrio e, em seguida, disserta-se sobre os limites subjetivos, éticos e jurídicos do acordo restaurativo.

Por fim, o tópico final versa e relaciona a justiça restaurativa, a democracia e os limites do acordo restaurativo, traçando perspectivas de realização do modelo restaurativo em relação aos valores democráticos constitucionalmente assegurados.

Expor e refletir a justiça restaurativa e seus limites de aplicação implica, em última instância, em (re)pensar os fundamentos do processo penal, da estrita legalidade e da democracia. Afinal, conforme prevê a Constituição da República, um dos objetivos fundamentais do Brasil consiste na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA PENAL

Definir a justiça restaurativa representa, ainda, em um grande desafio aos seus defensores. Esta dificuldade se dá em razão desta consistir em um conjunto de práticas que almejam uma formulação teórica. Assim, na incipiente e plural teoria restaurativa existem diversos conceitos, uns que se pautam na oposição ao modelo da justiça penal retributiva, nos resultados pretendidos e na diversidade das práticas restaurativas.

Segundo Leonardo Sica:

Mais do que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Sob a denominação de justiça restaurativa (*restaurative justice, giustizia riparativa, justice réparatrice, justicia restauradora, 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. Mais amplamente, qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como “prática restaurativa (2007, p.10).

Para Cláudia Cruz Santos (2014, p.166), o modelo restaurativo consiste em um modo de responder ao crime, com práticas determinadas que buscam objetivos específicos, que se baseia no reconhecimento da dimensão interpessoal do conflito, assumindo a função de pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos causados à vítima, por intermédio da autorresponsabilização do agente infrator, finalidades estas que somente serão alcançadas por meio de um procedimento de encontro, fundado na autonomia da vontade dos seus participantes.

Howard Zehr (2012, p.24), de forma sucinta, define o modelo restaurativo como um processo voltado à restauração, dentro dos limites possíveis, a todos que tenham interesse em uma ofensa particular, e identificar e atender coletivamente aos danos, necessidades e obrigações derivados de determinado conflito, com o propósito de curar e reparar os danos da melhor maneira possível.

Dissertando sobre a dificuldade de conceituação, Palamolla pondera acerca da fluidez e abertura da definição das práticas restaurativas, aduzindo, em síntese, que “a justiça restaurativa possui um conceito não só aberto como, também, fluído, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas” (2009, p. 54).

Ainda nesta esteira de reflexão, Santos registra que a dificuldade de conceituar a Justiça Restaurativa advém da sua pluralidade de procedimentos e finalidades. Desta forma, determinados conceitos focam na questão das práticas (dimensão minimalista), ao passo que outros autores buscam sua definição tendo em vista os resultados pretendidos (dimensão maximalista).

Diante desse cenário, observa-se que a noção de justiça restaurativa desponta, com forte influência abolicionista e das diretrizes da vitimologia, com a pretensão de uma reação diferente da resposta fornecida pelo sistema de justiça criminal tradicional, baseada na democratização do processo, assim como na recusa do autoritarismo que permeia o direito penal, na busca de respostas mais humanas ao crime.

Ademais, o modelo restaurativo também se fundamenta na reparação do mal sofrido pela vítima e atenuação das consequências do delito, além de buscar a reintegração social do agente infrator, através da autorresponsabilização e inclusão da comunidade próxima aos envolvidos no conflito como sujeito processual na construção da solução do conflito.

Na Resolução 2000/2012, de 24 de julho de 2000, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a ONU divulgou os “princípios básicos para a utilização de programa de justiça restaurativa em matéria criminal”. Segundo estabeleceu a referida Resolução, tem-se que:

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos
2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*).
3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.
4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que

podem estar envolvidos em um processo restaurativo. 5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo¹.

Registre-se que a justiça restaurativa não pretende ser uma resposta universal para todos os casos ou uma solução dos problemas do sistema penal. O que o movimento restaurativo repudia é a ideia de que a pena de prisão seja elevada ao patamar de principal e privilegiada forma de sanção estatal, prestigiando-se o caráter retributivo, aliado a um discurso pseudo preventivo da pena, desprezando-se as peculiaridades, vicissitudes e dimensão humana de cada conflito.

Howard Zehr (2012, p. 18-26) trabalha, ainda, com uma construção negativa do conceito de justiça restaurativa, destacando aquilo que o modelo restaurativo não é. Para o mencionado autor, diante da presença de uma variedade de programas que se intitulam restaurativos, faz-se necessário definir aquilo que não pode ser considerado justiça restaurativa, para que esta não venha a ser afastar dos seus princípios e valores de origens.

O autor destaca, ainda, que a justiça restaurativa não possui como escopo principal o perdão ou a conciliação, bem como não tem por objetivo reduzir a reincidência ou as ofensas em série, além de não pretender ser um substituto do processo penal tradicional ou uma alternativa ao aprisionamento, não se contrapondo, necessariamente, ao modelo retributivo. O autor ressalta, outrossim, que o modelo restaurativo não se confunde com a mediação, embora esta possa ser uma prática restaurativa (2012, p. 18-23).

Nesse último aspecto, cumpre esclarecer que a mediação penal e o modelo restaurativo possuem uma relação complexa e paradoxal. Para Sica, a mediação penal enquadra-se como uma prática restaurativa, mas não se resume a esta, podendo ser aplicada nas mais diversas searas jurídicas, ao passo que a justiça restaurativa, embora englobe a mediação como uma possível técnica, possui seus limites de aplicabilidade restritos à esfera penal (2007, p. 72).

Assim, verifica-se que a justiça restaurativa possui um conceito flexível e aberto, advindo da percepção dos riscos que a padronização das práticas restaurativas nos moldes no pensamento jurídico tradicional pode resultar.

Todavia, ressalte-se que essa abertura conceitual consiste no fato gerador das várias críticas, mormente porque essa abrangência das mais variadas práticas que podem ser rotuladas como restaurativas dão margem à ausência de limites balizadores do que é, ou não, considerado como medida restaurativa, criando-se distorções, no plano prático, de viabilização dessas

¹ Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/110005565/resolucao-2002-12-da-Onu>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

práticas, além da evidente dificuldade de normatização, no sentido de inclusão de medidas restaurativas no ordenamento jurídico positivo.

Neste aspecto reside um dos maiores pontos de atrito entre a justiça restaurativa e o sistema de garantias penais, uma vez que o Direito Penal alicerça-se na legalidade, sendo esta uma das mais robustas garantias do cidadão, ao passo que aquela fundamenta-se na ideia de construção da solução mais apropriada ao caso concreto, o que pode gerar consequências indeterminadas, levando-se em conta as peculiaridades do infrator, as necessidades da vítima e da comunidade, solução esta que pode não encontrar respaldo no ordenamento penal positivado.

Nesse sentido, são válidas as observações de Palamolla, ao afirmar que

a falta de definição e a variedade de objetivos ocasionam duas críticas pertinentes: (1) cria-se o risco de que práticas que não respeitam os princípios da justiça restaurativa sirvam para avaliações negativas do modelo e (2) dificulta-se a avaliação dos programas, já que não se sabe exatamente o que se pretende alcançar com eles (2009, p. 54).

Apropriando-se dos argumentos dos abolicionistas², do *labelling approach*, partindo da percepção da repressão, seletividade e estigmatização que permeiam o modelo tradicional de justiça criminal, a justiça restaurativa propõe um olhar mais humano sobre os conflitos penais, alertando para o fato de que as instâncias formais de controle social preocupam-se mais com a punição meramente retributiva, menosprezando as consequências do crime para a vítima e comunidade, bem como negligenciando as funções preventivas da pena. Em síntese, nos dizeres de Renato Sócrates Gomes Pinto,

[...] a ideia, então, é se voltar para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional diz você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso? (2005, p. 19).

Em sentido oposto, Santos critica essa formulação de que a justiça restaurativa se preocupa com as consequências futuras do delito, ao passo que a justiça tradicional estaria voltada para o passado. Segundo a citada autora, não se pode afirmar que o modelo tradicional de reação penal seja totalmente voltado ao passado, uma vez que, ao procurar punir o delinquente, busca-se evitar o cometimento de novos delitos, segregando o agente criminoso do convívio social, estando, de certa forma, também voltada para o futuro (2014, p. 159).

Diante deste cenário, pode-se dizer, com Santos, que a justiça restaurativa propõe um diferente paradigma, não necessariamente melhor, mas diferente, de justiça penal.

² Neste sentido, vale a observação do Professor Guilherme Câmara, que afirma que “parece razoável a ideia de que é possível fazer-se bom uso das teorias abolicionistas sem ser abolicionista” (2008, p. 86).

2.1 PRINCÍPIOS E VALORES DO MODELO RESTAURATIVO

Conforme esclarece Zehr, o movimento da justiça restaurativa origina-se em decorrência da necessidade de se repensar as necessidades que a infração criminosa gera. Os defensores do modelo restaurativo verificaram que algumas necessidades dos envolvidos no conflito não eram atendidas pelo processo penal tradicional, que afastava a vítima. Deste modo, com seus princípios e valores próprios, a justiça restaurativa ampliou o círculo dos sujeitos intervenientes no processo para além do Estado, representado pelo Promotor de Justiça, e do ofensor, incluindo as vítimas e os membros das comunidades próximas aos envolvidos, que possam ter sido afetadas (2012, p. 24).

Com esta nova visão de sujeitos envolvidos, necessidades e papéis, emerge a imprescindibilidade de delimitação de princípios e valores que devem reger a informar o modelo e os procedimentos restaurativos.

Como premissa inicial, a justiça restaurativa parte de uma nova concepção de crime, para além de fato típico, ilícito e culpável, entendendo a infração criminosa como uma violação de pessoas e relacionamentos interpessoais, sendo que tais violações acarretam obrigações e o principal esforço da justiça deve se direcionar para a reparação, e não somente a retribuição, do mal praticado. (ZEHR, 2012, p. 31).

O pressuposto de maior atenção aos danos causados do que à norma infringida pressupõe a inversão do primado do interesse público, propondo a justiça restaurativa que, além da preocupação com o sistema normativo, deve o processo penal também atentar-se aos interesses e necessidades dos envolvidos no conflito. Neste sentido, com razão, disserta Tiveron que

atualmente, o sistema de justiça é orientado pelo interesse estatal. Neste arranjo, o Estado é a vítima em perspectiva e a comunidade é abstratamente representada por ele. Os danos causados às vítimas não são o foco da intervenção, pois se sobressai a “dívida” do ofensor com o Estado a qual deve ser paga com a expiação da pena. [...] Por outra aresta, este princípio desafia o monopólio estatal da jurisdição criminal em prol de um modelo de justiça criminal mais participativo que leve em conta, prioritariamente, o interesse das partes afetadas (TIVERON, 2014, p. 290).

Como decorrência direta desta premissa inicial, tem-se que o delito é, fundamentalmente, uma violação de indivíduos e relações interpessoais. O crime não pode ser entendido apenas como um fato exclusivamente jurídico, mas também como um conflito entre pessoas e, como consequência disso, o processo deve também atentar-se aos interesses e necessidades dos envolvidos e afetados pela infração criminosa.

Como tais violações implicam obrigações, o primado da reparação não se limita apenas à questão do ressarcimento pecuniário, havendo espaço para reparações de cunho simbólico, tais como pedido de desculpa, oferecimento de explicações, prestações pessoais como a oferta de serviços à comunidade, sendo estas medidas reparatórias que encontram espaço no modelo restaurativo, inexistindo um rol taxativo, de modo que a solução mais adequada deve ser construída a partir dos interesses, necessidade e vontade dos sujeitos envolvidos.

Um princípio importante do modelo restaurativo consiste na voluntariedade, sendo esta uma condição para a participação nas práticas restaurativas, como também requisito para o cumprimento eficaz do acordo, sendo imprescindível para a realização do procedimento restaurativo o reconhecimento voluntário do ofensor da prática do ato danoso, bem como o consentimento esclarecido da vítima em participar da prática restaurativa.

A observância dos princípios e valores restaurativos faz-se necessária para a distinção das práticas conciliatórias que, em que pese tenham viés de não litigiosidade, tais como a conciliação, a transação, a negociação e a ação civil *ex delicto*, não podem ser consideradas como justiça restaurativa.

Destarte, preconiza o art. 2º, da Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça³, que são princípios que orientam a justiça restaurativa a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, consensualidade, confidencialidade e urbanidade, bem como determina que para que o conflito seja solucionado pela via restaurativa, faz-se necessário que as partes reconheçam como verdadeiros os fatos essenciais, sem que tal implique admissão de culpa, sendo condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo.

3 O FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Conforme preconiza o art. 1º da Carta Maior, “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu um Estado Democrático de Direito” e, no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, anuncia-se

³ Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2017.

que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio dos representantes eleitos, nos termos desta Constituição”.

O reconhecimento dos valores democráticos encontra-se assegurado pela Carta Magna, sendo este um pressuposto essencial para a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos e construção da paz social. Neste sentido, para Bobbio,

[...] Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo (2004, p. 1).

Outrossim, o atual cenário político institucional da democracia brasileira é de crise. Neste contexto, o modelo tradicional de justiça penal subtrai dos indivíduos a possibilidade de qualquer ingerência na solução dos conflitos, assumindo o Estado o monopólio da coerção para resolução destes.

Assim, emerge a justiça restaurativa enquanto modelo alternativo de reação ao crime, concentrando seu foco nas consequências do delito e nas relações sociais afetadas pela conduta criminosa. Neste sentido, evidencia-se a relação entre repressão punitiva e democracia, haja vista que o poder punitivo estatal torna-se um resquício ao autoritarismo estatal, não permitindo aos cidadãos qualquer ingerência ou gestão da justiça penal.

Desta forma, reflete-se sobre os fundamentos democráticos da justiça restaurativa, essenciais na busca da construção da paz jurídica e social.

Assim, considerando que, para Chomsky (2003, p. 19), uma sociedade é efetivamente democrática na medida em que seus cidadãos possam desempenhar relevante papel na gestão dos assuntos públicos, busca-se demonstrar o fundamento democrático da justiça restaurativa, entendendo-se esta como uma ferramenta de fortalecimento do regime democrático no sistema de justiça criminal, haja vista que permite a ampliação dos espaços de deliberação e participação na administração dos conflitos penais. A democracia reclama o equilíbrio entre a tutela da liberdade do indivíduo e defesa dos interesses coletivos e sociais, sendo que uma justiça penal democrática deve procurar permanentemente este equilíbrio. Para Casanova, “ao falar de democracia, é necessário incluir, pelo menos, cinco categorias: a repressão, a negociação, a representação, a participação e a mediação” (CASANOVA *apud* SICA, 2007, p. 202).

Desta forma, ao se relacionar a repressão como uma categoria necessária à compreensão do que é a democracia, evidencia-se a relação desta com o sistema de justiça penal.

Nesta esteira de reflexão, segundo Sica (2007), a introdução das práticas restaurativas na administração do conflito penal torna o sistema de justiça criminal mais democrático, uma vez que tornam a justiça penal mais participativa e deliberativa, afastando-se de uma decisão imposta de forma heterônoma, reforçando, assim, a democracia participativa e ratificando a legitimidade da lei penal. Na mesma direção, Tiveron pondera que “a justiça restaurativa privilegia valores democráticos por meio da ampliação do rol de participantes na deliberação, pela confiança depositada na capacidade decisória, pelo empoderamento produzido e pela educação para a paz”, não sendo pertinente que o Estado funcione como única instância de justiça (2014, p. 138-139).

De fato, a emergência de ferramentas não institucionalizadas de resolução dos conflitos torna tendencialmente o sistema de justiça criminal mais democrático. Com efeito, concorda-se com Tiveron quando esta aduz que a justiça restaurativa desafia a exclusividade do exercício da função de solucionar os conflitos, alterando o conceito tradicional de jurisdição, segundo o qual o juiz deve substituir a vontade das partes (2014, p. 139).

Para os defensores do modelo restaurativo, o sistema de justiça criminal não permite a interação entre os envolvidos no conflito, nem privilegia o contexto das partes. Ao contrário, o sistema retribucionista encoraja a vingança, a intolerância e o autoritarismo, não abrindo espaço para o exercício da vontade dos cidadãos.

Com efeito, a participação dos interessados para as deliberações sobre as decisões que lhes dizem respeito relaciona-se diretamente à própria eficácia, efetividade e legitimidade da decisão, ao senso de justiça e responsabilidade social.

Ademais, a possibilidade de solução dos conflitos oriundos do delito pela via restaurativa também amplia a legitimidade da norma penal. A aplicação do castigo e da punição sobre o condenado origina-se do modelo histórico que conferiu autoridade política e moral ao Estado, que legisla, criando tipos penais primários e secundários em nome de uma ordem racional plena e “padrões de justiça” (WARAT, 2001, p 170).

Todavia, conforme preconiza Santos, deve-se tomar cuidado com a afirmação de que o sistema de justiça criminal se torna menos democrático por afastar os intervenientes diretos do conflito em razão do Estado assumir o monopólio da jurisdição (SANTOS, 2014, p. 255). Para a autora, esta seria uma linha de argumentação precária e falaciosa, pois afirmar que apenas

o modelo restaurativo privilegia a democracia no sistema de justiça penal é distorcer o sentido da própria democracia.

Segundo a autora, partindo da definição mínima de democracia proposta por Norbert Bobbio, a democracia configura-se pelo conjunto de regras, primárias e fundamentais que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas em nome do Estado, mediante os processos previamente estabelecidos, de modo que não se pode subtrair o adjetivo de democrático de um Estado que atribui aos Tribunais e aos juízes que os integram a legitimidade para tomar uma decisão dotada de autoridade (SANTOS, 2014, p. 259).

Deste modo, para Santos (2014), a decisão imposta por um terceiro equidistante das partes, incumbido do poder de decidir em nome do Estado e mediante processos e procedimentos legal e previamente estabelecidos não importam em descaracterizar a democracia, até mesmo porque nem todo regime democrático pressupõe a participação direta dos cidadãos nos processos decisórios. Para a autora portuguesa,

[...] O sonho da democracia directa, que voltou a estar na ordem do dia devido aos meios de comunicação, não implica menos desprezo pelas mediações institucionais características de uma democracia representativa do que os gritos a favor de uma justiça expedita lançados por uma opinião pública que os media enchem de lágrimas de sangue. Neste sentido, a conquista da justa distância diz respeito simultaneamente ao indivíduo sujeito à justiça e ao cidadão que há em cada um de nós (SANTOS, 2014, p. 260).

Em síntese, o que a autora sustenta é que não se pode associar a democracia unicamente à afirmação sempre direta da vontade dos indivíduos, devendo estar também abrangida e relacionada ao cumprimento de regras previamente determinadas e ao funcionamento das instituições.

No aspecto da elaboração do prévio conjunto de regras que devem informar e reger o sistema de justiça criminal reside a imprescindibilidade da legalidade na esfera penal, sendo a Lei, enquanto produto final do exercício da democracia representativa estabelecida na Constituição da República, o pressuposto e o limite da aplicação da lei penal, sendo a ausência de amparo normativo, paradoxalmente, um fator que pode vir a deslegitimar o fundamento democrático invocado pelos defensores da justiça restaurativa.

Não obstante, acrescenta-se que, de acordo com Boaventura de Sousa Santos, os meios alternativos de resolução dos litígios, como a justiça restaurativa, cooperam para a uma revolução democrática da justiça na medida em que fortalecem o acesso à justiça e compõem mecanismos de aproximação dialógica entre os espaços judicantes e a sociedade civil (2007, p. 48). O autor português aduz que a insurreição democrática da justiça e do próprio direito

demanda uma leitura inclusiva da atividade estatal e da sociedade para romper com o “refúgio burocrático” das decisões jurídicas, dirimindo a aversão às medidas alternativas e fundando uma cultura democrática para além da legalidade como fundamento único das construções jurídicas.

Para Leonardo Sica, está-se diante do desafio de superar o sistema de legalidade estabelecido na obra, “*Dos delitos e das penas*”, de Beccaria (2007, 179-185); porquanto, pretende-se avançar por sobre a lógica do castigo imposto pelo Estado como único mecanismo de resolução do conflito penal, caminhando para uma leitura relacional do fenômeno criminoso, por meio do qual é afastada a certeza da pena – mesmo que limitada -, sem violar os valores máximo que asseguram a realização humana.

Neste espeque, o sistema penal abre espaço para a configuração de respostas criminais não penais, ou seja, propõe-se o afastamento da pena como negação racional do crime, como proposto por Hegel (1997, p. 84), ou, até mesmo, como implicação ontológica do crime, como asseverou Kant (2003, p. 176), impulsionando uma resposta comunicativa-sócio-relacional. Desse jeito, legitima-se a justiça criminal como sistema integrado de controle social e democrático.

Mauro Cappelletti, ao seu turno, disserta sobre o complexo fenômeno do “direito judiciário”. Segundo o autor italiano, “a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso num sistema democrático de *checks and balances*” (1993, p. 19). Em síntese, aduz o autor, o confronto entre o direito criado pelo Poder Judiciário e o direito criado pelo Poder Legislativo aprofunda a crise democrática da sociedade contemporânea, uma vez que não apenas o direito legislado pode ser considerado exclusivamente democrático.

Por sua vez, na sua proposta de “*sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*”, Peter Häberle afirma que o processo de interpretação constitucional, e conseqüente construção do direito, deve ser feita não apenas pelos órgãos formais, mas também por todos os cidadãos e grupos sociais, ou seja, por todos aqueles que vigem sob a égide da norma constitucional (1997, p. 13). Para o jurista alemão,

a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico (1997, p. 15).

Diante do exposto, conclui-se que a introdução das práticas e valores restaurativos no sistema de justiça criminal tendem a torna-lo *mais* democrático, uma vez que amplia a

participação e deliberação dos intervenientes no conflito na construção da solução a ser dada ao caso, incluindo-os no processo de interpretação e aplicação do direito. Todavia, não se pode afirmar que o modelo retributivo, no qual se atribui a um juiz previamente determinado, que aplicará a sentença observando o conjunto de regras estabelecido, fruto do exercício da democracia representativa, não é democrático, pois, conforme exposto, o é.

4 O ACORDO RESTAURATIVO E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Diante da ausência de previsão normativa no ordenamento jurídico brasileiro, o acordo restaurativo firmado a partir das práticas restaurativas fundamenta-se em dispositivos genéricos e acarretam, em regra, em redução da quantidade de pena imposta ao infrator.

Faz-se importante ressaltar que as práticas restaurativas são possíveis em todas as fases processuais (pré-processual, processual e execução da pena). Assim, a depender do momento do curso processual venha a ser instaurada uma prática restaurativa, serão gerados efeitos jurídicos distintos.

Neste sentido, caso venha a ser instaurada durante o processo, isto é, entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença condenatória, os acordos restaurativos apoiam-se na previsão da atenuante genérica constante no art. 66 do Código Penal, que estabelece que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, embora não prevista expressamente em lei, bem como amparam-se nas circunstâncias judiciais do art. 59 (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima), do mesmo diploma normativo, para justificar a menor pena base do agente quando da fixação da sanção penal.

Ressalte-se que a aplicação dos acordos restaurativos como circunstância judicial favorável ou como atenuante genérica são mutuamente excludentes, não sendo aplicáveis de forma cumulada, isto é, ou servirá como circunstância judicial que justificará a pena-base próxima ou no mínimo legal, ou motivará a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal.

Durante a fase da execução da pena, o acordo restaurativo poderá advir consequências jurídicas variáveis, a depender do regime de cumprimento de pena do condenado. Embora ainda não positivado no direito brasileiro, entende-se que a homologação do acordo restaurativo na fase executória da sanção penal pode acarretar os seguintes efeitos jurídicos: a) aos apenados que estejam cumprindo pena no regime aberto poderá haver a suspensão condicional da

execução; b) aos apenados que estejam cumprindo pena no regime semiaberto poderá haver o abatimento de até um sexto do tempo da pena restante a ser cumprida; e, c) aos apenados que cumpram pena no regime fechado poderá haver o abatimento de até um sexto do tempo da pena restante a ser cumprida.

Em todos os casos acima detalhados, o tempo de pena subtraído em razão do acordo restaurativo será considerado como pena cumprida.

Na busca pela positivação da justiça restaurativa, o projeto de Lei nº 7006/2006⁴, que propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de infrações penais, atualmente em trâmite perante a Câmara dos Deputados⁵, prevê que a realização da prática restaurativa e o acordo restaurativo, desde que atendidos os necessários requisitos, poderá acarretar a extinção da punibilidade, bem como a homologação do acordo importará na interrupção da contagem do prazo prescricional, além da possibilidade da suspensão do processo quando do encaminhamento do caso ao núcleo de justiça restaurativa.

Ademais, o acordo restaurativo também pode implicar na aplicação de algumas restrições aos direitos fundamentais do infrator, tais como limitações de frequentar certos locais, bem como na prestação de serviços ou outra medida que os envolvidos no processo possam julgar pertinente para a resolução do caso e reparação dos danos.

É justamente essa atipicidade das medidas aplicadas e flexibilidade do acordo restaurativo que entra em conflito com a garantia da legalidade presente no atual estágio do Estado Democrático de Direito.

5 AS BALIZAS LIMITADORAS DO ACORDO RESTAURATIVO

Conforme exposto, diante da ausência de parâmetros legais que definam os limites do acordo restaurativo, cumpre indagar quais são as possíveis fronteiras a serem estabelecidas no

⁴ Disponível em

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=13DBE49AD4E22DF43FAE5A36F2AE7F13.proposicoesWebExterno2?codteor=393836&filename=Tramitacao-PL+7006/2006>. Acesso em: 01 mai. 2017.

⁵ Fonte: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

resultado do procedimento restaurativo, a fim de que este não venha a contrariar os direitos e valores constitucionalmente assegurados, nem afronte a legislação infraconstitucional.

Nos termos da Resolução 225, do Conselho Nacional de Justiça, o acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos.

Da mesma forma, o citado projeto de Lei nº 7006/2006 prevê que o acordo restaurativo estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção.

Neste sentido, tem-se que, em que pese a flexibilidade intrínseca do acordo restaurativo, é vedado o estabelecimento de cláusulas que humilhem ou violem a dignidade do condenado ou de seus familiares, ou que estejam em desacordo com o ordenamento jurídico. Diante desse cenário, faz-se importante traçar as balizas limitadoras do acordo restaurativo⁶.

A primeira vedação imposta aos acordos restaurativos encontra-se no próprio texto constitucional. Diante da força normativa da Constituição, tem-se que os preceitos constitucionais devem ser observados para a celebração dos acordos restaurativos entre os cidadãos. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, fenômeno que determina que os direitos fundamentais não regulam apenas as relações verticais entre o indivíduo e o Estado, mas também incidem nas relações travadas entre os cidadãos. Para Daniel Sarmiento

Fala-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para sublinhar o fato de que tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre o Estado e o cidadão, mas incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal (2004, p. 05).

Neste mesmo sentido, para Manoel Jorge e Silva Neto

Se, no contexto de tais relações, observa-se grande desigualdade entre os indivíduos, impõe-se o reconhecimento de aplicação dos direitos fundamentais para evitar o predomínio do arbítrio, como costuma acontecer nas relações entre o produtor-prestador de serviço e o consumidor e nas relações de trabalho. Denomina-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais para se contrapor à eficácia vertical, que seria aquela presente na conhecida e histórica aplicabilidade de tais direitos no âmbito da relação indivíduo-Estado (2013, p. 678).

⁶ Neste sentido, a Lei portuguesa nº 29/2013, que regulamenta os princípios gerais aplicáveis à mediação prevê, em seu art. 20, que o conteúdo do acordo é livremente fixado pelas partes e deve ser reduzido a escrito, sendo assinado pelas partes e pelo mediador. Preconiza a mesma Lei que a homologação judicial do acordo obtido em mediação tem por finalidade verificar se o mesmo respeita a litígio que possa ser objeto de mediação, a capacidade das partes para a sua celebração, se respeita os princípios gerais de direito, se respeita a boa-fé, se não constitui um abuso do direito e o seu conteúdo não viola a ordem pública, sendo estes verdadeiros parâmetros limitadores do acordo restaurativo.

Outrossim, a observância dos direitos fundamentais na elaboração dos acordos restaurativos concretiza a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na seara penal.

Com efeito, prevê o art. 5º, inciso XLVII, que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e, por fim, não admite no ordenamento jurídico brasileiro, as penas de natureza cruel, não se admitindo tais sanções, mesmo que acordadas voluntariamente nos procedimentos restaurativos.

Outra importante demarcação das barreiras do acordo restaurativo, também em sede constitucional, anuncia, em art. 5º, inciso XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”, de modo que, consoante tal previsão, a responsabilidade penal do fato não pode, em hipótese alguma, ultrapassar a figura do ofensor, podendo a responsabilidade civil ser estendida aos seus sucessores, no limite do patrimônio transferido.

Neste viés, cumpre registrar que em determinadas práticas restaurativas são permitidas a participação não apenas dos ofensores e vítimas, mas também dos familiares destes e das comunidades próximas aos intervenientes, sendo que os familiares dos intervenientes podem assumir obrigações constantes no acordo restaurativo. Assim, como conciliar a assunção de obrigações decorrente de acordo restaurativo pelos familiares e demais sujeitos afetados pelo delito com o comando constitucional?

Inicialmente, ressalte-se que tais obrigações eventualmente assumidas por terceiros que não autor e vítima não possuem natureza penal, sendo eminentemente prestações de natureza civil.

Nesta esteira de entendimento, em razão de ausência de legislação no ordenamento jurídico brasileiro, toma-se de empréstimo dispositivo legal presente no Novo Código de Processo Civil brasileiro, que dá excepcional importância à solução consensual dos conflitos, determinando em seu art. 3º, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. A lei processual civil atual coloca a solução consensual dos conflitos como um objetivo a ser alcançado, dentro do possível, como o estímulo do Estado e de todos que atuam no processo.

Com efeito, conforme prevê o Novo Código de Processo Civil (NCPC) brasileiro, em seu art. 515, inciso III, a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza será um título executivo judicial, sendo que, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo

legal, “a autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo”.

Diante de tal previsão normativa, entende-se que o referido dispositivo constante no NCPC inclui os acordos restaurativos, de modo que, no que concerne aos limites subjetivos, pode haver o envolvimento de terceiros estranhos ao processo nas cláusulas estabelecidas no pacto restaurativo.

Ademais, faz-se importante destacar que os compromissos assumidos nas convenções restaurativas devem limitar-se aos fatos que são imputados ao ofensor, não se permitindo que os acordos versem sobre acontecimentos que não tenham qualquer relação com o delito.

Outrossim, tendo em vista a relevância da legalidade para a manutenção do Estado Democrático de Direito, verifica-se que as balizas legais impostas na legislação penal devem também ser observadas como limites do acordo restaurativo, não podendo este prever cláusulas que restrinjam ou imponham obrigações ao ofensor por lapso temporal que ultrapasse o patamar máximo de pena previsto no preceito penal secundário, sendo possível, todavia, ser estipulada abaixo do mínimo legal previsto, desde que os intervenientes entendam ser tal sanção suficiente.

Outro ponto sensível dos acordos restaurativos consiste na impossibilidade da determinação da privação da liberdade do ofensor como medida a ser imposta ao mesmo. Conforme exposto anteriormente, a justiça restaurativa não visa substituir o modelo retributivo de justiça e não importa necessariamente na descarcerização, de forma que, desde que obedecidos os limites previstos nos comandos normativos penais.

Tal confusão ocorre, dentre outros fatores, em decorrência da ausência de conceito definitivo de justiça restaurativa, sendo esta (erroneamente) concebida como um necessário contraposto ao modelo retributivo e uma alternativa ao aprisionamento. A justiça restaurativa, conforme exposto, visa abarcar a tutela equilibrada dos direitos da vítima e do ofensor, sendo que este jamais poderá ter sua situação agravada por intermédio do modelo restaurativo.

Assim, a justiça restaurativa atua como fator de atenuação da tutela penal, e não necessariamente sua exclusão, podendo coexistir e atuar de forma complementar com a justiça retributiva, sem que isto implique em recrudescimento do controle social sobre o ofensor.

Nesta esteira de reflexão, tem-se que o acordo restaurativo não poderá implicar em medida privativa de liberdade, sendo esta de aplicação exclusiva por parte do Poder Judiciário. Embora não venha a ser um substituto ao cárcere, em alguns casos, a justiça restaurativa mostra-se suficiente, evidenciando a desnecessidade da sanção privativa de liberdade. Em outras

hipóteses, em especiais em crimes de maior potencial ofensivo e maior complexidade, vislumbra-se a atuação concomitante das justiças restaurativa e punitiva.

Destarte, não se pode perder de vista o princípio da voluntariedade que informa a justiça restaurativa, de modo que a participação no procedimento dependerá, necessariamente, da anuência, tanto do ofensor, quanto da vítima ou dos seus familiares, sendo que os acordos restaurativos serão construídos de forma consensual, adaptando-se às peculiaridades do conflito e aos interesses e necessidades dos envolvidos, não sendo imposto por nenhuma das partes, mas elaborados conjuntamente por todos os sujeitos afetados pelo delito.

Ademais, faz-se relevante destacar a impossibilidade de cláusulas no acordo restaurativo que violem a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Por fim, entende-se que o pacto restaurativo, embora deva ser construído livremente pelos intervenientes no conflito, deve respeitar os princípios constitucionais, bem como os ditames da ética, não podendo ultrapassar os limites da legalidade, isto é, os patamares máximos legais previstos nos tipos penais; da dignidade da pessoa humana ou piorar, de qualquer forma, a situação do ofensor/acusado.

Desta forma, evidencia-se a conciliação do pressuposto da legalidade, imprescindível para a manutenção do Estado Democrático de Direito, com o modelo restaurativo, sendo que este considera como a vontade das partes como fonte do Direito, sem, contudo, violar os direitos fundamentais dos indivíduos e os valores constitucionais.

6 JUSTIÇA RESTAURATIVA, DEMOCRACIA E LIMITES DO ACORDO RESTAURATIVO

A expressão Estado de Direito origina-se da construção do idioma alemão (*Rechtsstaat*), resultante da justaposição das palavras *Recht*, que significa Direito e *Staat*, que se traduz por Estado, representando assim um Estado que é conformado por suas próprias leis.

A separação entre direito e política é essencial em um Estado Democrático de Direito. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário (a representação da vontade da maioria). No direito, vigem o primado da lei e a observância dos direitos fundamentais. Todavia, conforme leciona Barroso

A crença mitológica nessa distinção tem resistido ao tempo e às evidências. Ainda hoje, já no avançado século XXI, mantém-se a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do direito. No plano de sua criação, não há como o direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O direito é, na verdade, um dos

principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas (2011, p. 415).

A legalidade consiste em importante garantia conferida aos cidadãos em um Estado Democrático de Direito, sendo a Lei o pressuposto e o limite da aplicação das sanções penais. Contudo, nesta linha de intelecção, não se pode perder de vista a contradição encontrada na clássica obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Beccaria, segundo o qual as leis consistem em importante garantia do cidadão e, de forma contraditória, representam os interesses próprios daqueles que legislam, e não os interesses da maioria. Nas exatas palavras do Marquês, temos que:

Abramos a História, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, o mais das vezes, senão o instrumento das paixões da minoria, ou produto do acaso do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria (BECCARIA, 2011, p. 23).

Ao seu turno, o Estado Democrático possui sua estrutura na legitimidade do domínio político e no exercício do poder fundamentado, unicamente, conforme previsão constitucional, na soberania e na vontade do povo. Ao prever que o substrato humano integrante da comunidade política do Estado, formado por pessoas livres, além de escolher seus representantes, também poderão exercer a participação democrática ostensiva na resolução dos problemas, bem como ao determinar que um dos objetivos da República brasileira consiste na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a Constituição assegura os fundamentos que justificam a introdução do modelo restaurativo no sistema de justiça penal brasileiro.

Registre que, para Rubens Casara, o Estado Democrático de Direito não mais dá conta de explicar o funcionamento atual do Estado. Atualmente, para o autor, poder-se-ia falar em Estado Pós-Democrático, um Estado que, na perspectiva econômica, retoma as propostas do neoliberalismo, ao passo que, do ponto de vista político, apresenta-se como mecanismo de manutenção da ordem, controle das populações indesejadas e manutenção ou aumento das condições de acumulação de capital e geração de lucros (2017, p. 135). De fato, conforme o jurista brasileiro, o Estado “pós-democrático” é um Estado compatível com o neoliberalismo, a transformação de tudo (inclusive de mentalidades) em mercadoria, na verdade em um ultraliberalismo econômico que necessita de um Estado Penal cada vez mais forte” (2017, p. 136).

Embora a justiça penal tradicional, pautada no poder do soberano e em um conjunto de regras previamente estabelecido, reflita a democracia, uma vez que a Lei é o produto final

criado pelos representantes do povo, titulares da soberania, não se pode negar que a justiça restaurativa, com sua proposta de empoderamento dos afetados pelo conflito, torne o sistema de justiça tendencialmente mais democrático.

O modelo restaurativo apoia-se na ideia de justiça de Amartya Sen, segundo o qual a compreensão da justiça focada nos comportamentos das pessoas, considerando as vicissitudes da realidade, em detrimento a uma concepção de justiça voltada às instituições e os arranjos sociais. Para o economista indiano, a realização da justiça está fundamentalmente conectada ao modo como as pessoas vivem e não somente em relação às instituições que as cercam (SEN, 2011, p. 12).

Com efeito, o substrato ideológico restaurativo direciona-se para a valorização dos problemas reais dos envolvidos no conflito em detrimento do sistema de justiça autorreferente, de modo que a proposta do modelo restaurativo e a ideia de justiça baseada nas realizações concretas dos indivíduos convergem no sentido de que um modelo adequado de justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem efetivamente viver.

Ademais, o modelo restaurativo tende a expandir a legitimidade dos comandos normativos penais, uma vez que a maior participação dos envolvidos no conflito influencia na superação da chamada racionalidade penal moderna (PIRES, 2014), que condiciona a visão do direito penal, restringindo-a a perspectiva do binômio crime-pena, não permitindo a criação de alternativas às sanções penais.

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, 2004, p. 43), ou seja, à criação de uma nova racionalidade penal concernente à movimentação do período pós-moderno, rompendo com a estrutura telescópica e monocular do comando normativo estruturado no binômio fato-sanção.

Destarte, diante desse cenário, verifica-se que a justiça restaurativa possui relevante fundamento democrático e respaldo constitucional para ser integrada ao ordenamento normativo brasileiro. Entretanto, em que pese a flexibilidade e abertura das práticas restaurativas, bem como a elasticidade do acordo restaurativo, tem-se que este deve obedecer aos ditames constitucionais e legais, não podendo ser estabelecidas cláusulas que violem os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, não se admitindo que o pacto restaurativo venha a piorar a situação do ofensor/réu.

Nesta esteira de reflexão, conclui-se que o substrato ideológico restaurativo converge com os valores e princípios do Estado Democrático de Direito, sendo que a introdução da justiça

restaurativa no sistema criminal contribui para a elevação da legitimidade da norma e reforça os valores democráticos na justiça penal, uma vez que permite que os indivíduos, titulares da soberania e destinatários da norma, possam participar ativamente do processo de construção das soluções dos conflitos originados pelo delito, observando, sempre, os limites previamente impostos pela própria ordem normativa constitucional.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estado Democrático de Direito pressupõe um Estado politicamente organizado, que estabelece e se submete às suas próprias leis. Assim, em especial na esfera penal, a legalidade consiste no pressuposto e limite da aplicação das sanções penais.

A Constituição da República brasileira fundamenta-se nos valores da democracia e possui como um de seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Na busca por esta justiça anunciada no texto constitucional, verifica-se que o modelo restaurativo, com seus princípios e valores próprios, reforça a noção de justiça, a legitimidade e os pressupostos democráticos no sistema de justiça penal.

Ao permitir que os titulares da soberania e afetados pelo conflito possam, voluntariamente, construir a solução mais adequada ao caso, a justiça restaurativa permite mais um mecanismo de exercício da democracia direta no Poder Judiciário.

Como produto final desse exercício democrático proposto pela ideologia restaurativa, os acordos advindos destas novas práticas emergentes devem observar os ditames e valores constitucionais, além das barreiras impostas na legislação infraconstitucional, para que não venham a contrariar o ordenamento jurídico, a ética e os direitos fundamentais dos envolvidos no conflito.

Assim, tem-se que as propostas da justiça restaurativa convergem com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, alinhando-se aos valores da liberdade, justiça e solidariedade preconizados no texto constitucional, além de fortalecerem a democracia, consistindo em mais um instrumento favorável à busca da pacificação social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 3ª ed. São Paulo, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**; tradução Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BIANCHINI, Edgar Hrycyclo. **Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanda Editora, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7006/2006**. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=13DBE49AD4E22DF43FAE5A36F2AE7F13.proposicoesWebExterno2?codteor=393836&filename=Tramitacao-PL+7006/2006>. Acesso em: 01 mai. 2017.

BRITO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNDU, 2005.

CÂMARA, Guilherme Costa Câmara. **Programa de Política Criminal Orientado para a Vítima de Crime**. 1ª ed. São Paulo: Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CASARA, Rubens. et al. **Brasil em fúria: democracia, política e direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

CHOMSKY, Noam. **Contendo a democracia**; tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2003.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 84. Disponível em: <http://www.afoiceemartelo.com.br/posfsa/Autores/Hegel,%20Friedrich/Princ%C3%ADpios_da_Filosofia_do_Direito.pdf>. Acesso em: 28 abr 2016.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos costumes**. 1ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 176. Disponível em: <<https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-kant-metafc3adsica-dos-costumes.pdf>>. Acesso em: 28 abr 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. **Resolução nº. 12, de 2002**. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 24 jul. 2002. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/document/110005565/resolucao-2002-12-da-Onu>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

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

PORTUGAL. **Lei nº 29/2013, de 19 de Abril**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1907&tabela=leis>. Acesso em: 23 mai. 2017.

PIRES, Álvaro. **A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos**. Novos Estudos CEBRAP, nº 68. São Paulo, CEBRAP, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**; tradução Denise Bottman, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

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. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito. A construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**; tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.