



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCIANA DE BARROS BARRETO

**JUSTIÇA RESTAURATIVA: OS CRITÉRIOS DE ESCOLHA
DOS BENS JURÍDICOS ANTE A REPARAÇÃO COMO UMA
TERCEIRA VIA NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS.**

Salvador
2013

LUCIANA DE BARROS BARRETO

**JUSTIÇA RESTAURATIVA: OS CRITÉRIOS DE ESCOLHA
DOS BENS JURÍDICOS ANTE A REPARAÇÃO COMO UMA
TERCEIRA VIA NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof.Daniela Carvalho Portugal

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANA DE BARROS BARRETO

JUSTIÇA RESTAURATIVA: OS CRITÉRIOS DE ESCOLHA DOS BENS JURÍDICOS ANTE A REPARAÇÃO COMO UMA TERCEIRA VIA NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

Dedico

A Deus, pelo seu infinito amor.

Aos meus familiares e amigos que me
ajudaram nessa batalha.

Em especial ao meu amor, que
inspirou nessa luta.

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço a Deus pela minha existência e por ter sido a luz orientadora do meu destino, que se concretiza com esse imensurável conquista.

À professora Daniela Portugal pelas inestimáveis e ricas discussões que de certa forma viabilizaram o êxito dessa pesquisa.

Enfim, a todos os meus amigos e colegas de trabalho que, de certa forma, contribuíram para essa grande experiência enriquecedora e gratificante.

RESUMO

É cediço que essa modificação social alcançada ao longo dos tempos rompe os paradigmas existentes dando-lhes novos contornos, em razão dos quais se justifica uma releitura do Direito Penal atual que, ao definir as balizas da punibilidade através da Política Criminal, amolda os comportamentos viabilizando a convivência em sociedade. Desse modo, os direitos fundamentais devem ser observados quando da elaboração dos alicerces norteadores da Política Criminal para que os bens jurídicos fundamentais sejam efetivamente protegidos. Nesse contexto, vislumbra-se, em meados dos anos 70, a aparição de concepções inovadoras na justiça penal direcionadas ao consenso e compatíveis com a propagação dos direitos fundamentais, a teor das premissas inauguradas pela Justiça Restaurativa, sobretudo no tocante à admissão da reparação como uma terceira via, paralela à pena e à medida de segurança, na resolução dos conflitos. Assim, o mote da reparação enquanto terceira via persegue a satisfação dos interesses da vítima bem como demonstrar que nem sempre a punição retributiva imposta pelo “castigo” é o melhor caminho a ser trilhado rumo à concretização ideal dos fins das penas. É justamente nessa abordagem que a reparação se desenvolve no âmbito do Direito Penal – a partir da sua inclusão como consequência jurídico-penal autônoma do delito balizada na subsidiariedade do Direito Penal, cujos critérios de escolha dos bens jurídicos que a admitirão serão delineados a partir da amplitude da gravidade da lesão sofrida pelos bens jurídico-penais mais relevantes insculpidos no seio social.

Palavras-chave: justiça restaurativa; Reparação; bem jurídico; critérios; justiça penal tradicional.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, é imperioso ressaltar que a modificação social alcançada ao longo dos tempos rompe os paradigmas existentes dando-lhes novos contornos, em razão dos quais se justifica uma releitura do Direito Penal atual que, ao definir as balizas da punibilidade através da Política Criminal, amolda os comportamentos viabilizando a convivência em sociedade.

É de importância singular iniciar a presente pesquisa afirmando que as transformações experimentadas pela sociedade no decurso temporal reverberam no direito enquanto ciência social. Dessa forma, oriunda da natureza essencialmente dinâmica do homem, a Política Criminal desenvolveu transformações sociais significantes.

É cediço que essa modificação social alcançada ao longo dos tempos rompe os paradigmas existentes dando-lhes novos contornos, em razão dos quais se justifica uma releitura do Direito Penal atual que, ao definir as balizas da punibilidade através da Política Criminal, amolda os comportamentos viabilizando a convivência em sociedade.

Somando-se a todas essas mudanças, não se pode deixar de lado o fato de que a globalização e a solidificação do capitalismo representaram mais um golpe sobre a antiga estrutura político-criminal, pois, centrada na transposição das fronteiras nacionais, a globalização fez nascer formas desconhecidas de criminalidade que surpreenderam pelo seu arquétipo metodicamente delineado.

As mutações iniciais experimentadas pelo Direito Penal se revelaram através da passagem de uma dogmática penal fundada essencialmente na liberdade para uma dogmática alicerçada numa progressiva busca de segurança ante o despontar de inovadoras formas de criminalidade organizada surgidas no final século passado.

Em outras palavras, o Direito Penal começa a mudar suas diretrizes nucleares, com mais força, a partir do surgimento de múltiplas facetas da criminalidade cujo viés transcende as fronteiras nacionais, uma vez que esta estimulou a imposição de uma Política Criminal mais ofensiva e eficaz no combate ao crime através da “intervenção socializadora do Estado sobre o delinquente”.

Entretanto, ao regular os conflitos sociais, o Direito Penal dedica-se especialmente àqueles que envolvem os bens jurídicos mais relevantes, ou seja, aqueles tidos como essenciais para a comunidade e que traduzem os valores máximos consagrados em seu ordenamento constitucional democrático com a efetiva tutela os direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, os direitos fundamentais devem ser observados quando da elaboração dos alicerces norteadores da Política Criminal para que os bens jurídicos fundamentais sejam efetivamente protegidos.

Não obstante, a partir das referidas mudanças ocorridas no âmbito criminal, o florescimento de ignoradas formas de criminalidade culminou com a sugestão de reformas que se revestiram de premissas antagônicas. Isto porque busca-se, numa banda, priorizar as garantias individuais e, noutra banda, afirmar a necessidade interventora do Estado na resolução dos conflitos sociais pertinentes ao âmbito de regulação do Direito Penal com respostas imediatas e pouco eficazes do ponto de vista da ressocialização.

Nesse contexto, vislumbra-se, em meados dos anos 70, a aparição de concepções inovadoras na justiça penal direcionadas ao consenso e compatíveis com a propagação dos direitos fundamentais, a teor das premissas inauguradas pela Justiça Restaurativa, sobretudo no tocante à admissão da reparação como uma terceira via, paralela à pena e à medida de segurança, na resolução dos conflitos.

Nesse diapasão, a justiça criminal deixa transparecer suas limitações e carências ante as sensações de insuficiência e inadequação sofridas pelas vítimas, ofensores e comunidade, tornando férteis as discussões acerca do tema.

Há de se reconhecer, portanto, que o movimento de Justiça Restaurativa surgiu como uma tentativa de reavaliar as necessidades oriundas do crime e os papéis alusivos à conduta lesiva. É dizer, o novo modelo exposto dilata o rol de interessados na lide, inserindo, para além do Estado e ofensor, as vítimas e os integrantes da comunidade.

Assim, o mote da reparação enquanto terceira via persegue a satisfação dos interesses da vítima bem como demonstrar que nem sempre a punição retributiva imposta pelo “castigo” é o melhor caminho a ser trilhado rumo à concretização ideal dos fins das penas.

Tal via (a reparação) fundamenta-se, segundo seus defensores, no princípio da subsidiariedade, na medida em que a pena (o castigo) somente deve ser aposta quando meios outros menos graves não possam dar uma resposta efetiva ao conflito.

Todavia, é posicionamento assente na doutrina que nem todos os bens jurídico-penalmente protegidos comportam a reparação como uma terceira via ante a sua fundamental importância e pela amplitude da gravidade que a sua ofensa possa causar, haja vista que a pacificação dos conflitos e a restauração da paz social não seria atingida unicamente pelas vias da reparação.

Sob essa perspectiva, tornou-se imprescindível o desenvolvimento de um modelo consensual de solução de conflitos que venha complementar o modelo atual baseado meramente no conflito capaz não só de minorar o efeito de estigmatização dos delinquentes, como alvejar os anseios nucleares de ressocialização, com vistas a um Direito Penal menos vingativo e mais satisfatório e racionalizador.

É justamente nessa abordagem que a reparação se desenvolve no âmbito do Direito Penal – a partir da sua inclusão como consequência jurídico-penal autônoma do delito balizada na subsidiariedade do Direito Penal, cujos critérios de escolha dos bens jurídicos que a admitirão serão delineados a partir da amplitude da gravidade da lesão sofrida pelos bens jurídico-penais mais relevantes insculpidos no seio social.

É imperioso ressaltar que os aludidos bens jurídico-penais são aqueles que, pela sua importância e relevância social, são protegidos pela norma penal.

A partir das colocações esboçadas, apresenta-se a problemática desta pesquisa com o enunciado que se segue: À luz da justiça restaurativa, quais os critérios de escolha dos bens jurídicos ante a reparação como uma terceira via na resolução dos conflitos?

Com isso surge a necessidade de se refletir acerca do modelo tradicional de Justiça Penal que se demonstra obsoleto ante aos anseios sociais contemporâneos, sobretudo do ponto de vista das garantias individuais; buscar a interpretação acerca das divergências ocorridas na doutrina acerca dos critérios de escolha dos bens jurídicos que admitirão a reparação como terceira via; refutar os argumentos contrários à tese da incidência da reparação enquanto terceira via na resolução dos

conflitos, analisando os resultados obtidos pela reparação em seus aspectos social, psicológico, ético e outros meios para uma satisfação emocional do dano sofrido; refletir acerca dos princípios constitucionalmente previstos com espeque legal para a não aplicação da reparação enquanto via autônoma em decorrência de grave violação a bem jurídico; estudar as várias formas de aplicação da justiça restaurativa, especialmente no tocante à modalidade de reparação enquanto terceira via na resolução dos conflitos; colher os precedentes jurisprudenciais relevantes que atestam a aplicação eficaz da reparação enquanto uma terceira via na resolução dos conflitos; identificar os conceitos de bem jurídico e bem jurídico-penal e compreender a sua importância quando da regulação do Direito Penal; definir os critérios de escolha dos bens jurídicos suscetíveis à aplicação da reparação como uma terceira via a partir das premissas esposadas na Constituição, especialmente aquelas pertinentes aos direitos e garantias fundamentais insculpidos no âmbito social; definir o papel da vítima no Direito Penal e a sua influência no processo de reparação; analisar se é possível estabelecer um catálogo fechado de bens jurídicos quando da admissão da reparação como terceira via na resolução dos conflitos; verificar se a aludida reparação é viável e quais seriam os critérios de escolha dos bens jurídico-penais suscetíveis à aplicação da reparação enquanto terceira via na resolução dos conflitos.

Em virtude dos fatos, é inegável que o ordenamento jurídico brasileiro penal tem apresentado-se insuficiente e a aplicação indiscriminada do poder punitivo estatal fere de morte a premissa da *ultima ratio* conferida ao Direito Penal como forma de limitar os excessos e prestigiar as garantias individuais e que prevê a atuação estatal somente quando meios outros menos graves não possam dar uma resposta efetiva ao conflito.

Assiste-se o que seria uma possível fragilidade da justiça penal tradicional: um alargamento indiscriminado do âmbito da política criminal incompatível com o prestígio às garantias individuais e que é característico de um Estado Democrático de Direito, o que acaba por demonstrar uma possível insuficiência do aludido modelo perante os anseios sociais.

É nesse marco de cariz frágil e problemático que a justiça criminal deixa transparecer suas limitações e carências ante as sensações de insuficiência e

inadequação sofridas pelas vítimas, ofensores e comunidade, tornando férteis as discussões acerca do tema.

Desse modo, vislumbra-se, em meados dos anos 70, a aparição de concepções inovadoras na justiça penal direcionadas ao consenso e compatíveis com a propagação dos direitos fundamentais, a teor das premissas inauguradas pela Justiça Restaurativa, sobretudo no tocante à admissão da reparação como uma terceira via, paralela à pena e à medida de segurança, na resolução dos conflitos.

O tema se justifica ante a injustiça do tratamento jurídico dado à ofensa leve ou média de bens jurídicos menos relevantes, quando causam reflexos negativos na personalidade do delinquente pela sua estigmatização precoce, cujo modelo baseado no conflito carece de uma releitura à luz dos critérios de definição dos bens jurídico-penais mais ou menos relevantes.

Além disso, a repercussão que a reparação enquanto terceira via promove na sociedade apresenta-se como um assunto de grande polêmica, pois, ressarcir a vítima pode representar uma confusão entre o campo eficácia da intervenção estatal (cujo expoente é a justiça retributiva) e o campo da preservação dos direitos e garantias individuais, (cujo expoente é a justiça restaurativa).

Eis a razão do presente projeto de pesquisa: Definir os critérios de escolha dos bens jurídicos passíveis da aplicação da reparação como fator determinante de combate às mazelas cometidas pela estigmatização dos delinquentes e alcance de uma Justiça Penal compatível com os valores mais próximos da dignidade da pessoa humana.

Vislumbra-se com este trabalho trazer à baila a reflexão acerca da necessidade adaptação à evolução estrutural do Direito Penal pátrio, analisando a possibilidade de identificação de critérios de seleção dos bens jurídicos ante a reparação como terceira via na resolução dos conflitos, impulsionado pelo reconhecimento da justiça restaurativa como modelo determinante de combate às mazelas cometidas pelo poder de punir estatal contra à vítima, ofensor e comunidade.

O primeiro capítulo apresenta noções acerca do modelo tradicional de justiça penal, as propriedades do Direito Penal, bem como as suas finalidades, as propriedades do Processo Penal Tradicional e as respectivas críticas ao sistema punitivo clássico no sentido de constatar a sua insuficiência.

No segundo capítulo aborda-se a temática acerca da Justiça Restaurativa, sua definição, escorço histórico, foco e objetivos, abrindo-se um parêntese para o que não se configura Justiça Restaurativa de modo a elucidar possíveis dúvidas acerca do tema, o papel da vítima, ofensor e comunidade no projeto, suas diretrizes principiológicas e, por fim, a viabilidade da reparação como terceira via na resolução dos conflitos.

O terceiro capítulo analisa os critérios de escolha dos bens jurídicos ante a reparação como uma terceira via na resolução dos conflitos à luz da Justiça Restaurativa, demonstrando como os bens jurídicos foram selecionados pelo legislador no sistema penal tradicional, suas diretrizes e concepções sociológicas e, ao final, os bens jurídicos compatíveis com o sistema restaurativo via reparação.

Finalmente, a conclusão encerra o estudo, com os resultados alcançados e o posicionamento da autora frente a temática.

2 O MODELO TRADICIONAL DE JUSTIÇA PENAL: UM MODELO INSUFICIENTE

Inicialmente, é imperioso ressaltar que a modificação social alcançada ao longo dos tempos rompe os paradigmas existentes dando-lhes novos contornos, em razão dos quais se justifica uma releitura do Direito Penal atual que, ao definir as balizas da punibilidade através da Política Criminal, amolda os comportamentos viabilizando a convivência em sociedade.

Somando-se a todas essas mudanças, não se pode deixar de lado o fato de que a globalização e a solidificação do capitalismo representaram mais um golpe sobre a antiga estrutura político-criminal, pois, centrada na transposição das fronteiras nacionais, a globalização fez nascer formas desconhecidas de criminalidade que surpreenderam pelo seu arquétipo metodicamente delineado (SANTANA, 2010, p. 5).

Em outras palavras, o Direito Penal começa a mudar suas diretrizes nucleares, com mais força, a partir do surgimento de múltiplas facetas da criminalidade cujo viés transcende as fronteiras nacionais, uma vez que esta estimulou a imposição de uma Política Criminal mais ofensiva e eficaz no combate ao crime através da ingerência estatal, de fins sociais, sobre o criminoso.

Desse modo, a partir das referidas mudanças ocorridas no âmbito criminal, o florescimento de ignoradas formas de criminalidade culminou com a sugestão de reformas que se revestiram de premissas antagônicas. Isto porque busca-se, numa banda, priorizar as garantias individuais e, noutra banda, afirmar a necessidade intercessora do Estado na resolução dos conflitos sociais pertinentes ao âmbito de regulação do Direito Penal com respostas imediatas e pouco eficazes do ponto de vista da ressocialização.

Não obstante, o que se define por justiça penal tem seu embrião a partir da necessidade imperiosa de harmonizar a convivência entre os integrantes da sociedade, desde o momento em que o homem passou a estar inserido nela. Isto porque, a partir dessa convivência social entre os indivíduos, as diferenças marcaram a origem dos conflitos que ameaçavam a existência simultânea dos mesmos.

Nesse sentido, afirma Leonardo Sica (2007, p. 3) ser o objetivo nuclear da justiça penal aquele voltado para o contato harmônico entre os atores sociais, de modo a tornar mais racional a refutação aos delitos, afastando-a dos pilares da autotutela idealizadores da vingança privada.

Assim, é a justiça penal um instrumento de controle social apto a regular o convívio geral, dando uma resposta efetiva aos comportamentos delituosos que surgem a partir dos conflitos sociais emanados dessa interação homem a homem. Contudo, este é apenas um meio de controle dentre outros que nascem do âmago do tecido social.

Segundo Eugênio Raúl Zaffaroni (2008, p. 58), os homens aglomeram-se em sociedade em grupos que se cristalizam tanto pela semelhança quanto pela divergência de interesses, cuja resolução dos conflitos se perfaz a partir do modelo estrutural que se apresenta, que demandará um meio institucionalizado ou difuso para fins de controle social.

Desse modo, vislumbra-se a amplitude do âmbito de controle social, que nem sempre é inequívoco, dado o seu arquétipo e o ponto de referência do observador. Assim, a título de exemplificação, se poderia afirmar que meios de comunicação social de massa podem estabelecer um tipo de controle social, sem que a própria sociedade se dê conta disso, além de outros meios específicos como a própria justiça penal (ZAFFARONI, 2008, p. 58).

A esse respeito, acrescenta o aludido autor (ZAFFARONI, 2008, p. 59) que “o controle social se exerce, pois, através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios massivos de comunicação”, etc.

Com efeito, face a complexidade e abrangência do tema “controle social”, todas as instituições sociais devem ser observadas além do próprio sistema de justiça penal para que se possa o tecer o molde social que demandará o meio efetivo de controle.

De acordo com Sica (2007, p. 3), a justiça penal assume papel de altíssima relevância entre as ferramentas de controle social, sendo um dos tentáculos do poder público que traz em seu bojo a expressão mais enérgica das normas e o arcabouço dos meios de coerção (“estigmatização, pena, prisão”), ou seja, é a *ultima ratio*, aquele destino para onde são conduzidos os casos mais extremos.

Nessa linha, preconiza Bitencourt (2010, p. 31) que o Direito Penal, enquanto instrumento estatal de controle social, surge da iminente necessidade apaziguadora de conflitos emanados do seio social quando do fracasso dos demais meios de controle, consertando ou reconstruindo o que fora atingido pela ausência de inteligência humana.

Entretanto, esses tentáculos punitivos do poder público, quando atuantes, muitas vezes causam os mais estapafúrdios extermínios dos direitos e garantias individuais, tais como a liberdade, a dignidade, etc., razão pela qual a justiça penal deva ser acessada com parcimônia e violência comedida à luz dos reclamos sociais vigentes (SICA, 2007, p. 4).

Ou seja, a justiça penal, enquanto ferramenta única e exclusiva do poder de punir estatal, por vezes, atropela, liquida e inviabiliza a manutenção daquelas garantias mínimas e essenciais a uma existência digna dos indivíduos já consagrados no ordenamento. Por conta disso, pugna-se pela prevalência do uso da justiça penal enquanto última razão, com uma dose mínima de violência.

Assim sendo, percebe-se a importância da análise da justiça penal enquanto meio de controle social, seja do ponto de vista benéfico, quando regula os comportamentos de modo a permitir a convivência harmônica em sociedade, seja do ponto de vista prejudicial, quando suprime direitos e garantias individuais para que se possa encontrar o ponto de equilíbrio dos meios de controle.

Com base nessas premissas, convém inferir algumas considerações teóricas acerca dos caracteres da justiça penal, tendo como ponto de partida as propriedades do Direito Penal tradicional.

2.1 PROPRIEDADES DO DIREITO PENAL

Conforme aludido anteriormente, a justiça penal é uma das facetas do controle social que resulta institucionalizada de maneira punitiva e em sua composição temos o Direito Penal, que logra meramente um espaço limitado, de maneira que sua importância, conquanto não possa ser negada, não é tão absoluta como muitas

vezes se intenta, sobretudo quando vislumbramos o arsenal de meios de controle social que existe para além de suas raias.

Para Zaffaroni (2008, p. 76), o sentido e o alcance do termo Direito Penal, referindo-se às normas penais, não pode ser tido como algo que se realiza simplesmente pelo fato de existir, mas como um meio de concretizar essa realização no mundo dos fatos. Ou seja, a “institucionalização formal” não concretiza o prospecto que se pretende, somente o exprime.

Dito de outro modo, o Direito Penal não é um fim em si mesmo, e sim um produto do meio social com viés prático que almeja algo e não o concretiza, haja vista que tal concretização irá se perfazer com a devida interpretação, sempre voltada a uma ingerência estatal mínima e despida dos excessos de violência.

Desse modo, alerta o autor para o fato de que deve o Direito Penal inserir e não excluir, observar os direitos humanos e preservá-los o máximo possível para manutenção do tecido social, sendo a forma de interpretação das normas, bem como sua intervenção mínima, o fio condutor para que se possa alcançar tal objetivo (ZAFFARONI, 2008, p. 59).

Ponderadas tais considerações, nada mais oportuno do que se traçar um estudo acerca do âmbito de abrangência do Direito Penal, sua definição e seu objeto, conforme as constatações elencadas a seguir.

2.1.1 O âmbito de abrangência do Direito Penal, sua definição e seu objeto

Inicialmente, urge salientar que a abrangência do Direito Penal perpassa pela regulação das relações entre os indivíduos no seio social e as relações destes com aquele, enquanto instrumento de controle social.

Desse modo, o Direito Penal, em sentido amplo, pode ser definido como o arcabouço normativo que visa proteger os bens jurídicos mais relevantes no seio social, punindo os delitos através das sanções (penas ou medidas de segurança).

Bitencourt (2010, p. 32) conceitua Direito Penal como “um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança”.

De outro lado, afirma Zaffaroni (2008, p. 79) ser o Direito Penal o conjunto de normas que almejam proteger bens jurídicos, sendo o “delito” aquilo que contraria tais normas e o seu antídoto uma “coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor”. Além disso, relega o Direito Penal a um patamar hermenêutico, enquanto desmistificador da norma penal.

É possível se observar, a partir das colocações do autor supracitado, uma definição do Direito Penal também voltada à hermenêutica, o que lhe confere uma atualização constante para a efetiva aplicação da norma penal.

Nessa esteira, mister se faz trazer à baila o conceito de Direito Penal sob a ótica do autor Welzel (1987, p.11), quando diz ser ele “aquela parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança”. Ou seja, é aquele conjunto de normas que prevê condutas delituosas e comina penas.

Assim como é oportuno ressaltar os ensinamentos de Mezger (1946, p. 27), quando afirma ser o “Direito Penal o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência”. Frise-se que o núcleo das inúmeras definições perpassa pela ideia de conjunto de normas que regula os comportamentos delituosos por meio de sanções enquanto uma consequência daqueles.

Nesse mesmo sentido apraz mencionar o conceito trazido por Frederico Marques (1954, p. 11) por sua completude, quando afirma ser o Direito Penal aquele arcabouço normativo que vincula o crime a um fato e a pena a uma consequência, regulando o que vier porventura a surgir dessa relação para constituir a aplicação dos meios de coerção mais eficazes, tais como as medidas de segurança ou mesmo as penas enquanto limitadoras da liberdade perante o *jus puniend* estatal.

Perceba-se a destreza do autor (1954) em mencionar não só as penas como consequências, mas também as medidas de segurança como viés de proteção do direito à liberdade em contraponto com o poder punir estatal. Isto porque, ao aplicar as medidas de segurança em detrimento das penas privativas de liberdade está-se prestigiando os direitos e garantias individuais.

Cabe ainda registrar o pensamento do autor Luiz Regis Prado (2002, p.34) acerca do Direito Penal, ao ressaltar as facetas conceituais do Direito Penal, em sua vertente material, como instrumento de tutela dos bens jurídicos ante a gravidade da ofensa como peça chave da convivência harmônica e progresso social, e em sua vertente formal, que se traduz na prevenção de condutas e cominação de penas ou medidas de segurança.

De forma precisa e não menos importante, afirma Rogério Greco (2010, p. 2) que “com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito”.

Observe-se que o autor (GRECO, 2010, p. 2) volta-se exclusivamente para a finalidade do Direito Penal, trazendo uma definição voltada para os seus fins, diferentemente dos demais autores que focam nos plexo de normas que preveem comportamentos e cominam penas.

Por fim, e com brilhantismo singular, Paulo Queiroz (2005, p. 2) define o Direito Penal como o conjunto de normas que tipificam as infrações e apontam as sanções peculiares impondo o uso dos filtros constitucionais fundados nos fatores axiológicos máximos do ordenamento, no mesmo instante em que demarca a importância da vítima na contenda.

Veja-se que o autor (Queiroz, 2005, p. 2) em estudo frisa em seu conceito a imperativa conexão entre a Constituição e o Direito Penal no exato momento em que afirma que o Direito Penal fixa princípios e garantias fundamentais do cidadão e com isso traz à tona uma condição que parece esquecida na atualidade, que essa correlação entre Direito Penal e Constituição não pode deixar de ser observada.

Nesse contexto, não se pode olvidar que o âmago da definição do Direito Penal deve estar umbilicalmente ligado ao seu papel garantidor dos *maximes* axiológicos do ordenamento, ou seja, valores constitucionais como aqueles alicerçados na dignidade da pessoa humana e condizentes com o Estado Democrático de Direito na atualidade. Perspectiva esta que está muito além da do Direito Penal tradicional, diga-se de passagem.

Por derradeiro, para Greco (2010, p. 2), “a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade”.

Mais adiante, conclui o autor (2010) afirmando ser a pena uma mera ferramenta de coerção usada pelo Direito Penal na tutela dos aludidos bens mais relevantes pertencentes à sociedade.

Ponderadas tais considerações conceituais, é possível se presumir, a partir do quanto exposto, que a função primordial do Direito Penal resume-se na mandatária proteção de bens jurídicos, diante de lesões iminentes ou concretas de bens jurídico-penalmente tuteláveis.

Outrossim, no tocante ao seu objeto, o Direito Penal divide posicionamentos doutrinários, sendo que, de um lado, prevalece a idéia que o alvo do Direito Penal é a segurança jurídica (pautada na pena como prevenção geral) e, de outro, impera a proteção da sociedade como seu objeto (pautada na pena como prevenção especial).

A esse respeito, assevera Bitencourt (2010, p. 33) que o Direito Penal tem uma finalidade preventiva, na medida em que o comando normativo penal almeja prevenir a concretização do delito instituindo normas impeditivas de conduta com suas respectivas sanções. Ou seja, é premissa nuclear do Direito Penal evitar ocorrência dos delitos ao prever genericamente os crimes antes mesmo de agir coercitivamente no mundo concreto, no sentido de prover a segurança jurídica.

Nesse diapasão, pondera Eugenio Zaffaroni (2008, p. 94) que “a coerção penal se distingue do resto da coerção jurídica porque – como dissemos – procura evitar novos delitos com a prevenção especial ou a reparação extraordinária”. Mais adiante, afirma o autor (2008) que a coerção penal em sentido amplo abarca todas as consequências jurídicas insculpidas no Código Penal, ao passo que, em sentido estrito, a manifestação daquela é a pena.

É dizer, a pena sempre foi o maior instrumento de aplicação do Direito Penal, seja do ponto de vista da prevenção geral, cujo viés volta-se a coibir condutas delitivas futuras na direção de toda a comunidade, seja do ponto de vista da prevenção especial, agindo diretamente sobre o ofensor para que não mais perturbe a ordem jurídica.

Nada obstante, este é um ponto de relevante controvérsia quando da admissão da reparação proposta pelo sistema restaurativo que será discutido em capítulos

posteriores: como atingir a própria finalidade do Direito Penal sem que, para tanto, se aplique ou comine a pena nos moldes previstos pela justiça penal tradicional?

Tal questionamento nos remete às vicissitudes do *jus puniendi* e o caráter público do Direito Penal. Isto porque, o Direito Penal vigente, em que pese confira ao Estado o monopólio do poder de punir, é regido pelo princípio da intervenção mínima estatal, cujo preceito fundamental impõe uma atuação persecutória do Estado como última razão, quando outros meios de controle social não tenham sido eficazes no restabelecimento da paz social.

Todavia, aduz Andréa Tourinho Pacheco de Miranda (2013, p. 01) que o aludido princípio se depara com entraves emanados da *praxis* jurídica, uma vez que a punição institucionalizada é utilizada como se fosse uma opção insólita na solução dos conflitos.

É dizer, o poder de punir estatal vem sendo banalizado enquanto resposta imediata aos conflitos sociais como se outros meios igualmente ou até mesmo superiormente eficazes não existissem, o que acaba por gerar um abarrotamento do sistema carcerário associado às mazelas do fenômeno da prisionização, sem contar o descaso com a vítima nesse processo.

Nesse contexto, vislumbra-se, na atualidade, conforme será amplamente discutido mais adiante, respostas mais eficazes contra o delito, através de vias autônomas tal qual a mediação penal mediante a reparação.

2.1.2 O *jus puniendi* e o caráter público do Direito Penal

Considerando que é a proteção a bens jurídicos fundamentais a finalidade crucial do Direito Penal, sobretudo para resguardar a segurança jurídica e a paz social, não é de se espantar que este seja um ramo do direito público. Desse modo, o poder de punir (*jus puniendi*) pertence ao Estado, com manifestação de seu poder soberano que encontra limites no próprio direito material constitucionalizado. Todavia, nem sempre ocorreu dessa forma.

Como é cediço, nas formas mais primitivas de civilização, em período anterior ao aparecimento do Direito Penal, a vítima tinha papel de suma importância na

administração da justiça penal, uma vez que era ela, ou os seus parentes, que se incumbia de punir as infrações tidas como agressões (SANTANA, 2010, p. 17).

Em outras palavras, imperava nesse período da justiça privada, nos moldes do *ius talionis*, ou seja, uma ofensa era retribuída com outra de igual proporção, cujo poder de punir era desferido pelo próprio ofendido ou quem fizesse as suas vezes.

Com efeito, gradualmente viabiliza-se a conformação do Direito Penal como direito público e, nesse contexto, passa-se a reconhecer o monopólio do Estado no exercício do poder de punir (SÁNCHEZ, 1992 p. 163-165).

Dessa realidade, o surgimento do Direito Penal culminou com a abolição das diversas formas de “vingança privada”, restando o exercício do *jus puniendi* exclusivo e imperativo do Estado, afastando-se a vítima do processo penal, que deixa de ser a atriz principal, como atuava no período da vingança privada, e passa a ser mera coadjuvante nos moldes tradicionais.

De acordo com Selma (2010, p. 18), nesse período histórico o “Estado é alçado à condição de garantidor da ordem pública e, somente a ele, compete o direito de impor a sanção penal. A reação ao delito relaciona o Estado com o delinquente, resultando a vítima cair no esquecimento”.

Além disso, a objetivação dos bens jurídicos afastou ainda mais a importância da vítima no processo penal, passando a ser o bem jurídico (valor) o objeto sobre o qual recairia a conduta criminosa e não mais a vítima (SANTANA, 2010, p. 18).

Segundo Hassemer (1990, p. 246), é a tutela da liberdade ante o controle “jurídico-penal” o cerne da definição dos contornos do bem jurídico e não a tutela da própria vítima, sendo esta apenas o meio que permite a indicação do bem que merece a devida proteção.

Resumindo, com o aparecimento do Direito Penal a vítima é deixada de lado, primeiro, pelo fato do poder de punir ser exercido exclusivamente pelo Estado, e, segundo, pelo fato de não ser mais o objeto do comportamento delituoso.

Por fim, é imperioso ressaltar que os percalços evolutivos que alcançaram o Direito Penal elevando-o de um patamar retributivo para outro pautado na prevenção, seja em sua vertente geral, seja em sua vertente especial, pouco influenciou na situação da vítima.

Tal afirmativa se justifica na medida em que se constata, a partir da análise da prevenção especial, com suas premissas voltadas para a ressocialização do delinquente, que esta acaba por consagrar um Direito Penal direcionado ao autor do crime, ao passo que ideias norteadoras da prevenção geral alvejam a sociedade, sendo que nenhuma delas volta-se para a vítima.

De outro lado, as concepções minimalistas apresentam, na atualidade, propostas condizentes com os interesses das vítimas, por meio de, por exemplo, uma atenuação da pena ou suspensão condicional do processo mediante compensação. Tal teoria redescobre a vítima e a coloca de volta no cenário de âmbito penal com voz ativa.

Nesse viés, discute-se a possibilidade de reparação à vítima como uma consequência jurídico-penal autônoma do delito, cuja admissão traz implicações consideráveis para o tratamento da política criminal. É o que se pode perceber, conforme posicionamento doutrinário atual que defende a ideia de que formas restaurativas já estão sendo implantadas no Brasil, a exemplo do que ocorre na transação penal prevista pela Lei. 9.099/95.

A transação penal é um acordo feito entre o Estado e o infrator, nas hipóteses de crime de menor potencial ofensivo da Lei 9.099/95, em que se substitui a pena privativa de liberdade por uma medida alternativa nos casos em que tenha havido ou não a reparação do mal à vítima. Nos casos das ações penais privadas ou as ações penais públicas condicionadas à representação, extingue-se a punibilidade caso seja firmado o acordo entre ofensor e vítima na fase de conciliação, somente restando possível a via da transação penal. Contudo, nos casos de ação penal pública incondicionada, não extingue a punibilidade, podendo o Estado punir o infrator posteriormente, caso não cumpra o acordo.

Veja-se, nesse sentido, o posicionamento jurisprudencial pátrio proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da aludida medida, uma vez que decide pela nulidade absoluta da audiência preliminar com proposta de transação penal em vista da ausência do réu para que este pudesse se manifestar diante de nova proposta de transação penal (71003558400 RS , Relator: Clademir José Ceolin Missaggia, Data de Julgamento: 30/01/2012, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/01/2012).

Como se pode observar, trata-se de método que preserva os direitos e garantias individuais, além do fato de afastar a punibilidade do ofensor em alguns casos. Todavia, a pena não deixa de ser imposta pelo Estado no arquétipo de uma medida alternativa substitutiva da pena privativa de liberdade, daí porque se difere em alguns aspectos da proposta restaurativa, que será largamente discutida em capítulo posterior.

Inicialmente, a justiça restaurativa foca naqueles delitos de menor potencial ofensivo, notadamente aqueles relacionados com crimes patrimoniais, contudo, hoje a atuação volta-se também para aqueles mais graves, como nos casos de homicídio e estupro (ZEHR, p.14).

Trata-se de sistema alternativo que ainda está em vias de construção, mas que já conta com resultados surpreendentes em experiências bem sucedidas ocorridas países como a Nova Zelândia e a África do Sul. A justiça restaurativa fundamenta-se, segundo seus defensores, sobretudo no princípio da subsidiariedade, segundo o qual a pena (o castigo) somente deve ser aposta quando meios outros menos graves não possam dar uma resposta efetiva ao conflito.

Nesse aspecto, para que se possa compreender as reais possibilidades de reinserção da vítima no Direito Penal, importante refletir acerca da finalidade do Direito Penal e a teoria do delito, sob o ponto de vista de seus maiores expoentes, tais como Jakobs, que trata do funcionalismo sistêmico, e Roxin, que aduz acerca do funcionalismo teleológico, conforme esboço que se segue.

2.2 A FINALIDADE DO DIREITO PENAL E A TEORIA DO DELITO

Conforme explicitado anteriormente, a função primordial do Direito Penal perpassa pela mandatária proteção de bens jurídicos, diante de lesões iminentes ou concretas de bens jurídico-penalmente tuteláveis.

Outrossim, no tocante ao seu objeto, o Direito Penal contemporâneo divide posicionamentos doutrinários, que situam a função Direito Penal enquanto protetor de bens jurídicos como desimportante para a ciência penal, eis que sustentam que

esta função deve estar voltada para a validade da norma e não para a proteção de bens jurídicos essenciais, conforme veremos nos tópicos seguintes.

2.2.1 A finalidade preventiva do Direito Penal

A esse respeito, a doutrina se posiciona no que sentido de ter o Direito Penal uma finalidade preventiva, na medida em que o comando normativo penal almeja prevenir a concretização do delito instituindo normas impeditivas de conduta com suas respectivas sanções (BITENCOURT, 2010, p. 33).

Ou seja, é premissa do Direito Penal evitar a ocorrência dos delitos ao prever genericamente os crimes antes mesmo de agir coercitivamente no mundo concreto, no sentido de prover a segurança jurídica.

Desse modo subsiste a ideia de que o alvo do Direito Penal é a segurança jurídica (pautada na pena como prevenção geral) e, de outro lado, impera a proteção da sociedade como seu objeto (pautada na pena como prevenção especial).

Segundo Bitencourt (2010, p. 106), “para as teorias preventivas a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, e sim prevenir a sua prática. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas à pena se impõe para que não volte a delinquir”.

Veja-se que, à luz das teorias preventivas, a função da pena não logra alcançar a justiça, mas, sobretudo, a finalidade de evitar a ocorrência de novos fatos delituosos. Eis o cerne do pensamento voltado para a finalidade preventiva do Direito Penal. Assim sendo, tal finalidade pode ser vislumbrada em duas perspectivas, sendo uma voltada para a prevenção geral e outra direcionada para a prevenção especial, conforme premissas trazidas por Feuerbach (MIR PUING, 1985, cit. p.36).

No tocante à prevenção geral, segundo Hassemer (1984, cit. p. 380), a teoria defendida por Feuerbach (1989) preconiza que é por meio do Direito Penal que o problema da criminalidade pode ser resolvido. Tal intento seria alcançado com a previsão da pena, de modo a comunicar à sociedade que as condutas delitivas não restariam impunes e também com a efetiva aplicação da aludida pena. Consoante

ponto de vista do autor (1989), a pena seria uma espécie de ameaça para coibir as condutas delitivas.

Com palavras precisas, Bitencourt (2010, p. 108) afirma ser a prevenção geral sustentada por dois pilares, quais sejam, a intimidação, com fulcro no temor do agente, e a avaliação da racionalidade humana. Desse modo, a iminência da pena afastaria a ocorrência dos delitos, figurando como uma espécie incentivadora do não cometimento dos mesmos.

Contudo, a teoria da prevenção geral trouxe críticas em seu bojo que se resumem no fato de que a aplicação arbitrária e sobremaneira elevada no caso concreto poderia, inclusive, ultrapassar a medida da culpabilidade (SAUER, 1956, p. 19). Além disso, o campo punível é difícil de ser delimitado a fim de que se possa intimidar, dentre outros.

De outro lado, no pertinente à prevenção especial, tem-se que esta volta-se exclusivamente ao delinquente, no sentido de motivá-lo a não mais delinquir, cujo maior expoente foi Von Litz (2003, p.). Segundo Cobo del Rosal (1991, p. 688), as premissas trazidas por Litz se resumem no fato de que a aplicação da pena está umbilicalmente ligada com a ideia de “ressocialização e reeducação do delinquente, além de intimidar e neutralizar os que não teriam “correção”.

Saliente-se, pois, que a prevenção especial não visa que o grupo social seja intimidado nem a correspondente aplicação da pena em retribuição, mas, sobretudo, foca no cidadão que já cometera o delito para motivá-lo a não mais cometê-lo.

Nesse diapasão, assevera Eugênio Zaffaroni (2008, p. 94) que “a coerção penal se distingue do resto da coerção jurídica porque – como dissemos – procura evitar novos delitos com a prevenção especial ou a reparação extraordinária”. Mais adiante, afirma o autor (2008) que a coerção penal em sentido amplo abarca todas as consequências jurídicas insculpidas no Código Penal, ao passo que, em sentido estrito, a manifestação daquela é a pena (ZAFFARONI, 2008, p. 94).

Isto significa que, sendo a pena a pedra angular enquanto ferramenta de controle social quando da aplicação do Direito Penal, sobretudo por conta dos anseios de seus fins últimos que voltam-se, de um lado, à desestimular condutas delituosas futuras na direção de toda a comunidade (prevenção geral) e, de outro lado, a influenciar diretamente a conduta do ofensor para que não mais cometa delitos ou

ameace a segurança jurídica ou a paz social, difícil seria imaginar o exercício pleno do Direito Penal sem a aplicação da principal representante das suas conseqüências jurídicas.

Contudo, este é um ponto de relevante controvérsia na atualidade e que implica numa quebra de paradigmas: busca-se deslocar a essência dos fins das penas e da própria finalidade do Direito Penal para os direitos e garantias individuais e fundamentais, com fulcro no esvaziamento do impacto das conseqüências jurídicas dos delitos sobre os indivíduos e em detrimento da mera retribuição do mal com mal como vinha ocorrendo, prestigiando o caráter finalista do Direito Penal enquanto protetor de bens jurídicos fundamentais.

Eis a razão pela qual tem se defendido na atualidade um modelo consensual de solução de conflitos mais humanizado e menos retributivo que, frise-se, não defende a exclusão da pena enquanto conseqüência, mas sim a sua coexistência com outras alternativas consensuais de solução de conflitos. Tal discussão remete à reflexão acerca das demais teorias legitimadoras do Direito Penal, à luz do quanto será exposto adiante.

2.2.2 O funcionalismo sistêmico de Jakobs

O Direito Penal contemporâneo divide posicionamentos doutrinários, que situam a função Direito Penal enquanto protetor de bens jurídicos como desimportante para a ciência penal, eis que sustentam que esta função deve estar voltada para a validade da norma e não para a proteção de bens jurídicos essenciais.

O entendimento em tela é fruto das teses doutrinárias relacionadas ao funcionalismo sistêmico, encabeçada por Günther Jakobs (1997), que sustenta ser a função do Direito Penal aquela que fornece condições de validade para a norma e não a proteção de bens jurídicos e que o comportamento desviante descumpridor da norma faz jus a aplicação da pena (COELHO, 2009, p. 19).

Segundo a autora Maria Auxiliadora Minahin (2005, p. 55-56), Jakobs considera que, ocorrendo a infidelidade do Direito, deveria o Direito Penal preservar a confiança na norma, através de um processo de reconhecimento normativo que tem como consequência a aplicação da norma. Desse modo, ocorre, para Jakobs, a

substituição do bem jurídico pelo critério de validade da norma, o que descaracterizaria a função de tutela de bens jurídicos que tem o Direito Penal (TAVARES, 2000, p. 177).

Nesse sentido, assevera Yuri Carneiro Coelho (2009, p. 20) que é imprescindível ser a finalidade do Direito Penal a proteção de bens jurídicos sob pena da concepção de normas tenham meramente o condão de fundamentar interesses outros que não os dos indivíduos.

Ressalta o aludido autor (2009) a importância de se situar a função do Direito Penal enquanto fiel protetor dos bens jurídico-penalmente tuteláveis, sob pena de se prestigiar os interesses do Estado em detrimento da pessoa, de modo a suprimir direitos e garantias individuais, pensamento este incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Não é outro o entendimento de Tribunais de Justiça como o do Rio Grande do Sul (2007), quando, no caso de furto em que o acusado se apoderou dos bens, mas os devolveu em seguida, decreta a absolvição do réu por conta da ausência de prejuízo, entendendo que não houve lesão ao bem jurídico e, conseqüentemente, pela atipicidade do fato em concreto.

Atente-se, portanto, para a efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais que ora resta prestigiada pelo aludido Tribunal de Justiça quando, ao reconhecer a finalidade do Direito Penal enquanto guardião de bens jurídicos fundamentais, afastou, no caso concreto, a pena privativa de liberdade na situação em que não se configurou uma lesão concreta a bem jurídico pela sua irrelevância.

Percebe-se, desse modo, a importância do viés da função do Direito Penal, uma vez que interpretações equivocadas podem levar à supressão de direitos e garantias individuais.

Também corrobora com este entendimento o próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ, em decisão proferida em abril de 2007 pelo ministro Hamilton Carvalhido, no Recurso Especial n.835.723 – Proc. 2006/0074282, haja vista que aplicou o princípio da insignificância, pela presença de seus requisitos, afirmando ser o limite do poder de punir estatal até onde findem os contornos da tutela do bem jurídico.

Mais uma vez, resta prestigiado o princípio da insignificância como uma forma de preservar os direitos e garantias individuais, que reza que a lesão a bem jurídico

deve ser relevante para que se possa aplicar a norma penal, cujos critérios envolvem a mínima ofensividade, nenhuma periculosidade da ação, reduzido grau de reprovabilidade e inexpressividade da lesão, o que se afigura compatível com o Estado Democrático de Direito.

2.2.3 O funcionalismo teleológico de Roxin

De outro lado, Roxin (1998) apresenta em sua teoria um mistifório entre as teorias preventivas geral e especial, situando a prevenção geral subsidiária de delitos como sendo a finalidade norteadora do Direito Penal (QUEIROZ, 2005, p.82).

A aludida teoria Roxiana tem como pressuposto a ideia de que qualquer imposição de pena somente irá se justificar em caso de imperativo de tutela de preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos (ROXIN, 1998, p. 35). Ou seja, com o fito de evitar que o ofensor reincida na conduta delituosa, o autor (1998) situa a prevenção especial como último fim da pena, dando limites, portanto, ao *jus puniendi* do Estado através da culpabilidade do agente.

Desse modo, acrescenta Queiroz, tal teoria se diz “prevenção geral porque o fim da norma Penal é, essencialmente, dissuadir as pessoas do cometimento de delitos e conseqüentemente atuarem conforme o direito; subsidiária porque o Direito Penal somente deve ter lugar quando fracassarem outras formas de prevenção e controles sociais [...]” (QUEIROZ, 2005, p.82).

Em síntese, depreende-se, a partir dos mandamentos nucleares das teorias apontadas, que a finalidade do Direito Penal perpassa quer pela prevenção geral, quer pela prevenção especial, além de, no Estado atual Democrático de Direito, tutelar os bens jurídicos fundamentais, o que, por sua vez, reclama cada vez mais por intervenções mínimas do Direito Penal no sentido de preservar os direitos e garantias individuais.

É nesse contexto atual que se vislumbra, na vida hodierna, a reinserção da vítima no processo penal, a teor das práticas restaurativas, que se baseiam num modelo consensual de resolução dos conflitos que se traduz na sistemática restaurativa e desponta como uma forma eficiente de punir o ofensor sem com isso ferir de morte a sua dignidade humana.

Isto porque, à luz dos ensinamentos da professora Selma Santana (2010, p. xvi), “o modelo consensual promete, enfim, um processo penal mais humano e um aumento da disponibilidade para aceitar os seus resultados”.

Contudo, a própria autora (2010) aponta objeções ao aludido modelo ao questionar se a reparação extravasaria a abrangência da função do Direito Penal, se haveria pressão entre vítima e ofensor rumo à reconciliação, as nuances da reparação e os fins da pena, dentre outras (SANTANA, 2010, p. xvi).

Daí porque defende-se, em movimento majoritário, não a substituição do modelo punitivo atual pelos moldes restaurativos, mas sim a coexistência de ambos de modo a somarem-se.

Nesse sentido, defende o autor Leonardo Sica (2007, p. 34) uma modificação do paradigma punitivo com fulcro no esvaziamento do impacto dos delitos sobre os indivíduos, devendo os modelos restaurativos atuarem paralelamente aos modelos punitivos tradicionais. Visto dessa forma, importante traçar as propriedades do processo penal tradicional para que se possa compreender sistema punitivo tradicional e se este, por sua vez, merece reforma. Vejamos.

2.3 PROPRIEDADES DO PROCESSO PENAL TRADICIONAL

As propriedades do processo penal tradicional encontram-se estampadas em suas premissas essenciais, a teor de seus vetores axiológicos e seu arcabouço normativo. Desse modo, mister se faz percorrer cada um dos caracteres do processo penal para compreender a sua essência, conforme a seguir explicitado no tópico que se segue.

2.3.1 Premissas do Processo Penal tradicional

As premissas do processo penal encontram-se delineadas em seus caracteres estruturantes, a teor de sua definição, princípios nucleares e função de garantia, conforme a seguir demonstrado.

2.3.1.1 Definição, os princípios nucleares, as garantias e a composição autorizativa de conflito

Fernando Capez (2004, p. 1) define o Direito Processual Penal como “Conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do Direito Penal objetivo”.

Para Nucci (2010, p. 77), “é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto”.

Em apertada síntese, o Processo Penal é um instrumento de realização do Direito Penal. Trata-se de um conjunto de regras que se destina a regular atuação persecutória estatal de forma a permitir a reunião de elementos que possibilitem a formação de juízo de valor sobre um fato, de modo a garantir a aplicação do Direito Penal ao caso concreto.

Destarte, vale ressaltar o posicionamento de Castanheira Neves (1968, p. 9) acerca da correlação existente entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, alegando que existe vinculação forte entre os diplomas de modo a complementarem-se. Não é outro o pensamento de Roxin (1991, p. 6) a esse respeito, senão vejamos: “a relação entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal Material é muito mais estreita. Sob os aspectos da política criminal, as duas regulamentações estão numa relação de complementariedade”.

Ponderadas tais considerações, urge dizer que em razão dessa integração entre o Direito Penal e o processo penal, defende-se a inclusão deste no arquétipo da teoria do delito, consoante aduz ZIPF (1979, p. 128) ao defender “a inserção do Direito processual no marco geral político-criminal, considerando a importância do processo penal na concretização do que se aspira no Direito Penal”.

Em que pese os posicionamentos contrários, há forte tendência de enquadramento do processo penal nas estruturas político-criminais, sobretudo por ser este um instrumento de realização do Direito Penal. Nessa esteira, afirma Jorge de Figueiredo Dias (1998, p. 6) serem os fins do Direito Penal consubstanciados

através do Direito Processual Penal, assim como este funciona como limite a esses fins.

Dessa parte, importante frisar que os vetores axiológicos que norteiam o processo penal são os mesmos que orientam o ordenamento jurídico como um todo, com algumas especificidades.

Assim sendo, temos, enquanto princípios específicos, o da Oficiosidade, que determina que os órgãos persecutórios estatais deverão atuar independentemente de provocação de quem quer que seja e, desse modo, seria possível afirmar que a persecução penal, via de regra, poderá começar de ofício, ainda que o ofendido não queira que a mesma aconteça.

Além desse, merece destaque o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, previsto nos arts. 576 e 42 do Código de Processo Penal. O mencionado princípio determina que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal após sua propositura, tampouco poderá desistir do recurso que haja interposto.

Ressalte-se que a indisponibilidade inviabiliza avaliações discricionárias do Ministério Público que permitam a desistência da demanda. Todavia, não impede que o Ministério Público pugne pela absolvição do réu. Contudo, tal princípio comporta exceções como no caso da Suspensão Condicional do processo (*sursis processual*), estampada no art. 89 da Lei 9.099/95, e da Transação Penal, também prevista no aludido diploma. Os aludidos institutos serão explicados em momento oportuno, pois que servem de fundamento para as práticas restaurativas defendidas nesta pesquisa.

Observa-se, também enquanto princípios norteadores do processo penal, o princípio da oficialidade, que reza que a persecução penal será exercida por órgãos oficiais e os atos investigativos serão produzidos por indivíduos pertencentes a estrutura organizacional pública ou particulares que estejam a seu serviço. O princípio em questão é excepcionado na persecução penal judicial em casos de ação penal privada, pois o legitimado para a ação privada é o particular.

Enfim, o ordenamento se cerca com uma série de garantias que devem se coadunar com suas funcionalidades, conforme preconizado por Fernando Fernandes (2001, p. 54).

A esse respeito, cita o aludido autor (2001, p. 54) as alterações trazidas pela Lei 9.099/95, tornando o modelo processual brasileiro mais célere e eficiente. Isso demonstra a tendência no estado moderno em consagrar o processo penal no sentido de alvejar uma maior efetividade da essência normativa. E as garantias processuais despontam como um instrumento para alcançar tal intento.

Ademais, a composição autorizativa de conflito, enquanto forma de conciliação entre ofensor e vítima, exsurge nas vestes de potencial garantidora dos direitos e garantias individuais, uma vez que permite uma intervenção mínima do Direito Penal enquanto alternativa consensual de solução de conflitos, conforme será demonstrado em momento oportuno.

Conforme preleciona Andrea Tourinho (2013, p.01), “a mediação penal, destarte, surge como técnica adequada para dirimir conflitos ocultos, direcionando a composição do problema a outras áreas não penais” enquanto outra alternativa para a solução dos conflitos oriundos do seio social.

Com base em tais afirmações, presume-se uma evidente insuficiência do modelo tradicional de justiça penal, sobretudo à guisa das críticas apontadas às premissas do processo penal vigente e os reclamos sociais por melhores alternativas na pacificação dos conflitos. Vias estas que descambam na destituição do monopólio do poder de punir do Estado e na instituição das partes do litígio enquanto dignas detentoras deste poder.

Para Fernando Fernandes (2001, p. 05), a redução dos níveis de eficiência do arcabouço normativo processual dos múltiplos ordenamentos jurídicos existentes na vida hodierna, enquanto mazela originada da *praxis* processual, culminou com a inserção de meios de simplificação e diversificação (formas de composição de conflitos) em suas reformas.

Com efeito, alerta o autor (2001) para a questão da compatibilidade constitucional entre as aludidas formas de diversificação e o imperativo de *garantia* enquanto finalidade única e precípua do processo penal. Ou seja, os meios de diversificação apontados enquanto maneira de conferir eficiência ao modelo processual penal em virtude do conseqüente congestionamento processual, não raro encontram limites nos filtros constitucionais em razão do viés de *garantia* do referido diploma.

Desse modo, digladiam-se os imperativos de *garantia* e *eficiência* do processo penal, o que instiga muitos estudiosos a apregoarem um “novo paradigma de justiça criminal”, sem, contudo, analisar sua primordial utilidade, que está umbilicalmente ligada à essencial proteção dos bens jurídico-penalmente relevantes e à sustentação da convivência harmônica em sociedade (FERNANDES, 2001, p. 05).

2.3.1.2 Crítica às premissas do Processo Penal tradicional

Conforme mencionado anteriormente, a falta de eficiência estatal acabou por acarretar uma crise no modelo de processo penal tradicional, que restou alicerçada num latente inchaço legislativo e numa nociva obstrução processual.

Nessa esteira, observa-se a necessidade de compatibilização entre os vetores da garantia e da funcionalidade para que se possa concretizar os fins últimos do processo penal enquanto garantidor dos preceitos penais.

Em outras palavras, é preciso analisar, no dizer de Fernando Fernandes, “se houve não só um descongestionamento processual mas também uma redução dos índices da criminalidade de menor potencial ofensivo, obtida pelo reforço da expectativa de vigência das normas e pela não estigmatização dos envolvidos” (2001, p. 07).

Em suma, de nada adiantaria romper os paradigmas existentes, aplicando novas formas de resolução dos conflitos, como através da mediação penal enquanto opção de composição de conflitos, por exemplo, se a utilidade disso não restasse efetivamente comprovada com a prevenção e o esvaziamento da criminalidade ou não fosse afastada a rotulação dos ofensores.

Advirta-se, desse modo, que a Lei 9.099/95 consagra no ordenamento pátrio as facetas contemporâneas de um processo penal que prioriza a prevenção da criminalidade em detrimento da mera contenção da criminalidade. Eis a cristalização da eficiência e da funcionalidade do modelo processual penal no arquétipo de sua finalidade garantista.

Por seu lado, Julio Fabbrini Mirabete (1996, p. 16) já havia trazido à tona a necessidade de integração entre os polos da *garantia* e da *funcionalidade* e *eficiência* ao clamar por “mecanismos rápidos, simples e econômicos de modo a

suplantar a morosidade no julgamento de ilícitos menores, desafogando a Justiça Criminal, para aperfeiçoar a aplicação da lei penal” àqueles ofensores dos vetores axiológicos vigentes.

Assim, imperiosa é a conformação entre os anseios da garantia e da funcionalidade no caso concreto com vistas a preservar, sobretudo, a dignidade humana.

Segundo Fernando Fernandes (2001, p. 68), “não se pode aceitar sem reservas a afirmação de que o processo penal é um mero instrumento de aplicação do Direito Penal material, exclusivamente”. Isto porque a celeridade processual também se reveste das premissas da prevenção geral ou especial na concretização dos fins últimos da política criminal.

A partir das colocações esboçadas, observa-se que a crítica às premissas do processo penal tradicional denuncia uma crise no sistema penal clássico e a cristalina necessidade de preservação do arcabouço normativo processual enquanto ferramenta de *garantia* (ao limitar o poder de punir do Estado) em consonância com os intentos da Política Criminal de tutela dos bens jurídico-penalmente relevantes.

Dessa realidade, apresenta-se na atualidade como opção processual para superação da crise apontada aquela centrada na composição autorizativa de conflito, através da mediação penal como forma de conciliação entre ofensor e vítima, consagrando os direitos e garantias individuais pátrios, uma vez que permite uma intervenção mínima do Direito Penal enquanto alternativa consensual de solução de conflitos e uma conseqüente desobstrução processual.

Nesse contexto, a vítima volta a ter grande relevância no cenário do sistema penal, motivo pelo qual passa-se a discorrer acerca de sua atuação no processo penal no tópico que se segue.

2.3.2 A atuação da vítima no processo penal

As formas de emprego das penas no decurso histórico-temporal, assim como os princípios insculpidos no ordenamento correspondente a cada época foram inúmeros e variados, sendo a “vingança privada” uma dessas formas que ganhou maior destaque no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a faceta negativa do

mencionado meio de justiça privada não raro conduzia a uma circunstância prejudicial ao ofensor, que tinha suas garantias usurpadas ou oprimidas, na contramão das premissas nucleares de um Estado Democrático de Direito.

É o que se pode perceber da escorreita lição da professora Daniela Portugal ao aduzir acerca da vítima na biografia do Direito Penal, denunciando os “abusos” cometidos pelas vítimas ou seus familiares quando, nas vestes de ofendidos, revestidos da parcialidade que lhes é peculiar, não raro punham “o agressor em situação jurídica de insegurança e, sob o prisma da Dogmática Penal, em posição de flagrante hipossuficiência” (2012, p. 125).

A vítima do ato infracional, por conta disso, atuava sem as barreiras necessárias das garantias individuais enquanto filtros constitucionais dos excessos intrínsecos às relações entre aqueles que detêm o poder e os que não detêm em uma dada situação. Por este motivo, afastam-se, no interstício histórico, as formas primitivas de vingança privada da esfera penal com a determinação da exclusividade estatal no poder de punir, o que resultou no “abandono da figura da vítima”, conforme aduziu a autora Selma Santana (2010, p. 18).

Pelo que se pode observar, assume a vítima posição de inércia na contenda a partir da exclusividade estatal no poder de punir, sem qualquer contato dialógico com o ofensor que pudesse lhe fornecer qualquer informação acerca da biografia dele ou até mesmo lhe oportunizar o reconhecimento de alguma influência própria que tenha concorrido para o desenlace ou concretização do conflito.

Assim, o processo de substituição da vítima no conflito já vinha sendo apontado por Foucault (2003, p. 66) há algum tempo, quando vislumbrou a substituição da “vítima” pelo “soberano” quando da sobrepujante constatação, à época, de que a ofensa não só atingia a vítima, mas também ao Estado.

O afastamento da vítima, à luz do exercício particular do poder de punir por parte do Estado, “tem como efeito positivo o desenvolvimento crescente de uma teia de garantias para o réu e para o condenado e, paralelo a isso, um distanciamento cada vez maior da vítima em face do Direito Penal e do Processo Penal” (PORTUGAL, 2012, p. 126).

Por conta disso, à vista de uma evolução histórica singular, alerta a autora para o surgimento de correntes doutrinárias que apontam para o redescobrimto da vítima

no âmbito criminal, cuja gênese se cristaliza, de um lado, na Dogmática Penal, denominada de Vitimodogmática e, de outro, na Criminologia, a qual se convencionou a chamar de Vitimologia.

De forma sucinta, a Vitimodogmática angulariza a conduta da vítima no tocante ao delito para examinar a densidade de sua responsabilidade e se tal comportamento poderá significar um abrandamento da pena ou até mesmo a isenção da responsabilidade do autor do delito, uma vez que é a proteção dos bens jurídicos que legitima a pena e seus fins, conforme ensinamentos de seu maior expoente Schünemann (2002, p. 159-172). Contudo, a doutrina majoritária alemã vem se posicionando no sentido de analisar a conduta da vítima somente no tocante a dosimetria da pena (SELMA, 2010, p. 20).

Ao passo que a Vitimologia vislumbra o delito “como um processo social, como uma interação entre delinquente, vítima e sociedade” (SELMA, 2010, p. 21). Desse modo, tal corrente traz à tona a importância da vítima no processo de interação social e volta-se à criação formas de auxílio às vítimas, de uma terapêutica focada nelas no tocante a precaução do crime, a teor das propostas de programas de indenização às vítimas discutidas na atualidade.

Consoante ocorrido na esfera penal, a condição da vítima no processo penal também fora suplantada pela inferioridade diante dos direitos de defesa do ofensor. Contudo, seus direitos também precisam ser relegados a uma condição de importância mínima que gere para o Estado o ônus de real proteção nesse processo.

Nesse sentido, assevera Juan Bustos Ramírez (1935, p. 30) que a vítima é submetida a novos processos de vitimização no âmbito do processo penal fazendo-a experimentar o amargo sabor do desprezo e insegurança, seja pela falta de informação acerca dos trâmites processuais como um todo, seja pela impessoalidade no tratamento dado pelos órgãos de controle social.

De igual modo, aduz Selma Santana (2010, p. 23) que, “no processo penal, ainda no presente estágio, adicionam-se para as vítimas novos prejuízos sociais, psíquicos e econômicos, acrescidos daqueles ocasionados pelo delito”.

Enfim, no processo penal, merece a vítima especial atenção de todos aqueles envolvidos no mesmo para assegurar-lhe definitiva tutela no sentido de preservar

seus direitos e garantias essenciais, dada a sua importância revista à luz de seu redescobrimto. Daí porque, em movimento progressivo, críticas ao sistema punitivo tradicional se consolidam no âmbito da justiça penal no sentido de combater suas deficiências e buscar novas vias de solução dos conflitos, conforme será amplamente discutido no tópico seguinte.

2.4 CRÍTICAS AO SISTEMA PUNITIVO TRADICIONAL

Conforme aludido anteriormente, os desafios mais recentes da política criminal conclamam uma readaptação do modelo tradicional voltando o Direito Penal para o prestígio imediato da dignidade da pessoa humana, bem como ao cumprimento de sua máxima de *ultima ratio*, cujos segmentos apontam para a ideia da não intervenção (abolicionismo penal) ou da intervenção mínima (minimalismo penal).

2.4.1 O abolicionismo penal

Acerca do abolicionismo penal, afirma Hulsman (1996, p.13) ser este o meio mais arrojado de atacar de frente o poder supremo de punir estatal. Desse modo, sustentam seus defensores, na concepção mais extremista, o extermínio do Direito Penal de modo a sobrepujar outros meios de respostas aos conflitos que ameaçam a convivência harmônica em sociedade.

As premissas abolicionistas, como o próprio nome já diz, visam uma abolição do Direito Penal, no sentido de que este não intervenha na resolução dos conflitos, haja vista que seu modelo tradicional, em efeito contrário, contribuiu para o aumento da delinquência ao invés de preveni-la.

Assim, em breves linhas, Hulsman (1997, p. 206) sintetiza suas críticas ao sistema de justiça criminal aduzindo que “ela tende a fornecer uma construção não realista do que aconteceu e, portanto, a fornecer também uma resposta não realista e ineficiente”, sendo a criminalização “injusta” por não ser capaz de conduzir agressor e vítima em patamar isonômico.

Ocorrendo dessa forma, a criatividade é expelida da dinâmica jurisdicional, uma vez que a resposta não surge a partir dos eventos e sim preexiste cristalizada num arcabouço normativo obsoleto e incompatível com a realidade que se apresenta.

Ou seja, o sistema de justiça criminal é incompatível com as transformações ocorridas no seio social e ineficaz porque não é capaz de acompanhá-las e se amoldar a elas. Para tanto, infere o autor acerca de como abolir a justiça criminal, seja através da abolição acadêmica, seja através da abolição como movimento social.

Nessa esteira, afirma Roberto Baptista Dias da Silva (1997, p. 215) que o pensamento de Hulsman se funda em dois pilares, sendo que, inicialmente, o sistema penal cria novos problemas ao invés de resolvê-los e, por fim, acaba por piorar a situação dos já gerados. Além disso, o automatismo relacionado ao enquadramento do fato ao preceito legal seria afastado, uma vez que a abolição implica inventividade.

Os abolicionistas se baseiam em resultados da realidade para afirmar a ineficiência da justiça criminal, bem como a sua nocividade, à luz dos altos índices de reincidência, da evidência da inviabilidade da reinserção do ofensor ao âmbito social após o cumprimento da pena, pois que sai de lá pior do que entrou. Afirmam que a prisão não é produtora no que diz respeito à reabilitação, além do fato de ser absurda a prevenção geral, uma vez que não consegue prevenir as condutas delitivas. Isto porque, no monopólio do poder de punir, implementa o Estado um apaziguamento irreal da violência sem que os envolvidos no problema tenham experimentado sequer farpas de satisfação.

Por fim, afirma Edson Passetti (1997, p. 288) ser o abolicionismo, no ordenamento brasileiro, o mais eficaz instrumento de extermínio das prisões para adolescentes enquanto funesta história que se “acomoda a ditaduras e democracias”. Acrescenta o autor que os meios televisivos e midiáticos comprovam o fiasco da prisão, uma vez que não amedronta, não restaura a pessoa, nem tampouco gera costumes avessos a ela como aspira a tese da prevenção geral (1997, p. 289).

À luz dessa perspectiva, alerta Selma Santana (2010, p. 12) para a importância desses movimentos de descriminalização, a uma, porque não há legitimação para o Direito Penal exercer sua função coercitiva sobre comportamentos que não ofendam

o bem jurídico passível de ser pormenorizado, ainda que a conduta apresente viés imoral. E, somente após a constatação de que não há outros meios não criminais aptos a controlar a ofensa é que o Direito Penal estaria autorizado a intervir com seus métodos peculiares. A duas, porque ameniza o efeito estigmatizante que resvala sobre o ofensor.

Entretanto, existem situações extremas em que a pena será o meio mais eficaz de punir o ofensor, daí porque não se defende, em movimento majoritário, uma completa abolição da justiça criminal e sim a sua coexistência com outros meios de resolução dos conflitos, conforme aquele pautado nos princípios da justiça restaurativa.

2.4.2 O minimalismo penal ou a proposta minimalista

No mesmo sentido de crítica à justiça criminal, as propostas minimalistas apresentam diretrizes voltadas aos interesses das vítimas. Tal teoria imprime importância singular à vítima e a coloca em posição de destaque no âmbito criminal, vislumbrando otimizar a tutela de seus interesses.

Desse modo, traduzem-se enquanto propostas minimalistas, ou seja, aquelas voltadas para uma intervenção mínima do Direito Penal, as que buscam: a atenuação da pena; uma suspensão condicional da pena ou do processo; uma renúncia da pena, se os prejuízos causados pelo ofensor são reparados pelo mesmo ou se este emprega todos os meios necessários para um possível acordo com a vítima.

Vislumbra-se, nesse contexto, uma gama de meios de reparação no âmbito político-criminal à guisa da consensualidade. Contudo, tal reparação carece de autonomia, uma vez que não é suficiente para resolver a contenda penal, haja vista que a pena mantém o seu posto de principal meio coercitivo. Eis a limitação da reparação nos moldes do quanto proposto pelo minimalismo penal.

Nesse contexto, assevera Selma Santana (2010, p. 35) que a mensuração da pena ou a até mesmo a extinção da punibilidade, em dadas situações no ordenamento brasileiro, pressupõe uma “reparação do dano causado à vítima do delito”, conforme

é possível se observar da leitura dos artigos do Código Penal a seguir descritos: art. 16, art. 18, art. 65, III e art. 312, §§ 2º e 3º.

Além dos artigos do Código Penal acima citados, merece destaque a Lei 9.714/98 que, além de ampliar o rol das penas restritivas de direitos enquanto possibilidades para além da pena de prisão, deu destaque à vítima e àqueles que dela dependem, atingindo os fins do Direito pelas vias da reparação (SANTANA, 2010, p. 36). Também tratam do tema as seguintes normas: Lei 9.503/97, Lei 9.099/95, Lei 10.259/2001, Lei 11.719/2008, dentre outras.

Observa-se, a partir das colocações da autora, que existem inúmeras normas brasileiras que vislumbram a reparação enquanto meio de dosagem da pena ou até mesmo aniquilamento da punibilidade, contudo, tal meio, na atualidade, não se reveste da autonomia necessária para relega-lo à posição via autônoma na solução dos conflitos.

Nesse contexto, vislumbra-se, em voz minoritária, porém consistente, a possibilidade da reparação à vítima como uma consequência jurídico-penal autônoma do delito, uma vez que esta seria relegada à condição de meio efetivo e autônomo de coerção estatal.

Eis a proposta restaurativa, legitimada no princípio da subsidiariedade, conforme será esboçado no tópico adiante.

2.4.3 Novas vias de solução dos conflitos: a proposta restaurativa

A esse respeito preconiza Selma Santana (2010, p. 58) que o alvo desta nova via de pacificação dos conflitos seria um ressarcimento das sequelas do crime, através de uma “prestação voluntária por parte do autor”. Segundo a autora, a satisfação às vítimas se consubstanciaria como uma nova finalidade no âmbito da justiça criminal ao se introduzir a reparação em seu rol de sanções.

A aludida medida, à luz do quanto exposto, reveste-se de arquétipo sancionatório e exsurge enquanto forma preservadora dos direitos e garantias individuais, não estigmatizante e mais propícia à ressocialização, conforme amplamente discutido no capítulo seguinte.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA: A PEDRA DE TOQUE DOS NOVOS HORIZONTES

De início, a possibilidade de exercício de uma reflexão equilibrada a propósito das modificações ocorridas no âmbito social, as quais, aos poucos, foram exigindo a ruptura dos paradigmas penais existentes, marcaram sua presença na justiça criminal que uma análise primária não poderia surpreender. Ao lado disso, estudos sistemáticos empreendidos a respeito do pensamento restaurativo, cuja profundidade restou vertida numa análise pormenorizada das medidas alternativas à prisão e à pena, são um apelo à criação de uma nova modelagem das vertentes doutrinárias que a tradição nos infunde.

Estruturas teóricas envelhecidas ou que se mostram incompatíveis com a dinâmica realidade dos fatos sociais acabam por consagrar uma “crise das modalidades de regulação social, verificável em vários aspectos” e que impõe a “construção de um novo paradigma de justiça, baseado nos princípios da justiça restaurativa”, conduzindo a seara criminal a trilhar novos horizontes (SICA, 2007, p. 1).

Desse modo, os fatores determinantes da aludida crise paradigmática consolidaram-se na “falta de credibilidade e eficiência do sistema judiciário; fracasso das políticas públicas de contenção da violência; esgotamento do modelo repressivo de gestão do crime (...), etc.” (SICA, 2007, p. 1).

Em tais circunstâncias, a colaboração possível fica circunscrita a debates acerca de alternativas que se qualifiquem como respostas penais autênticas e compatíveis com o ordenamento pátrio e preservadoras dos direitos humanos, a teor da reparação enquanto via autônoma em paralelo à pena e à medida de segurança, sem, contudo, suprimir o arquétipo retributivo vigorante, que permanece intervindo subsidiariamente nos casos extremos.

Segundo a autora Selma Santana (2010, p. xii), o Direito Penal, na atualidade, “passa a ser marcado pelo esquecimento ou afastamento de princípios que,

tradicionalmente, o norteavam, como o da subsidiariedade da intervenção punitiva e o da defesa da eminente dignidade da pessoa”.

É dizer, a aplicação indiscriminada do poder punitivo estatal fere de morte a premissa da *ultima ratio* conferida ao Direito Penal como forma de limitar os excessos e prestigiar as garantias individuais e que prevê a atuação estatal somente quando meios outros menos graves não possam dar uma resposta efetiva ao conflito.

Ou seja, em breves linhas, denuncia a autora o que seria uma fragilidade da justiça penal tradicional: um alargamento indiscriminado do âmbito da política criminal incompatível com o prestígio às garantias individuais e que é característico de um Estado Democrático de Direito, o que acaba por demonstrar uma possível insuficiência do aludido modelo perante os anseios sociais.

É nesse marco de cariz frágil e problemático que a justiça criminal deixa transparecer suas limitações e carências ante as sensações de insuficiência e inadequação sofridas pelas vítimas, ofensores e comunidade, tornando férteis as discussões acerca do tema.

Desse modo, não é demais enfatizar o pensamento de Zaffaroni (1991, p. 159) ao afirmar ser “possível reduzir os níveis de violência, salvar muitas vidas, evitar muita dor inútil, e, finalmente, fazer o sistema penal desaparecer um dia, substituindo-o por mecanismos reais e efetivos de solução de conflitos”. Isto porque o modelo repressivo tradicional, no arquétipo de uma “vigilância disciplinar, verticalizante e militarizada”, acaba por extinguir direitos humanos praticando poder arbitrário e seletivo no segmento mais frágil do tecido social.

Nesse contexto, vislumbra-se, em meados dos anos 70, a aparição de concepções inovadoras na justiça penal direcionadas ao consenso e compatíveis com a propagação dos direitos humanos, a teor das premissas inauguradas pela Justiça Restaurativa, sobretudo no tocante à admissão da reparação como terceira via, trilhando semelhante patamar conferido à pena e à medida de segurança, na resolução dos conflitos.

Entretanto, conforme preleciona o professor Howard Zehr (2012, p. 13), não se pode deixar de reconhecer os atributos da justiça criminal tradicional, contudo afigura-se

notória a admissão de suas restrições e insuficiência à luz dos substratos sociais contemporâneos.

Ou seja, há de se reconhecer, portanto, que o movimento de Justiça Restaurativa surgiu como uma tentativa de reavaliar as necessidades oriundas do crime e os papéis alusivos à conduta lesiva. Isto quer significar que o novo modelo exposto dilata o rol de interessados na lide inserindo as vítimas e os integrantes da comunidade, pois que este era apenas formado por Estado e ofensor, sem, contudo, afastar o modelo tradicional, que permanecerá atuando nas situações limites.

Nessa perspectiva, afirma o autor por último mencionado que os operadores do Direito tais como juízes, advogados, promotores e os demais funcionários não escondem o seu ostracismo em relação ao sistema vigente, pois que têm a impressão de que o “processo judicial” trilha caminho inverso ao da pacificação dos conflitos, agravando os problemas decorrentes dos mesmos ao invés de minorá-los (ZEHR, 2012, p. 13).

Observa-se, à luz do pensamento do autor, uma manifestada descrença dos atores sociais no sistema criminal tradicional face as suas limitações, despontando, nesse cenário, a Justiça Restaurativa como o feixe de luz que ousa a refletir no fundo do túnel dos conflitos sociais a acalantar os mais esperançosos dos cidadãos, conforme veremos a partir de suas noções nucleares a seguir delineadas.

3.1 NOÇÕES NUCLEARES: DEFINIÇÃO, ESCORÇO HISTÓRICO E ORIGEM

Acerca das reflexões anteriormente expostas, verifica-se o desenvolvimento de um modelo consensual de solução de conflitos que venha complementar o modelo atual baseado meramente no conflito, capaz não só de minorar o efeito da rotulação dos delinquentes como também alvejar os anseios nucleares de ressocialização, com vista a um direito penal menos vingativo e mais satisfatório e racionalizador.

Nas palavras de Leonardo Sica (2007, p. 10), “qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como prática restaurativa”. Entretanto, o termo requer uma adaptação de ambiência para que possa alcançar o seu real significado, motivo pelo qual resta indispensável

discorrer acerca do tratamento conceitual da justiça restaurativa nos diversos ordenamentos, à luz do quanto exposto adiante.

3.1.1 Definição de Justiça Restaurativa e os pontos em que se distancia da Justiça Retributiva

Traço sumariamente relevante para a compreensão do termo “justiça restaurativa” está objetivado na definição aposta pelo departamento de justiça do Ministério de Justiça do Canadá, quando afirma ser aquela “uma abordagem do crime focada em curar as relações e reparar o dano causado pelo crime aos indivíduos e às comunidades” (DEPARTMENT OF JUSTICE OF CANADA, 2000).

Ponderações desse jaez levam à compreensão de que o delito não só ofende o Estado com a infração ao seu comando normativo, mas também a pessoa (a vítima), o que demanda uma resposta penal não só retributiva, mas também reparatória, com a participação ativa da vítima, ofensor e comunidade na restauração da paz social.

Trata-se de “um modelo de justiça que envolve a vítima, o réu e a comunidade na busca de soluções para o conflito com o objetivo de promover a reparação, a reconciliação e o reforço do sentimento de segurança” (CERETTI; MANZONI, 2000).

Desse modo, ostenta a comunidade dupla função, sendo, primeiro, o destinatário das políticas de reparação e reforço do sentimento de segurança coletivo e, segundo, um ator social em um caminho de paz, que é baseado em ações reparadoras concretas das consequências do delito (CERETTI; MANZONI, 2000).

Nesse sentido, a Declaração da Costa Rica sobre Justiça restaurativa na América Latina afirma que “o processo restaurativo é aquele que permite vítimas, ofensores e quaisquer outros membros da comunidade, com a assistência de colaboradores, participar em conjunto, quando adequado, na busca da paz social”.

O processo restaurativo também resta tratado na resolução 2002/12 da ONU, sendo aquele “no qual a vítima e 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”.

Importa mencionar, ademais, a definição de Justiça Restaurativa trazida pelo Núcleo de Justiça Restaurativa do TJ/BA: “é um novo modelo de justiça, diferente do processo convencional, voltado para solucionar os problemas resultados das relações pessoais prejudicadas por situações de violência (criminal ou não)” (CARTILHA JUSTIÇA RESTAURATIVA TJ/BA, 2011).

Ressalte-se, por oportuno, que o Estado da Bahia é um dos pioneiros no Brasil a tratar do tema, afirmando ser o objetivo do aludido modelo a “solução dos conflitos existentes na sociedade com a reparação das relações entre as pessoas, evitando assim maiores danos emocionais e processos judiciais entre as partes envolvidas”. (AGÊNCIA TJ/BA DE NOTÍCIAS).

Desta forma, a Justiça Restaurativa minora os danos experimentados pela vítima com a ofensa delituosa do agente, devendo este responsabilizar-se pelas decorrências de suas ações daninhas. “Assim, a Justiça Restaurativa não apenas reduz a criminalidade, mas também minimiza os impactos dos crimes sobre o cidadão” (AGÊNCIA TJ/BA DE NOTÍCIAS).

Apenas para ilustrar, trilhando o caminho das soluções alternativas para situações de delitos ínfimos, o Núcleo de Justiça Restaurativa do TJ/BA vem efetivando há algum tempo audiências temáticas para usuários de drogas presos em flagrante, sendo a participação obrigatória como uma maneira de responsabilizá-los pelos delitos perpetrados, o que lhes confere uma ficha criminal sem qualquer histórico infracional ao final.

Em síntese singular, afirma Zehr (2012, p. 15) que a “Justiça Restaurativa oferece uma estrutura alternativa para pensar as ofensas”, cujos pilares estruturantes são o foco no dano perpetrado, a imputação da responsabilização ao ofensor e a participação dos atores atingidos pelo delito (vítima, ofensor e comunidade).

Mais adiante, o autor supracitado oferece sua definição particular afirmando ser ela um processo que engloba toda a massa atingida pelo ultraje delituoso, numa sistemática capaz de reconhecer e remediar os danos de forma coletiva, bem como definir a responsabilização dos culpados, no sentido “promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível” (ZEHR, 2012, p. 49).

Enfim, dentro de uma acepção ampla do vocábulo “Justiça Restaurativa” há que se inferir que trata-se de nova modelagem de justiça criminal que visa repensar necessidades instadas na gênese do delito e os papéis pertinentes à conduta lesiva. Sendo assim, o novo modelo revelado alarga o rol de interessados na lide, que antes estava adstrito a Estado e ofensor (nos moldes retributivo), para incluir as vítimas e os membros da comunidade.

Cumprir lembrar, que muita diferença existe entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva, uma vez que aquela pauta-se no consenso e participação, ao passo que esta não permite esse tipo de prática; o papel de julgador do juiz nos moldes retributivos é suplantado pelo diálogo intercedido nos moldes restaurativos; a mera aplicação da lei (na seara retributiva) é superada pela conveniência das partes interessadas (na seara restaurativa); o desvelar da controvérsia é mais efetivo que a mera decisão do juiz.

Tal afirmativa se justifica porque a perspectiva restaurativa entende o delito como uma infração no convívio entre os indivíduos e não somente perpetrado contra a sociedade, cujo patrono é Estado, e que, na hipótese de dano causado à vítima, tanto ofensor quanto comunidade devem compor o processo de restauração da chaga tanto individual quanto social.

Manifesta o autor Pedro Scuro fatores que distinguem o modelo Retributivo do Restaurativo que merecem destaque, a saber:

Tabela 1 – Justiça retributiva e Justiça restaurativa: pressuposto

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Infração: noção abstrata, violação da lei, ato contra o Estado.	Infração: ato contra pessoas, grupos e comunidades.
Controle: Justiça penal.	Controle: Justiça, atores, comunidade.
Compromisso do infrator: pagar multa ou cumprir pena.	Compromisso do infrator: assumir responsabilidades e compensar o dano.
Infração: ato e responsabilidade exclusivamente individuais.	Infração: ato e responsabilidade com dimensões individuais e sociais.
Pena eficaz: a ameaça de castigo altera condutas e coíbe a criminalidade.	Castigo somente não muda condutas, além de prejudicar a harmonia social e a qualidade dos relacionamentos.
Vítima: elemento periférico no processo legal.	Vítima: vital para o encaminhamento do processo judicial e a solução de conflitos.

Infrator: definido em termos de suas deficiências.	Infrator definido por sua capacidade de reparar danos.
Preocupação principal: estabelecer culpa por eventos passados (Você fez ou não fez?).	Preocupação principal: resolver o conflito, enfatizando deveres e obrigações futuras. (Que precisa ser feito agora?).
Ênfase: relações formais, adversativas, adjudicatórias e dispositivas.	Ênfase: diálogo e negociação.
Impor sofrimento para punir e coibir.	Restituir para compensar as partes e reconciliar.
Comunidade: marginalizada, representada pelo Estado.	Comunidade: viabiliza o processo restaurativo.

Fonte: Scuro, 2012: 10.

Dessa maneira, desponta o novo modelo de justiça como aquele que visa uma mediação na contenda penal, perfazendo espaços dialógicos mais flexíveis de modo a prover a pacificação dos conflitos de forma primordial, diferentemente do modelo tradicional retributivo que se engessa num relacionamento formal e dispositivo, sem se preocupar com as pessoas envolvidas.

Não é por outro motivo que Zehr (2012, p. 47) aponta como elementos fundamentais da Justiça Restaurativa os danos e necessidades, obrigações e participação, uma vez que há uma interconexão entre os indivíduos por uma “teia de relacionamentos”, cuja particularidade de cada uma deve ser levada em consideração, sendo o “respeito” o vetor axiológico máximo do aludido modelo de gestão do crime.

Com efeito, “embora a justiça restaurativa tenha origens nas reivindicações dos movimentos pró-vítimas, no seu atual estágio não permite a sobreposição dos interesses e direitos da vítima aos do ofensor” (SICA, 2007, p. 15). É dizer, apesar de na vida hodierna ter sido a vítima redescoberta e enaltecida a sua importância na resolução do conflito, deve haver uma relação de igualdade entre aquela e o ofensor de modo que os direitos delas não atoplem os destes, “como uma forma de canalizar sentimentos de vingança e retaliação”.

Assim sendo, em movimento diametralmente oposto, “a contenção desses sentimentos e a neutralização do caráter retributivo na reação penal é um pressuposto básico da justiça restaurativa” (SICA, 2007, p. 16) que a distancia da justiça retributiva e lhe confere a condição de justiça de paz.

Convém esclarecer que, em que pese existam expressivas diferenças entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva, elas se aproximam quanto ao objetivo

da reciprocidade, uma vez que ambas “sustentam que deve haver proporcionalidade entre o ato lesivo e a reação a ele. Contudo, as teorias diferem no tocante à “moeda” que vai pagar as obrigações e equilibrar a balança” (ZEHR, 2012, p. 72).

Visto dessa forma, tem-se que, para a Justiça Retributiva a “dor” seria o meio eficaz para imputar a responsabilidade e resolver o conflito, malgrado, na prática, apresente resultados contrários aos seus intentos, ao passo que, para Justiça Restaurativa, seria a “conjugação do reconhecimento dos danos sofridos pela vítima e suas necessidades ao esforço ativo para estimular o ofensor a assumir a responsabilidade, corrigir os males e tratar as causas daquele comportamento” (ZEHR, 2012, p. 72).

Vê-se, claramente, que são dois modelos que se interpenetram em alguns pontos e se afastam em outros, mas que precisam coexistir para formar um sistema de gestão do crime mais completo, em vista das necessidades fáticas demandarem ora o modelo retributivo, para aqueles “casos complexos ou hediondos” que não podem ser “resolvidos por aqueles diretamente envolvidos no caso” (ZEHR, 2012, p. 73), ora o modelo restaurativo, para aqueles casos passíveis resolução pelos envolvidos, pacificando os conflitos de forma mais humanizada.

Ponderadas tais considerações conceituais acerca da Justiça Restaurativa, mister se fazer discorrer a respeito de seu esboço histórico, conforme esboço que se segue.

3.1.2 Esboço histórico e surgimento da Justiça Restaurativa

A gênese dos movimentos de Justiça Restaurativa coincide com a erupção das crises enfrentadas pelo arquétipo tradicional de justiça penal e a crise do bem estar social, cuja faceta mais moderna eclodiu lá pelos idos de 70 à vista dos ensaios difundidos na Nova Zelândia e no Canadá. Entretanto, “suas raízes são tão antigas quanto a história da humanidade”, uma vez que tais movimentos beberam da fonte de “várias tradições culturais e religiosas” (ZEHR, 2012, p. 22).

Nesse sentido, afirma Mylène Jaccoud (2005, p. 163) que “as sociedades comunais (sociedades pré-estatais europeias e as coletividades nativas) privilegiavam as

práticas de regulamento social centradas na manutenção da coesão do grupo”. Isto significa que a coletividade imperava perante a individualidade e os meios de controle eram voltados para a preservação daquela, através de meios restaurativos.

Dessa maneira, “embora as formas punitivas (vingança ou morte) não tenham sido excluídas, as sociedades comunais tinham a tendência de aplicar alguns mecanismos capazes de conter toda a desestabilização do grupo social” (JACCOUD, 2005, p. 163). Ou seja, coexistiam os modelos retributivo e restaurativos, ainda que numa versão bastante amadora e rudimentar de ambos, e imperavam os restaurativos por se mostrarem mais eficazes à manutenção da integração social.

Ainda discorrendo acerca das origens do aludido modelo, informa a autora que “os vestígios dessas práticas restaurativas, reintegradoras, conciliatórias e negociáveis se encontram em muitos códigos decretados antes da primeira era cristã”, como aqueles que traziam em seu bojo regras de “restituição para os crimes contra os bens” (Código de Hammurabi e o de Lipit-Ishtar), e também nos casos dos “crimes de violência” (Código Sumeriano e o de Eshunna), assim como entres os “povos colonizados da África, Nova Zelândia, da Áustria, da América do Norte e do Sul, etc., (JACCOUD, 2005, p. 164).

Do exposto, deflui que os procedimentos restaurativos já eram difundidos no âmbito social muito antes da existência do Estado, cujas tradições inerentes a cada grupo já vislumbravam o restabelecimento da paz social por meios consensuais, uma vez que estes se mostram mais adequados à preservação do grupo, malgrado as experiências norte-americanas tenham sido a mola propulsora de sua difusão mundial como é conhecida na atualidade.

“Na América do Norte, os movimentos descarcerizantes da década 70 e a utilização da *diversion* compõem essa malha de tendências e, cronologicamente, talvez possam ser considerados como embriões da justiça restaurativa” (SICA, 2007, p.21). É preciso frisar, entretanto, que tal fase embrionária desponta como o reaparecimento de uma perspectiva vetusta acerca de delito e conflitos na esfera penal, que fora suplantada com o surgimento do Estado o conseqüente afastamento da vítima do eixo da solução dos conflitos.

Nesse esteio, “as origens dos recentes movimentos de justiça restaurativa na Nova Zelândia e no Canadá estão ligadas à valorização dos modelos de justiça dos povos indígenas que habitam aqueles territórios desde tempos remotos” (SICA, 2007, p.22). Desse modo, em ambas as comunidades vislumbra-se como ponto de partida o restabelecimento da estabilidade grupal deferindo-se à comunidade o poder de reger a contenda, cuja gênese advém do âmago social, o que traduz uma mudança do paradigma punitivo com o enaltecimento de sua legitimidade.

Isto porque o marco histórico dos idos de 70 demonstra que diversos fatores passaram a ameaçar os ideais da justiça clássica, tais como os a exigência da tutela dos direitos dos condenados no sentido de “restringir o uso da prisão e aperfeiçoar as condições dentro das instituições”, os índices criminais que caminhavam a passos largos nos centros urbanos e “a organização dos grupos de apoio às vítimas” e os estudos vitimológicos, que clamavam por meios alternativos que fossem eficientes e concomitantemente prestigiassem os direitos e liberdades básicos de toda a humanidade (SICA, 2007, p.24).

Dito de modo diverso, busca-se a “(re)legitimação do sistema de justiça: a correspondência entre o funcionamento das instituições e aspirações da comunidade” (SICA, 2007, p.25). Ou seja, o cerne do âmbito social e cultural deve estar intrinsecamente ligado ao meio de controle, de modo a garantir o mínimo existencial da dignidade humana e ao mesmo tempo resolver o conflito perturbador da ordem para esta se restabeleça e se mantenha intacta e coesa.

Por fim, cumpre salientar que também foram desenvolvidos projetos na Europa que também engajaram as práticas restaurativas hoje disseminadas que influenciaram diversos países como o Japão, Brasil, Chile, Argentina, Colômbia, entre outros, cujo objeto do aludido modelo persegue diretrizes semelhantes, apesar do dissenso conceitual, respeitando-se a peculiaridades de cada lugar, à luz do que será discriminado adiante.

3.1.3 Foco e objetivos da Justiça Restaurativa

A “Justiça Restaurativa enfoca as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta” (SICA, 2007, p.27). Ou seja, seu objeto não se volta para o

crime propriamente dito, tampouco para a resposta social ou para o ofensor, que são alvos da justiça clássica retributiva, mas, sobretudo, nos efeitos do delito e as interações sociais atingidas pela ação delituosa.

Desse modo, “o movimento em prol da justiça restaurativa reconhece que o crime atinge a vítima, a comunidade e o autor do delito” (SANTANA, 2010, p. 1229). Assim, o delito atinge o elo existente entre as pessoas ou a comunidade, não sendo meramente uma violação ao comando normativo penal agredindo o Estado como preconiza a justiça penal tradicional.

Pensando dessa forma, alega a autora que, “para combater, com êxito, os efeitos do crime, devem ser atendidas as necessidades das vítimas individuais e das comunidades”, dando-se aos ofensores a oportunidade de responsabilizarem-se perante suas vítimas reparando o dano perpetrado (SANTANA, 2010, p. 1229). Assim, ao se ter em mente o viés de suas responsabilidades, os ofensores podem se regenerar e acertar suas contas com as vítimas e a comunidade.

Numa acepção sintética, Mylène Jaccoud (2005, p. 168) descreve o objetivo da Justiça Restaurativa como “o reparo das consequências vividas após uma infração, tais consequências abrangem as dimensões simbólicas, psicológicas e materiais”. Assim, visa restabelecer o equilíbrio social quebrado com a ação delituosa.

Além disso, alerta a autora Selma Santana (2010, p. 1230) que a Justiça Restaurativa objetiva “evitar a estigmatização do presumível autor do delito e a sobrevitimização da vítima resultantes do contato com instâncias formais de controle; reconstruir as ligações humanas e sociais (...)”. Nesse ponto é interessante a colocação da autora, uma vez que observa-se uma preocupação tanto com a vítima quanto com o autor do delito, de modo a prover um sistema penal mais humanizado e equilibrado.

Aponta também como objetivo do aludido modelo o de “diminuir a reincidência criminal, na medida em que viabiliza a ressocialização do autor do delito” (2010, p. 1230). Isto significa que, ao se redimir e reparar o dano causado à vítima e reflexamente à comunidade, o ofensor deixa de ser rotulado como reles infrator da ordem, às margens da sociedade, e passa a ser reconhecido como um ser pertencente a ela que merece a oportunidade de responsabilizar-se e ressocializar-se.

Ademais, o modelo sob enfoque visa “reduzir a sobrecarga e morosidade processuais; conhecer e remover uma parte da litigiosidade reprimida” (2010, p. 1230) enquanto elementos norteadores da crise do processo penal tradicional. Ou seja, pelas vias restaurativas evita-se os ritos processuais demorados e defere-se uma resposta mais rápida e ao mesmo tempo eficaz, evitando-se a hiperinflação processual.

Outro objetivo importante é “reduzir os custos do sistema de regulação judiciária dos conflitos” (2010, p. 1230), uma vez que estes são caros e ineficientes do ponto de vista da solução dos conflitos. É dizer, o sistema judiciário, sobretudo o brasileiro, é tão caro quanto ineficiente, uma vez que a solução dada aos conflitos não reduz os índices de criminalidade e tampouco satisfaz os envolvidos (vítimas, ofensores e comunidade).

E, por fim, “oferecer uma maior segurança às vítimas dos delitos e satisfazer seus mais importantes direitos, interesses e necessidades” (2010, p. 1230), na medida em que esta é redescoberta e participa ativamente da resolução do conflito. Não que este seja um objetivo preponderante da Justiça Restaurativa, mas que, além de tudo, ainda promove a satisfação dos interesses das vítimas, dando-lhe a importância que merece no deslinde da questão.

Com efeito, impede salientar que a difusão mundial do termo Justiça Restaurativa propiciou o desenvolvimento de diversos significados que muitas vezes se afastaram de seus princípios fundantes, o que requer uma análise pormenorizada do aludido modelo de gestão do crime no sentido de frisar os significados opostos alusivos ao tema para evitar possíveis desvios que possam comprometer a sua essência, conforme explicitado no tópico seguinte.

3.1.4 O que não se configura como Justiça Restaurativa

Inicialmente, “a Justiça Restaurativa não tem como objeto principal o perdão ou a reconciliação” (ZEHR, 2012, p. 18), ou seja, tanto o perdão quanto a reconciliação de fato podem ocorrer durante o desenvolvimento do processo restaurativo por conta do cenário propício que será ofertado, contudo, tal situação somente de se

dará por opção dos envolvidos na contenda, não sendo admitido qualquer tipo de imposição ou constrangimento para que isso ocorra.

Nos dizeres da autora Selma Santana (2010, p. 195), há teorizações acerca da falta de liberdade do ofensor e da vítima quando da escolha por um pacto de reparação, uma vez que a vítima se influenciaria pela celeridade da indenização e o ofensor pelas vantagens processuais penais (como o arquivamento do processo, dispensa ou redução da pena, por exemplo), restando a liberdade de ambos viciada pelas circunstâncias apostas.

Entretanto, tais argumentações podem ser rebatidas, no tocante à vítima, por ser a aludida convenção restaurativa uma faculdade, podendo ela, inclusive, optar por uma indenização na seara civil caso não concorde com o quanto ofertado pelo mediador, sendo esta mais uma possibilidade da vítima satisfazer seus interesses. No que diz respeito ao ofensor, este precisará assumir a sua responsabilidade e desejar a reparação, não sendo permitido ao mediador impô-la ao ofensor em hipótese alguma, estando a cargo do deste refletir e decidir livremente acerca da reparação ou continuar com o processo penal da forma que melhor lhe convir.

Noutro giro, afirma Zehr (2012, p. 18) que “a justiça restaurativa não é mediação”, haja vista que nem sempre o encontro entre vítima, ofensor e comunidade será oportuno por conta das circunstâncias, sendo esta apenas uma das possibilidades.

Assim sendo, “a justiça restaurativa abarca uma série de práticas, dentre as quais a mediação, mas, por ser um modelo em construção e em constante mutação, não há como delimitá-la a esta ou aquela medida” (SICA, 2007, p. 72). Logo, os conceitos se aproximam, mas a Justiça Restaurativa desponta como o novo paradigma de justiça, cujos vetores axiológicos podem levar a uma mediação ou não. Ademais, a mediação é pre-processual ao passo que a Justiça Restaurativa pode ser administrada em conjunto com medidas punitivas.

“Na mediação busca-se uma solução concertada pelos próprios envolvidos: o mediador não impõe um resultado; seu papel é capacitar os participantes, promover diálogo e um acordo visto como justo para ambas as partes” (SCURO, 2012, p. 11). Contudo, tal mediação é conceito amplo e pode se dar dentro das práticas restaurativas ou fora delas.

Além disso, “a Justiça Restaurativa não tem por objetivo principal reduzir as incidências ou as ofensas em série” (ZEHR, 2012, p. 19), apesar de pesquisas feitas na atualidade apontarem índices significativos nessa direção. Alerta o autor para o fato de que os mais ambiciosos intentos do aludido modelo alvejam satisfazer os anseios das vítimas e a consciência dos ofensores responsabilizando-se por suas condutas e estimulando-o a não mais delinquir, com a participação de todos os abarcados pelas farpas do delito, sendo a redução da violência e criminalidade uma consequência de tudo isso.

Também “a Justiça Restaurativa não é um programa ou projeto específico” (ZEHR, 2012, p. 20), sendo que esta poderá ser implementada dentro dos programas parcialmente ou totalmente, devendo ser esta adaptada a cada comunidade conforme seus princípios fundantes, pois que ainda está em vias de construção.

Importa salientar que “a Justiça Restaurativa não é uma panaceia e nem necessariamente um substituto para o processo penal” (ZEHR, 2012, p. 22), é dizer, o aludido instituto não é o remédio para todos os males e nem a solução para todos os conflitos. Trata-se de modelo de gestão do crime que ainda está em fase de experimentação, buscando equalizar os modos de aplicação da justiça e que surge como uma forma complementar à justiça tradicional.

Assim sendo, não é a Justiça Restaurativa, necessariamente, “uma alternativa ao aprisionamento” (ZEHR, 2012, p. 23), ou seja, ela pode coexistir com sentenças que levem a penas privativas de liberdade ou concomitantemente com estas. Em verdade, a Justiça Restaurativa surge à vista da insuficiência do modelo tradicional, trazendo e refletindo acerca de alternativas à pena privativa de liberdade, mas não no sentido de substituí-las e sim de complementá-las.

Depreende-se, assim, que a Justiça Restaurativa volta-se para os anseios e carências das vítimas, ofensores e comunidade, sendo a redução dos índices de criminalidade uma de suas consequências e não o seu foco principal, utilizando a reconciliação e o perdão como uma faculdade e não uma imposição, assim como não se confunde com mediação, uma vez que trata-se de um paradigma que poderá adotar ou não a mediação em seu contexto, que não anseia ser a única e salvadora solução para todos os conflitos, mas coexistir com outras práticas já existentes com vistas a uma forma mais justa e humanizada de solução dos mesmos e que não

pretende ser uma alternativa excludente das medidas privativas de liberdade conforme muitas vezes se defende, mas coexistir com elas.

Dada esta concepção, por ser uma justiça que considera a vítima, o ofensor e a comunidade, cumpre discorrer acerca do papel de cada um deles, bem como a sua importância no desenvolvimento dos processos restaurativos para que se possa compreender o aludido modelo, conforme a seguir exposto.

3.2 UMA JUSTIÇA QUE CONSIDERA A VÍTIMA, O OFENSOR E A COMUNIDADE

Cabe repetir a nota segundo a qual a Justiça Restaurativa se direciona para as necessidades geradas pelo ato delituoso, tais como os direitos e carências da vítima, ofensor e comunidade, que eram em certa medida desprezadas pelo modelo tradicional, e para as funções peculiares a conduta danosa, voltada para refletir acerca dos autênticos interessados, buscando meios mais justos e humanizados de solucionar os conflitos.

Nos esquadros desse modelo, a vítima, antes esquecida por conta do monopólio do poder de punir estatal, é trazida de volta ao processo de solução dos conflitos com voz ativa nos embalos da energia vitimológica surgida nas últimas décadas enaltecendo a necessidade de não deixá-la a margem da justiça penal (SICA, 2007, p. 170).

3.2.1 Vítima: Bem vinda de volta!

A vítima, por sua vez, ao ser redescoberta e cessada a sua neutralização da arte de resolução do conflito, é trazida com o intento de que esta passe pelo aprendizado da justiça ao invés de meramente observar a atuação estatal. Isto porque o monopólio do Estado quanto ao poder de punir relega a vítima a mero objeto que propiciará a intervenção do poder público, sem considerá-la como sujeito passível de direitos, de forma a não humanizá-la (ZAFFARONI & BATISTA, 2003, p. 385).

Nesse contexto, “não raro as vítimas se sentem ignoradas, negligenciadas ou até agredidas pelo processo penal” (ZEHR, 2012, p. 24), uma vez que o delito é tido como conduta desferida contra o Estado e não contra elas.

Desse modo, vislumbra-se, segundo o autor Leonardo Sica (2007, p. 170), uma democratização do modelo de justiça e não a sua privatização como muitos defendem, uma vez que a atuação da vítima não implica no afastamento do Estado do domínio penal, mas somente que a estrutura processual penal abarque a sua possibilidade de atuação para que suas necessidades também possam ser atendidas.

Essa possibilidade de abraçar o processo judicial e atuar ativamente no mesmo dá a vítima um juízo de poder que lhe retira da posição de inércia e passividade para atuar como personagem principal e não mais como mera coadjuvante na solução do conflito, de modo a empoderá-la.

Contudo, o discurso do empoderamento da vítima deve ser usado com cautela para que exposições retóricas repressivas ou reacionárias compatíveis com a doutrina do castigo, que é totalmente contrária aos ideais restaurativos, que podem “apontar para a privatização do sistema (estendendo o movimento crescente de privatização da segurança, dos presídios, etc.) e para a rearticulação do discurso do crime” não venham se estabelecer e gerar entraves à democratização da justiça (SICA, 2007, p. 173).

Afirma o autor supra (2007, p. 173) que a justiça penal deve, de um lado, tratar do sofrimento das vítimas com mais zelo, mas reconhece que, de outro lado, tal conduta pode trazer à tona, em alguma medida, certo “interesse pernicioso da mídia” e na mesma sorte a atenção de políticos para a difusão de “discursos demagógicos e sensacionalistas”.

Assim sendo, o ponto central que merece ser focado pela justiça penal são as necessidades da vítima e todo o movimento voltado para a satisfação das mesmas, tais como sanar suas dúvidas sobre a conduta danosa, sua necessidade de discorrer reiteradamente acerca do ocorrido no sentido de demonstrar para os outros envolvidos o que tal conduta lhe causara e seus sentimentos em relação a ela, sentir-se no controle sobre si ao poder participar da solução do conflito ou até

mesmo ser ressarcida do dano como forma de restabelecer as coisas ao estado original.

Ressalte-se que os ideais retributivos se distanciam dos restaurativos quanto ao conduto comunicativo que este tutela em seus princípios e aquele reprime. É dizer, no sistema retributivo a vítima só tem espaço para falar quando é instada a prestar esclarecimentos acerca dos fatos, com respostas direcionadas a perguntas pré-constituídas, cuja narrativa será reduzida a termo conforme as necessidades e graus de importância definidos pelos executores do direito, sendo desprezado o crivo particular da vítima acerca do acontecimento. Ao passo que nos moldes restaurativos impõe-se a implementação desse canal de comunicação para que se humanize o processo de solução do conflito.

O mérito de tal procedimento na seara restaurativa resta consubstanciado na dissolução dos rótulos criados acerca do ofensor, que passa a ser visto pela vítima em sua faceta fidedigna e humanizada, atenuando as sensações de medo e insegurança proporcionados pelo comportamento delituoso (ANDRADE, 2003, p. 269).

Daí concluir-se que será a vítima bem vinda de volta se for inserida no âmbito da justiça penal para que se possa prover uma relação de igualdade entre ela e ofensor em patamar de justiça com viés humanista, sem que se venha ampliar as “faculdades da vítima à custa dos justos direitos e garantias processuais do autor do delito, tampouco reduzir o Direito Penal a um conflito entre autor e vítima” (SANTANA, 2010, p. 1229). Sendo que tal equilíbrio somente será alcançado a partir de atitudes que venham a coibir a revitimização e que, nos limites do razoável, venham a reparar dos danos sofridos (SICA, 2007, p. 177).

3.2.2 O levantar do véu da ignorância que escondia o rosto do ofensor

O modelo de justiça penal tradicional da forma como se apresenta volta-se meramente a responsabilizar os agentes da ofensa, sem, contudo, incentivá-lo a conscientizar-se da extensão dos efeitos causados pelo seu comportamento delituoso, sem espaço dialógico entre vítima e ofensor a fim de banir os estereótipos, que desemboca num movimento progressivo de rotulação dos

ofensores que transitam pelos polos do “processo penal” e da “experiência prisional” (ZEHR, 2012, p. 27).

Dessa realidade, à luz do quanto exposto anteriormente, o sistema restaurativo tem fomentado a promoção de um conduto de comunicação entre vítima e ofensor para que este possa perceber e se conscientizar do grau de reprovação da sociedade em relação a sua conduta danosa e reflita sobre aquela circunstância no sentido de fazer com que queira consertar as coisas e não mais agir daquela forma e sua face humana seja revelada, levantando-se o véu da ignorância que escondia o rosto do ofensor.

Os estereótipos que escondiam o rosto do ofensor são eliminados num processo consubstanciado por uma dinâmica dialógica que permita a reintegração do ofensor e não a sua exclusão, de modo que este perceba o sentido e o alcance de seu comportamento lesivo.

Nesse sentido, afirma Zehr (2012, p. 27) que “a verdadeira responsabilidade consiste em olhar de frente para os atos que praticamos, significa estimular o ofensor a compreender o impacto de seu comportamento, os danos que causou”. Ou seja, é preciso que o agente do delito sinta o grau da sua ofensa e se sinta responsável diante dela para emendar o que puder ser restabelecido.

Cabe ainda registrar que, por vezes, o ofensor se direciona a uma racionalização do seu comportamento e nega a agressão a uma vítima em potencial por não enxergar uma figura humana por trás dela ou até mesmo coloca a culpa pra cima da vítima por entender que ela o obrigou a delinquir, o que é eliminado pelo diálogo entre os interessados.

Noutro giro, assevera Zehr (2012, p. 27) que “além da sua responsabilidade para com as vítimas e a comunidade, o ofensor tem outras necessidades”, no sentido de que a justiça promova uma responsabilização capaz de reparar os danos e incitar a empatia e a responsabilidade e fazer com que volte a fazer parte da comunidade ou até mesmo promova a “detenção temporária” quando for o caso.

Desse modo, para que a restauração reste implementada em sua essência e se viabilize a avocação das responsabilidades, mister se faz que se debruce a estrutura da justiça penal para as responsabilidades e também necessidades do ofensor nas perspectivas expostas alhures, propiciando a este um ambiente de férteis reflexões

acerca de sua conduta e o grau de lesividade da mesma perante a vítima e a comunidade que o rodeia.

3.2.3 A mão invisível da comunidade no deslinde dos conflitos sociais

Assinale-se, a priori, que a comunidade faz parte da estrutura restaurativa ocupando cadeira cativa no aludido modelo com dupla dimensão: “como vítima indireta do crime e como participante para a administração dos programas de justiça restauradora” (JACCOUD, 2005, p. 175). Isto significa que farão parte da comunidade tanto aqueles se relacionavam de alguma forma com a vítima ou ofensor (vítimas indiretas), quanto aqueles que desfrutam do mesma área geográfica, ainda que não tenham qualquer ligação particular com os envolvidos (participantes dos programas restaurativos).

É certo que “os membros da comunidade têm necessidades advindas do crime, e também papéis a desempenhar” (ZEHR, 2012, p. 28), cuja mão invisível opera no deslinde dos conflitos sociais, seja para discutir as questões atinentes ao fato delituoso, seja para analisar sua própria responsabilidade em relação às vítimas, aos ofensores e a si mesma.

Nesse esteio, no que diz respeito aos membros da comunidade que pertencem ao rol de vítimas indiretas, as necessidades oriundas do comportamento delituoso estarão vinculadas a alternativas voltadas a reparar os danos perpetrados. Assim, os envolvidos e aqueles que possuem relação íntima com eles buscarão meios para a solução do conflito após análise pormenorizada e pessoal da situação fática. Ao passo que no tocante à parcela da comunidade que compõe o rol de participantes dos programas restaurativos por conta da mera disposição geográfica, estes perseguirão soluções que robusteçam os ideais coletivos de segurança e estabilidade ou harmonização comunitária.

Curioso assinalar que a narrativa do crime nas comunidades, “além de manter um sistema de distinções, cria estereótipos e preconceitos, separa e reforça desigualdades, impõe divisão e distância, constrói separações (...)” (SICA, 2007, p. 209), de modo a rotular os ofensores num processo de desumanização dos mesmos que não permite que também sejam vistos como sujeitos de direitos. Nesse

contexto, ao se canalizar o viés comunicativo preconizado pelo sistema restaurativo, possibilita-se o extermínio dos rótulos desferidos aos ofensores e o rastreo por respostas mais legítimas e compatíveis com os padrões mínimos de justiça.

Desta maneira, a interação dialógica e comunicativa reforça as oportunidades de dar à comunidade o senso de poder para que sejam sanadas as suas carências primordiais, tal qual a perfilhação de providências que acentuem a perpetração do delito como algo malquisto pela comunidade. Ocorrendo dessa forma os valores comunitários são exaltados e ainda incute-se uma “prevenção geral” que venha a prevenir a ocorrência da conduta agressora (SICA, 2007, p. 195).

Isto porque, contrariamente, a justiça penal tradicional apresenta acentuada incongruência em seus fundamentos punitivos, pois que, “se a justiça penal tem a pretensão de conter a violência, (...) esta não pode aceitar e muito menos abrigar práticas violentas” (SICA, 2007, p. 195). Daí por que defende-se a assunção de medidas restaurativas que ofereçam alternativas que não lancem mão de práticas violentas tais quais a pena e a prisão e se volte a prevenção de condutas criminosas por meio da conscientização dos ofensores do potencial lesivo de suas condutas.

Tal “insistência sobre o recurso à comunidade se insere no contexto de uma transformação do papel do estado e de sua dificuldade para manter suas funções de controle da ordem pública” (JACCLOUD, 2005, p. 176). Contudo, a participação da comunidade no processo restaurativo deve ser vista com cautela, pois que seus valores arraigados e culturais podem estar voltados ao cerne da punição e da repressão.

Conforme amplamente discutido, “a Justiça Restaurativa prefere processos inclusivos, colaborativos e decisões consensuais”, podendo o encontro se resumir naqueles em que se colocam frente a frente ofensor e vítima, conferência de grupos familiares ou círculo restaurativo (ZEHR, 2012, p. 37), que de forma positiva pode oportunizar o perdão e responsabilização.

Assim sendo, por ser a comunidade também encarregada da tranquilidade dos seus integrantes, resta evidenciada a sua importância no processo decisório, para que se possa evitar que os laços sociais se dissolvam promovendo negativamente tanto a marginalização do ofensor quanto a revitimização da vítima.

As exposições supracitadas trazem à tona a faceta pública do crime, que não pode ser deixada de lado pelos processos restaurativos quando da sua inserção e não o são, pois que voltam-se a democratização da justiça penal, através de meios mais justos e adequados, e não a sua privatização. Vislumbra-se decisões autênticas, cuja proposta primordial perpassa por uma interatividade entre o modelo de justiça, todos aqueles abarcados pelas farpas do delito e a comunidade para se consagrar a legitimidade dos interessados.

3.3 AS DIRETRIZES PRINCIPIOLÓGICAS RESTAURATIVAS E SUAS MODALIDADES

Em homenagem ao mínimo rigor exigido pelo sistema restaurativo em suas modalidades e seus processos, sempre voltado a adequar-se às peculiaridades espaciais de cada grupo, imperioso traçar seus valores fundantes que devem subsistir independentemente do lugar em que sejam implementados.

De acordo com Zehr (2012, p. 47), “os princípios da Justiça Restaurativa são úteis apenas se estiverem enraizados em certos valores subjacentes”, uma vez que, assim não ocorrendo, pode se chegar a decisões não restaurativas mesmo se utilizando de sua sistemática.

Desse modo, ao traduzir os princípios da Justiça Restaurativa no direcionamento aos danos e necessidades e tratamento das obrigações e participação, diante da interconexão existente entre os indivíduos por uma “teia de relacionamentos”, reconhece o autor (2012, p. 48) a importância de se observar as peculiaridades de cada indivíduo no âmbito social ao qual está inserido, apontando o “respeito” como valor basilar do aludido modelo de gestão do crime.

Avulta a coerência da adoção do mencionado valor como ponto de partida para a implementação dos processos restaurativos, uma vez que é por conta dele que todos aqueles envolvidos pelo crime são levados em consideração quando da resolução do conflito (vítima, ofensor e comunidade), observando suas carências e funções atinentes ao ato lesivo.

À luz da perspectiva e procedimentos estruturantes da Justiça Restaurativa definidos pela Rede de Justiça Restaurativa da Nova Zelândia (site justiça para o século 21), enquanto um dos berços de sua implementação mais moderna, traduzem seus valores fundantes, além da interconexão e do respeito, na participação, preconizando que aqueles atingidos pelo crime executem funções expressivas na demanda judicial, tendo em vista que o envolvimento destes na decisão permitirá uma justiça penal mais democrática.

Além desses, são apontados como valores restaurativos a honestidade, humildade, esperança e responsabilidade (site justiça para o século 21), tendo vista que é preciso que o ofensor se conscientize do grau de ofensividade de seu ato e dos efeitos causados à vítima e à comunidade pelo mesmo para a partir daí assumir a sua responsabilidade e reparar os danos na medida do possível como uma forma de equilibrar a relação que fora afetada pelo comportamento danoso.

E, concluindo as premissas norteadoras do modelo neozelandês, tem-se o empoderamento (site justiça para o século 21), que é o senso de poder dado tanto à vítima quanto à comunidade no deslinde da controvérsia para que possam decidir o conflito enquanto interessados legítimos.

Registre-se, a propósito, que a Organização das Nações Unidas delineou na Resolução 12/2002 o que seriam “os princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”, determinando os mandamentos norteadores dos processos restaurativos com o intuito de que se obstem transgressões às garantias humanas.

Assim como previsto na aludida Resolução, especificamente no parágrafo 8º, mister se faz que haja um acordo entre os envolvidos no tocante aos “fatos essenciais do caso”, sendo que é fator determinante da instauração do processo restaurativo a assunção da responsabilidade por parte do ofensor para que o escopo do aludido modelo seja atingido.

Eis um ponto de relevante controvérsia quando da adoção das medidas restaurativas, uma vez que parte significativa da doutrina questiona se tal imposição de assunção da responsabilidade não atentaria contra o princípio da presunção da inocência, tendo em vista que “o sujeito ativo se vê compelido a aceitar a reparação,

o que supõe declarar, de fato, obrigatoriamente contra si mesmo” (QUERALT, 1997, p. 162).

À luz do art. 5º da CF/88 “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, traduzindo os mandamentos do princípio da inocência que está arraigado no ordenamento pátrio.

Desse modo, afirma-se a transgressão ao aludido princípio pelo fato de que o modelo restaurativo afastaria o devido processo legal penal caso o ofensor se responsabilize pela sua conduta e repare o dano causado, sendo esta uma benesse que influenciaria na liberdade de escolha do ofensor quando da decisão de assunção ou não da responsabilidade por ser um “mal menor”, ainda que fosse inocente. Contudo, trata-se de uma faculdade e, sendo o acusado inocente, não haveria por que temer o devido processo legal, uma vez que absolvição afastaria de si a pecha de infrator, considerando que os modelos consensuais e retributivos coexistiriam no ordenamento.

De acordo com Selma Santana (2010, p. 206), “a efetivação, ou não, da reparação, antes do processo principal, é uma questão de voluntariedade e conveniência por parte do autor do delito”, ficando ao seu alvedrio escolher a via que propiciará vantagens mais numerosas.

Ademais, afirma a aludida autora (2010, p. 206) que “a confissão, sem embargo de ser excelente e um valioso meio de prova, não tem força probatória absoluta”, uma vez que por motivos inúmeros e diferenciados pode um acusado confessar um delito mesmo sem ter praticado, devendo o julgador analisar a harmonia da mesma com o arcabouço probatório, daí porque inconsistente a crítica perpetrada contra o princípio da auto-responsabilidade.

Outra questão de suma importância está no princípio descrito no bojo do parágrafo 7º da mencionada Resolução, aduzindo que “processos restaurativos devem ser utilizados quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor (...)”. Vê-se claramente um comando voltado ao prestígio ao princípio da legalidade, uma vez que não será possível a restauração em conflitos que abarquem condutas atípicas e que não ofendam relevantemente o bem jurídico penal.

A par disso, não é demais enfatizar que, quando possível, as práticas restaurativas também deverão ser afastadas na hipótese de causas excludentes da antijuridicidade ou culpabilidade, por razões óbvias, já que “quem pode o mais, pode o menos”. Se tais causas são suficientes para afastar o devido processo legal penal, que é muito mais repressivo, também o serão para afastar as práticas restaurativas.

Em destaque, o aludido diploma também preconiza a adoção de medidas restaurativas somente quando houver a justa causa, ou seja, a prova da existência do fato ou indícios de autoria. Na mesma sorte, a espontaneidade das partes no sentido de escolher, optar pela medida também está evidenciada dentre as garantias atinentes ao modelo restaurativo, sendo permitido aos interessados permanecer ou não no processo em qualquer etapa do mesmo, sem que isso lhe acarrete qualquer prejuízo (FIELD, 2005, p. 390).

Outro mandamento importante é a igualdade entre as partes e o respeito à dignidade humana, à luz do quanto previsto nos parágrafos 18 e 19 de Resolução nº 12/2002 da ONU. Assim, malgrado haja independência entre os envolvidos para que cheguem a um acordo, não se pode desprezar a figura do facilitador que, de uma forma ou de outra se dispõe na estrutura de forma autoritária no sentido de conduzir o processo restaurativo direcionando para o pacto derradeiro. Por esse motivo, a intervenção do facilitador deve ser cuidadosa não permitindo um desequilíbrio relacional entre as partes.

Curiosamente, o parágrafo 15 da aludida Resolução prevê uma supervisão, quando necessário, do judiciário, em relação acordos firmados, para que não se firme obrigações que venham a ferir a dignidade dos envolvidos.

De forma sucinta, porém importante, Zehr (2012, p. 77) defende que são princípios fundamentais da Justiça Restaurativa os seguintes: “o crime é fundamentalmente uma violação entre pessoas e de relacionamentos interpessoais, a violação cria obrigação e ônus e o restabelecimento de pessoas e correção dos males”.

Enfim, para que se preservem os direitos humanos e sejam prestigiados em sua amplitude e essência, pauta-se a Justiça Restaurativa num arsenal de princípios e valores que devem ser considerados de forma imperiosa para que seus objetivos sejam alcançados plenamente.

Delineadas as diretrizes principiológicas restaurativas, apraz mencionar suas modalidades e procedimentos que viabilizam sua implementação. De logo, ressalte-se que não há qualquer rigor em suas formas, somente a imposição de aplicação dos princípios e valores retromencionados. Existem, entretanto, práticas disseminadas por projetos-piloto que obtiveram êxito na sua implementação e que são difundidas por conta disso.

Nos dizeres de Roward Zehr (2012, p. 58), “os modelos de prática restaurativa diferem quanto ao número e tipo de participantes e, em alguns casos, quanto ao estilo de facilitação, sendo eles os “encontros entre vítima e ofensor”, “conferências de grupos familiares” e os “círculos””.

No caso dos encontros entre vítimas e ofensores, este é formado por um espaço dialógico entre ambos, que no mais das vezes resulta em pactos de “restituição de bens” patrimoniais, o que não ocorre nos casos de violência grave. (ZEHR, 2012, p. 58). Nesse modelo, as vítimas e ofensores são colocados face a face para que construam juntos a decisão acerca da resolução do conflito. Tal encontro é conduzido por um facilitador que propicia tanto à vítima quanto ao ofensor falar acerca de suas necessidades e razões que levaram à perpetração do delito, resultando ao final num acordo restaurativo.

Já nas conferências entre grupos familiares, há “um círculo básico de participantes, que passa a incluir os familiares ou outras pessoas significativas para as partes diretamente envolvidas” (ZEHR, 2012, p. 58). Nesse cenário, os envolvidos são instados a trazer a tona o que pensam a respeito do conflito e os impactos do delito em suas vidas, suas necessidades e papéis alusivos a conduta, o que desemboca num acordo ao final em que todos assinam, participando ativamente do deslinde da controvérsia.

No pertinente aos círculos, existem os de apoio, os alusivos ao ambiente de trabalho e os de diálogo comunitário (ZEHR, 2012, p. 62). Assim como nas conferências, os círculos abarcam aqueles que participaram do conflito e os diretamente ligados a eles ou, a depender do modelo que se adote, a presença de juízes, promotores ou advogados, com o intuito de que, de forma coletiva, seja firmado um pacto que venha a reparar os danos sofridos em todas as suas dimensões.

Segundo o aludido autor (ZEHR, 2012, p. 63), o substrato dialógico dentro desses círculos é mais amplo do que nos demais modelos, em que pese, em muitas vezes, um único encontro não seja suficiente para atender às múltiplas necessidades apontadas.

Em certa medida, os índices de êxito ou fracasso estão atrelados aos instrumentos adotados para inspecionar o efetivo cumprimento dos pactos ajustados, assim como o uso de métodos que venham a facilitar sua concretização. De todo modo, com não rigor quanto as formas, as aludidas práticas são amoldáveis às circunstâncias fáticas e aos anseios da comunidade que pretende implementá-las.

O que não pode deixar de ser observado é que o que se busca com o modelo proposto é uma justiça mais voltada para prestigiar a dignidade da pessoa humana, respeitando-se as individualidades na interconexão, na medida em que os próprios envolvidos discutam acerca da resolução do conflito. Assim, é o empoderamento dos envolvidos o ponto de interseção entre todos os modelos com vistas à manutenção do tecido social.

3.3 A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS: A VIABILIDADE DA REPARAÇÃO COMO TERCEIRA VIA

Há quem defenda a reparação como pena, coexistindo no Direito Penal tradicional no mesmo rol das demais sanções de modo a assentarem no momento de sua aplicação para que um mesmo fato não venha acarretar um duplo castigo, no sentido de ressarcir o ofendido pelo dano sofrido. E existem aqueles que advogam a favor da reparação como uma “consequência jurídico-penal autônoma do delito”, justificada à luz do princípio da subsidiariedade e recepcionada como uma terceira via, ao lado das penas e das medidas de segurança (SANTANA, 2010, p. 57), sendo este último posicionamento o cerne e o ponto de partida do presente trabalho.

3.4.1 O viés da consequência jurídico-penal autônoma do delito

A elevação da reparação enquanto consequência autônoma tem seu sustentáculo no princípio da subsidiariedade, de modo a consagrá-la como outra via que segue marchando na mesma proporção que as penas e as medidas de segurança, buscando alcançar não o ressarcimento do dano consubstanciado pelo ato criminoso, mas sim alvejar uma “compensação das consequências do delito, mediante uma prestação voluntária por parte do autor, que terminaria servindo de mecanismo de restabelecimento da paz jurídica” (SANTANA, 2010, p. 58).

É dizer, “a reparação penal seria admitida com natureza, conteúdo e funções distintas (...), a ponto de poder representar, em algumas situações, a única resposta a ele” (SANTANA, 2010, p. 57). Ou seja, a reparação não seria mais uma consequência do delito que integraria o rol de sanções previstas nas normas penais, mas sim uma consequência autônoma com mandamentos próprios, regras processuais próprias, princípios próprios, bens jurídico-penais próprios, de modo que ela, sozinha, pudesse evitar, mitigar ou extinguir a perturbação a ordem e restabelecer a convivência harmônica em sociedade.

Nesse diapasão, alerta Dias (1993, p. 77) que a escola positivista italiana foi a precursora dos ideais de inserção da reparação no rol das consequências autônomas do delito. Contudo, poucos ordenamentos no Direito alienígena vieram a abraçar a ideia (SANTANA, 2010, p. 60).

Assim, importa salientar que a corrente favorável defende que são os interesses das vítimas melhor atendidos pela reparação do que pelas sanções que privam as liberdades, favorece a “estabilização contrafática das expectativas comunitárias na vigência das normas”, a conscientização do autor do delito o humaniza e o ressocializa, rumo a pacificação social que fora abalada pelo ato criminoso (SANTANA, 2010, p. 61).

Assim, o mote da reparação enquanto terceira via persegue a satisfação dos interesses das vítimas bem como demonstrar que nem sempre a punição retributiva imposta pelo “castigo” é o melhor caminho a ser trilhado rumo à concretização ideal dos fins das penas.

Tal via (a reparação) fundamenta-se, segundo os seus defensores, no princípio da subsidiariedade, na medida em que a pena (o castigo) somente deve ser aposta

quanto meios outros menos graves não possam dar uma resposta efetiva ao conflito, o que acaba por prestigiar direitos e garantias individuais.

Roxin (1992, p. 367) é um dos defensores da reparação enquanto terceira via, alegando uma série de vantagens, tais quais abarcariam tanto os interesses das vítimas (celeridade do meio e ressarcimento) quanto os dos ofensores (não estigmatização por conta da ação), dentre outros.

O aludido autor reconhece que a reparação, sozinha, não seria suficiente para restabelecer e manter a ordem, sobretudo à vista daqueles crimes nefastos, perpetrados com alto grau de violência e que são qualificados com alto índice de gravidade, sendo que, nesses casos, teria a reparação o mero papel de minorar a pena, razão pela qual a sua concepção de forma autônoma como se vem preconizando não interviria na seara da pena privativa de liberdade e da multa, sendo, portanto, viável a sua admissão (ROXIN, 2001, p. 156).

A autora Selma Santana (2010, p. 116), ao estudar acerca da autonomia da reparação, cita o “Projeto Alternativo sobre Reparação (AE-WGM)”, que fora criado com o objetivo de inseri-la na política criminal com esse viés, afirmando que os obstáculos são inúmeros em razão do fato de que “tanto o Direito Penal quanto o Direito Processual Penal estão talhados em torno da questão se se deve, ou não, ser imposta a pena”, pois que ela sempre foi a principal representante das consequências do delito, gerando uma série de obstáculos e questionamentos quanto a forma de implementação da reparação na política criminal.

Inicialmente, questiona-se se a reparação atenderia aos anseios do Direito Penal que cristalizam-se nas funções da pena, nos quais imperam a prevenção geral e especial. Os defensores da ideia afirmam ser possível a satisfação dos aludidos objetivos mediante a reparação, vez que a prevenção geral restaria consubstanciada pelo ostracismo comunitário diante da transgressão das regras, cujo remédio seria a “reconciliação entre autor e vítima” (SANTANA, 2010, p. 126).

Isso significa que o prenúncio de ter que reconciliar-se e reparar os danos incutidos abstratamente nas normas seria suficiente para reprimir comportamentos criminosos na direção de toda a comunidade, atendendo-se assim o objetivo da prevenção geral.

Noutra banda, o objetivo da prevenção especial também restaria atingido, uma vez que a reparação conduziria a caminhos mais satisfatórios de ressocialização, pois que, “ao contrário da pena, a princípio desintegradora e abstrata, o caminho construtivo da reparação conduz, de forma consequente e desde o princípio, à integração do culpado” (SANTANA, 2010, p. 127), agindo diretamente sobre o ofensor para que não mais perturbe a ordem jurídica.

De outro lado, apontam os defensores da reparação enquanto terceira via que a assunção desta geraria uma série de benefícios como economia processual na seara civil, a redução dos custos processuais atinentes a uma sentença penal (SANTANA, 2010, p. 66). Ademais, é eficaz na ressocialização ao conscientizar o ofensor do grau da ofensa e seus efeitos para a vítima e comunidade, pode até proporcionar um restabelecimento do vínculo entre autor, vítima e comunidade e a não exclusão do ofensor, etc.

Os argumentos contrários trilham o caminho inverso afirmando que, com isso, “se estaria buscando solucionar uma crise do Direito Civil, pois supor-se-ia evidente que não estaria ele em condições de acudir a vítima, indenizando-a dos danos e prejuízos” (SANTANA, 2010, p. 63).

Dentre os principais argumentos que rechaçam a admissão da reparação como terceira via tem-se que a indenização pelos danos estaria no eixo da seara civil e não penal, contudo, “a reparação não é entendida como uma indenização cível pelo dano, mas como uma compensação por uma lesão com elementos de crime” (SANTANA, 2010, p. 133). Assim, o que vem a consubstanciar reparação vai muito além da prestação pecuniária relativa ao ressarcimento, alcançando inclusive os entendimentos harmônicos, as justificativas do ofensor no sentido de desculpar-se, etc.

Além disso, “a reparação favoreceria atitudes hipócritas dentro do Direito Penal”, posto que, para livrar-se da pena, o ofensor assumiria falsamente sua responsabilidade. Tal objeção é rebatida pela coexistência dos sistemas, sendo que em casos dessa natureza a pena poderia ser aplicada tranquilamente (SANTANA, 2010, p. 134).

Outra objeção à reparação que merece destaque é a alegação de que “tanto vítima quanto autor do delito são colocados sob excessiva pressão para que se

reconciliem” (SANTANA, 2010, p. 134). Entretanto, tal alegação resta rechaçada uma vez que trata-se de uma faculdade a reparação, sendo que a vítima precisa desejar-la espontaneamente e o autor assumir sua responsabilidade por opção, sendo este apenas mais um meio de se equilibrar as coisas e se “igualar o placar”.

Enfim, trata-se de ideais ainda em vias de construção, cuja doutrina minoritária afirma que a sua “inserção como terceira via não interferiria muito no âmbito da aplicação da pena privativa de liberdade e de multa, exatamente porque, nos casos dos delitos de maior gravidade, não é possível reconstituir a paz jurídica unicamente por intermédio da reparação” (SANTANA, 2010, p. 75), devendo haver uma coexistência entre os modelos retributivos e restaurativos de modo a complementarem-se.

É imperioso que não pretenda uma privatização do Direito Penal e, juntamente com isso, o consenso entre os envolvidos chegue a tal ponto que até modifique os valores mínimos arraigados na sociedade e que perpetuam a dignidade humana. O que se quer afirmar com isso é que não se pode admitir um sistema penal que, à vista do consenso e dos benefícios oriundos do mesmo, venha a admitir que agressões sejam perpetradas desde que haja o devido ressarcimento e valores fundamentais sejam banalizados ou que o temor da sanção por um ato criminoso seja esvaziado pelo poder aquisitivo do ofensor.

Tal pensamento não é incomum na seara política brasileira, na medida em que alguns proferem a frase “fulano rouba, mas faz”, ouvia-se muito isso na época do “Carlismo” na Bahia, sem pretender fazer vinculações vazias, como se o ato criminoso de lesar os cofres públicos fosse ofuscado pela implementação de políticas sociais visíveis na comunidade neutralizando o ostracismo popular.

Do mesmo modo poderia ocorrer com a reparação, uma vez que infrações penais poderiam ter seus impactos camuflados pela possibilidade de pagamento do ofensor e este atentar contra os mais básicos direitos fundamentais sem se conscientizar do caráter lesivo de sua conduta, pois que se pensaria “fulano agride, mas paga”.

Somando-se a isso, suscita-se até a possibilidade de se fomentar a indústria das indenizações balizadas por seguradoras, cuja reconciliação entre ofensor e vítima restaria prejudicada, pois que haveria um terceiro na relação (seguradora) e os objetivos da prevenção geral e especial não seriam atendidos (SANTANA, 2010, p.

247). Imagine se os ofensores pudessem fazer seguros que pagassem as reparações aos delitos previamente arquitetados por eles? Isso afrontaria seriamente os ideais penais e conduziria ao caos, em caminho totalmente inverso ao da paz social.

O certo é que argumentos não faltam para rebater o viés da consequência jurídico-penal autônoma do delito, mas não se pode deixar de reconhecer que há consistência nos argumentos favoráveis capaz de sustentá-la, sobretudo por conta da sua propensão a prestigiar direitos e garantias individuais. Entretanto, não faz parte do escopo desse trabalho discorrer acerca da controvérsia quanto a elevação da reparação ao patamar de consequência autônoma e sim afirmá-la analisando sua possibilidade à luz dos critérios que definirão os bens jurídicos ante a reparação como terceira via.

A partir das colocações expostas, entende-se que seria possível sim elevar a reparação a uma condição de autonomia perante as demais consequências do delito, desde que esta coexistisse com as penas e as medidas de segurança sem influenciar na sua eficácia dentro do sistema e que alcançasse os objetivos preventivos (geral e especial), por se demonstrar um meio mais humanizado de solução dos conflitos.

Neste viés, partindo do pressuposto da admissão da reparação enquanto consequência jurídico-penal autônoma, dividindo espaço com a pena e a medida de segurança, tem-se que é posicionamento assente na doutrina que nem todos os bens jurídico-penalmente protegidos comportam a reparação como terceira via ante a sua fundamental importância e pela amplitude da gravidade que a sua ofensa possa causar, haja vista que a pacificação dos conflitos e a restauração da paz social não seria atingida unicamente pelas vias da reparação.

É imperioso ressaltar que os aludidos bens jurídico-penais são aqueles que, pela sua importância e relevância social, são protegidos pela norma penal, daí porque resta esclarecer, como escopo primordial do presente trabalho, quais seriam os critérios de escolha dos bens jurídicos ante a reparação como uma terceira via na resolução dos conflitos, conforme será discutido no capítulo seguinte.

4 OS CRITÉRIOS DE ESCOLHA DOS BENS JURÍDICOS ANTE A REPARAÇÃO COMO UMA TERCEIRA VIA NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS À LUZ DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Não sobeja afirmar que tornou-se imprescindível o desenvolvimento de um modelo consensual de solução de conflitos que venha complementar o modelo atual baseado meramente no conflito capaz não só de minorar o efeito de estigmatização dos delinquentes, como alvejar os anseios nucleares de ressocialização, com vistas a um Direito Penal menos vingativo e mais satisfatório e racionalizador.

É justamente nessa abordagem que a reparação se desenvolve no âmbito do Direito Penal – a partir da sua inclusão como consequência jurídico-penal autônoma do delito balizada na subsidiariedade do Direito Penal – cujos critérios de escolha dos bens jurídicos que a admitirão serão delineados a partir da amplitude da gravidade da lesão sofrida pelos bens jurídico-penais mais relevantes insculpidos no seio social.

Por sua vez, ao regular os conflitos sociais, o Direito Penal dedica-se especialmente àqueles que envolvem os bens jurídicos mais relevantes, ou seja, aqueles tidos como essenciais para a comunidade e que traduzem os valores máximos consagrados em seu ordenamento constitucional democrático com a efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, os direitos fundamentais devem ser observados quando da elaboração dos alicerces norteadores da Política Criminal para que os bens jurídicos fundamentais sejam efetivamente protegidos. Para tanto, necessário se faz discorrer acerca do bem jurídico e seus contornos para que se possa entender se é possível o não definir critérios de escolha dos mesmos e, sendo possível, quais seriam eles ante a reparação como uma terceira via.

4.1 BEM JURÍDICO E SEUS CONTORNOS

Segundo Luiz Regis Prado (2003, p. 96), “em face da dimensão sociocultural do bem jurídico, a orientação do processo de criminalização/descriminalização subordina-se

às regras axiológicas imperantes em cada momento histórico”. Isso quer significar que os bens jurídicos traduzem os valores insculpidos no seio social, cuja evolução de seu conceito perpassa pelos substratos sociais vigentes a cada surgimento: eis o caráter ideológico da escolha do bem jurídico.

Desse modo, para que se possa definir o bem jurídico, mister se faz delinear o contorno de seu papel primordial no ordenamento, que perpassa conjugação entre conduta e punição (consequência) perante os vetores axiológicos que se cristalizam no seio social como aqueles que merecem significativa atenção pela sua relevância.

Atingindo esse ponto, mister se faz compreender o trajeto percorrido e os marcos conceituais desse móvel que estabelece uma ponte “entre as instituições penais do Estado e o ordenamento social no qual está inserido” (CANTON FILHO, 2012, p. 3). Ou seja, o bem jurídico liga os anseios sociais ao comando normativo de modo a torna-lo legítimo, pois que se traduz naquilo que o corpo social consagra como mais importante, mais fundamental para a sua coesão e sobrevivência.

4.1.1 Trajetória conceitual do bem jurídico

Em épocas remotas, o delito era visto sob uma perspectiva teológica e tido como uma transgressão à aspiração celestial e posteriormente como uma infração a um direito subjetivo, sendo que, somente na vida hodierna, com gênese cristalizada a partir do século XIX, é que o delito passou a ser lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico (PRADO, 2003, p. 31).

Tal percurso leva a entender de que modo se buscou tutelar o objeto essencial de cada época no sentido de blindar os indivíduos das farpas decorrentes dos comportamentos delituosos deles mesmos e do próprio autoritarismo estatal, além da intimidação aos ideais consagrados em dada comunidade (CANTON FILHO, 2012, p. 5).

De acordo com Prado (2003, p. 21), “a ideia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica nem do vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção”. Isto

porque, são os valores arraigados na sociedade que propiciarão a eleição do bem jurídico a ser tutelado pela norma penal.

Posicionamentos doutrinários suscitam questionamentos que indagam se a ideia de bem jurídico surgiria a partir de seu reconhecimento normativo ou se precederia ao direito existindo independentemente de estar positivado (CANTON FILHO, 2012, p. 5). Os argumentos para um lado ou para o outro são variados, conduzindo àquela velha quebra de braço entre jusnaturalismo e positivismo.

Contudo, o que mais importa é que as noções conceituais dos bens jurídicos estejam voltadas a uma amplitude hermética que permita sua atualização no mesmo passo das transformações sociais, pois que o seu engessamento poderia comprometer a idoneidade dos mesmos.

Visto dessa forma, necessário se faz entender que “os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade (...), mas que eles também possam ser criados por ele” (ROXIN, 1998, p. 19). Somente para ilustrar, a vida seria um bem jurídico que se consagra com anterioridade ao legislador vinculando-o a acatá-lo como tal, ao passo que as regulações tributárias extrafiscais que regulam a ordem econômica seriam bens jurídicos criados por ele.

Ademais, afirma Roxin (1998, p. 27) que os bens jurídicos se traduzem em requisitos indispensáveis para a convivência social, cujas características se consubstanciam numa conjuntura preciosa (formada por direitos fundamentais) que é do conhecimento de todos e merece a tutela estatal.

Noronha (1985, p. 112), ao definir bem jurídico, trata-o como bem-interesse tutelado pelo comando normativo penal. Trata-se de conceito simplificado, mas que traduz a essência do bem jurídico ao conjugar as palavras “bem” e “interesse”, uma vez que “bem” seria aquilo que tem valor para a sociedade e o “interesse” seria aquilo que é relevante para ela.

De acordo com Zaffaroni (2008, p. 399), “os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos”, relegando-os a uma relação de disponibilidade tutelada pelo Estado, de uma pessoa com uma coisa, cujo interesse resta consubstanciado a partir da inscrição da conduta que o atinge no comando normativo penal.

Bittencourt (2010, p. 308) define bem jurídico “como todo valor da vida humana protegido pelo Direito”. Assim, qualquer conduta que ameace ou lese tais valores

tutelados pelo Direito serão denominadas de injusto penal, o qual deverá ser evitado, mitigado ou banido pelo arcabouço protetivo vigente.

No entanto, deve-se tomar cuidado para não se relegar os bens jurídicos a meros “elementos portadores de sentido”, pois que assim a lesão a eles não se consubstanciaria de nenhuma forma, mas a “circunstâncias reais dadas” (vida, integridade corporal, propriedade, etc.) que proporcionem a cada um dos indivíduos o que lhes é devido pela sua humanidade ou civilidade no seio social ou até mesmo para a manutenção da máquina estatal que volte-se a tais propósitos (ROXIN, 2009, p. 18).

Em análise crítica importante, alerta Zaffaroni (2008, p. 401) que o bem jurídico não pode ser vislumbrado sob as lentes da moral em sentido estrito, vez que não pode o legislador proteger através do arcabouço normativo penal aquilo que entende ser eticamente reprovável se não houver qualquer ofensa ao bem jurídico atingido pelo comportamento, pois que é a finalidade de guarnecer a segurança jurídica o marco limítrofe de sua atuação.

Tal posicionamento de confronto entre os bens jurídicos e a moral apresenta-se como de extrema relevância para a compreensão do sentido e alcance do termo bem jurídico, uma vez que devem ficar patentes os limites de atuação estatal quando da eleição dos bens jurídicos para que questões éticas não venham “enviesar discussão por grupos de poder interessados em obter uma arma institucionalizada contra seus inimigos”. (CANTON FILHO, 2012, p. 10).

Nessa esteira, é possível concluir que se a atuação do legislador não fosse demarcada nos confins da efetiva segurança de seus jurisdicionados quando da eleição dos bens jurídicos, grupos de poder como os que se subjazem dos ideais teológicos que se dizem evangélicos, por exemplo, poderiam, sob as lentes de sua moral, suprimir direitos e garantias individuais já consagrados no ordenamento, tais quais os direitos dos homossexuais, mulheres, negros, etc., como aqueles defendidos por um deputado polêmico da atualidade chamado de Marcos Feliciano, selecionando como bem jurídico a moral evangélica e seus dogmas.

Por esse motivo, “qualquer movimento de expansão do Direito Penal – seja o enrijecimento de determinadas penas, ou a produção de novos tipos/criminalização

de novas condutas – deve ser recebido com bastante cautela” (CANTON FILHO, 2012, p. 10).

Isto não significa que os valores ético-sociais não devam ser observados, sobretudo à vista do caráter ideológico do bem jurídico, mas que sua aplicação está limitada aos fins coletivos de regulação social e manutenção da convivência harmônica em sociedade.

Nesse sentido, lembra Roxin (2009, p. 14) que apesar de muitas condutas ainda serem tidas como imorais na atualidade, a exemplo da troca de casais, etc., estas não são passíveis de punição por não lesionarem um bem jurídico definido como tal, razão pela qual não se pode negar a importância do aludido instituto na seara penal.

Com base nessas ponderações, chega-se à conclusão de que é o bem jurídico pinçado do tecido social com vistas a manter a sua coesão e existência, que se aproxima dos valores ético-sociais sem engessar-se nos limites deles, sendo este um limite à atuação estatal que é tutelado pelo Direito por sua relevância.

4.1.2 As concepções sociológicas do bem jurídico

As concepções sociológicas do bem jurídico denotam sua trajetória substancial até a concepção constitucional da atualidade. Tais compreensões delineiam a noção de bem jurídico à luz de seu caráter fundamental.

Segundo Prado (2003, p. 41), afirma-se que “O Direito Penal deve proteger os sistemas sociais, enquanto garantia do indivíduo. O que interessa aqui é a dimensão social do bem jurídico-necessidade social/possibilidade de participação no sistema”.

Enfim, aponta-se uma doutrina sociológica acerca do bem jurídico, com correntes que se afastam e se aproximam, contudo as variadas conjecturas sociológicas não convenceram a ponto de tecer uma concepção material de bem jurídico que revele o que atinge um ato criminoso, assim como esclarecer o que leva a criminalizar esta ou aquela conduta (PRADO, 2003, p. 43).

Entende-se que “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal”, sendo que, o que ultrapassa tais raias não poderá ser objeto do mesmo (ROXIN, 2009, p. 16). Busca-se com isso o

justo meio entre o poder interventor do Estado e a liberdade civil que mantenha a ordem social e garanta os direitos de ir e vir de cada indivíduo.

Assim sendo, os critérios de seleção dos bens jurídicos somente restam limitados pelos valores humanos e fundamentais e fins da regulação social, à vista de seu caráter ideológico, na medida em que haja “a eleição de certos valores, que, potencializados em um determinado momento, adquirem o papel de condicionantes objetivos da sociabilidade” (CANTON FILHO, 2012, p. 26).

4.1.3 O bem jurídico e suas funções

A doutrina aponta como uma das funções imputada ao bem jurídico aquela de garantia ou que impõe limites à atuação estatal. Ou seja, o bem jurídico obstaculiza arbitrariedades que possam ofender a sua essência material quando do exercício do poder legiferante do Estado. Não é à toa que são eles (os bens jurídicos) as balizas norteadoras da tipificação das condutas (PRADO, 2003, p. 60).

Sob esta perspectiva, não pode o legislador tipificar uma conduta influenciado meramente por questões ideológicas ou meras ofensas em desfavor da moral. O que se vai proteger precisa estar umbilicalmente ligado à pacificação social sob a égide dos direitos humanos e fundamentais.

Tal limitação é imprescindível à vista da faceta de um Direito Penal de emergência que tem surgido na atualidade que, pela premência de preservação da máquina estatal que lhe ancora no desvelar das políticas públicas, acaba por ofender os direitos e garantias individuais postulados na dignidade humana (COELHO, 2003, p. 19).

Também fala-se da “função teleológica ou interpretativa dos bens jurídicos”, uma vez que são tidos como filtros interpretativos quando da tipificação das condutas que impõe como seu alvo limite os contornos da moldura do bem jurídico. É dizer, as normas só poderão atingir o que estiver dentro do âmbito de proteção do bem jurídico tido como pedra angular do tipo (PRADO, 2003, p. 60).

Avulta importante tratar da “função individualizadora”, uma vez que a gravidade da lesão proferida ao bem jurídico é o parâmetro para a dosimetria a pena (PRADO,

2003, p. 61). Ou seja, a pena será mais grave ou maior tanto quanto for maior a intensidade da ofensa proferida ao bem jurídico. Ou, nos dizeres de Zaffaroni (2008, p. 403), o delito será agravado ou atenuado na proporção do maior ou menor grau de intensidade da ofensa.

Ressalte-se, por oportuno, que a maioria da doutrina aponta as três primeiras funções do bem jurídico as mais importantes, contudo, apraz mencionar a “função sistemática” trazida por Prado (2003, p. 61), segundo a qual seria o bem jurídico um “elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal”. É dizer, são os bens jurídicos que definem a disposição dos tipos no código de modo a centralizar o cerne dos “injustos”.

Em suma, as funções do bem jurídico conduzem o legislador na prescrição normativa do tipo, além de fornecerem os limites de sua atuação. Nesse passo, importante discorrer acerca das diferenças entre bem jurídico e bem jurídico penal para que se possa fixar os seus contornos e permitir uma definição criteriosa ao final.

Ademais, apraz mencionar que bem jurídico não se confunde com objeto da ação, uma vez que este “vem a ser o elemento típico sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração”, podendo ser um objeto corpóreo ou incorpóreo, animado ou inanimado, ao passo que o bem jurídico está relacionado com a substância axiológica oriunda do substrato social enquanto indispensável para a convivência harmônica (PRADO, 2003, p. 51).

Sendo assim, nem sempre o objeto sobre o qual recairá a conduta ofensiva será coincidente com o bem jurídico, sendo que aquele (o objeto) poderá inclusive nem existir em determinados casos (PRADO, 2003, p. 52).

4.1.4 Bem jurídico x bem jurídico-penal

De tudo quanto se expôs, resta evidenciado que a finalidade estatal de prover a regulação social garantindo a todos uma coexistência harmônica em sociedade, no arquétipo de um Estado Democrático de Direito, resta alcançada pela tutela efetiva

dos bens jurídicos essenciais consagrados no âmago social como aqueles que merecem maior atenção e zelo.

Nesse sentido, assevera Nilo Batista que “a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena” (2005, p. 116), entendendo ser a pena o seu principal meio de coerção para concretizar a aludida tutela. Contudo, desenvolve-se na atualidade meios mais humanizados e efetivos de coerção traduzidos a luz das práticas restaurativas que despontam em marcha progressiva para alcançar o patamar de terceira via na resolução dos conflitos ao lado das penas e das medidas de segurança.

A partir dessa marcha, torna-se imperiosa a confrontação entre as noções essenciais de bem jurídico e bem jurídico penal, assim como aduzir acerca de seus contornos limítrofes e estrutura à luz das concepções formuladas em seu trajeto evolutivo.

O rumo trilhado pela doutrina persegue, inicialmente, a noção de bem jurídico voltada ao plano de “bem existencial” imprescindível à evolução da sociedade, o qual apresenta-se como um bem destacado para as pessoas e o meio social, que merece proteção jurídica caso se afirme a sua relevância, tal qual a vida, a liberdade, a honra, etc. (BIANCHINI, MOLINA E GOMES, 2009, p. 232).

Contudo, é preciso muito mais do que a releve condição de “bem existencial” para se consagrar um bem jurídico, vez que a idoneidade do mesmo estará vinculada à sua relevância no ordenamento que o torne merecedor da tutela. Somente para ilustrar, a integridade física seria “bem existencial” que é relegada à condição de bem jurídico por conta da utilidade de se protegê-la.

Conforme anteriormente aduzido, são os bens jurídicos situações concretas postas ou desígnios essenciais a uma vida provida dos mínimos ideais de segurança e liberdade, que proteja e assegure os mais básicos direitos da humanidade pertinente a cada núcleo social ou para a manutenção da máquina estatal que volta-se a tais intentos (ROXIN, 2009, p. 18).

Nesse esteio, bens jurídicos “são bens vitais da sociedade e do indivíduo, que merecem proteção legal exatamente em razão de sua significação social” (BITTENCOURT, 2010, p. 38). Ou seja, é a relevância social conferida ao bem que o torna merecedor da proteção estatal.

Noutra banda, no que respeita ao bem jurídico-penal, alude-se que trata-se de um bem existencial que é elevado a níveis axiológicos pela norma penal nos contornos de uma relação afetada pelo conflito. (BIANCHINI, MOLINA E GOMES 2009, p. 233).

Afigura-se notório, ademais, que o que distingue o bem jurídico do bem jurídico-penal é o fato de que aquele pode ser tutelado amplamente por qualquer ramo do direito e este está amparado pelo Direito Penal e intrinsecamente ligado a uma relação de conflito em que haja a efetiva lesão ao mesmo que mereça a tutela penal em última razão.

Nesse passo, “o bem jurídico surge, assim, como ponto de concentração de valores a exigir a proteção do Direito Penal, obtido no âmbito social”. (CANTON FILHO, 2012, p. 26). Daí porque relevante o substrato social quando da confecção do tipo penal, pois que se prestigia os direitos humanos e as liberdades individuais ao atuar de forma subsidiária e seletiva quando da tutela aos bens jurídicos.

Destarte, “o princípio da proteção de bens jurídicos não se deve ver, sem embargo, como o único critério para a legitimação dos tipos penais” (ROXIN, 2009, p. 28). Isto porque etapas que precedem a lesão ao bem jurídico podem ser questionadas à luz de um Estado de Direito.

Nessa linha, resta evidente que “o bem jurídico penal, se pretende servir como instrumento de limitação ao poder punitivo do Estado e alcançar a condição de substrato material do delito, deverá ancorar-se nos valores constitucionais” (COELHO, 2003, p. 95) e aquiescer ao seu caráter subsidiário e seletivo.

Percebe-se que o fato de estar relacionado com os aspectos nucleares do delito que ressalta o interesse social merecedor da tutela penal faz com que o bem jurídico amolde seus contornos às transformações surgidas no tecido social de modo a torna-lo compatível com a dinâmica realidade dos fatos. Razão pela qual submetem-se os bens jurídicos penais a constantes atualizações que atestam a sua idoneidade.

Ponderadas tais considerações, é possível inferir que bens jurídicos são situações postas advindas de anseios fundamentais de expressa relevância para a manutenção da coexistência harmônica e pacificação social que recebem a tutela jurídica por conta de sua vitalidade. Sendo que, os aludidos bens serão jurídico-

penais na medida em que a tutela dos mesmos se dê pelo arcabouço normativo penal (tipificação de condutas e prescrição de sanções), no viés da subsidiariedade e da fragmentariedade condizentes com as premissas de um Estado Democrático de Direito.

4.1.5 Bem jurídico jurídico-penal à luz dos direitos fundamentais

É a Alemanha o berço das teses sociológicas do bem jurídico que propuseram a interconexão entre o Direito Penal com outras ciências de modo a assentá-lo no núcleo do substrato social e, com isso, determinar o limite de atuação estatal quando da definição dos tipos penais, devendo a noção de bem jurídico estar diretamente atrelada aos mandamentos constitucionais (PRADO, 2003, p. 62).

Afirma-se que “desde a Constituição do império, sob os influxos iluministas, até a vigente, percebe-se, nos textos constitucionais, de um lado, a afirmação dos direitos do homem e do cidadão, e, de outro, a limitação imposta ao Estado” (CANTON FILHO, 2012, p. 69). Dessa forma, observa-se os tentáculos interventores estatais na regulação social como um todo à vista do rol mínimo de garantias individuais para proteger os interesses de toda a comunidade.

Dessa forma, as noções de bem jurídico surgem como uma maneira de legitimar o Direito Penal ao se traduzir no substrato social tido como de suprema relevância constitucional. Assim sendo, ao emanar dos ideais legítimos do seio social e concentrar o seu núcleo garantidor é a Constituição relegada a comando normativo idôneo a consubstanciar o núcleo formador dos bens jurídicos.

Ocorrendo dessa forma, a fim de eleger os bens jurídicos, ou seja, aquilo que está apto ou não a ser tutelado pela norma penal por sua relevância social, o poder legiferante deve, obrigatoriamente, “levar em conta os princípios penais que são as vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal” (PRADO, 2003, p. 66).

Nesse esteio, observa-se que os critérios de seleção dos bens jurídicos passíveis da tutela penal estão intrinsecamente ligados com o comando normativo constitucional, pois que este se traduz no cerne das garantias fundamentais.

Nos dizeres de Prado (2003, p. 66), “esses princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer o núcleo gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal”.

Partindo desse pressuposto, estando a tutela penal vinculada ao comando normativo constitucional, impõe-se o princípio da fragmentariedade para determinar que somente alguns bens jurídicos poderão ser abacados pela norma penal na medida em que sejam imprescindíveis à manutenção da convivência social harmônica.

O que se observa do quanto exposto é que a dignidade da pessoa humana é o fator axiológico determinante da tese que relaciona Direito Penal e Constituição, valor fundante de um Estado Democrático de Direito, diante da “tendência de o poder público fazer uso cada vez mais, e com maior intensidade, de instrumentos punitivos, utilizados como resposta simbólica aos conflitos sociais” (SANTANA, 2010, p. xii), admitindo, por exemplo, a incriminação de condutas tidas como substancialmente desimportantes.

Conforme mencionado anteriormente, quando da regulação dos conflitos sociais, o Direito Penal dedica-se especialmente àqueles que envolvem os bens jurídicos mais relevantes, ou seja, aqueles tidos como essenciais para a comunidade e que traduzem os valores máximos consagrados em seu ordenamento constitucional democrático com a efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, os direitos fundamentais devem instados à condição de esteio da política criminal para que os bens jurídicos fundamentais sejam efetivamente protegidos. Eis um ponto de contato entre os ideais da Justiça Restaurativa – sobretudo no viés da reparação enquanto terceira via – e as teorias que vinculam Direito Penal e Constituição na moldura de um Estado Democrático de Direito, vez que a observância desses critérios faz parte de toda a sua conjuntura estrutural, pois que prima pela ideação de núcleo social o respeito aos direitos humanos.

Têm-se como princípio constitucional que merece destaque nessa vinculação ao bem jurídico o da reserva legal, segundo o qual “a intervenção penal deve estar disciplinada pelo domínio da lei *stricto sensu*” (PRADO, 2003, p. 67), enquanto óbice às arbitrariedades do poder do Estado.

Tal princípio “deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo” (PRADO, 2003, p. 67). Ou seja, age com viés negativo obstando o poder executivo na criação das normas penais.

Outro princípio relevante é o da intervenção mínima que impõe a atuação do Direito Penal como última razão “somente atuando na defesa de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma” (PRADO, 2003, p. 68).

Também norteia o Direito Penal o princípio da insignificância, uma vez que os parcos potenciais ofensivos da conduta não são capazes de efetivamente lesar o bem jurídico, impondo o aludido princípio a atipicidade do fato nessas ocasiões, atendidos os seus critérios.

“A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição” (ZAFFARONI, 2008, p. 485). Isto significa que é o caso concreto que permitirá aferir a insignificância.

Por derradeiro, mister se faz discorrer acerca do princípio da lesividade, que reza que, diante de um comportamento delituoso, somente havendo lesão ou perigo de lesão é que se poderá aplicar o Direito Penal.

Nos ensinamentos de Yuri Coelho (2003, p. 122) tal princípio atende a duas ordens, sendo que, primeiro, “impede o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, in abstracto, como fatos indiferentes (...)” e, segundo, gera para o magistrado “o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, apesar de se apresentar na conformidade do tipo, se revela concretamente inofensivo ao bem”.

Segundo Yuri Coelho (2003, p. 122), o princípio da lesividade difere do princípio da insignificância na medida em que nesse (insignificância) ocorre “a lesão ao bem jurídico que pelo grau de insignificância o torna atípico”, ao passo que naquele (lesividade) “não se pune a conduta que não se configure lesiva ao bem jurídico, ou que não tenha representado ao menos perigo de lesão para este”.

Do exposto, é possível concluir que comando normativo constitucional deve ser o pilar de sustentação das definições que ancoram os critérios de seleção dos bens jurídicos passíveis da tutela penal, vez que tal postulado se traduz no núcleo das garantias fundamentais de uma dada sociedade.

4.2 BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição brasileira traz em seu art. 5º os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, além dos princípios voltados à tutela penal que põem limites à atuação estatal, dentre os quais se destacam os princípios da reserva legal, taxatividade, irretroatividade, culpabilidade, intervenção mínima, individualização da pena, humanidade, pessoalidade, fragmentariedade e subsidiariedade.

Tais princípios, conforme amplamente demonstrado no tópico anterior, são balizas quando da seleção dos bens jurídicos essenciais pinçados do âmago do tecido social e que se cristalizam no substrato constitucional do ordenamento pátrio. Assim sendo, interessante se afigura mencionar os bens jurídicos tutelados pelo aludido diploma, conforme esboço que se segue.

Compulsando a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, vislumbra-se, de cara, os bens jurídicos de cunho pessoal, tais quais o direito à vida e à integridade física, o direito sobre as partes do corpo e sobre o cadáver, o direito à liberdade, à honra e à intimidade, o direito a identidade pessoal e ao nome e o direito autoral, (CANTON FILHO, 2012, p. 71).

A maioria é direito da personalidade e resta consagrada na Carta Magna como direitos mínimos a serem resguardados em todo o ordenamento. São valores fundantes e que merecem a tutela não só do Direito Penal, mas também de todos os demais ramos do Direito. Trata-se de direitos que pela sua relevância merecem atenção primordial, pois que são fundamentais à paz em sociedade.

Mais adiante, no inciso XI do art. 5º, vem postulada a inviolabilidade da casa, na medida em que é necessário o consentimento do dono para que se possa adentrar nela, ressalvada a hipótese de flagrante delito em que se deva prestar socorro, cujo bem jurídico tutelado é a vida privada (CANTON FILHO, 2012, p. 73).

Prosseguindo, o inciso XI do art. 5º traz a inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, cujo bem jurídico tutelado é a intimidade (CANTON FILHO, 2012, p. 75).

Percorrendo o artigo mencionado tem-se a tutela penal do consumidor, a discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais, o racismo, tortura,

tráfico, ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, crimes hediondos, criminalização de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, dentre outros (CANTON FILHO, 2012, p. 77/82).

Enfim, são inúmeros os direitos fundamentais que merecem atenção do legislador quando da definição dos bens jurídicos, sendo a Constituição a sua bússola para guiá-lo rumo a tutela dos bens mais relevantes para a manutenção da coexistência digna e harmônica em sociedade, com prestígio aos direitos e garantias individuais.

4.3 BENS JURÍDICOS COMPATÍVEIS COM O SISTEMA PENAL RESTAURATIVO VIA REPARAÇÃO

4.3.1 Os critérios de escolha dos bens jurídicos ante a reparação com uma terceira via à luz dos direitos e garantias fundamentais insculpidos no seio social

À luz do quanto exposto, certo é que os direitos fundamentais devem ser observados quando da elaboração dos alicerces norteadores da Política Criminal para que os bens jurídicos fundamentais sejam efetivamente protegidos.

“Nada obstante, o problema maior a ser enfrentado é o de fixar concretamente os critérios pelos quais se deve proceder a seleção dos bens e valores fundamentais da sociedade” (PRADO, 2003, p. 21). Isto porque, tais critérios devem se conformar a cada núcleo social pertinente, pois que devem estar intrinsecamente ligados com o seu arquétipo fundante.

Segundo o mencionado autor (PRADO, 2003, p. 22), “os requisitos de capacidade e necessidade de proteção, que é comum se exigir dos bens jurídicos por ocasião de prever a sua tutela” consubstancia-se a partir da análise da relação entre o valor do bem jurídico e a função da pena. Ou seja, de um lado, “o marco da pena não é senão uma consequência imposta pela condição valiosa do bem”, e, de outro, “a significação social do bem vem confirmada precisamente porque, para a sua proteção, vem estabelecida a pena”.

É cediço que “somente os bens jurídicos fundamentais devem ser objeto de atenção do legislador penal”, contudo, a pergunta que salta aos olhos é a que indaga quais seriam esses bens e como seriam selecionados (PRADO, 2003, p. 22). Isto porque as respostas estariam vinculadas às reais necessidades do âmbito social destinatário.

Ressalte-se, por oportuno, que, ao escolher os bens idôneos a merecer a tutela penal, deve o poder legiferante voltar-se àqueles que são imprescindíveis à manutenção e preservação da convivência harmônica em sociedade, à luz da fragmentariedade do Direito Penal, e somente em última razão, nos contornos de sua subsidiariedade.

É dizer, não se afigura tarefa fácil definir critérios de definição dos bens jurídicos penais por conta da dinâmica realidade dos fatos sociais, talvez por esse motivo “a doutrina brasileira pouco tem se ocupado do tema” (PRADO, 2003, p. 24), contudo, o que se percebe é que existem pontos de partida axiológicos, cujo núcleo está cristalizado na Constituição de cada lugar, nas vestes de direitos fundamentais.

O mesmo ocorre com o sistema restaurativo via reparação que, pelos mesmos motivos expostos acima e com mais razão por ser um sistema em vias de construção, que ainda está em fase de experimentação no Brasil e no mundo. Contudo, é possível estabelecer aqui temperamentos relativos à gravidade da lesão como parâmetros para a admissão ou não das práticas restaurativas, via reparação, bem como situações de projetos pilotos já implementados para se ter noção das possibilidades.

Desse modo, é possível inferir que, a priori, todos os bens jurídicos penais seriam compatíveis com o sistema restaurativo, sendo o temperamento da gravidade da lesão o fator axiológico a relega-lo ou não à condição de bem passível de ser admitido na Justiça Restaurativa.

4.3.2 O temperamento da gravidade da lesão

Conforme discutido no capítulo anterior, a reparação, erigida à condição de consequência jurídico-penal autônoma, impõe-se como terceira via na solução dos

conflitos, sendo que a amplitude da gravidade da lesão sofrida pelos bens jurídico-penais será a ponte para que se estabeleçam bússolas axiológicas a guiar os critérios de escolha dos bens jurídicos.

Assim sendo, o foco da Justiça Restaurativa advém do ato delituoso e as relações pessoais que foram atingidas por ele, proporcionando aos interessados (vítima, ofensor e comunidade) a possibilidade de confrontarem-se dialogicamente e resolverem o conflito, designando formas de reparar os danos sofridos pelas vítimas e conscientizando o ofensor de forma mais humanizada.

Entretanto, tal prática não apresenta os mesmos índices de eficácia em todos os casos por conta da falta de estrutura ao se fiscalizar se as obrigações estão sendo cumpridas ou até mesmo a efetiva conscientização do ofensor, podendo até mesmo agravar a lesão que antes fora perpetrada com mais uma frustração para os envolvidos.

Ademais, o impacto da gravidade da lesão sobre a vítima pode afastar o aludido modelo, uma vez que situações limites deverão ser tratadas pelo sistema penal tradicional.

Como informam Hughes e Mossman, muito embora a mediação vítima ofensor possa ser empregada para quaisquer crimes, ela é mais freqüentemente utilizada em casos de delitos referentes à propriedade ou de agressões leves. Nestes casos, o potencial de reparação do prejuízo pelo ofensor seria mais efetivo. Além disso, a demonstração do efeito humano do crime contribuiria para a conscientização do ofensor, diminuindo a probabilidade de cometimento de ofensas mais graves. A possibilidade de revitimização do ofendido no decorrer do processo também seria menos expressiva em comparação com crimes de natureza diversa (e.g. estupro) ou de maior gravidade (e.g. lesão corporal grave). (HUGHES E MOSSMAN, 2005).

Por conta de ser um modelo em vias de construção e ainda em fase de experimentação e do contato entre os envolvidos, é preciso que o trauma não seja tão grande a ponto de impossibilitar o confronto entre os envolvidos e todos queiram o consenso ou mediação.

As experiências feitas até presente momento mostram que o programa foi implementado para crimes leves ou patrimoniais. Inicialmente, a justiça restaurativa foca naqueles delitos de menor potencial ofensivo, notadamente aqueles relacionados com crimes patrimoniais, contudo, hoje a atuação volta-se também para aqueles mais graves, como nos casos de homicídio e estupro (ZEHR, p.14).

Enfim, trata-se de tema que ainda precisa ser maturado, pois que existem inúmeras objeções à implementação da reparação como terceira via, conforme exposto alhures no tópico relativo a esse viés do aludido modelo. Mas trata-se de um novo paradigma que se traduz num modelo consensual de solução de conflitos que venha complementar o modelo atual baseado meramente no conflito capaz não só de minorar o efeito de estigmatização dos delinquentes, como alvejar os anseios nucleares de ressocialização, com vistas a um Direito Penal menos vingativo e mais satisfatório e racionalizador.

5 CONCLUSÃO

A relevância do presente trabalho monográfico consistiu na demonstração da necessidade de apontar os critérios de escolha dos bens jurídicos que admitirão a reparação como uma terceira via na resolução dos conflitos, demonstrando a possibilidade de reparação ao vitimado pela leve ou média violação de bens jurídicos específicos, ante aos danos causados pelo ofensor.

A rigor, é inegável que a vida em sociedade requer que seus membros respeitem os direitos dos demais partícipes. Dessa forma, a não observação de tal postulado poderá acarretar o extermínio dos mais estapafúrdios direitos e garantias individuais, suscitando debates acerca da fragilidade do sistema.

Sob esta ótica, inicialmente, fez-se o resgate da evolução do modelo tradicional de justiça penal, buscando fundamentos para a admissão de sua insuficiência, mormente no que diz respeito às suas propriedades, revendo a história, evolução, funções, finalidades, propriedades e críticas ao sistema.

Ainda nessa fase, verificou-se que o Direito Penal começa a mudar suas diretrizes nucleares, com mais força, a partir do surgimento de múltiplas facetas da criminalidade cujo viés transcende as fronteiras nacionais, uma vez que esta estimulou a imposição de uma Política Criminal mais ofensiva e eficaz no combate ao crime através da ingerência estatal, de fins sociais, sobre o criminoso.

Isto posto, busca-se, numa banda, priorizar as garantias individuais e, noutra banda, afirmar a necessidade intercessora do Estado na resolução dos conflitos sociais pertinentes ao âmbito de regulação do Direito Penal com respostas imediatas e pouco eficazes do ponto de vista da ressocialização.

Considerou-se que existem situações extremas em que a pena será o meio mais eficaz de punir o ofensor, daí porque não se defende, em movimento majoritário, uma completa abolição da justiça criminal e sim a sua coexistência com outros meios de resolução dos conflitos, conforme aquele pautado nos princípios da justiça restaurativa.

Pretendeu-se demonstrar que ordenamento jurídico brasileiro penal tem apresentando-se insuficiente e a aplicação indiscriminada do poder punitivo estatal

fere de morte a premissa da *ultima ratio* conferida ao Direito Penal como forma de limitar os excessos e prestigiar as garantias individuais, teses desenvolvidas pelo minimalismo e pelo abolicionismo penal.

Posteriormente considerou-se o surgimento de um novo paradigma de justiça penal, vislumbrando-se que a colaboração possível fica circunscrita a debates acerca de alternativas que se qualifiquem como respostas penais autênticas e compatíveis com o ordenamento pátrio e preservadoras dos direitos humanos, a teor da reparação enquanto via autônoma em paralelo à pena e à medida de segurança, sem, contudo, suprimir o arquétipo retributivo vigente, que permanece intervindo subsidiariamente nos casos extremos.

Percebeu-se o desenvolvimento de um modelo consensual de solução de conflitos que venha complementar o modelo atual baseado meramente no conflito, capaz não só de minorar o efeito da rotulação dos delinquentes como também alvejar os anseios nucleares de ressocialização, com vista a um Direito Penal menos vingativo e mais satisfatório e racionalizador.

Também nessa fase, se refutou os argumentos contrários à tese da reparação como terceira via, dissecando-os em particular. Destacou-se, ainda, apreciação acerca dos argumentos que rebatem o viés da consequência jurídico-penal autônoma do delito, mas não se pode deixar de reconhecer que há consistência nos argumentos favoráveis capaz de sustentá-la, sobretudo por conta da sua propensão a prestigiar direitos e garantias individuais.

Nessa linha de ideias aplicou-se reparação a uma condição de autonomia perante as demais consequências do delito, desde que esta coexistisse com as penas e as medidas de segurança sem influenciar na sua eficácia dentro do sistema e que alcançasse os objetivos preventivos (geral e especial), por se demonstrar um meio mais humanizado de solução dos conflitos.

Nessa linha de ideias, partiu-se do pressuposto da admissão da reparação enquanto consequência jurídico-penal autônoma, dividindo espaço com a pena e a medida de segurança, e concluiu-se que nem todos os bens jurídico-penalmente protegidos comportam a reparação como terceira via ante a sua fundamental importância e pela amplitude da gravidade que a sua ofensa possa causar, haja vista que a pacificação

dos conflitos e a restauração da paz social não seria atingida unicamente pelas vias da reparação.

Viu-se que a reparação fundamenta-se, segundo seus defensores, no princípio da subsidiariedade, na medida em que a pena (o castigo) somente deve ser aposta quando meios outros menos graves não possam dar uma resposta efetiva ao conflito.

Com efeito, é preciso que não se pretenda uma privatização do Direito Penal e, juntamente com isso, o consenso entre os envolvidos chegue a tal ponto que até modifique os valores mínimos arraigados na sociedade e que perpetuam a dignidade humana. O que se quer afirmar com isso é que não se pode admitir um sistema penal que, à vista do consenso e dos benefícios oriundos do mesmo, venha a admitir que agressões sejam perpetradas desde que haja o devido ressarcimento e valores fundamentais sejam banalizados ou que o temor da sanção por um ato criminoso seja esvaziado pelo poder aquisitivo do ofensor.

Nesse contexto, verificou-se os critérios de definição dos bens jurídicos ante a reparação e toda a trajetória conceitual do bem jurídico, concluindo-se que as funções do bem jurídico conduzem o legislador na prescrição normativa do tipo, além de fornecerem os limites de sua atuação.

Restou evidenciado que a finalidade estatal de prover a regulação social garantindo a todos uma coexistência harmônica em sociedade, no arquétipo de um Estado Democrático de Direito, resta alcançada pela tutela efetiva dos bens jurídicos essenciais consagrados no âmago social como aqueles que merecem maior atenção e zelo.

Certo é que os direitos fundamentais devem ser observados quando da elaboração dos alicerces norteadores da Política Criminal para que os bens jurídicos sejam efetivamente protegidos. Tais critérios devem se conformar a cada núcleo social pertinente, pois que devem estar intrinsecamente ligados com o seu arquétipo fundante.

É cediço que só os bens essenciais devem ser tutelados pela norma penal, mas a pergunta que salta aos olhos é a que indaga quais seriam esses bens e como seriam selecionados. Ressalte-se, por oportuno, que, ao escolher os bens idôneos a merecer a tutela penal, deve o poder legiferante voltar-se àqueles que são

imprescindíveis à manutenção e preservação da convivência harmônica em sociedade, à luz da fragmentariedade do Direito Penal, e somente em última razão, nos contornos de sua subsidiariedade.

Dessa forma, não se afigura tarefa fácil definir critérios de definição dos bens jurídicos penais por conta da dinâmica realidade dos fatos sociais. Contudo, o que se percebe é que existem pontos de partida axiológicos, cujo núcleo está cristalizado na Constituição de cada lugar, nas vestes de direitos fundamentais.

O mesmo ocorre com o sistema restaurativo via reparação que, pelos mesmos motivos expostos acima e com mais razão por ser um sistema em vias de construção, que ainda está em fase de experimentação no Brasil e no mundo. Contudo, é possível estabelecer aqui temperamentos relativos à gravidade da lesão como parâmetros para a admissão ou não das práticas restaurativas, via reparação, bem como situações de projetos pilotos já implementados para se ter noção das possibilidades.

Assim, é possível inferir que, a priori, todos os bens jurídicos penais seriam compatíveis com o sistema restaurativo, sendo o temperamento da gravidade da lesão o fator axiológico a relega-lo ou não à condição de bem passível de ser admitido na Justiça Restaurativa.

Nesse contexto, analisou-se os projetos modelo no sentido de verificar os bens jurídicos tutelados e concluiu-se que experiências feitas até presente momento mostram que o programa foi implementado para crimes leves ou patrimoniais. Mas já foram iniciadas em crimes mais graves, com ofensividade mínima ao bem.

Assim, sem sombras de dúvidas, abrem-se novas perspectivas como forma alternativa de se resolver os conflitos, formas estas mais humanizadas e compatíveis com o Estado Democrático de Direito, cujos critérios de seleção dos bens jurídicos devem estar voltados aos direitos e garantias fundamentais cristalizados na Carta Magna de cada ordenamento, sem que para tanto, existam critérios definidos, pois que deverá haver uma adaptação de ambiência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A Ilusão da Segurança Jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Lei 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. **Lei 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF, 23 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Lei 9.714**, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasília, DF, 25 nov. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Lei 10.259**, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da justiça federal. Brasília, DF, 12 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Lei 11.719**, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Brasília, DF, 20 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Código Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Código de Processo Penal Anotado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Código Penal Anotado**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.835.723 – Proc. 2006/0074282. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Hélio Sibulski. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, DJ 09 abr. 2007. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600742825&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal. Introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. Coleção Ciência Criminais, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANTON FILHO, Fabio Romeu. **Bem Jurídico Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Sumários de processo criminal (1967-1968)**. Coimbra, 1968.

CERETTI, Adolfo e MANNOZZI, Grazia. Più riparazione meno pena. Galileo Giornale di scienza e Problemi Globali, 2000. Disponível em <<http://www.galileonet.it/articles/4c32e12d5fc52b3adf0007e4>>. Acesso em: 26/05/2013.

COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução ao Direito Penal**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

_____. **Bem Jurídico-Penal**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Para uma reforma global**. *Revista Portuguesa de ciência criminal*. Coimbra, 1998.

FERNANDES, Fernando. **O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal**. São Paulo: Almedina, 2001.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. **Tratado de Derecho Penal Comum Vigente em Alemanha**. Código Penal para El reino de Baviera. Parte General. Trad. AL castellano de La 14ª ed. Alemanha por Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemer. Buenos Aires: Hamurabi S.R.L, 1989.

FIELD, Rachel. **Encontro Restaurativo Vítima-Infrator: Questões Referentes ao Desequilíbrio de Poder para Participantes Jovens do Sexo Feminino**. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). *Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**. 9 ed. São Paulo: Loyola, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. **Globalização e a criminalidade dos poderosos**. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 5, fasc. 3/4, p. 361-372, 1996.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosh, 1984.

_____. **Consideraciones sobre la víctima de delito**. Traduzido por Rocío Cantarero Bandrés. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid: Ministerio de Justicia, 1990.

HULSMAN, Louk. **Práticas punitivas: um pensamento diferente**. Traduzido por Helena Singer. São Paulo: Revista brasileira de Ciências Criminais, 1996.

_____. **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Organizadores Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva. São Paulo: IBCCrim, 1997.

HUGHES, Patrícia e MOSSMAN, Mary Jane. **Re-thinking access to criminal justice in Canada: A Critical Review of Needs, Responses and Restorative Justice Initiatives**. Department of Justice Canada, Research and Statistical Division. Março de 2001. Disponível em: <<http://www.canada.justice.gc.ca/en/ps/rs/rep/rr03-2.pdf>>. Acesso em 26 mai. 2013.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa**. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte Geral. Fundamentos y teoría de la imputacion**. Trad. por Joaquim Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murilo. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 1997.

LITZ, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. e comentários por José Higinio Duarte Pereira . atual. e notas por Ricardo Rodrigues Gama. Tomo I. Campinas: Russell, 2003.

MARQUES, Frederico. **Curso de Direito Penal**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1954.

MEZGER. **Tratado de Derecho Penal**. 2 ed. vol. 1. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. Série Ciência do Direito Penal Contemporânea. vol. 8. São Paulo: RT, 2005.

MIR PUING. **Derecho Penal: Parte Geral**. Barcelona: PPU, 1985.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1996.

MIRANDA, Andrea Tourinho Pacheco de. **Mediação Penal e Política Criminal: Uma terceira via para composição de conflitos**. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1110/10%20R%20Mediacao%20penal%20-%20andrea.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 fev. de 2013.

NETO, Pedro Scuro. **Por uma Justiça Restaurativa ‘real e possível’**. Disponível em: <http://www.nest.org.br/colab.pedro.scuro.neto/por.uma.justica.restaurativa.real.e.possivel.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

NILO, Batista. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1985.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010.

PASSETTI, Edson. **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Organizadores Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva. São Paulo: IBCCrim, 1997.

PINTO, Renato Sócrates. **Resolução 12/2002 da ONU**, de 24 de julho de 2002. Dispõe sobre os princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Tradução livre por Renato Sócrates Gomes Pinto. Rio Grande do Sul, RS, 24 jul. 2002. Disponível em: < <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UiPZbTYU Lk> >. Acesso em: 25 mai. 2013.

PORTUGAL, Daniela Carvalho. **Criminologia Crítica e o Papel da Vítima no Direito Penal**. Em: Teses da Faculdade Baiana de Direito. Vol. 04. Salvador, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 3 ed. vol 1. rev. Atual e ampl., São Paulo: RT, 2002.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3 ed. rev. atual e ampl., São Paulo: RT, 2003.

QUERALT, Joan J. **Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del proyecto Alternativo de Reparación**. In: Política Criminal y nuevo Derecho Penal (Libro-Homenaje a Claus Roxin). Barcelona: J. M. Bosh Editor, 1997.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Parte Geral**. 2 ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **Presente y futuro de la victimología**. Em: Revista de ciencias penales/Instituto de ciencias penales. Tomo XL, nº 1. Santiago, 1935.

RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 71003558400. Turma Recursal Criminal. Relator: Claudemir José Ceolin Missaggia. Julgado em 30 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Crime Nº 70017647454. Sétima Câmara Criminal. Relator: Des. Nereu José Giacomoli. Julgado em 12 abr. 2007. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70017647454&code=9868&orgao=TRIBUNAL DE JUSTIÇA - 6. CAMARA CRIMINAL](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_movimentos.php?entrancia=2&comarca=700&num_processo=70017647454&code=9868&orgao=TRIBUNAL_DE_JUSTIÇA_-_6._CAMARA_CRIMINAL)>. Acesso em: 11 nov. 2012.

ROSAL, Cobo del, ANTON, Vives. **Derecho Penal**. 3 ed., Valência: Tirant lo Blanch, 1991.

ROXIN, Claus. **Strafverfahrensrecht**. 22ª Auflage. Munchen: Beck, 1991.

_____. **Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Schlussberich**”. In: ESER, Albin; KAISER, Günther; MADLENER, Kurt (org.). *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br. Freiburg im Breisgau*, 1992.

_____. **Derecho Penal: parte geral**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luíz Natscheradetz. 3 ed. Lisboa: Vega, 1998.

_____. **La reparación en el sistema de los fines de la pena. De los delitos y de las víctimas**. Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carraza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomoli. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÁCHEZ SILVA, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: José Maria Bosh Editor, 1992.

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Justiça Restaurativa, um novo olhar sobre as vítimas de delitos, e a injustificável contraposição da vitimodogmática**. Publicado em junho de 2010. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3052.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

SAUER, Guillermo. **Derecho Penal**. trad. Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosh, 1956.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Sistema del derecho penal y victimodogmática**. In: **La ciência del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro-Homenaje al professor Doctor Don José Cerezo Mir**. Traduzido por Mariana Sacher. Madrid: Tecnos, 2002.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Organizadores Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva. São Paulo: IBCCrim, 1997.

SITE JUSTIÇA PARA O SÉCULO 21. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/>>. Acesso em: 26 mai. 2013.

SITE DEPARTMENT OF JUSTICE OF CANADA. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/jsp-sjp/op00_3-po00_3/p3.html#section3_3>. Acesso em: 26 mai. 2013.

_____. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/jsp-sjp/rp01_1-dr01_1/rp01_1.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2013.

SITE AGÊNCIA DE NOTÍCIAS TJBA. Disponível em <<http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/jrcartilha.pdf>>. Acesso em: 26/05/2013.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. Eugenio Raul & BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. Eugenio Raúl. In: PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

ZIPF, Heinz. **Introducción a la política criminal**. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. JAÉN: EDERSA, 1979.

WELZEL. **Derecho Penal Alemán.** 3 ed. castellana da 12^a ed. alemán.
Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1987.