



A audiência de custódia e a justiça restaurativa na promoção da dignidade humana: pelo perfilhamento da postura do estado democrático de direito

The custody hearing and restorative justice in the promotion of human dignity: for the adoption of the posture of the democratic state of law

Recebido: 15/12/2016 | Aceito: 20/06/2017 | Publicado: 20/06/2017

Anderson Melo de Almeida

 <https://orcid.org/0000-0001-7574-2584>

 <http://lattes.cnpq.br/3547362927474937>

Faculdade Cenecista de Rio das Ostras, FACRO, RJ, Brasil

E-mail: anderson.almeida@gmail.com

Resumo

Diante de um modelo penal e processual penal antigo que não atende aos conflitos entre as partes interessadas, gerando com isso descrédito a justiça de modo geral, surge a Justiça Restaurativa com a Audiência de Custódia, como possibilidade para resolver tal problemática e como elemento de concretização do Estado Democrático de Direito. A Carta Magna de 1988 representa o símbolo maior do processo de democratização e de constitucionalização nacional, sendo vista como a Constituição Cidadã. O supra princípio da Dignidade da Pessoa Humana contido no texto constitucional consiste num dos principais fundamentos da República, funcionando como base aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, sobretudo na seara criminal. A partir da chegada da nova Constituição Nacional, ocorre uma releitura das legislações infraconstitucionais, que passam a ser interpretados de acordo com o novo texto constitucional. Na atual conjuntura jurídica-penal nacional, está associada à ideia de garantismo, ligada ao conceito de Estado Democrático de Direito, apresenta-se a Justiça Restaurativa juntamente com a Audiência de Custódia como a possibilidade de um novo modelo de justiça, mais humano e ciente, visando aplicação da pena correta pelo Estado, solucionar o conflito, na busca por resultados positivos na redução da reincidência criminal, a satisfação da vítima e a mudança da cultura de violência, para que possamos ser compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Justiça Restaurativa. Audiência de Custódia. Sistema Criminal. Dignidade da Pessoa Humana. Estado Democrático de Direito.

Abstract

Faced with an old criminal and procedural criminal model that does not respond to conflicts between the interested parties, thereby creating a discredit our justice in general, the Restorative Justice with the Hearing of Custody appears as a possibility to solve such problem and as an element of Democratic State of Direct. The Carta Magma of 1988 represents the major symbol of the process of democratization and national constitutionalization, and is seen as our Citizen Constitution. The above principle of the Dignity of the Human Person contained in the constitutional text is one



of the main foundations of our Republic, functioning as a basis for the direct and fundamental guarantees of the citizen, especially in the criminal sector. From the arrival of the new National Constitution, a re-reading of the infraconstitutional legislations, that begin to be interpreted according to the new constitutional text. In the current national juridical-juridical conjuncture, it is associated with the idea of garantism, linked to the concept of Democratic State of Right, presents the Restorative Justice together with the Hearing of Custody as the possibility of a new model of justice, more human and quotient, in order to apply the correct sentence by the State, to resolve the conflict, to seek positive results in reducing criminal recidivism, victim satisfaction and changing the culture of violence, so that we can be compatible with the Democratic Rule of Law.

Keywords: Restorative Justice. Custody Hearing. Criminal System. Dignity of human person. Democratic state.

Introdução

A Constituição vigente traz, em seu artigo 1º, a definição política constitucional do Estado Brasileiro, afirmando-o como Estado Democrático de Direito, trazendo com isso o maior e talvez até o mais importante de todos os dispositivos, posto que dele decorre todos os demais princípios que alicerçam o ordenamento jurídico.

Através de uma releitura com observância dos fundamentos e objetivos da Carta de 1988, o Brasil passa a ser reconhecido não como Estado de Direito, mas como um Estado Democrático Direito.

No artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, temos o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, reconhecido como dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo esse princípio de maior abrangência no que se refere aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, onde se protege como aplicabilidade deste dispositivo, a vida, a integridade física e mental, a liberdade, a educação, dentre outros bens juridicamente tutelados.

O modelo de Estado Democrático de Direito volta-se a coibir as arbitrariedades estatais, cujo alicerce vem sendo construído desde período iluminista. Faz-se necessário a busca de um entendimento crítico e dialético da ciência jurídica, além de uma maior integração entre a Ciência do Direito com as demais ciências, fundamentando na interdisciplinaridade, como elementos de satisfação social.

Hoje no Brasil, temos um sistema Judiciário que causa descontentamento em grande partes da população, pela sua falta de estrutura de organização, tendo um baixo número de servidores, o acúmulo pilhas de processos, falta de Juízes e vários outros motivos que levam a morosidade sistêmica processual, além dos diversos recursos, que fazem com que o processo tenha o sua marcha processual postergada, em especial no Processo Penal, deixando a sociedade e principalmente as vítimas de atos criminosos com um desamparo com relação à atuação do Poder Judiciário.

Existe no Brasil um agravamento decorrente a legislação criminal, que tem a vítima crimes como mero coadjuvante dentro do Processo Penal, ficando o Estado como maior elemento e mais interessado na resolução do conflito gerado. O distanciamento dos envolvidos na tomada de decisões dentro do processo penal trás uma insatisfação bem grande por parte das vítimas e de sua parentela, posto não



pode nem externar seus pensamentos, medos e angústias, onde o único local para sua manifestação é a audiência, apenas no que for inquerido pelo Juiz, Promotor ou pelo Advogado.

Nota-se que o encarceramento não resolve o grave problema de crescimento da criminalidade, este discurso acaba ganhando força quando associado, de maneira equivocada, a medidas democráticas. O grande desafio da sociedade é o de conquistar, de maneira equivocada, as medidas democráticas. O grande desafio da sociedade é o de conquistar, de maneira democrática, instituições capazes de fazer emergir uma sociedade civil dotada de senso crítico, participativa e que atue de maneira coerente, cuja competência cívica, os regimes autoritários buscam evitar.

Como modo alternativo de solucionar ou diminuir tais dificuldades, o legislador nacional, espelhando-se em vários países dos inúmeros continentes, têm buscado em leis esparsas e em vários dispositivos relativos à legislação penal, a inclusão da vítima na solução dos conflitos, fazendo com que a mesma auxilie o Judiciário na busca de um melhor caminho que atenda aos seus interesses e os da sociedade de um modo geral, além de legislação penal processual penal, ter adquirido nos últimos anos, mecanismos de maior proteção à vítima, visando tratá-la como sujeito de direitos e não mais como um mero elemento de prova.

Cabe destacar um novo modelo de Justiça para o século XXI que recebe o nome de “Justiça Restaurativa”, assunto da maior relevância, que requer, além da ajuda estatal, também uma participação da comunidade de modo real e efetivo, como forma de fazer a vítima e os seus familiares para atuação mais ativa no processo, a inclusão do agressor do bem jurídico tutelado neste debate, além do aumento da credibilidade da Justiça perante os cidadãos.

Por diversas vezes a vítima no Processo Penal é deixada de lado e vista simplesmente como prova, o que causa na maioria dos casos uma grande insatisfação perante o Poder Judiciário, já que a mesma fica impedida de expor os seus sentimentos, a angústia, a dor trazida em razão do crime, quando tudo isso seria possível dialogando com o acusado em comento (Lake, 1992).

Em relação ao infrator, a partir do conhecimento das consequências da sua prática criminosa, por meio do contato com a vítima e seus familiares, além da possibilidade de participação também dos parentes do agressor e de outras entidades sociais, pode ser este o primeiro passo para uma constituição dos efeitos nocivos da sua atitude e de uma não reincidência criminosa (Lake, 1992).

Percebe-se um ganho para a vítima que se sente importante e reconhecida, por ter conseguido colocar diretamente os seus sentimentos àquele que lhe causou um dano e buscando em conjunto a melhor solução para os males suportados em razão do crime. Por outro lado, ganha o Estado na redução da criminalidade, através da não reincidência, além, é claro, do agressor que consegue pensar acerca das suas atitudes negativas e com a possibilidade de não mais atuar no crime, posto que também se sente valorizado enquanto ser humano, por não ser tratado como marginal.

O trabalho tem a proposta que visa à junção de todas as normas já presentes na legislação pátria e das políticas públicas em andamento, tudo de forma sistemática, com método próprio, seguindo a linha implantada por alguns Países, que já



demonstram índices satisfatórios na redução na criminal, buscando adaptá-los à realidade nacional.

Encontra-se dividido em três capítulos o trabalho, onde no primeiro versa sobre a sanção criminal como instrumento de regulação, o segundo aborda a distinção entre justiça retributiva e restaurativa: valores, procedimentos, resultados distintos e a reconfiguração dos sujeitos do processo e o terceiro capítulo e apresentado a audiência de custódia como um instrumento processual penal a serviço da justiça restaurativa (Lake, 1992).

Com isso, pretende-se trazer à discussão a possibilidade da implantação sistemática deste novo modelo de Justiça, que busca resgatar a Dignidade da Pessoa Humana através da participação da vítima dentro do Processo Penal em conjunto com o agressor, familiares de ambas as partes e a comunidade, na solução do conflito, como sendo mais um mecanismo de concretização do Estado Democrático de Direito, por meio da participação direta dos interessados nas tomadas de decisões, sendo este mais um mecanismo de efetivação da democracia participativa.

Deste modo, passa a ser a Justiça Restaurativa juntamente com a Audiência de Custódia um novo modelo de Justiça Penal, e Processual Penal dentro da perspectiva de resgatar a vítima, colocando-a de maneira voluntária em contato direto com o agressor em uma primeira Audiência, numa forma de aplicação e efetivação do princípio do Princípio da Dignidade Humana e do Devido Processo Legal, com a atuação do Estado Brasileiro na resolução dos conflitos sociais e na redução da violência.

A sanção criminal como instrumento de regulação (inclusão/ exclusão) do homem:

As sanções criminais: suas concepções na história.

Ao tomar o caminho pela análise das sanções aplicadas aos crimes praticados, temos a pena de morte como a maior punição imposta na história da humanidade.

A Humanidade seguiu e continua a seguir- um longo e árduo caminho para afirmação de um direito punitivo humano na busca por garantir e efetivar a realização dos direitos fundamentais do homem, reconhecidos e estabelecidos universalmente ao longo do tempo. Neste sentido, os Direitos Humanos são característicos do homem e devem ser respeitados, sem distinção, inclusive, os dos que se encontram cumprindo a penalidades da lei. Conseqüentemente, esse reconhecimento e ideais devem ser transportados para a realidade das instituições penais e não ficar apenas adstritos à letra de uma lei, ou ineficácia de uma norma.

Com intuito de situar os conceitos de punição e respeito nos direitos humanos, faremos uma breve entrada no histórico do Direito Penal.

1.1.1 Antiguidade

A pena originalmente se fundamenta no instituto de reação e defesa, frente à agressão de bens individuais ou, coletivos de uma comunidade. Seu início foi demarcado à época da vingança privada, na qual sanções eram empregadas de



maneira completamente desproporcional e arbitrária. Com o passar do tempo, em prol da organização das comunidades primitivas, começa a se esboçar a formação do Estado e a necessidade de limitações aos castigos penais impostos.

No Período Clássico da Antiguidade são encontradas diversas manifestações do Direito Penal nos sistemas jurídicos das civilizações: chinesa, indiana, egípcia, babilônica, hebraica, grega e romana.

Historiadores como Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 181) ensina que na china antiga existem comprovadas as existências das “cinco penas”, das quais cita, “o homicídio punido com a morte, o furto e as lesões punidos com a amputação de um ou ambos os pés, o estupro com a castração, a fraude com a amputação do nariz e as infrações menores com a marca na testa”.

Tais sanções demonstram o pensamento da sociedade do período e o estágio de evolução dessa cultura penal, que possuía um caráter muito severo.

No Código de Manu na Antiga Índia, que data por volta do século X a.C, este apresentava penas de caráter moral, que serviam para retirar os males cometidos pelo infrator, seu fundamento era divino e organizado de acordo com as castas sociais. Dessa maneira, a pena que seria aplicada era auferida de acordo com a hierarquia social.

O Egito, à época, apresentava um sistema organizado e individualista de penas, considerando avançado para o período antigo e sem muitas penas de morte. Os egípcios eram teocráticos, de modo que as infrações afetavam diretamente a religião, o que evidenciava o caráter das penas que eram consideradas severas, podendo-se citar as sanções que atingiam a vida, a alma ou a vida após a morte, como as maldições e o desterro.

Na Mesopotâmia no século XVII a.C, os babilônicos desenvolveram um dos códigos mais importantes da antiguidade, o Código de Hammurabi. Este código, que leva o nome de seu criador, é formado por um conjunto de normas de conduta e teve como norma expoente o talião.

Por mais paradoxal que pareça, a Lei de Talião, definida no artigo 196 desse código, foi uma verdadeira conquista dos povos e dos Direitos Humanos, uma vez que, no princípio dos tempos, costumava-se punir os delitos com extrema desproporcionalidade e crueldade.

Com o advento da Lei do Talião, as vinganças ficaram limitadas às *lex talionis*, isto é, à proporção da ofensa, não podendo ultrapassar o equivalente ao dano, critério esse empregado principalmente nas sanções criminais.

Divide-se em quatorze partes o Código de Hammurabi, com 282 artigos que tratam das seguintes matérias: penal, patrimonial, processual, obrigacional e familiar, sucessória, regulamentar de profissões, preços e remunerações de serviços. Almir de Oliveira (2000, p.101) declara que o Código de Hammurabi estipulava penas rigorosas para calúnia, a difamação e a injúria, com o que se buscava a proteção da honra alheia. As penas para as lesões corporais e os homicídios eram extremamente severas, adotando-se o talião e a ordália, com o que se procurava proteger a integridade física e a vida das pessoas.



As penas tinham sua variação conforme a categoria social do autor e da vítima e eram desiguais se categorias de um ou de outro fossem diferentes. Puniam-se com a morte o furto, o roubo, o assalto, o sequestro de pessoas, a calúnia e o falso testemunho.

O monarca Hammurabi ordenou entalhar suas leis em pedra, proclamando-se o escolhido dos Deuses - observa-se o caráter teocrático do Direito da época na expressão “escolhido dos deuses” - para trazer justiça a terra. O Código de Hammurabi trazia uma segurança jurídica até então nunca vista na história da humanidade, pois as normas estavam escritas e não sujeitas ao simples arbítrio governante.

O Código divide os homens em três classes sociais, iniciando pelos *awelum* (filho do homem), constituída pelos homens livres pertencentes à classe mais alta da pirâmide social; por homens livres comuns e, por último, a classe dos *mushkenum*, composta apenas por homens livres comuns e, por último, a classe dos *wardum*, compostas pelos escravos (Lake, 1992).

Com um olhar de atenção sobre o Código de Hammurabi, percebe-se que apesar das diferenças de classes dentro da sociedade, o tratamento empreendido aos indivíduos infratores possuía uma certa igualdade. Afinal, estava inerente ao código o princípio da equidade.

Quanto maior status social do agente, maior era a sanção pela ofensa. Apesar de serem aplicadas mais gravemente sobre a classe dominante, demonstrava uma igualdade maior na aplicação da justiça tratando com equidade a aplicação do Direito, uma noção de proporcionalidade que conferiu àquela sociedade um destaque histórico.

Tendo uma visão observadora em outros períodos históricos da humanidade, o estudioso Jhon Gilssen (2003, p. 610) tece comentários sobre as primeiras tentativas da humanidade de uma sistematização jurídica, afirmando que o mais antigo código conhecido atualmente é o código de Ur-Nammu-escrito por volta de 2040 a.C.-, apesar de haver vestígios de outras tentativas de sistematização, como o código de Urakagina de Laga do 3º milênio antes de Cristo.

Na Antiguidade, os hebreus eram um dos principais povos a apresentar um regime teocrático monoteísta, no qual os governantes estavam sujeitos à lei. Seu principal texto legal é a Bíblia, que apresenta uma legislação voltada para todos, sem exceção, submetendo inclusive os reis e os intérpretes do texto sagrado.

Para os judeus, o poder dos reis era inferior aos mandatos da lavé. Logo, o poder dos reis era limitado. Prova desse conceito do Direito interlaçado à religião é a passagem bíblica em que Deus entrega os dez mandamentos aos judeus, presente no Antigo Testamento, livro Êxodo, capítulo 20, nos seguintes versículos: “(...) 13- Não mate. 14- Não comete adultério. 15- Não roube. 16- Não dê testemunho falso contra ninguém. 17- Não cobice a casa de outro homem”.

Tais ordens ao povo hebraico, têm caráter divino, pois são emanadas do próprio Deus para o povo judeu. Demonstram, ainda, uma preocupação maior com a vida humana e com diversos valores sociais de caráter fundamental, como direito a vida, família, propriedade e honra.



Existem outras passagens que, em uma primeira interpretação em seu sentido literal, apresentam penas sem razoabilidade ao ato praticado. No entanto, se defende que, se observado o sentido global do texto, pode-se concluir que tinham um sentido voltado à proporcionalidade, de modo a salientar a importância das manifestações de caráter humanitário contidas no texto bíblico. Esse sentido de proporcionalidade se constata na Lei do Talião encontrada na Bíblia no seu livro de Êxodo, ao tratar das leis a respeito da violência, onde o capítulo 21, versículos 24 e 25, lê-se: “24 - olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, 25 - queimadura por queimadura, machucadura por machucadura”.

No povo judaico, as penas gradativamente ganharam status de vingança pública. Muito embora ainda empregada de maneira não menos violenta que a anterior, esse modelo representou o início do caminho em direção aos princípios da Lei do Talião. Esta lei, que propunha um maior controle sobre as punições, trouxe aplicado ao castigo a ideia da pena como retribuição ao mal causado na medida do mal, sendo aplicado de maneira mais condizente ao delito cometido.

Já ao se observar a civilização grega, apesar de ser considerada àquela que contou com os maiores pensadores políticos e filósofos da Antiguidade, os gregos não se destacaram com a mesma relevância nas ciências do Direito.

Não se encontraram vestígios de uma literatura ou um sistema jurídico organizado, mas ordenamentos jurídicos individuais em cada cidade-estado com manifestações esparsas e, muitas vezes, com um direito próximo entre as cidades em decorrência da cultura comum, o que, contudo, não representava uma ordem da jurídica. John Gilissen (2003, p.186) ao tratar da evolução dos sistemas políticos gregos afirma que:

Não há propriamente que falar de um direito grego, mas de uma multidão de direitos gregos, porque, com exceção do curto período de Alexandre o Grande, não houve nunca unidade política e jurídica na Grécia Antiga. Cada cidade tinha o seu próprio direito, tanto público quanto privado, tendo caracteres específicos e evolução do direito da maior parte das cidades; apenas Atenas deixou traços suficientes para permitir conhecer os estágios sucessivos da evolução do direito.

Na Grécia Antiga, a sanção era aplicada por meio de uma coerção social, na qual a comunidade e o grupo familiar era envolvido. A lei penal era severa e ao mesmo tempo respeitada diante do controle exercido pela sociedade.

Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2001, p. 186) explicam que cada indivíduo do grupo social converte-se em um agente da polícia de segurança; deste modo a chamada ‘corrupção de sangue’, isto é, a pena que alcança a família e o grupo, é um imenso meio de controle social.

José Reinaldo de Lima Lopez (2002, p. 39) observa a respeito que,

O medo da impunidade era enorme. Uma pequena ofensa não punida poderia desarranjar toda a cidade, gerando vingança, etc. Assim, as penas eram muitas vezes desproporcionais aos crimes, para os nossos padrões. As penas eram, em geral: castigo, multas, feridas, mutilações, morte e exílio.



No mesmo sentido Fábio Konder Comparato (2003, p. 41) aborda sobre a devoção dos gregos por suas leis, apontando a famosa passagem da obra do historiador grego Heródoto, que narra um diálogo entre o rei dos persas, Xeres, e antigo rei espartano, assim vejamos:

O soberano persa, preste a invadir a Grécia, manifesta o profundo desprezo que lhe inspira aquele povo pouco numeroso, composto de pessoas 'todas igualmente livres e que não obedecem a um chefe único'. O espartano retruca que, se os gregos são livres, a sua liberdade não é completa: eles têm um senhor, a lei, que eles temem mais do que os teus súditos a ti.

Também predominavam as penas capitais no Império Romano e as sanções do desterro, açoites, castigos corporais e mutilações, entre outros suplícios. Entretanto, nos ensina Julio Fabbrini Mirabete (2005, p.224) que:

No meio de tanta insensibilidade humana, porém, já Sêneca pregava a ideia de que se deveria atribuir à pena finalidades superiores, como a defesa do Estado, a prevenção geral e a correção do delinquente e, embora nos tempos de Solo e Anaximandro a pena fosse considerada castigo, na Grécia Clássica, entre os sofistas, como Protágoras, surgiu uma concepção pedagógica da pena.

No caso de Roma, a lei das XII Tábuas (450 a.C) transformou os costumes em vigor em um conjunto de normas escritas. Tratava-se, portanto, de uma coletânea de costumes e não um código sistematizado, como adotamos moderadamente. Tal documento legal já diferenciava os crimes privados, destacando assim aqueles que executariam a persecução penal. Observa-se também nesse documento a influência do Código de Hammurabi no Direito Romano pela passagem 11, da Tábua Sétima que determina que se alguém ferre a outrem, que sofra a pena de Talião salvo se houver acordo.

No início do Império, o Direito Penal romano passa a ter um caráter quase exclusivamente público, de modo que a jurisdição e a tutela penal tornou-se também matéria de ordem pública.

Com o surgimento da Igreja Católica e conseqüente do Direito Canônico, segundo Ney Moura Telles (20014, p. 57), "sugiram debates acerca do caráter retributivo das penas, traduzidos com as noções da imortalidade da alma. Dessa maneira, a alma seria salva caso o pecador se redimisse através das penitências, pelo arrependimento e redenção". Assim, passa-se a considerar a intencionalidade como mediada da punição.

1.1.2 Idade Média

Vários fatores contribuíram para formação do feudalismo. Ressaltaremos aqui os de origem romana, os de base germânica e os fatores conjunturais.

Os fatores de origem romana decorreram das constantes lutas pelo poder do Império, da crise moral e ética entre os governantes, das guerras de proteção das fronteiras e conseqüente crise de fornecimento de escravos no qual resultou inflação nas cidades, se desencadearam em torno do século IV d.C., de vido à crise do e ao



Império ao êxodo urbano, o que acarretou a aristocratização e contribuiu para a solidificação do cristianismo (Lake, 1992)

Por sua vez, os fatores de bases germânicas caracterizaram-se pelo modo de vida rural, as leis orais, tribais e consuetudinárias, e o *comitatus* que possuíam, por meio de juramentos recíprocos, uma relação de fidelidade entre os membros do grupo social e o chefe da comunidade.

Já os fatores conjunturais, como as invasões bárbaras, os ataques normandos e o bloqueio do Mediterrâneo pelos muçulmanos, vêm desencadear novos impactos no sistema de aplicações penais.

Na Idade Média, a política e o direito eram descentralizados, com aplicações de sanções variadas de acordo com o senhor feudal. Tobeñas, em citação de Almir de Oliveira (2000, p. 110), explica que:

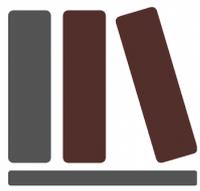
Os reconhecimentos dos Direitos Humanos soíam aparecer como uma reação contra os excessos da autoridade que os negava e quase sempre com um caráter contratual e de atribuição de concessões ou privilégios particulares, como prerrogativas reconhecidas a grupos de pessoas.

Os germânicos apresentavam um direito consuetudinário, inicialmente tendente à reparação sem atuação estatal. Tratava-se de uma vingança privada que não necessariamente significava uma represália violenta e desproporcional. Poderia o ofendido realizar tratativas de reparação pecuniária para restaurar a paz social abalada e recuperar a honra sem a necessidade de um molestamento físico. Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierrangeli (2001, p. 190) esclarecem que:

A pena mais grave conhecida pelo Direito Penal germânico foi a ‘perda da paz’ (Friedlosigkeit), que consistia em retirar-se a tutela social ao apenado, com o que qualquer pessoa podia mata-lo impunemente. Nos delitos privados, se produzia a Faída ou inimizade contra o infrator e sua família. A Faída podia terminar com a composição (Wertgeld), consiste em uma soma de dinheiro que era paga ao ofendido ou sua família, ou também mediante o combate judicial, que era uma ordália, ou seja, um juízo de Deus.

Segundo esses autores, a importância do direito destes povos se evidencia em decorrência da sua propensão ao restabelecimento da paz social por via da reparação. Seu intuito era, em regra, o de restaurar as relações e a ordem social, ao invés de enviar diretamente o fato para o tratamento do Estado.

O direito na Idade Média tem sabidamente influência direta do direito canônico, evidenciada na figura de teólogos que discorrem sobre o conceito de justa punição dos homens. Um deles, Santo Agostinho, propõe a desnecessidade de a pena ser absolutamente proporcional ou equivalente ao delito, promovendo ideias acerca da razoabilidade das sanções e do caráter utilitário da pena. Mas, isso estava longe dos conceitos modernos de pena e dignidade da pessoa humana – as penas utilitárias medievais tinham com um caráter brutal. Ficaram marcantes exemplos terríveis assinalados nos escritos históricos, tais como a morte pela fogueira, pela espada (para os fidalgos), fora, estrangulamento para as mulheres, pela roda, pelos afogamentos,



pelo azeite fervendo, enterramento vivo, cegamentos dos olhos, secção de membros do corpo, marcas com ferros em brasa, entre outras maneiras que perduraram até o século XVIII.

Neste aspecto, Margarida Genovis (2010, p. 13) assinala que:

No final da Idade Média, São Thomás de Aquino discute diretamente a questão dos Direitos Humanos, retomando Aristóteles e dando à sua filosofia a visão cristã. A fundamentação de São Thomás é teológica: o ser humano tem direitos naturais que fazem parte de sua natureza, pois lhe foram dados por Deus.

A magna Carta de João “Sem Terra” que é, sem dúvida, o documento medieval de maior importância na defesa do homem. Sua primeira celebração ocorreu em 1215, quando os nobres, descontentes com o governo do monarca, sitiaram a cidade de Londres, obrigando o rei a assinar Carta. Todavia, João Sem-Terra, após a assinatura do tratado, buscou o Papa Inocêncio III, afirmando que o documento era nulo, já que ele o teria assinado mediante coerção. O Papa aceita os argumentos do monarca e declara que o tratado havia sido assinado sem o seu consentimento e propugnou, por fim, que a Magna Carta fosse realmente nula, apesar de ter sido escrita por um cardeal.

Tendo em vista sua nulidade inicial, o documento foi reafirmado mais três vezes no ano de 1216 e 1217, e declarado autêntico em 1225. É, ainda, na Magna Carta que se expressa que o rei está vinculado às leis editadas, inclusive àquelas por ele escritas, trazendo fundamentos ao princípio da legalidade e inviolabilidade de domicílio. Essa carta foi disposta em forma de texto, sendo a sua divisão em cláusulas feita posteriormente.

Idade Moderna

O início das grandes transformações teve como marco o Renascimento, sendo elas política e ideológicas no mundo, O modo de pensar medieval sofreu mudanças com o advento das ideias iluministas que forneceram uma nova forma de enxergar o meio em que se vive. Essa nova concepção trouxe alterações no atuar de muitas ciências, não ficando o Direito imune aos novos ângulos da visão despertados no período e, naturalmente, com implicações diretas ao Direito Penal.

As sanções criminais ganham contornos de um pensamento mais humano, com destaque para obra escrito no século XVIII, do Italiano Marquês Cesare Beccaria (2010) denominada “Dos Delitos e das Penas”, com grande repercussão na época e que se mantém atualizadíssima como fonte de doutrina e estudo para o Direito Penal vigente.

Inglaterra

Depois da Guerra de Sucessão pelo trono inglês (Guerra das Rosas ou das Duas Rosas), de 1455 a 1485, isto é, depois de trinta anos de batalhas, a nobreza inglesa enfraqueceu-se e criou condições para um pós-guerra em que a monarquia seria fortalecida.



Assim, com a nobreza enfraquecida e diante dos conflitos existentes com o papa, o rei Henrique VIII conseguiu sujeitar o Parlamento e obrigá-lo a proclamar o Ato de Supremacia em 1534, tornando-se chefe da Igreja e instituindo o anglicanismo na Inglaterra. Foram quase 100 anos de supremacia real.

Anos mais tarde, a monarquia volta a se enfraquecer e acaba por ter de aceitar a Petição de Direitos, imposta pelo Parlamento em 1628. É por esse documento que os ingleses reafirmaram e afirmaram diversas prerrogativas, como o devido processo legal, o duplo grau de jurisdição e a legalidade.

Em 1679 foi assinada a Lei do *Habeas Corpus*, cuja denominação oficial era “uma lei para melhor garantia a liberdade do súdito e para prevenção das pressões no ultramar”.

Esse documento teve uma importância irrefutável, encontra-se em seu texto a seguinte passagem:

A reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto tratando-se de traição felony, assim declara no mandato respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, [...]), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia foi recusada, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executória perante o mesmo lorde-chanceler ou Juiz; e, se, afiançável, o indivíduos será solto, durante a execução da providência (*upon the return*), comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente.

O *Habeas Corpus* mantém seu conceito desde aquela época é considerado uma norma processual. Trouxe consigo uma garantia de liberdade para os envolvidos na lide penal, isto é, para o indivíduo detido ou acusado de algum crime.

No entanto a Magna Carta de 1215 garantia a liberdade de locomoção dentro da Inglaterra, entretanto, a sua eficácia não gerava bons resultados. Desta forma, em caso de ameaça ou prisão arbitrária, a liberdade era protegida por um mecanismo semelhante ao *Habeas Corpus* denominado *writ*, sinônimo de mandado judicial, que visava a proteger a liberdade do indivíduo, embora sua real proteção fosse bastante reduzida.

Em 1689, foi desenvolvida pelo Parlamento inglês a Declaração de Direitos, assinada naquele mesmo ano, Declaração de Direitos - *Bill of Rights* (1689).

Inicialmente, na referida Declaração nos itens 1 e 2, é afirmada a vinculação do rei às leis, não podendo ele suprimí-las ou modificá-las, ficando a cargo do Parlamento o exercício do poder legislativo. Diante da supressão do poder de legislar do rei, firmou-se definitivamente a criação de tributos pelo Parlamento, como é definido na cláusula 4.

Perante a formação de um Poder Legislativo autônomo, criou-se, também, imunidades aos seus membros para melhor exercerem a função de representantes do povo. A separação do Legislativo e suas prerrogativas estão inseridas nos artigos 8, 9 e 13, no qual ainda expõem que a eleição dos parlamentares deve ser livre,



gozando este da liberdade de expressão no exercício do cargo. Ademais, o próprio Parlamento tornou-se o órgão competente para analisar os discursos de seus legisladores.

Além disso, o direito de petição e assegurado no quinto item, direito este que assegurar aos cidadãos o direito de invocar o exame de determinada matéria pelo rei.

O princípio da reserva legal, ao tratar do direito dos protestantes de se defenderem e de possuir armas, se infere da utilização do termo “permitidas por lei”. Na cláusula 10, é reafirmado o princípio da proporcionalidade. Releva-se que ambos os princípios apontados estão contidos na Magna Carta de 1215.

Importante salientar que o *Bill of Rights* continua presente, ainda hoje, como um dos documentos fundamentais do Reino Unido, fazendo parte das normas vigentes que defendem o ser humano.

Na França: a Declaração como fruto da Revolução

Ao analisar a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, há um paradoxo em seu título. Se fizermos uma interpretação gramatical, a conjunção aditiva “e” sugere a diferenciação dos elementos “homem” e “cidadão”. Diante do princípio da igualdade elencada como um dos princípios na Declaração de Direitos, é necessário destacar o quadro social revolucionário para compreender o significado de “homem” e “cidadão” em sua Declaração de Direitos.

Os integrantes da Revolução, ao escreverem a Declaração de Direitos, rompiam com todos os parâmetros políticos do passado. Nenhuma outra revolução se deu no mesmo contexto político e anseio de liberdade. A França, por ter sido o país que mais enraizou o absolutismo monárquico, também foi o que mais tardou em romper com as suas amarras estamentais. O povo explorado e a burguesia que crescia em ritmo acelerado tinham no Estado os laços que impediam o seu desenvolvimento. A Igreja Católica condenava a usura; a nobreza e o rei, em conjunto, “sangravam” o povo com a exploração da mão-de-obra e aceleração do empobrecimento em decorrência da cobrança de impostos altos. Ainda nesse quadro, a inflação subia mais rapidamente que os salários.

Neste quadro, os revolucionários, ao desfazerem a estrutura estatal estabelecida, buscavam, além da criação de um novo Estado, um Estado livre, igual e fraterno. A propagação da nova ideologia para todos os povos do mundo era a lógica. Esse pensamento político dos deputados presentes na Assembleia Nacional Francesa sobre como deveria ser regida a Declaração é trazido por Fábio Konder Comparato (2003, p.130):

Démeunier afirmou, na sessão de 3 de agosto, que ‘esses direitos são de os tempos e de todas as nações’. Mathieu de Montmonrency repetiu em 8 de agosto: ‘os direitos do homem em sociedade são eternos, (...) invariáveis como a justiça, eternos como a razão; eles são de todos os tempos e de todos os países. Pétion, que foi maire de Paris, considerou normal que a Assembleia se dirigisse a toda a humanidade: “Não se trata aqui de fazer uma declaração de direitos unicamente para a França, mas para o homem em geral”.



Diante desse pensamento universalista, implementaram ideias em seu texto que abrangessem não apenas os franceses, mas todos os homens. Observa-se aí a diferenciação de homem e cidadão em seu título. O termo “cidadão” abrangeria os franceses, e “homem”, a população do mundo. Era um ideal de tornar “irmãos” membros de todas as nacionalidades, iguais, libertos e fraternos.

A evolução dos quadros políticos nas principais nações que influenciam era moderna resultaram na evolução do entendimento e defesa dos Direitos do Homem. A consolidação dos princípios da igualdade, ainda que não totalmente em seu estado ideal, terminou por assegurar prerrogativas em prol do ser humano.

Raciocinando neste sentido temos na Inglaterra a *Petition of Rights*, que resgata direitos individuais já existentes que estavam sendo suprimidos pelos soberanos. Já o *Habeas Corpus Act* trouxe um mecanismo processual em defesa das liberdades individuais frente às arbitrariedades do rei, como forma de auxílio ao cidadão.

Na série de direitos elencados em *Bill of Rights*, de singular importância constitucional para o povo inglês, além de conceder diversos direitos ao cidadão, o documento enraizou a separação dos poderes ao atribuir o Poder Legislativo ao Parlamento, retirando-o das mãos dos monarcas ingleses.

A França, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, temos como resultantes ideais de liberdade, igualdade e fraternidade e propagação universal do pensamento iluminista moderno. Sob o ponto de vista jurídico, ela trouxe uma lista de direitos fundamentais, tornando-se a base do Direito Constitucional moderno.

Os dois documentos aqui comentados traduzem os esforços em prol da defesa dos Direitos Humanos, ideal que vem a ser consolidado na Idade Contemporânea, reforçado especialmente depois das sangrentas guerras que marcam o século XX.

Com esse embasamento que o Direito reproduz a humanização do sistema penal. As sanções gradativamente sendo humanizadas; algumas nações começam a abolir ou restringir a pena de morte, assim como eliminar em grande parte as penas corporais, torturas, suplícios, trabalhos forçados e as sanções infantis começa-se a traçar um novo ideal sancionador, pautado na recuperação do condenado.

O reconhecimento dos direitos fundamentais no Brasil desde a constituição do império e os reflexos no ordenamento penal

A Constituição do Império foi promulgada em 1824 e traz entre os seus artigos os principais Direitos Humanos proclamados ao longo da história. Dentre todas suas cláusulas, somente o seu último artigo dá ênfase aos direitos civis e políticos do cidadão, cuja importância aparece ofuscada em último plano na Constituição.

Em seus primeiros artigos, a Constituição de 1824 preocupa-se em definir a forma de governo e de Estado adotada pelo Brasil, afirmando ser uma nação livre e independente, com um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo. Define ainda como religião oficial a Católica Apostólica Romana.

No texto constitucional, a proteção do indivíduo inicia-se no artigo 179, declarando invioláveis os direitos políticos e civis dos cidadãos brasileiros, que teriam



por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Em seguida, são elencados os direitos do cidadão em 35 incisos.

No inciso I da CR1824, temos assegurados o princípio da legalidade de forma clara ao determinar que “nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de Lei”.

Este princípio com origem na Magna Carta de 1215, vem sendo sucessivamente reafirmado ao longo da história e foi incluído entre uma das garantias constitucionais proclamadas na primeira Constituição do Brasil.

No inciso IV, temos protegido o direito à livre comunicação do pensamento por palavras, escritos, e publicações pela imprensa sendo assegurada a liberdade sem censura, respondendo necessariamente, pelos excessos praticados no exercício desse direito:

IV- Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publica-los pela imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercício deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar.

O inciso V traz a liberdade religiosa para o país; todavia, deveria ser respeitada a religião do Estado e a moral propagada por essa forma de doutrina religiosa. Neste sentido, determinava que “Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite o Estado, e não ofenda a Moral Pública”.

Observamos que a Constituição do Império sofreu influência da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Logo, no inciso VI a liberdade de locomoção, contida também na Magna Carta de João Sem- Terra, foi expressa: “CR 11824, art. 179, VI - Qualquer pode conservar-se, ou sahir do império, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os Regulados policiaes, e salvo o prejuízo de terceiro”.

O princípio da igualdade é assegurado no inciso XIII, impedindo tratamentos diferenciados e arbitrariedades. Tal mecanismo funciona frente ao legislador, evitando discriminação pela lei e também frente ao aplicador da norma, que deverá impor o Direito sem diferenciação discriminatória, pois assinar previa que “a Lei será a igual para todos, que proteja, quer castigue, a recompensa rá em proporção dos mecanismos de cada um”.

Em seu inciso XIX temos assegurada a proibição da tortura, açoites e todas as penas cruéis. Tal dispositivo é de caráter importantíssimo para o cidadão, pois não haverá dignidade se essas ameaças continuassem existindo nos ordenamentos jurídicos, embora o seu texto precise de determinação pelo legislador do que seria considerado tortura. Assim, previa que “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”.

A inviolabilidade do domicilio é consagrada no inciso VII, que abordado sobre a noite e o dia, previa que devia ser considerado dia o período em que o sol esteja brilhando, independentemente da hora. A tutela diferenciada se inicia, portanto, a partir do momento em que o sol se põe e o céu torna-se escuro.



VII- Todo o Cidadão tem em sua casa um asylio inviolável. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

No inciso VIII e XI a essência do princípio da presunção da inocência, uma vez que se defendia a elaboração de um processo para investigar a culpa do condenado, devendo apenas a autoridade competente aplicar a lei e prolatar a sentença.

VIII- Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; [...] fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as.

XI- Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórmula por ella prescripta.

O princípio da personalidade da pena é de suma importância para um ordenamento jurídico humanitário, pois somente aquele que comete um crime deve ser punido pelo poder soberano. O Estado tem autorização apenas para punir o infrator da norma, podendo aplicar uma sanção ao agente do crime e àquelas que auxiliam em sua prática, garantindo assim a inviolabilidade dos familiares, o que assim previa o inciso XX.

O princípio da humanidade intrínseco ao inciso XXI, de modo que o Estado tem a obrigação de adaptar sua infraestrutura prisional de forma a impedir que os condenados tenham deteriorada a sua estrutura física e mental. As Cadeias serão seguras, limpas, os bens arejados, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes.

Os dispositivos abaixo os seguintes direitos tutelados: a educação, essencial para o desenvolvimento da cidadania; a inviolabilidade de correspondência; a propriedade, protegendo principalmente os bens dos particulares frente ao Estado; e o direito à imutabilidade da coisa julgada.

XII- Será mantida a independência do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustalas, ou fazer reviver os Processos findos.

XXII- E' garantido o Direito de Propriedade em toda sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indemnização.

XXXII- A instrução primaria, gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII- Collegios, e Universidades, aonde serão ensinadas os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

Desde os primórdios constitucionais no Brasil foram assegurados direitos fundamentais em que o Estado mantém-se inerte ao seu desenvolvimento, isto é, são, em geral, liberdade públicas clássicas, ensejadas em diversos documentos jurídicos como a Magna Carta, o *Petition of Rights* e o *Bill of Rights*.



A divisão dos poderes na Constituição Imperial não era idêntica à concebida nos textos clássicos franceses, apregoados por Montesquieu. Sua divisão abrangia, além dos três tradicionais - Legislativo, Executivo e Judiciário - um quarto, denominado Poder Moderador. Este era considerado pela Carta a chave de toda a organização política, determinado em seus artigos 10 e 98:

Art.10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Judicial.
Art.98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

O título 5º da CR de 1824 trata das disposições sobre o Imperador, e nos seus artigos 98 e 101 do quarto poder da Nação, representado pela figura do Imperador Dom Pedro, considerado inviolável e sagrado. O termo sagrado nos remete a resquícios do absolutismo monárquico da Idade Moderna, no qual o rei possuía o poder soberano sacralizado, ou seja, com origem divina. Devido ao termo “sagrado” empregado em seu texto, a pessoa do imperador não ficaria sujeita à qualquer responsabilização por seus atos.

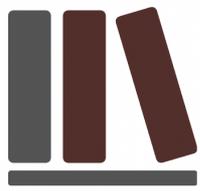
Na história penal brasileira, temos que o Direito Penal foi regido pelas Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas até o Império. Após a independência, passou a reger-se por uma série de documentos penais. Código Criminal do Império, de 16 de Dezembro de 1830; Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, decreto nº847 de 11 de outubro de 1890;

Consolidação das Leis Penais, decreto nº22.213 de 14 de dezembro 1932; Código Penal, Decreto Lei 2.848 de de 4 de dezembro de 1940 (ainda em vigor em sua parte especial, possuindo reformas posteriores); Código Penal, Decreto-Lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1969 (este Código Penal não chegou a vigorar no Brasil); Código Penal, Decreto-Lei 2.848/40, reformado em sua parte geral pela Lei 7.209 de 11 de julho de 1984.

O Código Penal em vigor é dividido em duas partes. A primeira, denominada Parte Geral, auxilia na interpretação e orienta na aplicação da norma penal. Já a segunda parte chamada de Parte Especial, contém um rol não taxativo dos crimes presentes no ordenamento jurídico nacional.

No início do século XXI, no Brasil, acontece uma série de leis penais incriminadoras, além do elenco contido no Código Penal, visando à proteção de bens específicos como o meio ambiente, os idosos, os menores de idade, os consumidores, a Administração Pública, os direitos difusos e coletivos; além de outras que tenham caráter mais severo como a lei de crimes hediondos, a lei de tóxicos acerca do tráfico de entorpecentes, e etc.

Na evolução histórica Brasileira, o Direito Penal teve progressivamente aumentado o rol das as proteções ao ser humano e melhorado as formas de sanções na ordem mundial e nacional. O Direito Penal atual não pode ficar incólume às mudanças ocorridas na sociedade, demandando uma constante evolução. Os



mecanismos de sancionamento devem convergir para humanização do sistema penal, com vista a possibilitar um melhor desempenho na ressocialização.

Por uma legislação penal humanizada: uma história a ser reinventada.

A criminologia entende que o paradigma punitivo atual se encontra esgotado não só na sua eficácia prática, mas também na sua legitimidade moral (quanto ao direito de punir) e político (no tocante à definição dos eventos classificados como delitos). Segundo os críticos, este modelo lastreia-se em pressupostos tradicionais bastante contestáveis, como o de que há pessoas más, merecedoras da pena de prisão. Isso ocorre em razão de uma norma oriunda do consenso coletivo, neste sentido, a lei penal se mostra expressão do pensar coletivo.

No que concerne à legitimidade do direito de punir, temos que a aplicação puramente do castigo e da punição sobre o condenado é oriunda da tradição que confere autoridade religiosa e moral ao soberano. Considera Warat (2001, p. 170) que o direito moderno ostentou esta autoridade, legislando os e os padrões de justiça em nome de uma suposta ordem racional plena.

Habermas (1997, p. 23) critica esta visão, asseverando que o conceito de soberania, segundo o qual o Estado monopoliza os meios da aplicação legítima da força, traz em si uma ideia absolutista de concentração de poder, capaz de sobrepujar todos os demais poderes deste mundo. Consonante o autor, o ideal é uma visão procedimentalista de exercício do poder que remete a ideia de soberania do povo e “chama atenção para condições sociais marginais, as quais possibilitam a auto-organização de uma comunidade jurídica”

Acerca do segundo tipo de legitimidade, o da criminalização ou da definição dos eventos classificados como delitos, a lei penal declara certos tipos de conduta como erradas e exige que todos os cidadãos acatem os seus decretos. Tal legitimidade tem sido contestada em face não só da ausência de um consenso sobre os valores por ela afirmados, mas porque suas determinações geralmente revelam a imposição de princípios de cidadãos mais favorecidos socialmente ou exercentes de algum poder.

Maira Lúcia Karam (2004, p. 73) argumenta que:

Crimes são meras criações da lei penal, através da seleção de determinadas condutas conflituosas ou socialmente negativas, que, por intervenção da lei penal, recebem esta denominação. O que é crime em um determinado lugar, pode não ser em outro; o que hoje é crime, amanhã poderá não ser.

Segundo Queiroz (2017, p. 71):

Em relação a realidade carcerária Brasileira, a perversidade no cumprimento da pena faz com que ofensor se torne, em certo ponto, uma vítima, pois se responde à violência perpetrada por ele com outro tipo de violência, a estatal. Isso porque, a pretexto de combater violência, o direito penal acaba gerando mais violência, nem sempre legítima, mas como pretexto para a violação sistemática de direitos humanos.



Edmundo Oliveira (2010, p. 460) cita alguns problemas humanos do recluso: insegurança, embrutecimento, solidão, ociosidade, abandono da família, desajuste sexual e incerteza quanto ao futuro livre”. Tais sentimentos, segundo o autor, são passíveis de causar-lhe a chamada “síndrome de vitimização do cárcere” que o faz sentir-se “credor” da sociedade e livre para exercer a violência, devido às violações rotineiras que padece no cárcere, violência que vão além da privação de liberdade.

Por estas razões é que, ao invés de controlar a delinquência e de reintegrar o apenado na comunidade, a pena privativa de liberdade tem fomentado a exclusão e o crime, estigmatizando o condenado e servindo como incentivo para aprendizagem da prática criminosa. Para sobreviver neste ambiente inóspito, o ofensor assimila novas práticas criminosas num processo de aculturação conforme os valores e as normas deste (como a violência, a corrupção e a “malandragem”, nas palavras de Juez Cirino dos Santos (2013, p. 5). Cria associações e relações paralelas de poder, que reforçam a cultura da violência e a geração de futuras organizações criminosas (CRUZ, 2011, p. 62-63).

Em Paladino (2010, p.406):

(...) embora o Estado despenda cada vez mais com repressão, com a polícia, com a construção de novas prisões, com a edição e aplicação de mais leis incriminadoras com isso condenações, a resposta de uma sociedade mais justa e segura ainda não se faz presente. Neste contexto, o que se sobressai é a inflação legislativa, a sobrecarga dos tribunais, a ineficiência da justiça e a ineficácia das penas clássicas.

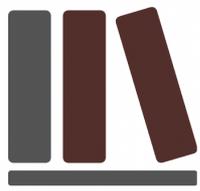
Conclui-se, por conseguinte que o encarceramento é dispendioso para o Estado, não reintegra ou ressocializa e ainda versa o apenado nas carreiras criminosas.

Na distinção entre justiça retributiva e restaurativa: valores, procedimentos, resultados distintos e à reconfiguração no papel dos sujeitos do processo.

Usando um conhecido pensamento construtivo: “Pontes ao invés de Muros”, podemos fazer uma correlação entre o atual sistema retributivo (muro), para o almejado sistema restaurativo (ponte). Neste último, existe um maior enfoque humanístico e não o que vemos hoje de um sistema corrompido onde a vítima é esquecida, o réu é transformado em monstro, em um Estado corrompido e fora de controle e que não conseguindo atingir de maneira alguma o verdadeiro caráter de ressocialização da pena, resultando num colapso no sistema penal brasileiro.

É neste viés que Giamberardino (2015, p. 57) esclarece:

O direito Processual Penal gira em torno da vítima real de um fato punível. Deve ser oferecido a ela mais proteção, deve ser concedido a ela mais proteção, deve ser condido a ela mais direito de ação e participação. Ela deve ser libertada da sua posição impotente no processo formalizado, onde ela deve observar, sem chances consideráveis de intervenção, a discussão ‘sobre sua’ causa por outros e podendo ainda ser interrompida à força por estes outros em razão de uma colaboração, em que ela – em qualquer caso



desta forma – não tem interesse regular. Em vez disso, a vítima deve poder tomar nas mãos ‘sua’ causa e entrar, mesmo sob uma certa fiscalização estatal, em mediação com o suspeito do ato, em que ambos os participantes diretos no conflito, em um processo de aprendizagem mútuo, podem pôr em dia, tanto pessoalmente como também juridicamente, o problema deste fato punível.

A proposta a ser apresentada não se trata, como será visto, de excluir ou deslocar o Estado em prol da resolução privada dos conflitos, mas sim de poder humanizar o sistema visando o bem de todos os envolvidos no processo, trazendo um fim pacífico para o conflito, de forma a diminuir a reincidência criminosa.

As distintas facetas entre a justiça retributiva e a restaurativa

Observando as falhas do sistema punitivo, Rolim (2006, p.90) questiona:

E se, no final das contas, estivéssemos diante de um fenômeno mais amplo do que o simples mau funcionamento de um sistema punitivo? Sem aí, ao invés de reformas pragmáticas ou de aperfeiçoamentos tópicos, estivéssemos diante do desafio de reordenar a própria ideia de justiça ‘Justiça Criminal’? Seria possível imaginar uma justiça que existe apta a enfrentar o fenômeno moderno da criminalidade e que, ao mesmo tempo, produzisse a integração dos autores a à sociedade? Seria possível imaginar uma justiça que, atuando para além daquilo que se convencionou chamar de ‘prática restaurativa’, trouxe mais satisfação às vítimas e as comunidades? Os defensores da Justiça Restaurativa acreditam que sim.

Usando como início este pensamento, temos que o modelo de Justiça Restaurativa se apresenta como um paradigma contrastante à Justiça Criminal, indicando soluções às principais falhas e ineficiência deste, alterando os focos e as soluções, conforme será indicado.

A princípio, nota-se que o processo penal é voltado de maneira específica à questão da culpa do acusado e, uma vez estabelecida, as garantias processuais e os direitos fundamentais são deixados de lado, resultando em uma menor atenção ao desfecho do processo, conforme destaca (Zehr, 2008).

Ainda, ao ser apurado a culpa, focaliza-se o passado, pois se tenta “reconstruir” o fato delituoso em questão. Assim, é possível concluir que o foco não está no dano causado à vítima, ao infrator e à comunidade, ou na experiência desta na ocorrência do delito, como a Justiça Restaurativa faz, mas sim na violação à lei e a determinação da culpa.

Em contraposição, o modelo restaurativo foca sua atenção no ato danoso, nos prejuízos causados aos envolvidos: vítima, ofensor e comunidade e nas possíveis soluções do conflito.

Posteriormente ao estabelecimento da culpa, desloca-se à determinação da punição. Nas palavras de Zher (2008, p. 64): “Culpa e punição são os fulcros gêmeos do sistema judicial. As pessoas devem sofrer por causa do sofrimento que provocam. Somente pela dor terão sido acertadas as contas [...] O objetivo básico do processo penal é a determinação da culpa, e uma vez estabelecida, a administração da dor”.



Desta forma, afirma-se que o sistema retributivo busca apenas retribuir o mal feito, sem trazer qualquer benefício à comunidade, ou ao infrator e, principalmente, à vítima. Nesse sentido, Zher (2008, p. 64) assevera que as instituições e métodos do direito são partes integrantes do ciclo de violência ao invés de soluções para ela.

Por sua vez Justiça Restaurativa expressa uma forma de justiça centrada na reparação, representando uma verdadeira ruptura em relação aos princípios de uma justiça retributiva, a qual se baseia somente nas sanções punitivas.

Além do mais o Processo Penal afasta as partes realmente envolvidas no conflito. A manifestação do acusado resume-se somente ao seu interrogatório quanto aos fatos delituosos, sem haver qualquer indagação quanto aos motivos que o levaram a cometer o delito, bem como as consequências que este trouxe em sua vida.

As vítimas são substituídas pela autoridade do Estado, tendo mínima participação no processo penal, atuando como testemunha ou através de um assistente de acusação, nos delitos processados mediante ação penal pública incondicionada. Ainda, outorga-se legitimidade às vítimas nos delitos processados mediante ação penal pública incondicionada. Ainda, outorga-se legitimidade às vítimas nos delitos que se processam mediante ação penal privada e pela ação penal pública condicionada à representação.

Em oposição, a Justiça Restaurativa traz as partes ao centro do processo, oferecendo-lhes autonomia para expor seus sentimentos e necessidades, bem como a possibilidade de ouvir a outra parte, num discurso equilibrado.

A possibilidade da maior diferença entre os dois modelos de justiça seja definição de crime adotada por cada um deles que o sistema de Justiça Criminal convencional enxerga o crime principalmente como uma violação de interesses do Estado. Em contraste, a Justiça Restaurativa vai além, oferecendo decisões sobre como melhor atender àqueles que mais são afetados pelo crime, dando prioridades aos seus interesses.

A Justiça Restaurativa propõe reconstruir a noção de crime, especificando que este é mais que uma transgressão de uma norma jurídica ou uma violação contra o Estado; é, também, um evento causador de prejuízos e consequências. Zehr (2008, p. 171) define as lentes da justiça retributiva como: “O crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor non contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regido por normas sistemáticas”.

Por outro lado, Zher (2008, p. 171) descreve a forma como a Justiça Restaurativa enxerga o delito: “O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.

Diferente da alternativa adotada, a Justiça Restaurativa se baseia em um paradigma não punitivo, que apresenta soluções às ineficácias do sistema de Justiça Criminal atual, alterando o foco do processo penal no estabelecimento da culpa e punição para o ato danoso, suas consequências e suas possíveis soluções.



Valores

Em relação aos valores, é possível observar uma dicotomia entre as justiças. Uma visa unidisciplinariedade e a outra a multidisciplinariedade, na retributiva existe um monopólio estatal da justiça criminal sendo que a restaurativa se caracteriza como uma justiça criminal participativa.

Nas palavras de Slakon, Vitto e Pinto (2005, p. 24) as justiças redistributiva e restaurativa trazem em sua definição elementos específicos:

Conceito jurídico normativo de Crime-ato contra a sociedade representante pelo Estado-Unidisciplinariedade; Primado do Interesse Público (Sociedade, representada pelo Estado, o Centro)- Monopólio estatal da justiça Criminal; Culpabilidade Individual voltada para o passado-Estigmatização; Uso Dogmático do Direito Penal Positivo; Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados-desconexão; Mono-cultural e excludente; Dissuasão. Conceito realístico de Crime- Ato que traumatiza a vítima, causando –lhe danos. Multidisciplinariedade; Primado do Interesse das pessoas Envolvidas e Comunidade- Justiça Criminal participativa; Responsabilidade, pela restauração, numa dimensão social; Uso Crítico e Alternativo do Direito; Comprometimento com a inclusão e Justiça Social gerando conexões; Culturalmente flexível (respeito à diferença, tolerância); Persuasão.

Percebe-se que em relação aos valores, a Justiça Restaurativa tem sua base fundamentada na valoração da proteção a vítima e não só na condenação do acusado, como acontece nos dias atuais, dando assim um enfoque humanístico em seus valores.

2.1.1 Procedimentos

Já em relação a parte procedimental existe uma desburocratização que se firma no sentido de exigir um ritual solene e público abrindo-se espaço a uma ação dialógica em comunidades com a retomada do valor nos sujeitos envolvidos no legítimo.

Nesse sentido, Slakon, Vitto e Pinto (2005, p. 25) aponta-nos a diferença procedimental:

Justiça Retributiva: Ritual solene e Público; Indisponibilidade da Ação Penal; Contencioso e contraditório; Linguagem, normas e procedimentos formais e complexos-garantias; Atores principais- autoridades (representante o Estado) e profissionais do Direito; Processo Decisório a cargo de autoridade (Policia, Delegado, Promotor, Juiz e profissionais do Direito) - Unidimensionalidade.
Justiça Restaurativa: Comunitário, com as pessoas envolvidas; Princípio da Oportunidade; Voluntário e colaborativo; Procedimento informal com confiabilidade; Atores principais- autoridades (representado o Estado) e profissionais do Direito; Processo Decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade)- Multidimensionalidade.

Nota-se, que a parte procedimental do Processo Restaurativo, é regido pelo princípio da oportunidade, com isso o procedimento é informal com confidencialidade. Existindo assim, um compartilhamento com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e



comunidade). Diferentemente da Justiça Retributiva com a sua Indisponibilidade da Ação Penal trazendo um grande formalismo já ultrapassado.

Resultados

O processo restaurativo pode obter vários resultados. O acordo pode incluir a remissão do agressor aos programas de reparação dos danos, de restituição às vítimas e de serviços comunitários, com a finalidade atender às necessidades e responsabilidades individuais e coletivas dos envolvidos, e para lograr a reintegração da vítima e do agressor. No caso de ofensas graves essas medidas podem ser combinadas com outras.

Neste sentido, Slakmon, Vitto e Pinto (2005, p. 25 e 26):

Justiça Retributiva: Prevenção Geral e Especial – Foco no infrator para intimidar e punir; penalização- Penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, multa Estigmatização e Discriminação; Tutela Penal de Bens e Interesses, com a Punição da Sociedade; Penas desarrazoadas e desproporcionais em regime carcerário desumano, cruel, degradante e criminógeno – ou – penas alternativas ineficazes (cesta básica); Vítima e Infrator isolados, desamparados e desintegrados. Ressocialização Secundária; Paz Social com Tensão.

Justiça Restaurativa: Abordagem do Crime e suas Consequências – Foco nas relações entre partes, para restaurar; Pedido de Desculpa, Reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, reparação do trauma moral e dos Prejuízos emocionais- Restauração e Inclusão; Resulta responsabilização espontânea por parte do infrator; Proporcionalidade e Razoabilidade das Obrigações Assumidas no Acordo Restaurativo; Reintegração do Infrator e da Vítima Prioritárias; Paz Social com Dignidade.

Observamos com isso, que um dos principais pontos de um processo restaurativo é a participação dos interessados, dos afetados, da comunidade, da vítima e do agressor no desenvolvimento do processo. Isso faz com que a solução encontrada no restaurativo seja muito mais eficaz já que foi construída com a participação de todos os envolvidos e atende às necessidades deles.

Efeitos Para vítima

Os efeitos são vistos como fator de maior diferença, eis que parte da análise do dispensado a vítima o tratamento que deixa de ser apenas alguém que sofreu uma injusta agressão e passa a ser o ponto importante no processo restaurativo. Para fins de melhor elucidar, Slakmon, Vitto e Pinto (2005, p. 26) dizem:

Justiça Retributiva: Pouquíssima ou nenhuma consideração, ocupando lugar periférico e alienado no processo. Não tem participação, nem proteção, mal sabe o que se passa; Praticamente nenhuma assistência psicológica, social, econômico ou jurídica do Estado; Frustração e Ressentimento com o sistema. Justiça Restaurativa: Ocupa o centro do processo, com um papel e com voz ativa. Participa e tem controle sobre o que se passa; Recebe assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação; Tem ganhos positivos. Supre-se as necessidades individuais e coletivas da vítima e comunidade.



Sob a ótica da Justiça Restaurativa à vítima é colocada no centro do processo, proporcionando ganhos positivos, suprimindo suas necessidades e restaurando o trauma sofrido, afastando assim, os efeitos negativos do modo retributivo.

Para o Infrator

O infrator, na justiça restaurativa, passa ter um enfoque humanitário, deixando de ser alguém disposto a sofrer apenas, uma sanção, para participar de uma restauração, assim realmente tendo a consciência dos seus atos, com isso diminuindo uma possível reincidência. A diferença entre os efeitos de cada qual justiça é apontada por Slakmon, Vitto e Pinto (2005, p. 27):

Justiça Retributiva: Infrator considerado em suas faltas e sua má formação; Raramente tem participação; Comunica-se com o sistema pelo advogado; É desestimulado e mesmo inibido a dialogar com a vítima; É desinformado e alienado sobre os fatos processuais; Fica intocável; Não tem necessidades consideradas.

Justiça Restaurativa: Infrator visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e consequências do direito; Participar ativa e diretamente; Interage com a vítima e com a comunidade; Tem oportunidade de desculpar-se ao sensibilizar-se com o trauma de vítima; É informado sobre os fatos do processo restaurativo e contribui para a decisão; É inteirado das consequências do fato para a vítima e comunidade; Fica acessível se vê envolvido no processo; Supre-se suas necessidades.

Após a análise realizada nota-se que para o infrator a Justiça Restaurativa é efetivamente positiva e benéfica quanto aos cuidados direcionados a ele, permitindo a este participar e se envolver no processo, desde a identificação de sua culpabilidade até a oportunidade em desculpar-se, posicionar-se e até justificar o que motivou a cometer o ato criminoso, é possível ainda tome conhecimento das consequências dos seus atos suprimindo assim as necessidades do infrator. O que não acontece enquanto Justiça Retributiva qual tem foco em punir dogmaticamente evidenciando desvantagens para o infrator.

Fatores de potencialização e minimização da implantação da justiça restaurativa no brasil: breve levantamento.

A Justiça Restaurativa é aplicada em diversos países do mundo. Porém, é necessário ter uma visão crítica no momento do seu transporte para a realidade nacional brasileira, pois cada sociedade possui características próprias. Deve-se, portanto, adequar essa forma de justiça aos meios e formas nacionais, pois caso não se atente a esses elementos, tende-se à criação de um sistema bonito no papel e de aplicação nula. Nas palavras de (Slakmon, Vitto & Pinto, 2005):

Nesse trabalho enfocamos o tema da compatibilidade jurídica da justiça restaurativa com o sistema de Justiça Criminal brasileiro, e externamos alguns pensamentos sobre sua possível implementação no Brasil. Querem



os ressaltar que tal compatibilidade não é de ser apenas como nossa Constituição, nossa legislação e nossas práticas judiciais, mas também como senso de justiça e a cultura diversificada de nosso povo. Por isso não podemos copiar, ingênua e alienadamente, modelos estrangeiros, principalmente de países cuja tradição jurídica difere da nossa, como é o caso dos países que adotam a common law. Argumentamos que a justiça restaurativa é juridicamente sustentável e compatível com nosso sistema jurídico.

Com essa breve explanação nota-se a possibilidade e necessidade da implantação de forma plena da justiça restaurativa no Brasil, o que Slakmon, Vitto e Pinto (2015, p. 29) esclarecem:

O modelo restaurativo é perfeitamente compatível com ordenamento jurídico brasileiro, em que se pese ainda vigorar, em nosso direito processual penal, o princípio da indisponibilidade da ação penal pública.

Tal princípio, contudo, se flexibilizou com a possibilidade da suspensão condicional do processo e a transação penal, com a Lei 9.099/95. Também nas infrações cometidas por adolescentes, com o instituto da remissão, há considerável discricionariedade do órgão do Ministério Público.

Nos países do sistema common law, o sistema é mais receptivo à alternativa restaurativa (restorative diversion), principalmente pela chamada discricionariedade do promotor e da disponibilidade da ação penal (prosecutorial discretion), segundo o princípio da oportunidade. Naquele sistema há, então, grande abertura para o encaminhamento de casos a programas alternativos mais autônomos, ao contrário do nosso, que é mais restritivo.

Mas com as inovações da Constituição de 1988 e o advento, principalmente, da Lei 9.099/95, abre-se uma pequena janela, no sistema jurídico do Brasil, ao princípio da oportunidade, permitindo certa acomodação sistêmica do modelo restaurativo em nosso país, mesmo sem mudança legislativa.

Neste viés, com o permissivo da Carta Magna, criou-se o projeto de Lei 7.006/2006 que sugere a implementação da Justiça Restaurativa no Brasil. Esse projeto de lei traria elementos a reforma penal necessária e lançaria as bases para a aplicação efetiva dessa abordagem em todo território nacional. Assim, com a sua promulgação teria o avanço reformador a muito esperado no Sistema Penal Brasileiro.

No entanto, após o trâmite legislativo o referido projeto foi considerado inaplicável ao contexto social brasileiro em decorrência de um “anseio da sociedade” pelo endurecimento da legislação penal. Ficou, portanto, consignado no relatório final, a não implementação do Projeto que, por sua vez foi remetido definitivamente ao arquivo. Assim, não houve nenhuma inserção direta e imediata da Justiça Restaurativa no sistema jurídico nacional, para a instalação dessas reformas essenciais ao sistema criminal, em que pese existirem já algumas leis em vigor trazendo traços da Justiça Restaurativa em seu bojo.

Pode-se citar como exemplo o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, onde afirma-se que os Juizados Especiais serão providos por Juízes togados que seriam aqueles incumbidos do poder jurisdicional e com competência para julgar crimes submetidos à sua jurisdição e juízes togados e leigos, que seria a reunião dos



primeiros com advogados com formação acima de cinco anos. Neste ponto, se propõe a preparação e a inserção destes juízes leigos na condição de facilitadores do diálogo, utilizando-se do processo como fundamento na Justiça Restaurativa.

Tais juízes leigos, adentrando na esfera de facilitadores, não teriam a competência para julgar o fato, mas teriam a função de promover a abordagem restaurativa. Da mesma forma se expõe acerca dos conciliadores, recomenda-se a utilização de bacharéis em Direito, os quais poderiam ter o preparo necessário para proceder ao diálogo restaurativo.

Propõe-se que a atuação seja realizada em esferas distintas: uma atuação pelo judiciário frente a ação penal, atuando na persecução criminal e uma outra frente de atuação, ocorrida em uma segunda etapa por meio dos facilitadores nos centros da Justiça Restaurativa.

Na sequência, o artigo 98 da Constituição Federal declara serem os juizes togados e leigos competentes para conciliação e transação. A conciliação e a transação abrem espaço para aplicação da Justiça Restaurativa, podendo esses institutos serem geridos com base na nova abordagem. A conciliação visaria não apenas ao acordo, mas à restauração por meio do diálogo, em que a transação acarretaria o acordo em si, abrangendo as necessidades dos envolvidos direitos e também da comunidade.

Destaca-se, assim, que já existem algumas compatibilidades entre a Justiça Restaurativa e a legislação penal vigente, a exemplo da Lei nº 9.099/2005, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e prevê penas alternativas ao encerramento com novas sanções. Contudo, as penas alternativas estão resumidas ao pagamento de cestas básicas, ou valores equivalentes, doadas pelo infrator a instituições beneficentes da região do Juizado.

Cabe-se ressaltar, que o processo restaurativo também é possível nos crimes contra o idoso, conforme se observa no artigo 94 da Lei 10741/2003, isso porque é aplicado o procedimento da Lei 9.099/1995 para os crimes cuja as penas não ultrapassem quatro anos.

Neste viés, SICA (2007, p. 89) declara:

Deste modo, o programa da justiça restaurativa pode ser perfeitamente compatível no Brasil, podendo utilizar espaços comunitários ou até mesmo centros integrados de cidadania, locais esses onde seria instalado núcleos de justiça restaurativa, sendo composto por uma coordenação e um conselho multidisciplinar, e cuja estrutura se compreenderia câmaras restaurativas onde se agrupariam as partes e os mediadores, com o devido apoio administrativo e de segurança.

Assim sendo, é possível utilizar estruturas já existentes para ser usados como espaços restaurativos, mas desde que o apoio dos órgãos governamentais, empresas e organizações não governamentais, operando em rede e encaminhando as vítimas e os infratores para os programas a fim de realizar um acordo restaurativo.

No Brasil a Justiça Restaurativa somente foi implementada no sistema judicial em pequena escala, o que absolutamente não sugere que não poderá adentrar no ordenamento jurídico em sede nacional muito em breve. Em que pese o positivismo e



a pequena flexibilidade dos procedimentos, é possível a sua adequação na rotina judiciária por meio da aceitação das partes, mesmo com o afastamento moderado da ação penal.

A Justiça Restaurativa tem como fim a restauração social; porém, seus fundamentos trazem diversas consequências benéficas para a sociedade por meio de reflexos secundários. Ela não tem como objetivo a diminuição da reincidência. Entretanto, o infrator, ao deparar-se com os métodos restaurativos, muitas vezes compreende que a sua atitude causa um dano maior do que o simples delito, e que tal dano ocorre em decorrência do seu ato. De modo que, compreendendo a extensão do delito, assumindo a responsabilidade pelo fato e tendo a perspectiva do futuro tratada, o infrator pode, mediante diálogo com a vítima, buscar restabelecer a ordem afetada e alcançar o equilíbrio social. E ainda, diante de tal conscientização, tende-se a não reincidência.

Depara-se com a extensão e fardo muitas vezes inimagináveis pelo delinquente, que pode não compreender a profundidade das consequências de suas ações e, por meio da Justiça Restaurativa, acaba se redimindo e mudando sua forma de agir.

Com relação ao judiciário, há um desafogamento no número de processos, pois com o início do procedimento restaurativo, aquele permanecerá suspenso, podendo inclusive ser arquivado no decorrer dos atos restaurativos e, com o seu sucesso, total extinção do feito.

Paul Mccold e Ted Wachtel (2003, p. 3) aduzem que:

O sistema de justiça restaurativa tem como objetivo não apenas reduzir a criminalidade, mas também o impacto dos crimes sobre cidadãos. A capacidade da justiça restaurativa de preencher essas necessidades emocionais e de relacionamento é o ponto chave para a obtenção e manutenção de uma sociedade civil saudável.

Há ainda a possibilidade de troca das penas privativas de liberdade por penas que possam ser substituídas por outras. Evitando-se a “contaminação” do indivíduo com a realidade carcerária, já que esse contato fatidicamente deteriora a sociabilidade do infrator, ao invés de reeducá-lo para o retorno à vida em sociedade.

O dispêndio monetário apresentado pela Justiça Restaurativa pode chegar a ser equivalente ao representado pelo Justiça Retributiva. Porém, a Justiça Restaurativa possui melhores reflexos na pacificação social, diminuição das reincidências, aceitabilidade das decisões e da cidadania participativa.

Tahinah Albuquerque Martins (2003) demonstra ainda alguns índices de satisfação quanto à utilização da Justiça Restaurativa, afirmando que:

Tem-se notado excelentes resultados no índice de satisfação de vítimas e ofensores em relação a esse processo. A satisfação da vítima com o resultado da mediação chega a 90% nos EUA e a 84% na Inglaterra. Já o ofensor, se diz satisfeito com o resultado em 100% das mediações inglesas, contra 91% das americanas. Constata-se também que o temor da vítima, após a mediação, no que tange à revitimização por parte do ofensor, diminuiu



cerca de 50% em ambos os países, em relação às vítimas que não participaram da mediação. Nos EUA, tem-se que apenas 18% dos ofensores adolescentes que participaram de programas de mediação cometeram novos delitos. Em contrapartida, os que não participaram dos programas atingiram o índice de 27%.

Tais dados são extremamente relevantes e mostram que os resultados são muito positivos, dando ênfase a possibilidade de implementação da Justiça Restaurativa no Brasil, pois sua implementação trará enormes benefícios ao sistema penal brasileiro, tornando a comunidade mais participativa e confiante no sistema, atuando de maneira direta na redução da criminalidade e abarcando, inclusive, a satisfação das necessidades da vítima.

A audiência de custódia: um instrumento processual penal a serviço da justiça restaurativa.

Para Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alfen (2016, pp. 15 a 48) a possibilidade do uso da audiência de custódia como o instrumento de início no processo restaurativo para conseguir uma humanização no sistema processual penal, trazendo assim um avanço significativo para o atual sistema arcaico, no trato dos envolvidos nos aparentes conflitos no ordenamento jurídico atual.

O que se deve entender por ‘audiência de custódia’

A audiência de custódia se trata de um instituto previsto há décadas em textos internacionais protetivos dos direitos humanos, há toda uma cultura já formada em torno da audiência de custódia, não só provenientes dos próprios organismos internacionais emissores daqueles textos, mas também, das Cortes Internacionais responsável pela interpretação e aplicabilidade dos tratados e convenções, quando firmados pelos países que se propuserem a deles serem signatários.

Este instituto parte da premissa básica, que é a preocupação com a pessoa que teve sua liberdade restringida de alguma maneira por um crime cometido.

Com isso a audiência de custódia consiste em garantir que, em até 24 horas, o preso seja apresentado e entrevistado por um juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, do advogado do preso ou da Defensoria Pública.

Durante a audiência será analisado a prisão sob o prisma da legalidade, da necessidade e adequação da continuidade da prisão ou da eventual possibilidade de concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, além de eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades. (Andrade & Alfen, 2016).

A audiência de custódia no Brasil: sua forma ao reconhecimento jurídico

No Brasil até o ano de 2011, pouco ou nada sabia sobre o instituto Audiência de Custódia. Embora o Brasil já houvesse ratificado o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em 1992, e a legislação já contemplasse algo similar em leis de caráter especial anteriores àquele ano, a



dedicação da doutrina e contribuição da Jurisprudência era praticamente nula para um melhor conhecimento daquele instituto.

Quiçá por este motivo, muitos desacordos passaram a ser cometidos pelos grupos favoráveis e contrários à implantação da audiência de custódia no Brasil, ora dando a ela um significado que não possui, ora invocando escusas inconsistentes para sua não realização. Bem por isso, foi necessário fazermos um estudo sobre como aquele instituto é tratado em âmbito internacional, especialmente, a partir das diretrizes adotadas pela ONU enorme acervo de decisões já proferidas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

Ultrapassada esta fase- por assim fazer – de apresentação da audiência de custódia aos operadores do direito do Brasil, uma nova etapa nesse estudo se faz necessária. Agora, a atenção será direcionada à abordagem de alguns temas que a elas estão ligados de implantar no Brasil, aos reflexos que sua realização poderá produzir em outros institutos de natureza igualmente processual e o como poderá ser melhor aproveitada, de modo a proporcionar maior celeridade à persecução penal como um todo.

Não obstante o PLS nº554, de 2011, não havia sido a primeira iniciativa voltada a implementação da audiência de custódia no Brasil, não há como negar que ele foi o propulsor de uma enorme discussão que tomou conta do Brasil. A tal ponto chegou essa discussão, que, país a institucionalizar aquele ato para todo o Estado, o CNJ, em parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Ministério da Justiça, criou, em fevereiro de 2015, um projeto-piloto para sua progressiva expansão nacional.

Tendo em vista esse projeto piloto, duas instituições detentora de enorme poder político – a dizer, CNJ e o Ministério da Justiça - deixaram claro que o instituto da audiência de custódia seria uma realidade da qual o Brasil não poderia continuar fugindo. Mais do que isso, foi dado um recado muito claro as diversas instituições contrárias a sua plena incorporação à praxe processual nacional, qual seja, a audiência de custódia seria, a curto ou médio espaço de tempo, integrada à rotina procedimental da persecução penal, pois projeto- piloto se destinava a observar os problemas operacionais que ela poderia apresentasse nesse primeiro momento de implantação, e corrigi-los paulatinamente, visando a inserção definitiva daquele instituto em âmbito nacional. Noutras palavras, a criação daquele projeto-piloto provocou uma curiosa situação e um aparente mal-estar junto ao Poder Legislativo: o grande mérito do PLS nº 554, de 2011, foi se tornar prescindível para o início da incorporação da audiência de custódia no Brasil.

Mesmo assim, era preciso que certas regras fossem estabelecidas para que houvesse um procedimento a ser obedecido, como forma de assegurar o respeito não só à realização da apresentação judicial de uma pessoa presa ou detida, senão também, a direitos e garantias individuais previstos constitucionalmente. Foi essa a razão que a Presidência do Tribunal de Justiça e São Paulo e a Corregedoria-Geral de Justiça daquele mesmo Estado emitiram o Provimento Conjunto nº 03/2015, em muito aproveitando várias disposições já presentes naquele projeto de lei.

A regulamentação da audiência de custódia por meio de um ato administrativo foi a brecha encontrada para que algumas instituições atacassem aquele instituto,



justamente por serem as que mais fortemente sentiriam o impacto de sua implantação em suas rotinas de trabalho e na falta de pessoal e de estrutura que lhes atinge há muito tempo. A melhor representação desse ataque foi a Ação Direta de Interconstitucionalidade ajuizada pela ADEPOL (ADI nº 5240), em fevereiro de 2015, na qual se apontou a afronta daquele ato administrativo à Constituição Federal, sob a invocação de quatro argumentos.

A um, teria a audiência de custódia sido criada pelo provimento atacado, o que seria a Constituição Federal, pois cabe somente a União legislar sobre temas atinentes a direito processual (artigo 22, inciso I). Isso restaria claro, segundo a argumentação apresentada, em razão da ausência de lei interna a ser regulamentada por um provimento emitido pelo Poder Judiciário, o que qualificaria este ato administrativo como sendo um caráter inovador.

A dois, em razão de a CADH possuir, segundo a ADEPOL, status constitucional, não poderia ela haver sido regulamentada por um ato administrativo, mas por uma lei ordinária, tal como no Congresso Nacional está a propor com os projetos de lei que nele estão a tramitar.

A três, a imposição de condutas aos sujeitos processuais envolvidos com a audiência de custódia – leia – se juízes, membros do Ministério Público, defensores, Delegados de Polícia e o próprio sujeito preso ou detido – somente poderia haver ocorrido por imposição legal, e nunca por ato administrativo, em virtude de a Constituição Federal assegurar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 144, § 6º).

Pois bem; o que, já de início, chamou-nos a atenção foi a ocorrência de um erro estratégico praticado pelo Ministério da Justiça, em haver firmado um convênio com um Tribunal integrante da Justiça Estadual. Melhor explicando, se este Ministério estava engajado - como, de fato, estava – na plena incorporação da audiência de custódia à praxe de persecução penal, bem poderia ele haver firmado o mesmo convênio com algum Tribunal integrante da Justiça Federal, pois ele – o Ministério da Justiça – seria o único responsável por arcar com todos os custos derivados da falta de estrutura que poderia atingir a Polícia Federal. Mais do que isso, com a simples edição de uma norma administrativa, facilmente o Ministério da Justiça afastaria o argumento do desrespeito à separação dos Poderes, em razão da Polícia Federal estar subordinada a essa pasta. A impressão que se tem é que o Ministério da Justiça se uniu ao CNJ e ao Poder Judiciário de São Paulo simplesmente para emprestar seu peso político àquele projeto-piloto, pois grande parte do custo- financeiro, de pessoal e estrutural- que decorria de sua execução seria arcada pelo Poder Executivo daquele Estado.

Com isso foi demonstrado o grau de importância que a definição da constitucionalidade, ou não, da audiência de custódia no país representava para o Supremo Tribunal Federal, o julgamento da ADI 5.240 ocorreu cerca de seis meses após o seu ajuizamento, oportunidade em que foram rechaçados todos os argumentos apresentados naquela ação. Como consequência desse julgamento, até mesmo os tribunais mais reticentes acabaram por adquirir ao projeto- piloto d CNJ, e também



emitiram suas regulamentações administrativas sobre a audiência de custódia seria implantada em suas circunscrições territoriais.

Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alfen (2016, p. 111-114) preceituam que durante a execução do projeto-piloto em todos os Estados da Federação, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar na ADPF n° 347, ordenando a colocação em prática dos termos do artigo 7,5 da CADH e do artigo 9,3 do PIDCP, acelerando o seu processo de implantação nacional. Foi então que surgiu a necessidade de uma regulamentação que, de modo uniforme para todo o território nacional, colocasse em prática aquela decisão judicial, daí surgindo a Resolução n° 213, de 15 de Dezembro de 2015, do CNJ.

Do caráter procedimental

No caso procedimental o Poder Legislativo voltou suas atenções para o conteúdo do artigo 7,5 da CADH e para o artigo 9,3 do PIDCP, apresentado vários projetos de lei que visavam, entre outros objetivos, a deixar clara a necessidade de apresentação de toda pessoa presa ou detida a um juiz. O primeiro deles foi derivado de movimentação ocorrida no Senado Federal, com a apresentação do PLS n°554, de 2011. O segundo foi fruto de atuação na Câmara dos Deputados, com apresentação do PL n° 7.871/2014. O terceiro, também originário da Câmara dos Deputados, trata-se do PL 470/2015.

O que se destaca em todas essas iniciativas é que cada uma apresenta um procedimento diferente distinto: ora o ato de apresentação do sujeito preso ou detido envolve somente ele e o juiz; ora envolve sujeito preso, o juiz, o Ministério Público e o defensor; ora não passa de medida facultativa (Bourhis, et al., 1997).

Tendo todos estes projetos apresentados, o projeto-piloto do CNJ fez com que a multiplicidade de regulamentações administrativas entrasse em vigor em todos os Estados da Federação, cada um com uma formalidade diferente de colocá-lo em prática. Por fim, aquele mesmo Conselho, motivado por decisão liminar proferido pelo Supremo Tribunal Federal, apresentou o seu entendimento do procedimento a ser seguido nacionalmente, derogando os regulamentos administrativos locais até então em vigor. Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alfen (2016, p. 120)

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOB O PRISMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.

O procedimento Restaurativo seria iniciado em paralelo com o procedimento processual penal, o caminhar juntos para que possam atingir um fim almejado para todos os envolvidos no conflito gerado.

Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alfen (2016, p. 111-13-) e Edgar Hrycylo Bianchini (2012, p. 137 a 153) trazem a ideia, que na própria audiência de custódia, estaria presente a equipe restauradora, um membro da sociedade, e a vítima, mais os componentes já supracitados da referida audiência, onde com isso se iniciaria o processo restaurativo, com um acompanhamento individualizado do caso concreto, isso trará um humanização para o sistema que acolhera melhor todos os envolvidos no caso, possibilitando a reinserção do infrator a sociedade, levando até a vítima, a possibilidade da recuperação do trauma sofrido, tento um abrandamento da



mão pesada do Estado sobre o Réu, por possibilitar que no desenrolar da marcha processual penal, o processo restaurativo seja usado como atenuante para o processo penal, sendo melhor para as partes uma resolução pacífica do que um processo interminável onde ninguém sai ganhando.

Princípio da humanidade

Percebe-se, sem dúvida, como um dos princípios de maior importância na seara dos Direitos Humanos, e que vem influenciar todo o sistema jurídico. Encontra-se inserido no artigo 1º, inciso III da Carta Magna pátria, como um dos fundamentos da República.

Com a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, resta claro que o processo penal não pode servir como instrumento de imposição de pena a qualquer custo, mas ao contrário, deve ser visto como instrumento investigatório, desenvolvido com fiel observância ao devido processo legal, em diversos aspectos, que visa apurar circunstâncias em que o determinado fato com relevância criminal ocorreu, com vistas a apontar ou não a responsabilidade penal do acusado, sem comportar práticas que exponham o homem a situações degradantes, de vexame ou de tortura.

Passaram-se trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e de mais de vinte anos de incorporação do direito de o preso entrevistar-se com uma autoridade judiciária, imediatamente após sua prisão, é mister que o Estado brasileiro cumpra seu dever de garantir a eficácia desses mandamentos e viabilize a implantação de um instrumento com esse objetivo, para que fielmente, se atenda aos mandamentos Do Pacto de São José da Costa Rica, sob pena de contínuo e inaceitável desrespeito à dignidade das pessoas presas.

Assim garantindo o contato pessoal com a autoridade judiciária o preso poderá expor a sua situação social, familiar e profissional, podendo neste momento demonstrar que faz jus ao direito da liberdade provisória ou mesmo à substituição da prisão cautelar por outra medida menos gravosa, como as inseridas no sistema através da Lei 12403/2011.

O memorável Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki, enquanto relator do HC: 113611 RJ-STF, assim declarou “A duração prolongada, abusiva e não razoável da prisão cautelar do réu, sem julgamento da causa, ofende o postulado da dignidade da pessoa humana e, como tal, consubstancia constrangimento ilegal, ainda que se trate da imputação de crime grave”.

Nas palavras de Edgar Hycilo Bianchini (2012, p. 111-113):

Esse princípio, estudado no âmbito da Justiça Restaurativa, defende que o poder punitivo não deve aplicar sanções que afetem a dignidade humana. É, portanto, uma proteção contra penas cruéis e infamantes e um norte para melhoria do sistema penal. Para a Justiça Restaurativa, o Princípio da Humanidade vem para modelar os focos da atuação e evitar que se desvie da finalidade da Justiça Restaurativa, que é a restauração e a retomada do equilíbrio social abalado. Este princípio constitui ainda anteparo ao reducionismo financeiro, afinal essa nova abordagem surge não como



simples meio de troca de sanções por algum valor em pecúnia, mas para a restauração social. Frisa-se que se olvidarmos tal fim criamos um mecanismo de impunidade para os ricos. Afinal, este terão os recursos necessários para a “restauração”.

É ainda por meio deste princípio que o Estudo perde o caráter de afligido principal do direito, para se enquadrar em uma posição subsidiária à vítima real-aquele que sofreu o delito-que passa a ter papel atuante na lide penal. A vítima, como principal integrante da lide, é o elemento que sofre os maiores danos. Recebe a agressão em diversas perspectivas, de modo que se faz necessário que seu papel seja atuante para recuperação e superação do fato. A agressão é um atentado de ordem pública com necessidade de repressão; no entanto, a manutenção de ordem não é uma necessidade exclusiva, de forma que os fins do Direito Penal devem ser evidenciados, em vez de permanecerem engessados no modelo de repressão.

Para a Justiça Restaurativa, o Princípio da Humanidade vem para modelar os focos da atuação e evitar que se desvie de finalidade da Justiça Restaurativa, que é a restauração e a retomada do equilíbrio social abalado. Este princípio constitui ainda um anteparo ao reducionismo financeiro, afinal essa nova abordagem surge não como simples meio de troca de sanções por algum valor em pecúnia, mas para restauração social. Frisa-se que se olvidarmos tal fim criaremos um mecanismo de impunidade para os ricos. Afinal, estes terão os recursos necessários para “restauração”.

É ainda por meio desse princípio que se defende a atuação estatal no aparelhamento e fornecimento de infra- estrutura para atuação restaurativa para a ressocialização do condenado, mediante a integração social, responsabilidade de compreensão do mal infligido.

Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima para a Justiça Restaurativa projetaria a atuação do processo penal convencional - privação da liberdade pelo encarceramento- ao mínimo indispensável à manutenção da ordem. De modo que, quando viável- cumprimento os requisitos de admissibilidade e os demais princípios que regem a Justiça Restaurativa e que serão abordados em seguida- deve- se remeter para atuação da Justiça Resturativa.

Edgar Hrycylo Bianchini (2012, p. 112-113) diz que o Direito Penal, por meio da Justiça Restaurativa, deve pautar sua atuação na *ultima ratio*, isto é, a os bens mais importantes e às agressões mais graves. Isso posto, as agressões de menor gravidade tendem a serem tratadas com melhores resultados usando-se da Justiça Restaurativa.

Nesse viés, o autor Edgar Hrycylo Bianchini (2012, p. 113-114) esclarece que:

Esse princípio ganha um caráter de ampliação de atuação da Justiça Restaurativa e conseqüentemente de redução do encarceramento desnecessário. César Roberto Bitencourt enfatiza: que se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelaram-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se



para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são essas que devem ser empregadas e não as penais.

Princípio da Adequação Social

Tal princípio da adequação social representa o amoldamento do sistema penal aos valores sociais considerados relevantes e aptos historicamente. Nas palavras de Edgar Hrycylo Bianchini (2012, p. 114-115):

Tal princípio é um dos pilares para implementação da Justiça Restaurativa. Assim, na ocorrência de um fato que se enquadre em um tipo penal, isto é, cumpra os requisitos da conduta, resultado, nexos causal e tipicidade, ilicitude e culpabilidade, poderá ser verificado a necessidade e possibilidade de se remeter o fato para a Justiça Restaurativa. Tal fato criminoso deverá ser analisado pela autoridade e verificado se foram preenchidos os requisitos para a remessa à abordagem, bem como é essencial indagar aos interessados sobre equilíbrio na relação.

Para Edgar Hrycylo Bianchini (2012, p. 116) a sociedade exige uma harmonia nas ligações sociais e uma ordem, quando há a ocorrência de um crime, essa estabilidade é abalada, deixando os cidadãos desamparados. O Estado, como detentor do poder punitivo, tem o papel de restabelecer a ordem social por meio do Sistema Penal, para que o bem seja protegido e o equilíbrio possa retomado. Sempre que existir uma forma menos gravosa de resposta ao crime, porém adequada aos fins do Direito Penal, com melhores resultados e que traga um balanceamento nas relações, deve ser essa a abordagem implementada.

Princípio da proporcionalidade e razoabilidade

A proporcionalidade em matéria penal é elemento fundamental para equiparação entre o fato criminoso e a pena que será aplicada. Da mesma forma, ao celebre-se um acordo restaurativo na Justiça Restaurativa, é necessário atentar para o fato e para o objetivo, buscando alcançar um parâmetro de “sanção” condizente a todas as partes.

Exemplificaremos como um crime de um relógio: um furto simples que tem como pena a resolução de um a quatro anos. Nesse crime seria completamente desproporcional a celebração de um acordo “restaurativo” no qual o delinquente tivesse que prestar serviços para a comunidade da vítima num prazo de vinte anos. Tal acordo dispare representa a exata atenção que deve pautar a abordagem restaurativa. No caso em questão, haveria quase um acordo de escravidão se compararmos o valor do bem ao da prestação de serviço. Afinal, o objetivo do Estado é alcançar a restauração do equilíbrio com a máxima eficiência e com menor sofrimento possível para os integrantes.

Na obra de Edgar Hrycylo Bianchini (2012, p. 116-117):

O princípio da razoabilidade foi desenvolvido pela suprema corte norte americana e significa “aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que



se propõe, sem contudo, representar excesso algum”. Dessa forma, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade não se confundem: a razoabilidade representa uma força controladora à proporcionalidade; é por meio desse princípio que se afasta o brocardo “olho por olho, dente por dente”, ou lei de Talião.

Tal razoabilidade-proporcionalidade também não representa uma identidade de soluções, pois fica a cargo dos envolvidos a negociação do acordo e a discussão acerca dos danos e consequências. Não se trata de uma proporcionalidade no sentido de igualdade da “sanção”, pois há elementos subjetivos que não poderão ser equacionados. Afinal cada ser humano tem uma reação diante do delito e isso gera elementos diferenciadores para o acordo.

Tal razoabilidade - proporcionalidade também não representa uma identidade de soluções, pois fica a cargo dos envolvidos a negociação do acordo e a discussão acerca dos danos e consequências. Não se trata de uma proporcionalidade no sentido de igualdade da “sanção”, pois há elementos subjetivos que não poderão ser equacionados. Afinal, cada ser humano tem uma reação diante de um delito e isso gera elementos diferenciadores para o acordo. Edgar HrycyloBianchini (2012, p. 118-119)

O princípio do *due process of law*: a Audiência de Custódia como garantia.

A Constituição Federal prevê, no artigo 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, dando vida ao princípio “*due process of law*” alcance imediato tanto em relação ao processo legal como no processo civil. A partir de seus postulados surge a proibição de admissão de provas ilícitas no processo e a própria ideia de contraditório e ampla defesa.

O Princípio do devido processo legal incorporado também a ideia do “devido procedimento legal” uma vez que é no corpo deste que se apresenta possível ao réu deduzir de forma mais ou menos extensa a sua ampla defesa e seu contraditório, razão pela qual, existindo um procedimento específico para o tipo da conduta criminosa imputada ao acusado, a não observância pode se constituir em um vício insanável do princípio do juiz natural (Dixon, 1994).

Em relação a audiência de custódia como não encontra regulamentada e sua normatização decorre, principalmente, do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os quais não preveem um procedimento próprio para a sua realização, creio que uma vez observadas as garantias fundamentais das partes e, particularmente, do recolhido, não haverá afronta direta ao princípio do Devido Processo Legal. Contudo a normatização do procedimento, em nível nacional, via alteração do Código de Processo Penal, é necessário para a introdução de forma definitiva do instituto no ordenamento jurídico pátrio. Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alfen (2016, p. 150)

Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 257 e 258):



É pacífico o entendimento de que o devido processo legal funciona como supra princípio, um princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo. Além do aspecto processual, também se aplica atualmente o devido processo legal como fator limitador do poder de legislar da Administração Pública, bem como para garantir o respeito aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Tratando-se de um princípio-base, como conceito indeterminado, bastaria ao legislador constituinte, no tocante aos princípios processuais, se limitar a prever o devido processo legal, que na prática os valores essenciais à sociedade ideal do justo dariam elementos suficientes para o juiz no caso concreto perceber outros princípios derivados do devido processo legal. Não foi essa entretanto, a opção do direito pátrio, que, além da previsão do devido processo legal, contém previsão de diversos outros princípios que dele atualmente decorrem, tais como contraditório, a motivação das decisões, a publicidade, a isonomia etc. A opção deve ser louvada em razão da evidente dificuldade de definir concretamente o significado e o alcance do princípio do devido processo legal, mas deve ser registrado que, apesar de o art.5º., LIV, da CF, ser encerado como norma de encerramento, a amplitude indeterminada permite a conclusão de que mesmo as exigências não tipificadas podem ser associadas ao ideal de devido processo legal.

Atualmente, o princípio do devido processo legal é analisado sob óticas, falando-se em devido processo legal substancial (*substantive due process*) e devido processo legal formal (*procedural due process*). No sentido substancial o devido processo legal diz respeito ao campo da elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a atividade legislativa abusiva e irrazoável e ditando uma interpretação razoável quanto da aplicação concreta das normas jurídicas. É campo para aplicação dos princípios- ou como prefere parcela da doutrina, das regras- da razoabilidade e da proporcionalidade, funcionamento sempre como controle das arbitrariedades do Poder Público.

Conclusão

Em que pese a necessidade de reforma do Sistema Penal nacional e a criação de novas políticas públicas eficazes acerca da criminalidade, observa-se que, ao longo da história, o Direito Penal sempre pendeu para a humanização das sanções. Nesse aspecto, nas décadas mais recentes empreenderam-se diversos estudos e experiências acerca da criminalidade, buscando desenvolver abordagens e soluções mais eficazes e menos severas ao crime. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa surgiu em decorrência dos novos anseios sociais não abarcados pelo sistema criminal

A Justiça Restaurativa, como uma nova ramificação do sistema retributivo, passou a desenvolver uma nova abordagem do crime, criando novas alternativas de diálogo entre os entes diretamente envolvidos com o delito e, ainda, possibilitando uma atuação direta dos personagens “alheios” do mundo técnico jurídico. Tais indivíduos adentram a abordagem e passam a ter um maior envolvimento com a vítima, com o delinquente e com o corpo social.

A vítima, que até então era segregada do sistema convencional e deixada em uma posição de simples testemunha ou expectadora do processo, passa a ter um papel determinante na restauração, que decorre também de sua atuação.



Em geral, a vítima no sistema de jurisdição padrão não vislumbra uma justiça participativa, onde não há qualquer consideração pela sua opinião. A vítima não possui a oportunidade de diálogo com o ofensor e de auxílio na determinação de uma sanção ao infrator, que poderia ser mais eficaz e mais humana. A Justiça Restaurativa traz para a vítima a possibilidade de atender suas necessidades por meio de um novo processo penal, alcançando uma justiça mais pessoal e humana.

Por sua vez, a comunidade passa a desenvolver um papel determinante por verificar a real resposta penal de maneira direta e efetiva. A atuação do corpo social também é próxima, e deve trabalhar no auxílio do restabelecimento do equilíbrio social, incorporando soluções dignas aos envolvidos. Abrange, assim, um fortalecimento de laços sociais que auxiliam na diminuição dos conflitos e no controle social informal da criminalidade.

Em consequência, diante desse controle “informal” exercido pelo Estado no seu âmbito formal de atuação, os vínculos sociais são solidificados, trazendo melhores resultados no controle da criminalidade, diminuindo os índices de reincidência. Consequentemente, reduz-se os gastos do Estado com o controle direto da criminalidade, realizado por meio de policiais em atuação e movimentação judicial, além da diminuição do encarceramento.

Logo, com tal redução, pode-se reverter tais fundos para outras formas de controles sociais mais humanizadas.

Dessa forma, ao se estruturar a Justiça Restaurativa por meio da conceituação, determinação de sua natureza jurídica e extração dos princípios que regem sua atuação, tem-se mecanismos que podem auxiliar de maneira sólida a desenvolver essa abordagem no âmbito nacional.

Em relação à Audiência de Custódia, já vigora no Brasil e seria plenamente cabível o seu uso como instrumento da Justiça Restaurativa, dando assim a certeza de um processo humanizado desde o seu início.

Mediante tal estruturação, entende-se que a legislação vigente está diretamente apta a aplicar essa abordagem do crime, bastando a adequação procedimental para existir uma atuação penal mais humanizada em torno do Sistema Penal nacional.

Referências

Andrade, M. F & Alfen, P. R. (2016). *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016.

Bourhis, R. Y., Moise, L. C., Perreault, S., & Senecal, S. (1997). Towards an interactive acculturation model: A social psychological approach. *International Journal of Psychology*, 32(6), 369–386. <https://doi.org/10.1080/002075997400629>

Brasil. (1992). Decreto Lei nº 592. *Atos Internacionais*. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível:



<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> em Acesso em 15 outubro de 2017.

Cirino, J. S. (2005). *30 anos de vigiar e punir*. Trabalho apresentado no 11º seminário internacionaldo IBCCRIM (4 a 7 de outubro de 2005). São Paulo, 2005.

Comparato, F.K. (2003). *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva.

Cruz, D.S. (2011). *Estudos de crime: A escola sociológica de Chicago*. Vitória: Instituto Jones dos Santos Neves, 2011.

Dixon, W. J. (1994). Democracy and the peaceful settlement of international conflict. *American Political Science Review*, 88(1), 14–32.
<https://doi.org/10.2307/2944879>

Fauconnier, J., Bénézech, M., Hitier, F., & Le Bihan, P. (2015). L'intime conviction du juge des libérés et de la détention dans les soins psychiatriques sans consentement. *Annales Médico-psychologiques, revue psychiatrique*, 173(7), 627–628. <https://doi.org/10.1016/j.amp.2015.07.009>

Fearon, J. D. (1994). Domestic political audiences and the escalation of international disputes. *American Political Science Review*, 88(3), 577–592.
<https://doi.org/10.2307/2944796>

Fleury-Steiner, R. E., Miller, S. L., Maloney, S., & Bonistall Postel, E. (2016). “No contact, except”: Visitation decisions in protection orders for intimate partner abuse. *Feminist Criminology*, 11(1), 3–22.
<https://doi.org/10.1177/1557085114554259>

Genevois, M. (1992). *Direito Processual Civil Brasileiro*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva.

Giamberardino, A.R. (2015). *Crítica da pena e Justiça restaurativa: A censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do direito.

Gilsen, John. (2003). *Introdução histórica ao Direito*. 4ª edição. Lisboa. Fundação Calouste Guilbenkian.

Habermas, J. (2002). *A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola.

Karam, M.L. (2004). *Pela abolição do sistema penal*. In: PASSETTI, Edson (org). Curso livre de abolicismo penal. Rio de Janeiro: Revan.



- Lake, D. A. (1992). Powerful pacifists: Democratic states and war. *American Political Science Review*, 86(1), 24–37. <https://doi.org/10.2307/1964013>
- Maoz, Z., & Russett, B. (1993). Normative and structural causes of democratic peace, 1946–1986. *American Political Science Review*, 87(3), 624–638. <https://doi.org/10.2307/2938740>
- Mccold, P., & Wachtel, T. (2003). *Em busca de um paradigma: Uma teoria de Justiça restaurativa*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia em 10 de agosto. Rio de Janeiro: International Institute for Restroative Practices, 2003.
- Martins, T. A. (2007). Implementação da justiça restaurativa por meio dos juizados especiais criminais. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, 6. <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/20428>
- Mirabete, J.F. (2005). *Manual de Direito Penal*. Parte geral. 22ª edição. São Paulo: Atlas.
- Oliveira. A. (2000). *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense.
- Paladino, C. de F. (2017). Minimalismo, abolicionismo ou garantismo: qual a solução para os problemas no âmbito penal?. *Cadernos Da Escola De Direito*, 2(13).
- Paz, S.S. & Paz, S.M. (2005). *Justiça Restaurativa: Coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD.
- Queiroz, P.S. (2007). *Por que defendo um direito penal mínimo*. 5 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/por-que-defendo-um-direito-penal-minimo>> Acesso em 13 de novembro de 2017.
- Ramos, M. F. (2017). SGHC Honorários Contábeis. *Revista Coleta Científica*, 1(1), 01–16.
- Slakmon, C., Vitto, R.P.C. & Pinto, R.S.G. (2005). *Justiça Restaurativa*. Coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD, 2005.
- Sica, L. (2007). *Justiça Restaurativa e mediação penal: O novo modelo de Justiça Criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2007.
- Teles, N.M. (2004). *Direito Penal: Parte geral: arts 1º ao 120*. volume 1. São Paulo: Atlas.



Zaffaroni. E.R. & Pierangeli, J.H. *Manual de Direito Penal*. Parte geral 3. 3ª edição. São Paulo: Revista dos tribunais.

Zehr, H. (2005). *Changing Lenses: A new focus for crime and justice* Scottsdale: Herald Press, 2005.