



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A função garantista processual
dos princípios restaurativos**

**The procedural guarantee
function of the restorative
principles**

Selma Pereira de Santana

Rubens Lira Barros Pacheco

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

**PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO
PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL**

Sumário

FUNDAMENTOS DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL.....	13
EDITORIAL	15
AS RELAÇÕES DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E POLÍTICA CRIMINAL.....	19
Felipe da Costa De-Lorenzi, Guilherme Francisco Ceolin e Bruno Tadeu Buonicore	
FINALIDADES E FUNÇÕES DO PROCESSO PENAL.....	42
Cornelius Prittwitz	
O STATUS ONTOLÓGICO DOS ESTADOS MENTAIS	52
Carl-Friedrich Stuckenberg	
REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: PRISÃO, DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	67
Luís Roberto Barroso e Andre Luiz Silva Araujo	
DIREITO PENAL	85
A TENTATIVA NA OMISSÃO IMPRÓPRIA: UM ESBOÇO SOBRE A DELIMITAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E INÍCIO DA EXECUÇÃO.....	87
Guilherme Góes e Janice Santin	
TUTELA PENAL DO CLIMA: DA IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO À AUTONOMIA DO EQUILÍBRIO CLIMÁTICO DIANTE DO BEM AMBIENTAL	110
Marcelo Bauer Pertille	
POR UMA DETRAÇÃO COMPENSATÓRIA ENQUANTO DISPOSITIVO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL REDUTORA DE DANOS.....	130
Patricia Carlos Magno e Leonardo Furtado Carvalho	
DIREITO PROCESSUAL	159
DO PROCESSO-ROCCO AO PROCESSO-RISCO: O PARADIGMA NEGOCIAL TORNANDO DÉMODÉE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	161
Rui Carlo Dissenha e Ana Paula Kosak	
UM SISTEMA DE INFORMANTES? NOTAS SOBRE O DIREITO AO CONFRONTO E O ESTÍMULO A UMA JUSTIÇA CRIMINAL UNDERGROUND	180
Ruiz Ritter e Ricardo Jacobsen Gloeckner	

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, “E”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	213
Felipe Lazzari da Silveira	
A FUNÇÃO GARANTISTA PROCESSUAL DOS PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS	231
Selma Pereira de Santana e Rubens Lira Barros Pacheco	
POLÍTICA CRIMINAL.....	270
POLÍTICA (PÚBLICA) CRIMINAL, CIÊNCIA DO DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIAS: APORTES PARA UMA CONSTRUTIVA RELAÇÃO DE INTERDISCIPLINARIDADE	272
Marcelo Buttelli Ramos	
POLÍTICA CRIMINAL: UMA POLÍTICA PÚBLICA RELATIVA À MATÉRIA CRIMINAL.....	293
Strauss Vidrich de Souza e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger	
MONITORAMENTO PRISIONAL NO BRASIL: EXPANSÃO INSTITUCIONAL EM TEMPOS DE AMBIGUIDADE NA POLÍTICA CRIMINAL.....	307
Guilherme Augusto Dornelles de Souza e Lígia Mori Madeira	
ABOLICIONISMO E HEGEMONIA NO CAMPO DE DISCURSIVIDADE DOS SABERES PENAIS	343
Lucas Villa e Bruno Amaral Machado	
OUTROS TEMAS	365
CLIMATE CHANGE AND BUSINESS DEVELOPMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF WAYS TO ACHIEVE SUSTAINABLE DEVELOPMENT	367
Mona Mahecha e Monika Punia	
O PROGRAMA INOVAR AUTO E O ALCANCE DA IGUALDADE DE COMPETIÇÃO FRENTE ÀS CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORITA E DO TRATAMENTO NACIONAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO.....	385
Keite Wieira	
PROTEÇÃO DE DADOS E INSTITUIÇÕES DE ENSINO: O QUE FAZER COM DADOS DE ALUNOS?.....	402
Fabrício Vasconcelos Gomes, Marcelo Castro Cunha Filho e Victor Nóbrega Luccas	
THE NON-AFFILIATES IN CHINA’S POLITICAL PARTY SYSTEM: HOW TO PLAY A ROLE?	422
Di Zhou	
THE CHINESE ‘SHARP EYES’ SYSTEM IN THE ERA OF HYPER SURVEILLANCE: BETWEEN STATE USE AND RISKS TO PRIVACY	440
Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges	

A função garantista processual dos princípios restaurativos*

The procedural guarantee function of the restorative principles

Selma Pereira de Santana**

Rubens Lira Barros Pacheco***

Resumo

O objetivo deste artigo é investigar a relação entre as garantias processuais penais e os princípios restaurativos no ordenamento jurídico brasileiro. Questiona-se se a Justiça Restaurativa, a fim de propor um modelo de justiça não punitivo, poderia fazer retroceder as conquistas do garantismo penal. A pesquisa se justifica considerando que a Justiça Restaurativa, de inspiração abolicionista, apresenta notas claras de oposição aos fundamentos do sistema penal. No entanto, longe de suplantá-lo, as práticas restaurativas brasileiras procuram articular-se com ele, comunicando-se justamente por meio de institutos processuais penais. Considerando que as garantias processuais penais também são fundamentos desse modelo punitivo, investiga-se se haveria um risco dessa relação ambígua produzir, em alguma medida, também uma negação dessas garantias. A pesquisa é original e seu valor deriva do fato de que, caso comprovada uma oposição insuperável entre os modelos, a viabilidade dos programas restaurativos poderia ser questionada. Os métodos adotados são os da pesquisa teórica e da interpretação teleológica. A técnica aplicada é a da pesquisa bibliográfica. Como resultado, percebeu-se, no plano teleológico entre os axiomas garantistas processuais e os princípios restaurativos, a existência de um espaço de harmonização, tanto no que tange à natureza das funções que exercem no interior de seus modelos, quanto na função política comum que se assinala entre eles. Conclui-se que o princípio restaurativo da confidencialidade, em especial, exerce sob determinadas circunstâncias, uma função de verdadeira garantia processual penal. O artigo se destina, especialmente, aos acadêmicos e profissionais que lidam com o tema da institucionalização da Justiça Restaurativa no Brasil.

Palavras-chave: justiça restaurativa; garantismo penal; garantias processuais; princípios restaurativos.

Abstract

The purpose of this paper is to investigate the relationship between criminal procedural guarantees and restorative principles in the Brazilian legal system. It is questioned whether Restorative Justice, in order to propose a non-punitive model of justice, could set back the achievements of criminal guaranteeism. The research is justified considering that Restorative Justi-

* Recebido em 16/12/2022

Aprovado em 11/05/2023

** Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2006). Procuradora de Justiça (Ministério Público Militar da União). Professora Associada 4, de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Graduação e Pós-Graduação - Linha de Pesquisa: Justiça Restaurativa). Coordenadora do Grupo de Pesquisas Justiça Restaurativa (cadastrado pelo CNPq). E-mail: selmadesantana@gmail.com

*** Mestre em Direito (UFS). Doutorando em Direito (UFBA). Servidor do Tribunal de Justiça de Sergipe. Membro pesquisador do Grupo de Pesquisas Justiça Restaurativa (cadastrado pelo CNPq). E-mail: rubenslbarros@gmail.com

ce, of abolitionist inspiration, presents clear notes of opposition to the foundations of the penal system. However, in Brazil, far from supplanting it, restorative practices seek to articulate with it, communicating precisely through criminal procedural institutes. Considering that criminal procedural guarantees are also the foundations of this punitive model, it is investigated whether there would be a risk of this ambiguous relationship producing, to some extent, also a denial of these guarantees. The research is original and its value derives from the fact that if insurmountable opposition proves to be the case, the viability of restorative programs could come into question. The methods adopted are those of theoretical research and teleological interpretation. The applied technique is that of bibliographical research. As a result, it was perceived at the teleological level between the procedural guaranteeing axioms and the restorative principles, the existence of a space of harmonization, both in terms of the nature of the functions that they exercise within their models, and in the common political function that is marks between them. It is concluded that the restorative principle of confidentiality, in particular, exercises under certain circumstances, a function of true criminal procedural guarantee. The article is aimed especially at academics and professionals who deal with the institutionalization of Restorative Justice.

Keywords: restorative justice; criminal guarantee; guarantees of justice; restorative principles.

1 Introdução

Graças à (ainda persistente) aura de novidade e desconhecimento que cerca a Justiça Restaurativa no Brasil, observa-se, na doutrina restaurativista nacional, um esforço contínuo no sentido de encontrar fundamentos que justifiquem a existência e a validade das práticas restaurativas no campo da justiça brasileira, em que pese o impulso dado pelo Conselho Nacional de Justiça, rumo à consolidação normativa, com a edição da Resolução 225/2016.

Ocorre que essa busca pela justificação da Justiça Restaurativa é, também, uma busca por sua constitucionalização, embora esse fenômeno, nesse caso particular, seja curiosamente observado de maneira invertida: nesse sentido, não é a Constituição que lança luz sobre a Justiça Restaurativa, mas busca enxertar-se na lógica constitucional. Por essa razão, concebe-se no Brasil, de acordo com um entendimento bem aceito até o momento, que a Justiça Restaurativa encontra esteio constitucional enquanto expressão do direito ao acesso à justiça (interpretação material do inciso XXXV do artigo 5º)¹.

A Justiça Restaurativa, a par da grande discussão sobre a possibilidade de sua definição² — pode-se afirmar — corresponde a um modelo de justiça relacional aplicável à área criminal³, caracterizado por um conjunto de princípios e práticas estruturadas⁴ que envolvem a promoção de encontros entre ofensores, vítimas, seus respectivos apoiadores e membros da comunidade, com o objetivo de enfrentar as consequências do conflito, buscar a reparação holística dos danos e estimular a responsabilização ativa, tudo por meio de um processo deliberativo, voluntário e consensual.

Convergem, para a formação teórica da Justiça Restaurativa, diversas correntes filosóficas, políticas, criminológicas e jurídicas, algumas delas bastante tensionadas entre si, mas que se encontram hoje bem identi-

¹ Entendimento inclusive contido na Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça.

² SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 297.

³ Sobre a aplicação da Justiça Restaurativa em outras áreas, além da jurídica-criminal, ver SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 225-233; SPOSATO, K. B. *Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos*. São Paulo: CLA Cultural, 2018.

⁴ Sobre os princípios e práticas restaurativas, ver PALLAMOLLA, Raffaella da P. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 e ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ficadas como marcas do pensamento restaurativo⁵. Dentre elas, ressalta-se a influência do abolicionismo penal, sobretudo nas versões de Hulsman⁶ e Christie⁷, de onde a Justiça Restaurativa herda uma postura teórica de negação dos conceitos nucleares daquilo que se pode chamar de racionalidade penal moderna⁸. Tributária do abolicionismo, a Justiça Restaurativa é reconhecida usualmente como uma reunião de princípios-antíteses daqueles sobre os quais se sustentam os alicerces da justiça penal no ocidente⁹.

Em favor da legitimidade da Justiça Restaurativa nesse cenário de retesamento com a Justiça Penal, são conhecidos diversos argumentos justificadores que buscam fundamentar o modelo. Partindo-se da relação entre Justiça Restaurativa e democracia, encontra-se, por exemplo, o argumento de que esta promove aquela, pela via da participação comunitária¹⁰. Partindo-se de fontes da política criminal e da dogmática, notam-se argumentos que dizem respeito à importância da Justiça Restaurativa no enfrentamento da visão bélica da Justiça Penal, do eficientismo e do pragmatismo jurídicos (apontando resultados qualitativos das práticas restaurativas como contrapontos), e sua contribuição — ainda que indireta — à necessária revisão ou reformulação do conceito de prevenção geral¹¹, entre outros.

Todavia, o caminho traçado neste trabalho desvia-se de fundamentações de base política, de dogmática-penal ou de política criminal, como as acima elencadas. Assim, se opta por um método interpretativo teleológico, útil à tarefa de revelar uma possível relação de compatibilidade (oculta até o momento) entre fenômenos aparentemente inconciliáveis como é o caso da Justiça Restaurativa, afluyente do abolicionismo penal, e do garantismo penal, corpo ideológico inserido no espectro mais amplo da racionalidade penal moderna.

À primeira vista, pela perspectiva constitucional brasileira — de onde se vê incluído o garantismo penal como um de seus fundamentos ideológicos (materializado na forma das garantias constitucionais) — observa-se também como difícil ou pouco óbvia essa relação, uma vez que o filtro imposto pela Constituição exige uma forma de pensar o Direito Processual Penal sempre norteada pelo respeito rigoroso ao devido processo e à máxima proteção dos acusados, mormente tomando por pressuposto o histórico de autoritarismo e desigualdade do país. Por essa razão, a inserção da Justiça Restaurativa nesse cenário pode ser percebida como problemática quando ela parece incorrer, por sua disposição à informalidade e ao desprezo pela decisão heterônoma (e externa ao conflito), na possibilidade de fragilização das garantias processuais e de toda as conquistas políticas que se galgaram em torno da promoção dos direitos fundamentais dos acusados.

Posto o problema de pesquisa nesses termos, tem-se em mãos o seguinte paradoxo: se a Justiça Restaurativa, enquanto novo paradigma, calcado no abolicionismo, atua no mesmo campo de incidência da Justiça Penal (comunicando-se inclusive por vias procedimentais previstas em lei), em alguma medida suas notas de negação devem, inevitavelmente, atingir também as garantias processuais penais, verdadeiros princípios estruturais que conformam o modelo de reação penal dominante, herdados do Iluminismo Penal. Logo, se,

⁵ Sobre o tema, ver ACHUTTI, D. *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶ HULSMAN, Louk. H. C. Critical Criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises*, Dordrecht, v. 10, p. 63-80, 1986.

⁷ CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977. As influências do pensamento restaurativos são inúmeras, como as da vitimologia, da Criminologia Crítica, da teologia cristã menonita, do republicanismo inclusivo (em Braithwaite), bem como da sociologia funcionalista (Escola de Chicago, subculturas criminais, associação diferencial) e do *labeling approach*. Sobre o tema, ver PACHECO, Rubens Lira Barros. *Justiça Restaurativa para além da culpa e da exclusão: responsabilidade, crimes patrimoniais e etiologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁸ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*. São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004. Segundo Álvaro Pires, na segunda metade do XVIII o desenvolvimento do pensamento jurídico de Kant (obrigação moral de punir), Feuerbach (obrigação jurídica de punir) e Beccaria (a certeza da pena), entre outros, juntamente com as teorias da pena, convergiram para a formação de um sistema ideológico e prático em cujo núcleo situa-se o dogma da obrigatoriedade da punição. Tal sistema epistemológico — a racionalidade penal moderna — tende a inibir qualquer tipo de inovação contrária àquela obrigatoriedade.

⁹ Para a verificação desse tema, ver ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

¹⁰ SANTANA, Márcia Jaqueline Oliveira. *O papel da comunidade na Justiça Restaurativa*. Aracaju: EDISE, 2019.

¹¹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

de um lado, a Justiça Restaurativa supõe um movimento de avanço, pela tendência a superar a pena como solução *standard* dos conflitos; por outro, supõe um retrocesso na luta pelos direitos fundamentais, no ponto em que parece enfraquecer o garantismo.

Caber-se-ia questionar se seria assim, a Justiça Restaurativa, uma “nostalgia regressiva” voltada para modelos arcaicos de “comunidades sem direito”, incoerente e permissiva da lei do mais forte, como alega, incisivamente, Ferrajoli sobre o abolicionismo¹². Concentraria a Justiça Restaurativa um projeto de modelo de sociedade disciplinar, que desvaloriza toda e qualquer orientação garantista?

De todo modo, em que pese a oposição essencial ao nível principiológico entre Justiça Restaurativa e Justiça Penal, suspeita-se que, de alguma maneira, deve haver uma compatibilização entre os princípios desta e daquela, considerando que, em face do *design* que tem assumido a Justiça Restaurativa no Brasil, resta impossível sua subsistência no campo da Justiça Penal sem uma articulação institucional com o Poder Judiciário e com o processo penal. Sem sombra de dúvida, não seria lógico admitir que as práticas restaurativas poderiam servir (consciente ou inconscientemente) a qualquer tipo de projeto condizente com a fragilização das garantias penais e processuais dos ofensores.

Por essa razão, levanta-se a hipótese de que há, nos próprios fundamentos da Justiça Restaurativa, princípios que devem se harmonizar com as finalidades do garantismo penal, mais especificamente com os axiomas de jaez processual. É também por esses motivos que se adota, para a execução da pesquisa, um método teleológico de interpretação dos axiomas estruturantes do modelo garantista penal, para, por meio dele, verificar se, de fato, há alguma relação de compatibilidade existente entre os princípios processuais penais e os princípios restaurativos. Ao final, examina-se, também, se os próprios princípios restaurativos podem desempenhar, de *per si*, uma função garantista não evidente à primeira vista.

As categorias essenciais adotadas nesse artigo “princípios” e “garantias” são aplicadas com o mesmo sentido atribuído por Ferrajoli, como um conjunto de técnicas legislativas e judiciais de “definição e de comprovação dos pressupostos da pena orientadas a reduzir do maior modo possível o poder judicial arbitrário”, ante o poder judicial de “disposição”, ou seja, ante aquela dimensão do poder judicial que abre espaços inevitáveis de discricionariedade e que lhe “afige os fundamentos de legitimidade”¹³.

Contudo, essa definição não elide a possibilidade de compreensão daquelas categorias como as entendidas Pacelli¹⁴, por exemplo, quando este se refere aos princípios processuais penais como normas de fundo constitucional, absolutamente inafastáveis, essenciais ao sistema processual, posto que destinados a cumprir a missão de tutela de direitos fundamentais, e que são, ao mesmo tempo, entendidas como “verdadeiras garantias fundamentais dos indivíduos, seja em face do Estado, seja em face de si mesmos”¹⁵. Longe de seu sentido manualístico, utiliza-se, neste artigo, o termo “garantia processual”, em síntese, como sinônimo de “axioma”, tomando por base a obra de Ferrajoli¹⁶, sobretudo.

Considerando o objetivo da pesquisa, o recorte epistemológico realizado e os próprios limites do formato de publicação, julgou-se inadequada a inclusão dos axiomas penais (das garantias penais) no objeto de pesquisa, abrindo-se a oportunidade para um estudo futuro. Quanto aos axiomas de índole processual penal, julgou-se despiciendo o exame a fundo de seus conteúdos, ou o exame da totalidade destes princípios. Ao contrário, procurou-se tratar, apenas, daqueles que, de algum modo, se mostraram reconhecidos pela doutrina como acometidos pela suposta informalização ou privatização da Justiça Restaurativa e seu estudo ocorreu, apenas, na proporção vertical necessária à refutação ou validação das hipóteses.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 202-203.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33.

¹⁴ PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁵ PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 33.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

A resposta ao problema refere-se ao fato de que, tanto a Justiça Restaurativa quanto o garantismo penal iluminista assumem uma mesma finalidade, a restrição do poder punitivo ao mínimo necessário, ambos servindo de barreira ideológica contra a habilitação do *jus puniendi*.

2 As garantias processuais penais no contexto jurídico brasileiro

Considerando ser lugar-comum, tanto na doutrina restaurativa quanto na criminológica crítica, um certo modelo de argumentação que se inicia pela crítica ao modo de funcionamento dos aparelhos penais, passando à respectiva denúncia da incongruência existente entre o discurso penal (de limitação do poder e do respeito aos direitos e garantias fundamentais) e a prática penal (de violação desses mesmos direitos e garantias)¹⁷, reputamos desnecessária a adoção de tal roteiro e resumimo-nos à demonstração da possível relação existente entre os princípios restaurativos e as garantias processuais, bem como à verificação de seu modo de ser atual.

A Teoria do Garantismo Penal encontra esteio no pensamento de Luigi Ferrajoli, sobretudo na obra “Direito e Razão”, publicada pela primeira vez em 1989. Fruto de uma longa investigação, a teoria emerge em meio a um contexto de crise de legitimidade do Direito Penal e do sistema penal como um todo. Ao controverter as bases desse sistema, Ferrajoli apresenta o garantismo penal como uma epistemologia dotada de capacidade interpretativa a conferir racionalidade e legitimidade às formas de manifestação do poder punitivo.

De acordo com a teoria, o Direito Penal surge na modernidade como produto da concorrência do Iluminismo, do liberalismo, do racionalismo, do empirismo e do positivismo jurídico, na tentativa de atribuir limites à resposta criminal. Em sua versão clássica, o Direito Penal assume dois compromissos simultâneos: a garantia de uma esfera intangível de liberdade aos cidadãos em face da autoridade estatal, e a garantia de uma tutela jurídica igualitária, não condicionada pelo *status* ou pela personalidade do agente, mas habilitável de acordo com a qualificação jurídica da conduta praticada.

Contudo, esse esquema epistemológico se mostra uma utopia, uma vez que não consegue livrar totalmente da atividade decisória o poder discricionário do juiz¹⁸, podendo, portanto, dar vazão a concepções diferentes de modelos penais, incluindo versões autoritárias e irracionais. Centrado em uma noção formal

¹⁷ Para retomar a crítica ao Direito Penal e ao modo de funcionamento das agências punitivas, ver RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 1993; TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graaal, 1980; CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977; HULSMAN, Louk. H. C. Critical Criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises*, Dordrecht, v. 10, p. 63-80, 1986; BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En busca de las penas perdidas: Deslegitimacion y dogmatica jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998; DE GIORGI, Alessandro De. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006; ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008; MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006; BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007; entre outros.

¹⁸ De acordo com Ferrajoli, do convencionalismo penal pode se deduzir que o desvio punível é determinado abstratamente, ou seja, é formal (não corresponde necessariamente a um fato imoral ou anormal, já que é eleito politicamente e formatado pela norma jurídica) e fático (não é a condição subjetiva que determina a natureza do desvio, mas o comportamento punível), não sendo autorizado ao juiz a punição de tudo aquilo que ele considera imoral. Além disso, deriva do convencionalismo a necessidade da lei descrever com exatidão o fato punível, pois o juiz só pode julgar com base na lei e não no que for externo a ela. Quanto ao cognitivismo processual, infere-se que as decisões judiciais devem ser justificadas, posto que as hipóteses acusatórias devem ser refutáveis e comprovadas empiricamente, por meio de provas controladas por um procedimento indutivo, capaz de admitir somente afirmações ou negações (não valorações). Ambos, convencionalismo penal e cognitivismo processual, como elementos do garantismo clássico, impõem ao sistema penal a necessidade de certificação da determinação do desvio (a lei e a sentença devem ser taxativas) e a exclusão de uma eventual função ética ou pedagógica da pena (dada a separação entre Direito e moral e a inexistência de uma ontologia maléfica do desvio).

de verdade jurídica (aquela obtida com observância das regras de procedimento, controlada e com conteúdo reduzido pelo direito de defesa), tem-se o modelo garantista de Direito Penal, constituído por dez axiomas lógicos, que conformam um todo coerente e unitário. Tais axiomas, construídos pela articulação de onze termos (a pena, o delito, a lei, a necessidade, a ofensa, a ação, a culpabilidade, o juízo, a acusação, a prova e a defesa), correspondem aos princípios basilares do sistema garantista, todos funcionando como condição para a atribuição racional e legítima da pena.

Nulla poena sin crimine (não há pena sem crime); nullum crimen sine lege (não há crime sem lei); nulla lex poenalis sine necessitate (não há lei sem necessidade); nulla necessitas sine injuria (não há necessidade sem ofensa); nulla injuria sine actione (não há ofensa sem ação) e nulla actio sine culpa (não há ação sem culpa) são as condições, axiomas, princípios ou garantias penais. As garantias processuais, por sua vez (aquelas que interessam à presente pesquisa), são: nulla culpa sine iudicio (não há culpa sem juízo); nullum iudicium sine accusatione (não há juízo sem acusação); nulla accusatio sine probatione (não há acusação sem prova) e nulla probatio sine defensione (não há prova sem defesa)¹⁹.

As garantias processuais funcionam como instrumentos de efetividade das garantias penais. São, nesse sentido, garantias instrumentais, mas que apresentam valor por si mesmas na medida em que expressam (por meio de princípios correspondentes às indagações de “quando julgar” e “como julgar”) a necessidade de imparcialidade, verdade e controle de toda atividade jurisdicional legítima em um dado Estado de Direito²⁰.

2.1 O axioma da jurisdição

O axioma da jurisdição, ou o Princípio da Submissão à Jurisdição, tem como núcleo a presunção de inocência do acusado e é a principal garantia processual, complementar ao princípio da legalidade e pressuposto das demais garantias processuais. Enquanto o Princípio da Legalidade visa prevenir as ofensas previstas como infração penal, o Princípio da Submissão à jurisdição previne a adoção de modos irracionais e autoritários de reação penal.

Desdobra-se a garantia da jurisdição em garantias orgânicas e procedimentais. As primeiras são relativas à formação do juiz e sua relação com outros poderes (independência, imparcialidade, responsabilidade, juiz natural, separação entre juiz e acusação etc.). As garantias procedimentais, por sua vez, são relativas à formação do juízo (presunção de inocência, acusação determinada, ônus da prova, contraditório, publicidade, direitos de defesa, motivação da decisão etc.).

O modelo processual garantista (de submissão à jurisdição) é cognitivo no sentido de que se orienta pela busca da verdade processual, aproximativa, reduzida às provas, e, por isso, empiricamente controlável. A ele se contrapõe um modelo decisionista, voltado à busca de uma “verdade ética”, ampla (para além da prova) e substancial, ou seja, baseada em valorações, e, portanto, antigarantista²¹. A técnica utilizada no modelo processual garantista, guiado pelo Princípio da Submissão à Jurisdição, redundando na produção de uma certeza relativa, obtida por meio da verificação e refutação de proposições assertivas, seguidas de proposições prescritivas (as decisões), devidamente legitimadas internamente por seus fundamentos.

Em oposição, a certeza produzida no modelo substancialista é do tipo subjetiva, destituída de qualquer legitimação ético-política já que correspondente a uma legitimação de tipo representativo ou consensual, não baseada na razão ou na lei²².

Sendo a razão e a lei fontes de legitimidade substancial do próprio Poder Judiciário (e com mais força do sistema penal), considera-se problemática a relação entre democracia e justiça penal, posto que esta, nortea-

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74-75.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 432.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 434.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 437.

da por princípios garantistas, movimenta-se sob um fluxo essencialmente contramajoritário, que dispensa o consenso, à medida que busca legitimação na falseabilidade e na produção de proposições prescritivas verdadeiras.

2.2 O axioma da acusação

Em sentido estrito, a submissão à jurisdição pressupõe a forma acusatória de processo. A acusação, acompanhada do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal — enquanto princípios — implicam na indeclinabilidade do julgamento no sentido de que

o juiz não pode subtrair-se a ele qualquer que seja o assunto a julgar, e que ele é infungível, no sentido de que não pode ser substituído por outras formas de atividade cognitiva ou potestativa operadas por outros sujeitos públicos ou privados.²³

A partir da vigência do Princípio da Acusação, estabelece-se uma certa organização judiciária (do tipo acusatória), uma certa figura de juiz (garantidor de direitos fundamentais) e um certo método de investigação processual e de juízo. Assim, é acusatório todo sistema processual que tem o juiz como ator passivo, separado das partes, cujo julgamento funda-se sob o confronto paritário de armas, provocado pela acusação, a quem compete o ônus da prova, com direito de defesa e contraditório públicos, solucionado com base na convicção livre, racional e motivada²⁴. Em oposição, o processo inquisitório se caracteriza, entre outros fatores, por uma instrução escrita e secreta, sem contraditório ou direitos de defesa, e pela confusão entre a figura do juiz e a do acusador.

A garantia da acusação assegura a existência de um sujeito público (Ministério Público) dedicado a essa missão, conformado à lei e destituído do poder de escolha sobre as violações passíveis de persecução. A existência do princípio certifica o distanciamento do juiz em relação às partes e, por fim, assegura a publicidade da ação penal (obrigatoriedade e irrevogabilidade da ação), com vistas à garantia da igualdade formal dos cidadãos, da “certeza do direito penal” e, sobretudo, da “tutela das partes ofendidas mais fracas”²⁵.

A obrigatoriedade da ação penal e a indisponibilidade das situações penais que lhe são corolários cumprem a função de impedir as transações, as aceitações e renúncias entre as partes, a disparidade de tratamento dos crimes e eventuais avaliações sobre a oportunidade do processo a partir do comportamento do imputado ou de sua disponibilidade para negociar com a acusação²⁶.

2.3 O axioma da prova

Ao apontar na direção de uma resposta possível à indagação fundamental de “como julgar”, as garantias processuais da prova e da defesa surgem como soluções integrantes dos modelos de justiça acusatórios para o problema dos erros de julgamento, afinal, escreve Ferrajoli, “se a história das penas é uma história dos horrores, a história dos julgamentos é uma história dos erros”²⁷.

Como remédio para os sofrimentos e abusos advindos das decisões arbitrárias e irracionais, a descoberta da verdade se impõe como meta do processo, pautada pela atividade cognitiva do magistrado. Justificado como técnica de minimização da violência e do arbítrio da reação social ao delito, o processo penal tem como fim a “descoberta da verdade”. Esta obtida pelo exame ritualizado de provas, sob a observância do direito de defesa.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 450.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 452.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 456.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 457.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 482.

Atrelada aos princípios da submissão à jurisdição e da acusação, o axioma da prova (ou princípio do ônus da prova ou da verificação) pressupõe uma relação trigonal e equidistante entre juiz, defesa e acusação, se projeta sob a forma da denúncia (unívoca, clara, precisa, pública, determinada, exata, apoiada por indícios, completa e tempestiva), desdobrando-se, finalmente, sob a forma dos direitos ao interrogatório, ao silêncio, a não autoincriminação, da proibição da tortura, da negação da confissão forçada e da proibição de meios ilícitos de obtenção da prova. Para Ferrajoli:

[...] a confissão, que no sistema inquisitório é extorquida por qualquer meio, mas vincula legalmente o juízo, é submetida no sistema acusatório e garantista a uma longa série de regras de formação, como a espontaneidade, a não incidência, a univocidade e outras, e é todavia privada de qualquer valor legal decisório. [...] Igualmente os testemunhos, extorquidos pelo juiz e dotados de valor probatório legal na inquisição, são entregues no processo acusatório exclusivamente à interrogação das partes, submetidos ao seu exame cruzado, vinculados à espontaneidade e ao desinteresse das testemunhas, delimitados no objeto e na forma pelas proibições de perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízos de valor²⁸.

2.4 O axioma da defesa

O Princípio da Defesa (ou Princípio do Contraditório ou da Falseabilidade), materializado na possibilidade de falsificação da hipótese acusatória, tem a prova como sua condição epistemológica de existência. Aquele se projeta sob a forma do direito do imputado de ser assistido por advogado e de receber defesa técnica e substancial. Tal direito se associa às “garantias de garantias”, ou seja, aos princípios da publicidade e da oralidade.

A publicidade firma o controle interno e externo da atividade do juiz, seja pela possibilidade de discussão das partes sobre o procedimento e sobre os critérios de avaliação das provas, seja pela faculdade dirigida ao público para a consulta e crítica das decisões judiciais. Segundo o autor:

[...] somente se a instrução probatória se desenvolver em público e, portanto, de forma oral e concentrada, e se ademais for conforme ao rito voltado a tal fim predisposto, e enfim a decisão for vinculada de modo a dar conta de todos os eventos processuais além das provas e contraprovas que a motivam, pode-se ter de fato uma relativa certeza de que tenham sido satisfeitas as garantias primárias, mais intrinsecamente epistemológicas, da contestação da acusação, do ônus da prova e do contraditório com a defesa. Por isso a publicidade e a oralidade são também traços estruturais e constitutivos do método acusatório formado pelas garantias primárias, ao passo que o segredo e a escritura representam por outro lado traços característicos do método inquisitório²⁹.

Nesse contexto, o rito tem importância fundamental para a realização da justiça, posto que sua violação importa em nulidade dos atos processuais. A forma, por si só, é garantia, desde que predeterminada pela lei como método de validação das provas.

Assim como a forma, ao conteúdo decisório também corresponde um princípio ligado aos axiomas da prova e da defesa. A motivação — com efeito — assegura o controle tanto da legalidade quanto dos argumentos de fundo empregados no convencimento do magistrado.

2.5 O garantismo processual no contexto brasileiro

A partir do exame dos princípios processuais garantistas, atende ao qualificativo de “Estado de Direito” somente aquele Estado que apresenta, no conjunto formal de seu ordenamento, normas que contemplam todo o rol de axiomas acima, em oposição aos Estados Absolutos ou Totalitários, em que apenas alguns axiomas ou nenhum deles estão presentes (carentes de limitação à ação punitiva).

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 489.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 492.

No Brasil, as garantias processuais possuem status constitucional, mas não só: são consideradas cláusulas pétreas, e, portanto, são normas imutáveis, por força do artigo 60, §4º da Constituição, fazendo parte do Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”. Essas garantias se expressam por meio de vários dispositivos distintos, dentre eles, a título de exemplo, os incisos XXXV e XXXVII do artigo 5º da Constituição. Tais dispositivos consubstanciam o Princípio da Jurisdição ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

No mesmo artigo 5º, inciso LVII estabelece-se que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; e, no artigo 129, prevê-se a existência do Ministério Público enquanto titular da ação penal pública e fiscal da lei, ambos os dispositivos atinentes ao princípio acusatório.

Ainda no artigo 5º, dessa vez no inciso LVI, consideram-se “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, centro nevrálgico do princípio da prova. Quanto ao Princípio da Defesa, observa-se, no inciso LV do mesmo artigo 5º da Constituição, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No campo da legislação infraconstitucional também são diversos os dispositivos que fazem referência às garantias processuais, a exemplo dos artigos 3º-A e seguintes (juiz das garantias)³⁰, 186 (proibição da autoincriminação) e 261 (direito à defesa) do Código de Processo Penal³¹.

No campo da doutrina processualista nacional, esses princípios, axiomas ou garantias processuais, ganham interpretação e sentidos práticos, e reverberam em grande medida o pensamento de Ferrajoli³².

Com efeito, para Lopes Junior, as garantias processuais constitucionais existem para cumprir uma função de redução de danos³³, em face do sofrimento causado pela resposta punitiva estatal. Diante da possibilidade de abuso do poder e da ameaça constante à liberdade individual por parte do Estado, se legitima a jurisdição, materializada na figura do juiz como garantidor dos direitos fundamentais.

Nesse particular, o Princípio da Jurisdicionalidade (submissão à jurisdição, para Ferrajoli) diz respeito à exclusividade que gozam os tribunais para impor a pena por meio de um processo imparcial e moldado estritamente por normas legais. Além disso, vincula-se às garantias orgânicas da magistratura (que visam sua independência) e à possibilidade de tomada de decisões contramajoritárias, postas a salvo da pressão política e em defesa de direitos fundamentais. Do ponto de vista ético-jurídico, a jurisdição implica a proteção contra a dominação:

no momento do crime, a vítima é o débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que, frente ao poder de acusar do Estado, sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena³⁴.

Sendo requisito para a proteção de direitos fundamentais, a jurisdição é indeclinável e importa na proibição de julgamento por juízo instituído após o fato (juízo de exceção), ou escolhido arbitrariamente

³⁰ Com eficácia suspensa *sine die* até pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299 Distrito Federal).

³¹ Pacelli ressalta que, embora o sistema processual brasileiro seja acusatório, o texto originário do Código de Processo Penal brasileiro tem caráter inquisitivo: “[...] sob tais distinções, o nosso processo é mesmo acusatório. Entretanto, a questão não é tão simples. Há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitivo do nosso Código de Processo Penal e seu texto originário”. PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 19.

³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 82.

³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 85.

(incompetente)³⁵, na exterioridade do sistema judicial ao sistema político e na proibição da dilação indevida do processo (direito a um prazo razoável), etc.³⁶.

Os princípios acusatórios e da prova, por sua vez, projetam-se no direito à presunção da inocência como norma de tratamento, probatória e de julgamento; na regra de valoração *in dubio pro reo*; no ônus da prova para a acusação; na inadmissibilidade das provas obtidas ilícitamente; no direito ao devido processo legal e na exigência de publicidade e fundamentação dos atos processuais e das decisões judiciais³⁷.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa — de acordo com essa mesma doutrina — englobam o direito à autodefesa (positiva e negativa); a indisponibilidade da defesa técnica; o direito de escolha do defensor; o direito de audiência; o direito ao silêncio, a negação de valor decisivo à confissão; o direito à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*); o dever de motivação das decisões judiciais, bem como as demais regras que denotem lealdade processual³⁸.

Entre a teoria do garantismo penal e a política criminal do Direito Penal Mínimo, enxerga-se um vínculo lógico necessário, uma vez que ambas as propostas caracterizam-se pela pretensão de máxima limitação e condicionamento do poder de punir; de proteção máxima das liberdades individuais; máxima aproximação entre a racionalidade e a certeza dos procedimentos e das leis penais; pela observância do *in dubio pro reo* (nenhum inocente será punido à custa da incerteza de que algum culpado fique impune); pela necessidade de prova dos fatos para atribuição de pena e pela presença de garantias penais e processuais no texto da Constituição.

Segundo o que se pode deduzir da teoria de Ferrajoli e do contexto constitucional e doutrinário apresentado acima, o Estado brasileiro qualifica-se como um Estado de Direito dotado abstratamente de um modelo de Direito Penal garantista, posto que, ao menos no plano normativo constitucional, consubstanciam-se os dez axiomas do garantismo³⁹.

Evidentemente e de maneira contraditória, no plano material (ao nível do funcionamento real das agências penais), o exercício do direito de punir estatal se mostra notadamente marcado pelo autoritarismo, pela arbitrariedade, pela irracionalidade, pelo racismo, pela seletividade e pela violência, fatos que dispensam aqui maiores digressões.

Ocorre que, a par da condição garantista do sistema penal constitucionalizado, indaga-se se a Justiça Restaurativa, com suas práticas sigilosas e confidenciais, pautadas pela busca de uma verdade ampla, holística, não lastreada em provas, dirigida ao consenso, de índole comunitária (sem submeter-se à jurisdição), e influenciada pelo abolicionismo, de alguma forma põe em risco aqueles axiomas conformadores dos princípios estruturais do modelo de reação penal. Vê-se oportuno, portanto, questionar: à Justiça Restaurativa,

³⁵ PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 34.

³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 85-110.

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 130-144; PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39, 41; LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 46, 64.

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 148-156; PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 35; LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 57-62.

³⁹ Embora no plano infraconstitucional sejam observadas normas processuais de viés inquisitório, a exemplo dos artigos 156, 209 e 385 do Código de Processo Penal. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 131-132. Sobre o mesmo tema, escreve Pacelli: “para além das ponderações de ordem criminológica, mais ajustadas a determinados modelos de sistemas penitenciários e de sistemas punitivos, a Constituição da República, essencialmente garantista, determina a tutela penal dos direitos fundamentais, quando, em diversos momentos e dispositivos, refere-se ao desvalor atribuído a determinadas condutas lesivas (racismo, drogas, terrorismo, tortura etc.) e ao procedimento penal para a aplicação do Direito (ações penais públicas, ações privadas subsidiárias das públicas etc.). Não haverá incompatibilidade entre o garantismo e a intervenção penal, no âmbito exclusivo da dogmática penal, quando se puder justificar a condenação criminal pela estrita observância do devido processo penal constitucional, e, de modo mais sensível, ao dever de fundamentação das decisões judiciais”. PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 33.

ao negar os princípios fundantes da Justiça Penal, corresponderia a um modelo de justiça antigarantista (substancialista, decisionista) a pedir passagem no campo da justiça penal brasileira?

3 Crítica à Justiça Restaurativa como modelo de justiça antigarantista

Segundo a Teoria de Ferrajoli⁴⁰, o modelo antigarantista de justiça penal corresponde a uma certa epistemologia, ou seja, a um conjunto de pressuposições acerca de conceitos fundantes de todo sistema penal moderno (como o crime, a pena e a lei) que, uma vez estruturadas sob a forma de um sistema unitário e coeso, emprestam ao modelo geral uma feição autoritária (ou inquisitiva). Analiticamente, essas pressuposições agrupam-se em dois blocos: o primeiro, denominado de “substancialismo penal” e o segundo, de “decisionismo processual”.

Ao primeiro grupo se vincula, exclusivamente, a discussão sobre os princípios penais (consequentemente sobre os conceitos de delito, de infrator e de norma jurídica) e por isso, não cabe aqui ser examinado. O segundo, por outro lado, compõe o objeto desta pesquisa na medida em que diz respeito às pressuposições assumidas no modelo antigarantista sobre a motivação da decisão, sobre a verdade que a fundamenta e sobre sua legitimidade.

O tema do decisionismo processual, supõe-se, revela ser como uma chave discursiva a abrir caminho para a investigação sobre o modo de ser da Justiça Restaurativa no Brasil e de sua aparente não compatibilização com práticas jurisdicionais ditas garantistas (decisões motivadas racionalmente, orientadas por um processo de verificação da verdade processual, e encampadas por magistrados investidos de poder estatal).

Especificamente, o decisionismo processual constitui-se, no plano teórico, por uma falta de fundamento empírico na motivação das decisões (demovida por avaliações subjetivas, pelo convencimento íntimo do julgador); pelo julgamento da personalidade do acusado (não dos fatos) e pelo desprezo à verdade processual (sendo desnecessária sua refutação ou controle públicos). Esse conjunto de pressuposições típicas do modelo antigarantista resulta — pela falta de determinação normativa precisa dos fatos e pela ausência de verificação empírica dos pressupostos da pena — em um juízo de autoridade. Tal modelo não é concebido como jurisdição, posto que as decisões se baseiam em conveniência, oportunidade e valores e, portanto, também, carecem de legitimidade ético-política.

Ocorre que, parece deduzir-se dessa dicotomia entre os modelos garantista e antigarantista uma aproximação inevitável da Justiça Restaurativa com o último deles. Não há dúvida de que as práticas restaurativas prescindem de publicidade e de motivação decisória e pouco ou nada se referem a finalidades que digam respeito à busca de uma verdade processual, com verificação prévia de culpa, exame de provas e um julgamento prolatado verticalmente por terceiro imparcial, prefixado por um rol de respostas legais. Daí levantar-se a dúvida sobre se a Justiça Restaurativa conformaria efetivamente um modelo de justiça antigarantista ou se esse contexto dicotômico seria por demais reducionista a ponto de inviabilizar a concepção de um modelo de justiça consensual e relacional que lhe escapa da vista.

Com mais força, ainda há a crítica formulada por Ferrajoli quanto ao sistema de controle social-disciplinar, e que, em uma primeira análise, parece alargar, ainda mais, a distância entre a Justiça Restaurativa e o garantismo. Segundo ele, o sistema social-disciplinar, tributário do abolicionismo penal, é um sistema de controle característico de comunidades primitivas que buscam a interiorização das censuras coletivas por meio de práticas informais. De acordo com o autor, haveria nesse modelo alternativo ao Direito Penal uma

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

pretensão de socialização forçada que, embora típico de comunidades arcaicas, seria imanente em momentos de crise e, assim, significaria uma regressão ampliada dos espaços de arbítrio⁴¹.

De mais a mais, uma vez tributária do abolicionismo penal, a Justiça Restaurativa, de acordo com essa visão, poderia então concentrar um projeto destituído de qualquer garantia contra o arbítrio do poder penal e enquadrar-se-ia perfeitamente na crítica de Ferrajoli⁴² aos modelos irracionais e autoritários.

Afora a obra de Ferrajoli, Sica⁴³ traz à lume os argumentos levantados por Sansberro e Silva-Sánchez, segundo ele, capazes de sintetizar as principais críticas formuladas na doutrina a respeito do possível efeito antigarantista decorrente das práticas de justiça consensual, mais especificamente da mediação penal (no contexto da justiça restaurativa). De acordo com aqueles autores, a adoção de métodos consensuais no campo da justiça penal tende a fragilizar os princípios penais da legalidade, igualdade e proporcionalidade e o princípio processual da presunção de inocência. Segundo Silva-Sánchez, a justiça negociada põe a verdade e a justiça em segundo plano, não se conecta a valores, busca contornar os princípios da legalidade, igualdade e imparcialidade para dar a cada situação uma “solução necessária”, não “vinculada externamente”⁴⁴. Para esse autor espanhol, a renúncia ao Direito Penal e a sua substituição por práticas comunitárias, dada a ausência de formalização, resultam em soluções piores que a intervenção penal⁴⁵.

De uma perspectiva mais ampla, Sica destaca uma série de críticas à Justiça Restaurativa, que apontam para a produção de efeitos antigarantistas ao nível da política-criminal, como os da mercantilização da justiça penal, da falta de controle jurisdicional sobre os procedimentos restaurativos; do efeito de expansão da rede de controle penal (efeito *net-widening*), “com inclusão na área de criminalização de uma enormidade de conflitos banais” e do efeito *bis in idem* quando da acumulação entre a intervenção penal e a prática restaurativa⁴⁶.

Nesse mesmo sentido, Eduardo Correia e Figueiredo Dias sustentam que mecanismos de desjurisdicionalização (diversão), que afastam os conflitos com ressonância penal do exame do Estado-juiz, tendem a violar o axioma *nulla poena sine iudicio*, ou seja, “toda a legalidade e todo o Estado de direito”. De acordo com os autores, o sistema judicial é uma garantia por si só e à redução de seu campo de atividade deve preceder uma reflexão séria sobre a possibilidade de compatibilização entre as propostas que desviam os casos para instâncias consensuais ou comunitárias, com os princípios da “legalidade estrita da intervenção penal, da culpa, da tutela subsidiária de bens jurídicos, do carácter exclusivamente preventivo da punição”, todos esses princípios constitucionais e, portanto, imperativos jurídicos⁴⁷.

Conforme afirma Santos⁴⁸, chama atenção a aparente contradição entre a proposta restaurativa, calcada na devolução do conflito aos envolvidos, e o dogma moderno do monopólio estatal de justiça penal (subsumido no axioma da jurisdição). Incompatíveis, portanto, seriam os dois modelos (penal e restaurativo), dado o fato insuperável de que o crime ofenderia valores e bens jurídicos de importância vital para a comunidade, passíveis de uma resposta contundente e organizada por meio do aparato estatal, e cuja reação se encontraria legitimada democraticamente pelo processo de elaboração normativa.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 273-274.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴³ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa: críticas e contracríticas*. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 159-189, dez./jan. 2008.

⁴⁴ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa: críticas e contracríticas*. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 159-189, dez./jan. 2008. p. 163.

⁴⁵ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa: críticas e contracríticas*. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 159-189, dez./jan. 2008. p. 120-121.

⁴⁶ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa: críticas e contracríticas*. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 159-189, dez. – jan 2008. p. 184-186.

⁴⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 406-407.

⁴⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014.

Logo, seria irracional um modelo que estabelecesse, contra os princípios da submissão à jurisdição e da acusação, a disponibilidade da persecução penal por vontade exclusiva dos envolvidos e a custa do interesse público, principalmente em países de tradição jurídica romano-germânica⁴⁹, como é o caso do Brasil. A par da dimensão pública do crime, das funções constitucionais do Ministério Público e do Judiciário, vislumbrar-se-ia aí, aparentemente, com a Justiça Restaurativa, uma via de privatização dos assuntos de Estado⁵⁰.

No contexto de simbiose entre jurisdição e culpa (enquanto axiomas garantistas), a culpa funciona como limite ao exercício do poder de punir, forçando-o a recair somente sobre o réu imputável, que age livre e consciente, querendo ou assumindo o risco de se obter o resultado, ou ainda, que age descuidadamente em relação ao bem jurídico⁵¹. A culpa, objeto do procedimento de verificação da responsabilidade penal, se vincula à jurisdição na medida em que o Estado-Juiz se revela como a única autoridade legitimada para sua verificação e atribuição, sob a observância das garantias processuais e no ambiente exclusivo do processo penal.

O processo restaurativo, por sua vez, ao exigir do ofensor algum reconhecimento dos fatos como requisito de participação, sem colocar à disposição as garantias processuais e sem submetê-lo à verificação da única autoridade estatal competente para tanto (o juiz), corre o risco de violar ambos os princípios. Com efeito, ainda que não resulte na imposição de pena, a abordagem restaurativa implicaria uma “assunção de deveres”⁵² sem a constatação prévia de culpa jurídico-penal.

Além disso, ante a uma eventual ausência de referência das práticas restaurativas em relação ao axioma da culpa, os acordos restaurativos poderiam consubstanciar respostas mais desvaliosas que a reação penal. Não limitados pela culpa, as decisões restaurativas não necessariamente precisariam observar os critérios de proporcionalidade e de igualdade⁵³, seja no que atine à gravidade dos fatos, seja no que diz respeito às soluções obtidas em casos semelhantes.

Dado o encadeamento lógico dos axiomas garantistas (posto que a existência de um é condição de existência do outro) questiona-se, com mais razão, se as práticas restaurativas também apresentariam potencial para fragilizar os princípios processuais da prova e da defesa. Sintetizando o problema, escreve Santos:

o que se pode questionar [...] é se a resposta restaurativa pode existir sem que se mostre a existência daquele suporte da responsabilidade que funda a censura e/ou sem a prova da responsabilidade pelos fatos que se busca no processo penal, mormente no julgamento penal. O problema estará, assim, sobretudo no facto de ser da essência da justiça restaurativa a existência de um crime que todas as partes concordam que ocorreu e que origina a necessidade de reparação, mas cuja existência e contornos não têm que se provados num processo que obedeça a determinados requisitos⁵⁴.

⁴⁹ Sobre este ponto, explica Santos: “Não é, como já se afirmou, por acaso que as primeiras práticas restaurativas surgem em países do sistema anglo-saxônico, que aceitam mais largamente os juízos de oportunidade. E, entre os países do sistema europeu continental que podem considerar-se, também, pioneiros dos programas restaurativos preponderam aqueles (como a França, a Áustria ou a Bélgica) que admitiam, já à época, derrogações significativas à regra da obrigatoriedade da promoção processual penal”. Vide SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 454.

⁵⁰ No mesmo sentido, Santana e Oliveira sintetizam as críticas à Justiça Restaurativa na diferença filosófica fundamental segunda a qual, no garantismo ainda se vislumbra como legítima, a intervenção punitiva estatal e a necessidade do castigo. SANTANA, Selma Pereira de; OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v 136, p. 235-263, out 2017. p. 12, 16.

⁵¹ Santos toma como “bússola orientadora” de suas considerações, a mesma acepção jurídico-penal de culpa de Figueiredo Dias, consistente em um juízo de censura que engloba uma atitude interna do agente manifestada no ilícito-típico e que fundamenta o crime como obra do agente. É nesse sentido que o princípio da culpa é exposto acima, como uma mescla entre o elemento subjetivo do tipo, a culpabilidade como componente do conceito analítico de crime e o princípio da responsabilidade subjetiva. SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 418.

⁵² SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 418.

⁵³ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 444.

⁵⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e*

Considerando, também, a maneira sobreposta e interligada com que as práticas restaurativas têm se articulado com o processo penal no Brasil, reconhece-se como uma questão de legitimidade do projeto restaurativo a indagação levantada por Santos⁵⁵ quanto ao cabimento (dadas as condicionantes constitucionais apresentadas alhures) de uma assunção de deveres por parte do ofensor sem prova e sem culpa.

Ademais, para além de uma questão de legitimidade, pode-se questionar, também, a legalidade específica das práticas restaurativas quando estas são ajustadas ao processo penal, antecedendo-o⁵⁶. Nessa circunstância, independentemente do motivo, o insucesso daquelas práticas poderia implicar a violação dos princípios da prova e da defesa, sobretudo nos casos em que, ocorrido o encontro, o ofensor tenha declarado informações sobre o fato delituoso capazes de comprometer sua posição futura no processo, abatendo consequentemente suas chances de defesa.

Nesse particular percebe-se, à primeira vista, uma incongruência fundamental entre o processo penal, que estimula uma postura estratégica e passiva do réu, compatível com um direito ao silêncio e com a intervenção constante de seu defensor, e as práticas restaurativas, que estimulam uma postura ativa, correspondente a um “poder da palavra” e a uma participação sempre direta dos envolvidos.

Na hipótese de insucesso, a manifestação espontânea do ofensor no encontro restaurativo poderia projetar-se sobre sua situação processual, já como réu, produzindo para este, efeitos nocivos e não desejados, de tal maneira — a par de todas as críticas anteriores — que fosse inevitável a aproximação da Justiça Restaurativa do modelo inquisitório, destituído de garantias e centrado na confissão da culpa.

Essa mesma preocupação quanto ao risco de quebra das garantias processuais a partir da articulação entre Justiça Restaurativa e processo penal, mormente em relação ao insucesso de suas práticas, não é exclusividade dos pesquisadores restaurativistas brasileiros, mas antes, é percebida na doutrina de diversos autores estrangeiros.

Nos Estados Unidos, críticos da Justiça Restaurativa denunciam um suposto efeito disjuntivo das práticas restaurativas com relação aos princípios estruturantes da justiça penal convencional. Segundo eles, a simplificação e a informalização das práticas restaurativas podem levar à inobservância do devido processo legal e das garantias processuais (*due process e procedural safeguards*) incorporadas nos princípios da legalidade, igualdade, direito à defesa, presunção de inocência, proibição da autoincriminação e proporcionalidade. O abandono ou a eventual incompatibilidade entre a Justiça Restaurativa e os princípios fundamentais do sistema penal seguir-se-iam da constatação de incompatibilidade da Justiça Restaurativa com a Constituição estadunidense, o que inviabilizaria seu desenvolvimento no país⁵⁷.

Ikpa, ao expor as eventuais incongruências entre o sistema de justiça restaurativo (em estágio de aprimoramento, segundo a autora) e a Quinta e Sexta Emendas dos EUA, aponta para a suposta incompatibilidade entre o cenário constitucional estadunidense e a Justiça Restaurativa:

[...] ninguém será sujeito, pelo mesmo delito, a sofrer, por duas vezes, risco de vida ou de sua integridade; nem será obrigado em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal [...] As pessoas acusadas de crimes têm direito à representação por advogado e ao direito de ter um julgamento por júri^{58 59} (tradução nossa).

como? Coimbra: Coimbra, 2014. p. 420.

⁵⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014.

⁵⁶ A forma com que as práticas restaurativas se ajustam ao processo penal e o tipo de efeitos jurídicos que produzem são temas abordados no próximo capítulo deste artigo.

⁵⁷ REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 681-690.

⁵⁸ No original: “no person shall be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due processo of law [...] Persons accused of crimes are afforded the right to representation by counsel, and the right to a trial by jury”.

⁵⁹ IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system.

Outra parte das críticas à Justiça Restaurativa nos Estados Unidos concentra-se sobre o risco de violação da garantia processual da proibição de autoincriminação, intimamente ligada ao axioma garantista da prova. Segundo essa parcela da doutrina, ao estimular a autorresponsabilização, seria inevitável que em algum momento do encontro, as práticas restaurativas induzissem os ofensores a admissão de culpa, seja sobre o fato em discussão, seja a respeito de crimes não relacionados ao caso encaminhado⁶⁰. Tal situação seria mais problemática ainda nas hipóteses em que o envio do caso se desse numa fase anterior à acusação (*prior to adjudicatory stage*).

A garantia da defesa também seria violada pela Justiça Restaurativa, de acordo com Ikpa, uma vez que os advogados tenderiam a ser deixados de fora do processo restaurativo ou teriam sua atuação bastante limitada. Os ofensores, assim, não receberiam o mesmo tipo de assistência jurídica que receberiam os mesmos ofensores se optassem por um julgamento convencional⁶¹. A compatibilidade com o direito ao julgamento também é questionada: aqui a prática restaurativa é percebida como um subterfúgio tomado para se contornar a jurisdição. Mesmo a voluntariedade das partes como exigência para o ingresso na prática restaurativa não escapa às críticas:

a teoria subjacente é a de que oferecer justiça restaurativa como alternativa ao encarceramento é uma forma mais branda de obrigatoriedade quando o réu sente que seu destino será pior se ele não optar pela via restaurativa e isto viola o devido processo legal pela simples aparência de voluntariedade que lhe é inerente⁶² (tradução nossa).

Do mesmo modo, à luz da presunção de inocência, o Princípio da Confidencialidade na Justiça Restaurativa é controvertido, e a obrigatoriedade de sua observância pelas cortes judiciais é posta em dúvida⁶⁴. Com efeito, desde o final dos anos noventa, a violação da confidencialidade em procedimentos restaurativos tem sido objeto de preocupação de profissionais e estudiosos nos Estados Unidos e ainda se mantém como um tema atual⁶⁵. Em 1999, no Texas, membros de um programa restaurativo de mediação vítima-ofensor (VOM)⁶⁶ foram intimados a entregar à Promotoria a gravação feita durante um encontro, onde se registrava a autoincriminação do ofensor⁶⁷.

Washington University Journal of Law & Policy, Washington, v. 24, p. 301-325, jan. 2007. p. 311.

⁶⁰ IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system. *Washington University Journal of Law & Policy*, Washington, v. 24, p. 301-325, jan. 2007. p. 312.

⁶¹ IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system. *Washington University Journal of Law & Policy*. Washington, v. 24, p. 301-325, jan. 2007. p. 313.

⁶² No original: “The underlying theory is that offering restorative justice as an alternative to incarceration is a gentler form of compulsion when the defendant feels as if his fate will be worse if he does not opt for the restorative route and it violates due process by its very nature of only appearing voluntary”.

⁶³ IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system. *Washington University Journal of Law & Policy*, Washington, v. 24, p. 301-325, jan. 2007. p. 315.

⁶⁴ IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system. *Washington University Journal of Law & Policy*, Washington, v. 24, p. 301-325, jan. 2007. p. 316-317.

⁶⁵ ULLMAN, Jennifer. Need for confidentiality privilege in Restorative Justice Mediations in Illinois. *UIC John Marshall Law Review*, Illinois, mar. 2020. Disponível em: <https://lawreview.jmls.uic.edu/need-for-confidentiality-privilege-in-restorative-justice-mediations-in-illinois/>. Acesso em: 01 maio 2021.

⁶⁶ Definitivamente, Justiça Restaurativa e mediação não se confundem. ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 18. Entretanto, tradicionalmente, nos Estados Unidos e no Canadá, os programas que adotavam a metodologia restaurativa eram chamados de VOMs, “mediação vítima-ofensor”, na sigla em inglês (*Victim-Offender Mediation*). Antes do início dos anos 90, esses programas ainda foram chamados de VORPs, “programas de reconciliação vítima-ofensor” (*Victim-offender Reconciliation Programs*). REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 405. Schijndel explica que a mediação vítima-ofensor é a Justiça Restaurativa posta em prática, um dos meios de realização da Justiça Restaurativa ou uma das técnicas principais por meio da qual ela se concretiza. Vide SCHIJNDEL, R. A. M. VAN. *Confidentiality and victim-offender mediation*. Apeldoorn/Antwerpen/Portland: Maklu Uitgevers, 2009. p. 16-17.

⁶⁷ REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 413.

Igualmente, no Estado de Nova York, um Centro Comunitário de Resolução de Conflitos foi intimado para que disponibilizasse ao órgão de acusação o registro do procedimento de mediação vítima-ofensor em um caso de homicídio⁶⁸. Na Flórida, um mediador foi intimado para depor como testemunha, a pedido do réu.

Nos Estados federados norte-americanos, onde não há lei que estabeleça validade jurídica à confidencialidade, há uma forte preocupação com a possibilidade de autoincriminação dos ofensores durante a fase de contação de estórias dos encontros restaurativos⁶⁹.

Na Alemanha, a garantia da confidencialidade do procedimento restaurativo se mostrou problemática em situações em que não era exigida a assinatura prévia de termo de sigilo pelos programas restaurativos⁷¹.

Na Oceania, a possibilidade de violação do Princípio da Presunção de Inocência pelas práticas restaurativas e a suposta incompatibilidade entre processos e acordos restaurativos demasiadamente caracterizados pelo relativismo cultural e o direito humano da igualdade (*elemental equality*) são exemplos de questões que preocupam os teóricos restaurativistas naquele continente. Em especial, na Nova Zelândia, a exigibilidade jurídica da confidencialidade tem se mostrado bastante duvidosa⁷². Discute-se, ademais, se a Justiça Res-

⁶⁸ REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 417.

⁶⁹ REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 406, 407.

⁷⁰ O esforço de alguns programas de Justiça Restaurativa estadunidenses, no sentido de ver aplicadas a seu favor as leis sobre mediação (que previam a confidencialidade de seus procedimentos), não surtiu qualquer efeito. Depois de algum debate público, constatou-se que as diferenças entre os princípios, os métodos e os fins da mediação e da Justiça Restaurativa eram bastante díspares a fim de autorizar qualquer tipo de equiparação entre eles. REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 420-426. No contexto estadunidense, mesmo ali onde prevalece a tradição jurídica anglo-saxônica, calcada na *common law*, percebe-se uma forte tendência de se reconhecer na lei a fonte jurídica mais adequada para atribuir-se validade à confidencialidade do procedimento restaurativo. Mesmo onde há legislação específica sobre a Justiça Restaurativa, ainda persistem dúvidas a respeito das consequências processuais da quebra da confidencialidade, sobretudo quando essas normas legais se limitam a simplesmente prever a existência da regra de sigilo. A pesquisa de Reimund, por exemplo, revela a presença de diversas lacunas nas legislações estadunidenses que preveem a confidencialidade nos encontros vítima-ofensor (VOM's). A falta de detalhamento nesses textos legais deixa em aberto diversas questões, como as seguintes: toda e qualquer informação produzida no procedimento restaurativo (inclusive a documental) deve ser protegida? Há a possibilidade de divulgação da autoincriminação do ofensor em relação a crimes passados ou a ameaça de cometimento de crimes futuros? Qualquer tipo de crime, independentemente de sua gravidade, deve ser denunciado, uma vez conhecido no ambiente do encontro restaurativo? Todos os participantes do procedimento devem ser proibidos de revelar o conteúdo das informações em eventual processo criminal? Terceiros também devem ser alcançados pelo princípio? A confidencialidade vale apenas para os encontros restaurativos ou também para as fases preparatórias do encontro? O princípio pode ser afastado, por exemplo, para benefício do réu? Vide REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. Em pesquisa mais recente, desenvolvida por Branham, descobriu-se que o quadro apontado por Reimund na primeira metade dos anos 2000 ainda persiste. Vide BRANHAM, Lynn. "Stealing conflicts" no more?: The gaps and anti-restorative elements in States' Restorative-Justice Laws. *Saint Louis University Law Journal*, v. 64, n. 2, p. 145-180, 2020. Segundo o estudo, a maioria das leis nos Estados Unidos sobre Justiça Restaurativa, não deixa claro em que medida as comunicações nos encontros restaurativos são, de fato, confidenciais, comprometendo assim a segurança do espaço restaurativo e a possibilidade de se estabelecer um diálogo aberto e significativo entre os envolvidos. Vide BRANHAM, Lynn. "Stealing conflicts" no more?: The gaps and anti-restorative elements in States' Restorative-Justice Laws. *Saint Louis University Law Journal*, v. 64, n. 2, p. 145-180, 2020. p. 151. Diante do quadro de incerteza gerado por esta indefinição, a confidencialidade nos encontros restaurativos corre o risco de se tornar uma "falsa promessa", verdadeira armadilha contra os participantes desavisados que imaginam o ambiente restaurativo como espaço protegido por um escudo impermeável. Vide REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 401. No Brasil, a situação é similar, considerando a ausência de lei e a polêmica sobre a adequação das resoluções do CNJ para regular regras de procedimento com efeitos sobre o processo penal.

⁷¹ KEENAN, Marie; ZINSSTAG, Estelle. Restorative Justice and sexual offences: can "changing lenses" be appropriate in this case too? *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, v. 97, n. 1, p. 93-106, fev. 2014. p. 98.

⁷² Embora a privacidade seja garantida por meio de norma do Ministério da Justiça (*The Privacy Act* 1993), seu alcance é bastante limitado, abrangendo questões mais simples como o uso de informações pessoais dos participantes, a divulgação dos contatos da vítima e o histórico criminal do ofensor. Em verdade, nos casos de programas restaurativos neozelandeses, especializados em violência sexual, e vinculados ao Poder Judiciário, as informações discutidas durante as conferências restaurativas podem vir a público por determinação dos juízes JULLICH, Shirley *et al.* *Project Restore: an exploratory study of restorative justice and sexual violence.*

taurativa, ao incorporar práticas e crenças culturais específicas, poderia incorrer na violação do direito à igualdade, verdadeiro princípio de justiça universal. De acordo com essa crítica, diferentemente da retórica restaurativa, percebe-se nos programas restaurativos, em desfavor de determinados ofensores que se reúnem com vítimas identificadas com culturas distintas, uma tendência de se refletir a cultura dominante tanto na forma do processo quanto em seus resultados⁷³.

No Canadá, questões sobre a legalidade e a proporcionalidade do acordo restaurativo (vítimas demasiadamente lenientes e acordos com conteúdo ilegal) e sobre a possibilidade de anulação do processo restaurativo (por ausência de informações prestadas pelos facilitadores) levantam dúvidas sobre a compatibilidade das práticas restaurativas com princípios processuais penais como os do devido processo legal e da proporcionalidade⁷⁴.

A partir dos argumentos acima colhidos, oriundos de estudos de diversas partes do globo, há de se reconhecer uma percepção comum de que a instauração de modelos de justiça baseados no consenso e na informalização de procedimentos, calcados em soluções privadas sobre as quais a autoridade estatal não se impõe (como é o caso, se supõe, da Justiça Restaurativa), fragilizam (quando não elidem) as garantias processuais, normas de status constitucional, destinadas à proteção de direitos fundamentais.

Subjaz a essa percepção uma compreensão também comum de que a Justiça Restaurativa (dada sua origem abolicionista) não apenas nega invariavelmente todos os principais pilares ideológicos da justiça penal, sintetizados na racionalidade penal moderna, mas também uma noção de que a principiologia e a prática restaurativas nada tem a ver com a principiologia e a prática garantistas, sendo ambas imanentemente desconformes e, portanto, inarticuláveis.

Reconhecidas essas percepções, faz-se necessário, então, examinar se elas são fruto de uma visão madura ou se são produto daquela “aura de novidade e desconhecimento” de que se disse acima, e que ainda cerca a Justiça Restaurativa no Brasil, mormente a respeito do alcance de seus princípios. Para tanto, adota-se como ferramenta teórica o método de interpretação teleológica dirigido à análise dos axiomas garantistas e ao exame dos princípios restaurativos. A hipótese que se levanta é a de que tal método de abordagem pode fornecer substrato suficiente para fazer revelar uma compatibilidade de fins entre o garantismo e o restaurativismo, incluindo aí, eventualmente, o potencial oculto dos princípios restaurativos para funcionar além das fronteiras do ideário restaurativo, ou seja, uma inclinação natural desses princípios para ir além da atribuição de coerência interna ao próprio pensamento restaurativo.

4 Decisionismo processual e a função garantista dos princípios restaurativos

Como se disse, reputa-se eficaz o uso da interpretação teleológica quando o objetivo assumido na pesquisa corresponde ao desvelamento dos valores e dos sentidos que subjazem aos princípios estruturantes do modelo garantista de justiça penal. Sendo a teleologia uma “Teoria dos Fins”⁷⁵, mostra-se apropriada

Auckland: AUT University, 2010. p. 52. A rigor, nem os termos de confidencialidade assinados previamente, tampouco as promessas de sigilo oferecidas por parte de alguns serviços de Justiça Restaurativa neozelandeses apresentam fundamento legal ou exigibilidade jurídica. Efetivamente, a confidencialidade, nesses casos, não passa de uma “falsa impressão da lei” (*false legal impression*) JULLICH, Shirley *et al.* *Project Restore: an exploratory study of restorative justice and sexual violence*. Auckland: AUT University, 2010. p. 52.

⁷³ WARD, Tony; LANGLANDS, R. L. Restorative Justice and the human rights of offenders: Convergences and divergences. *Aggression and Violent Behavior: A Review Journal*, Victoria, v. 13, n. 5, p. 355-372, Oct. 2008. p. 369.

⁷⁴ ARCHIBALD, Bruce P. *Restorative justice and the rule of law: rethinking due process through a relational theory of rights*. 2013. Disponível em: <http://www.nsrj-cura.ca/publications>. Acesso em: 11 jun. 2022. p. 31.

⁷⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 191.

sua aplicação para o mapeio da “teoria dos valores” implícita no pensamento de Ferrajoli⁷⁶, em relação à elaboração de seu modelo garantista. Considerando a natureza jurídica daqueles princípios⁷⁷ e partindo-se da premissa de que um “fim não é senão um valor enquanto racionalmente reconhecido como motivo de conduta”, resta nesta seção examinar a razão de existir dos axiomas garantistas, compará-los com os princípios restaurativos e verificar se ainda vigora a aparência de incompatibilidade.

Tomando como ponto de partida a crítica do decisionismo processual, faz-se necessário, primeiramente, examinar se a Justiça Restaurativa expressa esse fenômeno em alguma medida. Se assim ocorrer, a Justiça Restaurativa deve apresentar-se como um modelo antigarantista, pois: 1) ausente de uma intervenção estatal limitada pela lei; 2) carente de um processo de verificação da verdade; e 3) ausente de racionalidade. Comportando a Justiça Restaurativa esses três atributos, certo estará que além de ilegítimo, este modelo de justiça padece de inconstitucionalidade.

Cabe destacar outro aspecto de ordem metodológica: para se referir ao tema dos princípios restaurativos, admitiu-se como seu modelo representativo (mas não ideal⁷⁸) o rol previsto no artigo 2º da Resolução 225/2016 do CNJ⁷⁹. Assim se julgou adequado fazer, considerando-se o pano de fundo da presente pesquisa, ou seja, o quadro geral de articulação entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Penal estabelecido no território brasileiro e sob a égide das normas aqui vigentes. Logicamente, não se olvida o fato de haver na doutrina e na legislação internacional diferentes róis e múltiplas compreensões do que seriam estes princípios, quais seriam e quantos seriam eles. Inclusive, deduzimos da doutrina de Braithwaite⁸⁰, a fim de suplementar o modelo do CNJ, o Princípio Restaurativo do Respeito aos Direitos Humanos.

4.1 Os princípios da voluntariedade, consensualidade, imparcialidade e respeito aos direitos humanos em face da jurisdição e da acusação

Entretanto, não há de se falar em ausência de intervenção do poder estatal no âmbito da Justiça Restaurativa, especialmente em ausência de limites legais.

No Brasil, as práticas restaurativas articulam-se com o processo penal por meio de inúmeras portas de entrada abertas pela própria legislação, como são exemplo os institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo (no cenário dos juizados especiais)⁸¹ e da remissão (no campo da Justiça Juvenil)⁸², importando o seu sucesso, para todos esses casos, na extinção da punibilidade ou no arquivamento do processo. Logo, a Justiça Restaurativa não cria soluções extralegais ou rotas de desvio do processo, mas transita pelos caminhos legais já existentes, emprestando-lhes novos conteúdos, sempre a partir da irritação do ordenamento jurídico provocada pela conduta típica.

Ao contrário do que se pode afirmar, a respeito de uma total informalização, privatização ou insubordinação da Justiça Restaurativa a qualquer manifestação de legalidade, há, no Brasil, uma série de normas de abrangência nacional regulando a matéria, de maneira a demonstrar não somente um elevado grau de

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁷⁷ Sobre a relação entre a teleologia, os valores e o Direito, escreve Reale: “Há, pois, uma diferença fundamental entre esses dois grupos de leis, das leis físicas e das leis éticas, de ordem causal umas, teleológicas as outras; insancionáveis as primeiras, sancionáveis as segundas; leis não referidas ao mundo dos valores, as físicas; leis essencialmente axiológicas, as que regem o mundo do direito ou da Moral”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 258.

⁷⁸ Como se verá abaixo, será tecida uma crítica sobre a presença da celeridade no rol dos princípios restaurativos presente na Resolução 225/2016 do CNJ.

⁷⁹ Art. 2º: São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade.

⁸⁰ BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, A. et al. *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 1-20.

⁸¹ Ver artigos 74, 76 e 89 da Lei 9099/95.

⁸² Ver artigo 126 da Lei 8069/90 e artigo 35, III da lei 12.594/2012.

institucionalização do modelo, mas também um nível aceitável de formalização de seus procedimentos. Inserido no leque de suas missões políticas, o tema da Justiça Restaurativa tem sido objeto de normas editadas com certa constância pelo Conselho Nacional de Justiça, a exemplo das Resoluções 225/2016 e 300/2019, que dispõem sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, ambas reflexo, no plano internacional, daquilo que dispõe a Organização das Nações Unidas (ONU) em sua Resolução 12/2002 (sobre os princípios básicos para a aplicação de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal)⁸³.

Também não se pode afirmar que a Justiça Restaurativa prescinde de qualquer vinculação externa a valores normativos. As práticas restaurativas, como dito, para funcionar, dependem da atuação direta das autoridades estatais de persecução penal, que só diante da existência de indícios de autoria e comprovação da materialidade da infração, encaminham os casos para os núcleos ou centrais restaurativas.

Invariavelmente o trabalho desses núcleos tem dependido, como é de se esperar, dos processos de criminalização primária e secundária, e, conseqüentemente, funcionam sob a sombra de uma atualização valorativa indireta da norma penal, motivada pela realização da conduta antinormativa e fundada no contexto da reação estatal à essa violação do ordenamento⁸⁴.

Não há também de se afirmar a incompatibilidade com o axioma acusatório (*nullum iudicium sine accusatione*), posto que a participação do Ministério Público, como ente independente e autônomo, é garantida ao longo do processo restaurativo. Com efeito, cabe ao Ministério Público o encaminhamento dos casos à Justiça Restaurativa bem como a fiscalização da legalidade do acordo (artigos 7º e 8º, §3º da Resolução 225/2016 do CNJ). Não é demais sublinhar que, aqui, a função do Ministério Público se mantém preservada e idêntica àquela desempenhada no processo penal. Note-se, por exemplo, que, diante da atipicidade da conduta, seja qual for o motivo, o Ministério Público deve atuar no sentido de requerer o arquivamento do feito.

Tampouco a Justiça Restaurativa implica uma flexibilização inadmissível da obrigatoriedade da ação penal, princípio derivado do axioma acusatório. As práticas restaurativas, como já demonstrado, ocupam o lugar de institutos já admitidos na legislação, e, portanto, não significam um acréscimo nas hipóteses de mitigação da obrigatoriedade. Logicamente, nada impediria que, por meio de inovação legislativa, novas hipóteses de flexibilização pudessem ser criadas, ampliando assim os casos de envio à Justiça Restaurativa. Por sinal, a tendência legislativa de mitigação do poder de persecução ministerial já é fenômeno conhecido no Brasil há décadas, e não parece aguçar-se, significativamente, com o surgimento de novas hipóteses de diversão restaurativas. A esse respeito, escrevendo sobre o “mito da justiça absoluta”, Santos⁸⁵ constata uma “indesejabilidade da punição de toda a criminalidade conhecida pelas instâncias formais de controle”⁸⁶, mormente ante o risco de formação de um Estado-Policial, sufocante das liberdades individuais e só condizente com ideologias de cunho eficientista ou autoritárias, e com modelos de Direito Penal Máximo.

A esse respeito, para Ferrajoli, a “idolatria do terror na ciência penal” a que conduz uma obrigatoriedade da ação penal levada às últimas conseqüências:

o princípio da não derrogação da jurisdição, mesmo acompanhado [...] do princípio da obrigatoriedade da ação penal, não significa no entanto que nenhum crime deva ficar sem julgamento e pena. A ideia de uma perfeição e completude da intervenção judicial é antes a primeira ilusão a ser afastada. Disso foram

⁸³ Pendem no Congresso Nacional projetos de lei passíveis de deliberação e aprovação, tais como o PL 7006/2005 e o PL 8045/2010. Contudo, a ausência de lei em sentido estrito não tem implicado o uso meramente discricionário da abordagem restaurativa ou a prolação de decisões judiciais arbitrárias, sem qualquer fundamento jurídico, como se tem demonstrado.

⁸⁴ Ademais, prevê a Resolução 225/2016, em seu artigo 8º, IV, a função do facilitador restaurativo de ressaltar, durante as sessões, o valor social da norma violada pelo conflito.

⁸⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014.

⁸⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 460.

bastante cômicos os criminalistas da Escola Clássica, que advertiram sobre o caráter absurdo e funesto da pretensão panjudicialista⁸⁷.

Subjaz ao conceito da obrigatoriedade da ação penal a premissa de que a tutela penal sempre vem em favor da vítima, parte mais fraca no conflito. Sem qualquer amparo científico ou comprovação histórica, a tutela penal tem sido marcada, ao invés, pelo abandono da parte lesada, quando não, pela sua simultânea instrumentalização ou coisificação⁸⁸. Se o fim da ação penal obrigatória é a tutela da vítima, esse objetivo — demonstram as pesquisas⁸⁹ — parece ser cumprido melhor no âmbito da Justiça Restaurativa.

Não há também afetação, pela via das práticas restaurativas, do núcleo do princípio acusatório, consistente na exigência de separação funcional entre os órgãos de acusação e de julgamento. A decisão restaurativa, como se sabe, é construída, coletivamente, por meio da participação direta e conjunta dos interessados no conflito, sob a orientação dos princípios da corresponsabilidade e do atendimento às necessidades de todos, e de acordo com um procedimento não adversarial. Não havendo aí uma pretensão resistida propriamente dita, que exija uma decisão heterônoma e autoritária, não há também razão para se exigir a separação dos poderes acusatório e decisório (que sequer incidem sobre a dinâmica restaurativa).

Além de não promover tal confusão, as práticas restaurativas, guiadas pelo princípio da voluntariedade, não impõem a eliminação do direito-poder de promoção da ação penal. Este é garantido, do mesmo modo que a jurisdição (como se argumentará a seguir), na ausência de consentimento das partes ou no insucesso das práticas.

Já no cerne do Princípio da Jurisdição (*nulla culpa sine iudicio*), subjaz a compreensão, estranha à Justiça Restaurativa, de que

sempre que a solução para o conflito tiver que ser ditada de forma autoritária e sempre que essa decisão envolva, ainda que potencialmente, a ofensa a direitos fundamentais do indivíduo, essa decisão terá de caber a um juiz.⁹⁰

Sob a ótica dos fins da jurisdição, deduz-se que as práticas restaurativas não concorrem com o princípio, ou seja, não buscam corresponder a uma “justiça penal sem juízes” em substituição de uma justiça dos tribunais. Ao contrário, “em hipóteses das quais se pretende que não resulte um desfavorecimento da posição

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 450-451.

⁸⁸ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

⁸⁹ Sica apresenta em sua obra diversas pesquisas que, em países distintos, demonstraram o mesmo resultado em comum: a satisfação de todos os envolvidos nas práticas restaurativas. Vide SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal*: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 92-146). Recentemente, a pesquisa coordenada por Andrade também chegou à mesma conclusão, dessa vez no Brasil. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Coordenação de Vera Regina Pereira de Andrade. Relatório Analítico Propositivo. Brasília: CNJ, 2018. Sobre o tema, resume a autora: “seja como for, é fundamental registrar que, apesar do universo restrito de participação nas práticas restaurativas (Laranjal Paulista e Tatuí) ou de entrevistas com as partes (Santa Maria e Tatuí), oportunizadas na pesquisa de campo, todas as partes escutadas, ofendidos ou ofensores, afirmaram sua satisfação e sinalizaram para a positividade, tanto de sua vivência no procedimento restaurativo, quanto do resultado para suas vidas, de diferentes formas, como se descreveu, que vão desde o tratamento acolhedor, respeitoso e esclarecedor, ao espaço para contar sua história e ser ouvido, demonstrar sentimentos como arrependimento ou vergonha, ou poder se desculpar perante o ofendido. Destacaram, ainda, o aprendizado de um novo modo de ver e se colocar no lugar do outro, de compreender os motivos do outro, de reagir e se relacionar com ele, bem como o apoio psicológico (como superação de um trauma) e material (como encaminhamento para um mercado de trabalho) para seguir adiante. As respostas sinalizaram (abrindo a perspectiva para pesquisas mais aprofundadas) no sentido confirmatório da hipótese geral aqui formulada quanto às partes, nos seguintes termos: pressupõe-se, entretanto, que, apesar de todos os limites, o campo dos procedimentos em curso esteja produzindo impacto positivo na vida das pessoas, das comunidades e de instituições envolvidas, ao afastá-los do violento processo de comunicação que é o sistema penal”. Vide CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Coordenação de Vera Regina Pereira de Andrade. Relatório Analítico Propositivo. Brasília: CNJ, 2018. p. 131.

⁹⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 479.

do arguido, admite-se uma certa limitação do papel do juiz na definição da solução para alguns conflitos criminais⁹¹.

Mas em que consistiria essa limitação do papel do juiz quanto ao seu poder de intervenção nas práticas restaurativas? Além de exercer um filtro e de decidir sobre o encaminhamento dos casos à Justiça Restaurativa, as autoridades estatais (incluindo-se aí os magistrados e membros do Ministério Público) participam da formação do título executivo judicial, produto do acordo restaurativo. Com efeito, comunicando-se, pontualmente, com a Justiça Penal, a Justiça Restaurativa, além de não concorrer com ela, se submete à jurisdição na medida em que somente sob a chancela do magistrado, ouvido o Ministério Público, o acordo realizado no encontro restaurativo passa a gerar efeitos jurídicos, fazendo coisa julgada material no âmbito da justiça penal. Em termos práticos, o acordo restaurativo é homologado por meio de sentença extintiva da punibilidade do réu ou serve de fundamento para decisão de arquivamento, sendo ambos os pronunciamentos judiciais publicados em Diário da Justiça de veiculação ampla.

Mas não somente isso: a participação do juiz no processo restaurativo não é meramente formal, mas condiz com sua função no processo penal, ou seja, condiz com sua função de garantidor dos direitos fundamentais dos envolvidos quando é convocado a verificar a compatibilidade das cláusulas jurídicas do acordo com o ordenamento, impedindo que um conteúdo inconstitucional venha a compô-lo. Nesse particular, as práticas restaurativas não apenas se articulam com a jurisdição, mas a ela se submetem inevitavelmente quando seus resultados dependem, para validação, da intervenção de um juiz competente e imparcial, que exerce seu poder legalmente vinculado e, portanto, limitado à lógica dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Por força da Cláusula de Salvaguarda prevista no item 23 da Resolução 12/2002 da ONU, vige, no âmbito da Justiça Restaurativa, o Princípio do Respeito aos Direitos Humanos, que incide seus efeitos tanto sobre o conteúdo do acordo restaurativo quanto sobre o processo restaurativo, independentemente da intervenção de qualquer magistrado, ou de qualquer tipo de reflexo que a comunicação com os princípios do processo penal promova. Em nenhuma hipótese, os programas restaurativos podem ser configurados de maneira a produzir estigmatização, violência ou qualquer outro tipo de ameaça ou lesão a direito fundamental⁹².

A esse respeito, prevê a Resolução 225/2016 do CNJ, em seu artigo 2º, §4º que

todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro.

Como se verá mais adiante, embora mitigada a participação dos juízes ao longo das práticas restaurativas, por ser com elas essencialmente incompatível e desnecessária, a possibilidade de monitoramento quanto ao respeito dos direitos fundamentais se mantém incólume a todo tempo, seja pela participação de advogados (embora não ocorra durante os encontros), seja pelo dever de respeito atribuído aos facilitadores, seja também pela possibilidade de fiscalização dos apoiadores e dos membros da comunidade. De todo modo, à vista do menor risco, sempre é facultado aos envolvidos o direito de desistência, a qualquer tempo e fase do encontro.

A propósito, há total consonância entre o Princípio Restaurativo da Imparcialidade, previsto no artigo 2º da Resolução 225/2016 do CNJ, e o axioma da jurisdição, do ponto de vista teleológico, considerando que ambos os modelos de justiça (o restaurativo e o penal) exigem o exercício equânime tanto do facilitador

⁹¹ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 479.

⁹² Sobre o Princípio Restaurativo do Respeito aos Direitos Humanos, ver BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, A. et al. *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 1-20.

quanto do juiz no que tange ao equilíbrio de forças entre aqueles participantes do encontro restaurativo ou do processo penal.

Resultante dessa harmonia, cabe aos facilitadores restaurativos a mesma postura imposta aos magistrados, no sentido de se absterem de se aproximar dos envolvidos com o intuito de promover ou de preservar qualquer desequilíbrio injustificado entre eles. Vislumbra-se a projeção do axioma da jurisdição sobre o Princípio Restaurativo da Imparcialidade, sendo, portanto, plausível a aplicação, por analogia, dos regramentos previstos nos artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal, no que couber, sobre impedimento e suspeição dos juizes, àqueles facilitadores.

Outrossim, com o insucesso das práticas restaurativas, resta intacta a via processual penal (precedida pela acusação) posto que a Justiça Restaurativa, nesse caso, não exclui a rota jurisdicional, mas apenas se impõe como mais uma comporta de retenção do *jus puniendi*.

Havendo a discordância de algum dos envolvidos no conflito em participar, havendo desistência posterior ou não havendo qualquer consenso, o caso retorna à instância penal, habilitando-se, novamente, todos os mecanismos previstos para a verificação da responsabilidade penal e a eventual aplicação de pena, incluindo-se todos os mecanismos desencarcerizantes ou despenalizadores contidos na legislação em favor do réu.

Já se vê, portanto, a importância fundamental dos princípios restaurativos da voluntariedade e consensualidade, incluindo-se um vislumbre da relação existente entre estes e o axioma da jurisdição. Isto porque, parece aceitável, segundo Santos⁹³, que as soluções obtidas por meio da participação voluntária dos envolvidos e fruto do consenso na própria construção dessas soluções sejam atribuídas a sujeitos distintos do juiz. Dito de outro modo, “a modelação da solução para o conflito criminal, quando não é conformada e ditada por um juiz, não prescinde do consenso dos sujeitos do conflito”⁹⁴.

Por essa razão, infere-se que, no interior das fronteiras das práticas restaurativas, os princípios restaurativos da voluntariedade, da consensualidade, imparcialidade e respeito aos direitos humanos, funcionam, rigorosamente, como garantias de observância dos direitos fundamentais dos envolvidos e, portanto, harmonizam-se, ao nível das finalidades, com o ideário garantista. Pode-se afirmar, inclusive, que as garantias processuais estão para o processo penal assim como os princípios restaurativos estão para as práticas restaurativas, com a diferença essencial (pouco ventilada na doutrina) de que no processo penal o poder tende a ser abusado pelas autoridades estatais, e que, no âmbito da Justiça Restaurativa, o poder pode ser exercido exacerbadamente pelos próprios envolvidos (uns contra os outros) ou pelos facilitadores.

De uma perspectiva mais abstrata e generalizante, vê-se, que, indiretamente, esses mesmos princípios restaurativos, pela compatibilidade dos fins que buscam atingir, podem exercer em determinadas situações, verdadeiras funções de “garantias de garantias”, quando asseguram a impossibilidade de exclusão da via processual. Violaria os axiomas *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem juízo) e *nullum iudicium sine accusatione* (não há juízo sem acusação) a participação forçada dos conflitantes no encontro restaurativo e a eventual ausência de consensualidade na decisão. Nesse sentido, poder-se-ia falar em supressão do poder acusatório do Ministério Público ou na esquiva injustificada da jurisdição, pela imposição do processo restaurativo.

4.2 A celeridade no contexto restaurativo: um estranho no ninho

Corolário do axioma da jurisdição, a duração razoável do processo⁹⁵ se apresenta como princípio dedicado à proteção dos direitos fundamentais. Sua finalidade específica é a de impedir o “apossamento ilegal do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível”, por parte do Estado⁹⁶.

⁹³ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014.

⁹⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 482.

⁹⁵ PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 108.

Sendo “uma pena em si mesmo”, o processo prolongado injustificadamente se descaracteriza enquanto instrumental de realização da justiça, passando a atuar, disfuncionalmente, como meio de violação de direitos. À propósito, conforme Lopes Junior, acerca dos efeitos da morosidade sobre as garantias processuais:

a primeira garantia que cai por terra é a da Jurisdicionalidade insculpida na máxima latina do *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*. Isso porque o processo se transforma em pena prévia à sentença, através da estigmatização, da angústia prolongada, da restrição de bens e, em muitos casos, através de verdadeiras penas privativas de liberdade aplicadas antecipadamente (prisões cautelares). É o que CARNELUTTI define como a *misere di sofferenza spirituale* ou *di umiliazione*. O mais grave é que o custo da pena-processo não é meramente econômico, mas social e psicológico. Na continuação, é fulminada a Presunção de Inocência, pois a demora e o prolongamento excessivo do processo penal vão, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado. [...] ⁹⁷.

Ainda que comportem na sua essência a noção de que “justiça tardia não é justiça”, o Princípio da Duração Razoável do Processo não se confunde com o Princípio da Celeridade Processual. Este, por sua vez, compõe um conjunto de representações mais contemporâneo e distinto⁹⁸, descolado daquele estuário de ideias político-liberais oitocentista em que foi gestado o garantismo penal. A celeridade, enquanto princípio, tem sua vigência restrita à órbita de procedimentos específicos, de índole eficientista e utilitária, e é em grande medida incompatível com o axioma da jurisdição.

O critério da celeridade, no Brasil, rege o procedimento dos Juizados Especiais Criminais, sob o qual tramitam os casos relativos a crimes de menor potencial ofensivo. Longe de ser apenas um ideal a ser perseguido, a celeridade processual no rito dos Juizados é antes um produto das práticas diárias quase instantâneas de seus servidores e juizes, das audiências sucintas, da concentração de atos, da oralidade das manifestações, da ausência de formalidades, da prontidão das respostas e da dispensa da controvérsia dos fatos⁹⁹. Ali, institutos como os da transação penal e da suspensão condicional do processo funcionam como mecanismos de fuga ao processo, e resultam, com vistas à compensação civil das vítimas, à consecução de negócios penais e, sobretudo, ao desafogo da máquina judiciária, na flexibilização sistemática das garantias processuais.

Ocorre que, por seu contexto de criação e pelas demandas institucionais que a alimentam¹⁰⁰¹⁰¹, os Juizados Especiais, movidos pelo princípio da celeridade, estão geralmente associados a uma forma de manejar o processo penal bastante próxima da lógica fabril ou empresarial, que atropela os direitos fundamentais dos réus como que defeitos da linha de produção¹⁰², em nome da quantidade e da eficiência.

Não à toa, é comum a crítica à celeridade enquanto fio condutor de procedimentos criminais. Algumas dessas críticas, por exemplo, apontam para uma espécie de efeito de autossabotagem provocada pela observância rigorosa do princípio, como a que ocorre sobre a finalidade da conciliação nos Juizados Especiais: a celeridade das sessões conciliatórias termina por dificultar o atingimento dos acordos ou quando muito,

⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 109.

⁹⁸ Com efeito, considera-se que uma certa razão da celeridade que passa a invadir as práticas judiciárias no final do século XX tenha origem no exterior do mundo jurídico, ou seja, no estabelecimento do capitalismo informacional que se projeta sobre o Direito e que diz respeito à condição da modernidade atual, marcada pela globalização, pela transformação rápida das formas de interação e controle social. Vide AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou punir?: dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 59. A esse quadro geral é que se poderia chamar, a partir do pensamento de Lipovetsky, de hipermodernidade. LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 84.

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58-59.

¹⁰¹ A autora, de fato, descreve o rito sumaríssimo como uma “justiça dos resultados”, capaz que foi de, em pouco tempo, reduzir o número de denúncias oferecidas, de sentenças prolatas, de recursos julgados e das prescrições, apesar do aumento da criminalidade e do crescimento populacional. Vide GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 58-59.

¹⁰² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 108.

redunda na formalização desses acertos, sem que ocorram diálogos realmente significativos entre as partes. Sobre o tema, escreve Azevedo:

[...] a excessiva preocupação com a celeridade da justiça, aliada a problemas estruturais como a falta de juízes, promotores e defensores públicos e o número insuficiente de Juizados, junto com a demanda impressionante de processos judiciais, acaba por solapar a possibilidade de que as audiências sirvam como um momento para o restabelecimento do diálogo entre as partes em conflito. A busca de produtividade leva a uma tendência de redução dos esforços do juiz no sentido da conciliação, que exigiria o esclarecimento das partes e a abertura de espaço para a expressão da vítima e do autor do fato¹⁰³.

A partir da perspectiva teleológica que se propõe, percebe-se um descompasso essencial entre as finalidades garantistas e o Princípio da Celeridade. Deduz-se que às práticas judiciais do tipo efficientista, utilitarista, correspondem, segundo Ferrajoli¹⁰⁴, aqueles modelos decisionistas, portanto antigarantistas, do tipo da Justiça Negocial, dada a dispensabilidade, entre outros fatores, de um momento dedicado à descoberta da verdade processual.

Logicamente, não são compatíveis modelos que aceleram o “tempo do direito”¹⁰⁵ e fraturam o processo a fim de excluir a etapa do debate sobre as provas (a construção da verdade processual) com modelos que demandam um tempo razoável para a colheita legítima e legalizada das provas, sua avaliação racional e para a formatação de uma decisão objetivamente fundamentada. Somente um modelo que prescinde da busca pela verdade pode conceber a celeridade como seu Princípio Orientador.

A Justiça Restaurativa, como visto, embora não procure produzir uma verdade processual, compreende, em seu rito, como condição para o alcance de seus fins específicos, momentos cruciais destinados à construção de uma verdade pessoal, que sobressai da interação significativa entre os envolvidos no conflito. Essa “verdade restaurativa” (pode-se assim chamar), assentada no diálogo, serve de alicerce seguro e ponto de partida para a formulação de um projeto de futuro para os envolvidos. É essa verdade consensual, não imposta, mas demarcada pelas normas legais e éticas que circundam a Justiça Restaurativa, que sustenta o acordo restaurativo e a confiança das partes na retomada de suas vidas (com empoderamento). Logo, do ponto de vista de seus fundamentos básicos, não há espaço na Justiça Restaurativa para um princípio como o da celeridade, do mesmo modo como não há espaço para ele em um modelo penal inteiramente garantista.

Todavia, preferiu o Conselho Nacional de Justiça prever no artigo 2º da Resolução 225/2016 a celeridade como Princípio Orientador da Justiça Restaurativa. A nosso ver, embora se encontre expresso na Resolução 225/2016, a celeridade não pode ser considerada materialmente Princípio Restaurativo, uma vez que não se harmoniza com os demais princípios restaurativos, não encontra qualquer fundamento na doutrina mais abalizada¹⁰⁶ e sequer guarda relação com o plano normativo internacional¹⁰⁷.

Socorre-nos nesse sentido o entendimento de Santana¹⁰⁸. Para o autor, se de maneira geral, não se pode afirmar uma incompatibilidade entre o garantismo penal e os princípios restaurativos (ao contrário, observa-

¹⁰³ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou punir?: dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 76.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 56.

¹⁰⁵ PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁰⁶ Apesar de Rios e Costa afirmarem que “a Justiça Restaurativa vem ganhando força no país e se mostra uma importante alternativa à via judicial, principalmente por ser célere (sem deixar de lado garantias fundamentais)”, infere-se de sua fundamentação uma aproximação maior da noção de “tempo razoável” do que da celeridade típica dos Juizados Especiais, de que se mostram críticos. Vide RIOS, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Um requiém para a justiça estatal? A crise de jurisdição e os meios alternativos de resolução de conflitos em matéria penal. *Diké: Mestrado em Direito*, Aracaju, v. 4, n. 2, ago./dez. 2015. p. 48.

¹⁰⁷ A celeridade não está prevista, por exemplo, na Resolução 12/2002 da ONU.

¹⁰⁸ SANTANA, João Victor Pinto. Justiça penal consensual e o caminho traçado pelas práticas restaurativas: superação do garantismo penal? In: SPOSATO, Karyna Batista; SANTANA, João Victor Pinto (org.). *Olhares sobre a Justiça Restaurativa*. São Cristóvão: Editora UFS, 2021.

-se uma consonância no plano ideal quanto às finalidades de minimização da violência, de proteção do “mais débil” em face do Estado, de respeito à legalidade e à normatividade constitucional, de contribuição crítica da cultura jurídica, etc.), o mesmo não pode se dizer na especificidade do princípio da celeridade.

Infere-se dos argumentos desse autor a necessidade de se interpretar o Princípio da Celeridade, malgrado o texto expresso da Resolução 225/2016, a partir do conteúdo do princípio processual penal da duração razoável do processo. Segundo Santana¹⁰⁹, dessa maneira, poder-se-ia retroceder na vinculação da celeridade com um imaginário próprio de modelos antigarantistas ou com a lógica dos Juizados Especiais Criminais.

A tramitação processual/procedimental razoável, respeitando o devido processo legal e a ampla defesa — e, em casos como da justiça restaurativa, respeitando o desenvolvimento das partes à construção da resolução do conflito, suas subjetividades e necessidades, tempo de fala e escuta, assim como de voluntariedade e empoderamento — trata-se de uma garantia primária constitucionalmente prevista no ordenamento jurídico. Diante disso, em relação à celeridade do processo restaurativo, salienta-se que tal princípio deve ser interpretado com bastante cautela para que, na prática da operacionalização do processo restaurativo, não se coloque em risco todos os demais princípios da justiça restaurativa e acabe caracterizando uma banalização dessa nova forma de resolução consensual de conflito penal. Ademais, uma possível busca pela fluidez e flexibilidade da hermenêutica constitucional garantista, sustentada na celeridade e na pretensão de mera quantificação dos procedimentos realizados com base na prática atrelada à metodologia restauradora, coloca em risco a eficácia de garantias primárias dos indivíduos e, com isso, compromete a própria compreensão da lógica da justiça restaurativa que visa se debruçar sobre as relações sociais afetadas através da conduta criminosa¹¹⁰.

Pondo-se um passo à frente na crítica desse princípio, afirma-se que a admissão de validade ao Princípio da Celeridade, mesmo sob outro enfoque, mantém preservado o risco de afastamento da Justiça Restaurativa das finalidades garantistas de proteção dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que permite penetrar, justamente, no seu âmago axiológico um elemento marcante de uma racionalidade economicista que combina produtividade/automatização-informatização e desumanidade. Uma vez tocados pela exigência de celeridade, inevitavelmente tanto juízes quanto facilitadores (mas também os participantes dos encontros restaurativos) tendem a ver justamente nos elementos que emprestam qualidade e distinção aos processos judicial e restaurativo (sejam as garantias sejam as soluções consensuais e satisfativas das necessidades) obstáculos ao rendimento e à eficiência.

Ao contrário do que se pode inferir da presença da celeridade no texto da Resolução 225/2016 do CNJ, as práticas restaurativas são usualmente identificadas com práticas artesanais, que privilegiam a qualidade das interações¹¹¹, e à noção de democracia participativa (cujo tempo também não se coaduna com o tempo da linha de montagem capitalista).

Sobre o tema, esclarece Vera Regina Andrade, de forma contundente:

é comum a visão de que a Justiça Restaurativa pode concorrer para desafogar o Judiciário, por ser uma justiça informal mais simplificada e célere. Nada mais superficial diante dos achados do campo. A Justiça Restaurativa tem o seu tempo, a sua temporalidade e não pode ser atropelada pela velocidade nem pelo produtivismo-eficientismo e, onde o for, será um natimorto. Acelerar seu curso, por mais justificados que sejam os objetivos declarados, representa custos qualitativos. “Não é um fast food”, como tem afirmado o juiz Egberto Penido. Tomada em sua plenitude, não é uma justiça célere (porque não está destinada, unicamente, a entregar um produto) mas uma justiça exigente, porque é uma justiça pro-

¹⁰⁹ SANTANA, João Víctor Pinto. Justiça penal consensual e o caminho traçado pelas práticas restaurativas: superação do garantismo penal? In: SPOSATO, Karyna Batista; SANTANA, João Víctor Pinto (org.). *Olhares sobre a Justiça Restaurativa*. São Cristóvão: Editora UFS, 2021.

¹¹⁰ SANTANA, João Víctor Pinto. Justiça penal consensual e o caminho traçado pelas práticas restaurativas: superação do garantismo penal? In: SPOSATO, Karyna Batista; SANTANA, João Víctor Pinto (org.). *Olhares sobre a Justiça Restaurativa*. São Cristóvão: Editora UFS, 2021. p. 16.

¹¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Coordenação de Vera Regina Pereira de Andrade. Relatório Analítico Propositivo. Brasília: CNJ, 2018. p. 228.

cessual e vivencial. E pode ser inclusive até mais demorada do que a justiça punitiva, dada a necessidade de um número maior de encontros para se obter resultados positivos¹¹².

Por tais razões, pode-se concluir que o reconhecimento da celeridade como princípio restaurativo abre espaço para uma aproximação finalística entre a Justiça Restaurativa e modelos decisionistas (antigarantistas). Todavia, por força dos argumentos acima expostos, a celeridade, não apresenta qualquer substrato material (seja doutrinário seja baseado em protocolos internacionais) capazes de lhe emprestar validade enquanto princípio restaurativo, e por tanto, sua previsão no artigo 2º da Resolução 225/2016 deve ser considerada letra morta, não podendo surtir qualquer efeito.

Todavia, não há de se admitir um processo restaurativo *ad infinitum*. Por essa razão, se cogita ser plenamente possível, por meio da interpretação teleológica do axioma da jurisdição a que nos habituamos neste artigo, deduzir-se o Princípio da “Duração Razoável do Processo Restaurativo”, como Princípio Implícito da Justiça Restaurativa.

Recomenda-se que, com a edição de Lei Federal sobre o assunto, o equívoco possa ser corrigido. Conclui-se haver razoabilidade numa eventual substituição de termos, para fazer constar no lugar da celeridade o Princípio da “Duração Razoável do Processo Restaurativo”, sem haver aí qualquer prejuízo para a essência do modelo. E parece que a futura legislação vai nesse sentido, posto não se encontrar, no Projeto de Lei 7006/2066 ou no Projeto substitutivo do Código de Processo Penal, a previsão da celeridade como critério orientador da Justiça Restaurativa.

4.3 Confidencialidade como garantia da prova e da defesa

A Justiça Restaurativa, pode-se afirmar, reúne um variado conjunto de conhecimentos e de técnicas que, aplicadas sistematicamente, visam, da maneira mais integral possível, dar resposta à complexidade do conflito, em suas múltiplas dimensões¹¹³. Esse modelo de justiça toma corpo por meio de práticas e de metodologias específicas, que, amparadas por normas legais¹¹⁴, orientam-se por princípios e finalidades próprias. Em particular, as práticas restaurativas visam, pela transformação do conflito, reparar os danos causados à vítima e a responsabilização ativa dos ofensores¹¹⁵.

De acordo com o §1º do artigo 1º da Resolução 225/2016 do CNJ, as práticas restaurativas conformam um “conjunto de atividades e etapas que objetivam a composição dos conflitos”, a que se pode chamar de “procedimento restaurativo”. Havendo, portanto, um procedimento restaurativo, não há razão para se sustentar uma Justiça Restaurativa como exemplo de modelo irracional, desprovido de um processo concatenado, constituído de etapas pré-definidas, em meio às quais se persegue, com intuito lógico, o atingimento de determinadas finalidades.

Todavia o procedimento restaurativo — é de se admitir — não se dirige à reconstituição da verdade processual e à verificação da culpa (a responsabilidade penal), como se espera de todo processo orientado pelos princípios garantistas penais¹¹⁶. Exatamente por essa razão, o procedimento restaurativo dispensa a produção de atos cognitivos, considerando que a atribuição de pena não compõe seu rol de finalidades. A

¹¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Coordenação de Vera Regina Pereira de Andrade. Relatório Analítico Propositivo. Brasília: CNJ, 2018. p. 146.

¹¹³ Algumas dessas metodologias, conhecimentos e técnicas podem ser examinadas nas obras de SPOSATO, K. B. *Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos*. São Paulo: CLA Cultural, 2018; ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Àgora, 2006; e BOYES-WATSON, Carolyn; PRANIS, Kay. *No coração da Esperança: guia de práticas circulares*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.

¹¹⁴ Ver artigo 1º, §1º da Resolução 225/2016 do CNJ.

¹¹⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 172.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ausência de pena, assim, é fator que torna prescindível a reconstituição dos fatos ante a desnecessidade de sua imputação ao réu.

Mas interessa à Justiça Restaurativa uma verdade pessoal e multidimensional, não restrita à dimensão jurídica (verdade argumentativa/processual). Por essa razão, constatar-se ser da essência de seu procedimento o estímulo ao diálogo aberto e transparente, a promoção de experiências significativas entre os participantes dos encontros, ricas em informações e sentimentos, elementos imprescindíveis para o atingimento de seus fins. Se, por um lado, da relação adversarial do processo penal decorre uma postura de retraimento das partes, de pouca ou nenhuma interação entre elas, de resistência recíproca e ocultamento das informações (compatível com o direito de defesa, *nulla probatio sine defensione*, em especial com o direito ao silêncio); por outro, da relação travada no ambiente restaurativo espera-se o engajamento dos envolvidos, atitudes de respeito mútuo, compreensão, empatia e autorresponsabilidade, resultados dos estímulos à interação profunda e significativa e à troca de experiências pessoais em um ambiente seguro.

Deduz-se, portanto, que, dado o grau de distinções entre as técnicas e as condições de existência dos ambientes restaurativo e processual penal, regra geral, a admissão da prova colhida, durante a prática restaurativa, não pode se dar senão mediante a violação dos axiomas da prova (*nulla accusatio sine probatione*) e da defesa (*nulla probatio sine defensione*). Efetivamente, a divulgação das conversas e do conteúdo das interações, ocorridas nos encontros restaurativos, a fim de produzir prova contra o réu no processo penal, cria — *a posteriori* — um *continuum* de violação dos direitos à não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e à presunção de inocência, entre os ambientes distintos da Justiça Restaurativa e da Justiça Penal.

O procedimento restaurativo atinge seus fins pelas possibilidades que surgem da interação significativa entre os participantes. Por essa razão, sua metodologia destaca a situação ideal de fala, que se sustenta com base no exercício do direito à liberdade de expressão, muito distante do foco do processo penal, no exercício do direito à defesa. Sendo assim, a fim de evitar que a Justiça Restaurativa se converta em uma extensão da investigação criminal ou da fase de instrução processual, deve-se reconhecer que as provas extraídas do ambiente restaurativo sejam inadmissíveis porque ilícitas, uma vez que são obtidas com violação dos axiomas da prova e da defesa, e, especificamente, do direito à não incriminação, nos termos do artigo 5º, LXIII e LVI da Constituição Federal e artigo 157 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido se prevê, expressamente, nos §4º e 5º do artigo 8º da Resolução 225/2016 do CNJ, desdobramentos importantes do princípio restaurativo da confidencialidade que parece projetar seus efeitos sobre o campo do processo penal:

§4º. Deverá ser juntada aos autos do processo breve memória da sessão, que consistirá na anotação dos nomes das pessoas que estiveram presentes e do plano de ação com os acordos estabelecidos, preservados os princípios do sigilo e da confidencialidade, exceção feita apenas a alguma ressalva expressamente acordada entre as partes, exigida por lei, ou a situações que possam colocar em risco a segurança dos participantes. §5º. Não obtido êxito na composição, fica vedada a utilização de tal insucesso como causa para a majoração de eventual sanção penal ou, ainda, de qualquer informação obtida no âmbito da Justiça Restaurativa como prova.

Ademais, prevê a mesma resolução, em seu §1º do artigo 2º, a incomunicabilidade do procedimento restaurativo, a demonstrar a relação harmônica entre o Princípio da Confidencialidade no âmbito restaurativo e as garantias processuais penais:

§1º Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, é necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.

Sobre o tema específico da impossibilidade de reconhecimento da participação do ofensor na prática restaurativa como confissão e a relação existente entre o Princípio da Confidencialidade e a Presunção de Inocência, para Santos¹¹⁷:

na perspectiva de Justiça Restaurativa aqui explicitada, não há que se falar em prejuízo para o acusado no que concerne ao princípio da não-culpabilidade. O processo restaurativo não prejudica o suposto autor de um delito, uma vez que, como já apresentado, a Justiça Reintegrativa tem a confidencialidade como um de seus princípios básicos. Ademais, a participação em processo restaurativo não implica na assunção de culpa por uma das partes [...].

Pode-se inferir, portanto, que o ambiente restaurativo, por força da natureza densa das relações interpessoais nele construídas, consiste em verdadeiro espaço dirigido à expressão da personalidade, e, portanto, circunscrito em uma zona franca para o exercício de direitos fundamentais, em especial dos direitos à intimidade e à privacidade. Assim, forçoso concluir que a proteção legal do ambiente restaurativo é exigência de primeira ordem e a divulgação de informações ali originadas, a despeito da confidencialidade, configura, em regra, violação dos direitos à intimidade e à privacidade, previstos na Constituição Federal, em seu artigo 5º, X e, de novo, constitui prova inadmissível no processo penal, já que obtida por meio ilícito.

O Princípio Restaurativo da Confidencialidade, assim, não se limita a produzir efeitos somente nos espaços fechados dos encontros restaurativos, mas apresenta, também, valor jurídico como garantia processual (garantia de garantias), na medida em que assegura o respeito aos direitos fundamentais dos participantes das práticas restaurativas que, porventura, possam sofrer ameaça quando do retorno do caso ao processo penal (mormente os direitos à privacidade, à intimidade, à presunção de inocência e da proibição da não autoincriminação).

Sua validade (jurídica) é deduzida da Constituição, seja por que esta prevê os direitos fundamentais à não autoincriminação (artigo 5º, LXIII), à intimidade e à privacidade (artigo 5º, X), seja por que ela impede, com eficácia plena e imediata, o ingresso e a permanência da prova ilícita nos autos, nos termos do artigo 5º, LVI da Constituição Federal (espelhado no artigo 157 do Código de Processo Penal).

Não se afirma — frise-se — que, na essência do Princípio Restaurativo da Confidencialidade, oculta-se uma suposta natureza jurídica de garantia processual. Sustenta-se que esse princípio, em casos específicos, exerce uma verdadeira função de garantia processual, extravasando seu alcance para fora do âmbito da Justiça Restaurativa. Se a finalidade do axioma da prova (*nulla acusatio sine probatione*), como ficou estabelecido antes, é a de limitar o poder do órgão de acusação em favor do réu, fazendo evidenciar-se a verdade processual em face de imputações falsas ou em face de provas obtidas ilicitamente; então, aquela função também é realizada pelo Princípio da Confidencialidade, quando este impede que o conteúdo das práticas restaurativas fundamentará, ilicitamente, a decisão condenatória.

Com efeito, essa função atípica do princípio restaurativo da confidencialidade (de garantia processual), além da sua função natural de promover a espontaneidade do encontro restaurativo, somente pode ser concebida em um cenário que admita uma articulação permanente entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Penal, como no Brasil. Havendo essas pontes de comunicação, surge, também, a possibilidade de que a desconformidade teórica entre os dois modelos possa resultar no comprometimento prático da situação do réu, justamente pelo fato dele ocupar o lado hipossuficiente na relação com o Estado no processo penal. Daí a necessidade de existir, no ambiente restaurativo, uma proteção de índole verdadeiramente processual, mormente quando as práticas restaurativas precedem o processo penal.

Para além do risco de violação da presunção de inocência, os demais direitos fundamentais dos participantes de práticas restaurativas não devem passar despercebidos. Por essa razão, ainda que ausente acusação

¹¹⁷ SANTOS, Lucas Nascimento. *Justiça Restaurativa e princípio da presunção de inocência: a possibilidade de uma coexistência harmônica*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

formal ou ameaça direta de pena, prevê-se, na dinâmica procedimental da Justiça Restaurativa, a participação de advogados.

Não sem razão prevê-se, no artigo 2º, §3º da Resolução 225/2016 o direito dos participantes de ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação, bem como de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento. Nesse sentido, observa-se a ausência de obstáculo entre a realização da prática restaurativa, lastreada pelo direito de participação informada dos envolvidos, e a efetivação do axioma da defesa (*nulla probatio sine defensione*), pautado pela possibilidade de falseamento da acusação.

Por todo o exposto, se mostra inválida a hipótese de que a Justiça Restaurativa corresponde a um modelo ausente de racionalidade, como se disse. Pelo contrário, as práticas restaurativas se vinculam a valores normativos democraticamente eleitos para habilitar-se; presume certo grau de censura do ofensor quando este reconhece a responsabilidade pelo dano e pela reparação da vítima; seu resultado é coletivamente controlado, homologado pelas autoridades judiciárias e vinculado às normas e limites constitucionais. Ademais, o conjunto de metodologias, técnicas e conhecimentos que lhe exigem o domínio, por meio do treinamento e capacitação contínua dos facilitadores, demonstra a ausência de aleatoriedade e de mera subjetividade de seu procedimento.

Não obstante, sua racionalidade se distingue em aspectos fundamentais do processo penal, devida à diferença entre suas finalidades próximas. Como este tem natureza adversarial e orienta-se pelas finalidades de verificação da responsabilidade penal e de atribuição da pena, suas etapas devem ser (para não incorrerem em arbitrariedade) previstas em leis rígidas e detalhadas, devem ser controláveis por profissionais especializados, e as decisões dependem da reprodução o mais exata possível do passado (atuação retrospectiva dos juízes para decidir sobre a culpa, a qualidade e quantidade da pena). As práticas restaurativas, por focarem em interações horizontais e voluntárias entre os envolvidos, na satisfação das necessidades, na promoção da responsabilidade compartilhada, na participação ampla de todos os afetados, dirigem-se para as consequências do conflito (caráter finalístico prospectivo), para a sua transformação, e por isso, dispensam a rede de proteções exigidas no modelo adversarial, heterônomo e sancionatório.

4.4 Justiça Restaurativa, garantismo substancial e a compatibilidade quanto à finalidade política

Nada obstante, para além da face negativa do garantismo penal, associada à realização dos direitos de liberdade e à exigência de abstenção por parte do Estado, observam-se manifestações de um garantismo substancialista¹¹⁸ na maneira como o Estado tem pretendido, em conjunto com a Justiça Restaurativa no Brasil, tutelar direitos fundamentais de ordem social (as garantias sociais)¹¹⁹. Com efeito, por meio do CNJ¹²⁰, o Estado brasileiro, ao menos no plano normativo, tem assumido a responsabilidade pela organização dos programas restaurativos, pelas ações de incentivo, pela busca de sistematização e integração das redes familiares e comunitárias e pela promoção de políticas públicas que dão suporte à satisfação das necessidades das vítimas e à responsabilização dos ofensores.

Além disso, no Brasil, por meio dos Tribunais de Justiça e das Universidades Públicas, tem sido responsabilidade do Estado a promoção de capacitação dos facilitadores, a multiplicação das práticas restaurativas,

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.

¹¹⁹ Esse outro lado do garantismo, ou seja, essa dimensão substancialista do garantismo, que foge ao âmbito exclusivo da Justiça Penal, se liga, de acordo com o pensamento de Ferrajoli, a uma noção material de democracia, limitada pela necessidade de efetivação dos direitos sociais: “*Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer*”. Vide FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004. p. 23-24.

¹²⁰ Sobre o tema, ver os capítulos II, III e IV da Resolução 225/2016 do CNJ que preveem as atribuições do próprio CNJ, dos Tribunais de Justiça e prescrevem as regras para o atendimento restaurativo em âmbito judicial.

a formação de pesquisadores, o desenvolvimento de estratégias de avaliação e de difusão dos programas, bem como a construção de espaços físicos de implementação e aplicação das práticas no âmbito de núcleos judiciais¹²¹.

Tem-se verificado, em algumas pesquisas de campo, inclusive, que o Estado, por meio de suas agências sociais, tem dado vazão (de maneira ainda que enviesada) à necessidade de participação comunitária nas práticas restaurativas. De fato, representantes de órgãos estatais como o Centro de Referência e Assistência Social (CRAS) e o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) têm sido admitidos como membros comunitários nos encontros restaurativos¹²². Tal participação, ao que nos parece, deve ser reconhecida como uma legítima e necessária invocação popular do Estado, em sua dimensão social, substitutiva de sua dimensão penal, para resolver problemas estruturais porventura apresentados de forma individualizada no processo penal¹²³.

Sem dúvida, da perspectiva dos fins do garantismo, o delito demanda não apenas o exercício do poder jurisdicional, mas, de maneira mais geral, exige uma resposta organizada e legitimada democraticamente por parte do Estado. A jurisdição é apenas uma delas.

No âmbito da Justiça Restaurativa, ainda assim, o poder jurisdicional, bem como a função acusatória que lhe precede, se mantêm intactos, seja para a chancela da decisão acordada, seja para habilitar-se subsidiariamente, quando a vontade das partes ou a necessidade da pena se sobrepuser. De toda sorte, um Estado de índole mais social que policial é convocado para apoiar os ofensores que desejam responsabilizar-se, dando-lhe suporte material por meio de suas agências sociais, ou para apoiar a vítima por meio dessas mesmas agências. De ambos os modos, há a regulação regrada e limitada do Estado que não se exime de exercer seu poder sobre o controle do crime.

Do ponto de vista específico dos fins visados pelos axiomas da submissão à jurisdição (*nulla culpa sine iudicio*) e da acusação (*nullum iudicium sine accusatione*), tem-se que, diante da possibilidade da imposição de sofrimento a uma determinada pessoa (a pena, a sanção penal), e considerando a tendência historicamente comprovada de uma imposição abusiva (por meio do exercício ilimitado do poder), surge a necessidade de obediência restrita a um processo regrado, estabelecido previamente pela legislação, com fases racionalmente interligadas em meio as quais atuam, separadamente, um juiz imparcial e um órgão acusatório, ambos limitados pela lei e guiados pela razão e pelo exame retrospectivo das provas.

Afora o objetivo político de limitação do poder estatal, o Princípio da Submissão da Jurisdição consiste na garantia de que um poder popular ou comunitário não se erga em seu lugar, e procure responder ao conflito na forma de uma justiça privada, ilimitada e irracional. Daí Ferrajoli sustentar que:

[...] o princípio de submissão à jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faida) àquela pública do direito penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão “judiciário”, ou seja, estranho às partes interessadas e investido da autoridade para decidir sobre as razões em oposição¹²⁴.

Sendo estas as finalidades do princípio, não resta outra conclusão a não ser a de que a Justiça Restaurativa, por sua principiologia e fundamentos, não se coaduna com o uso ilimitado do poder de punir, tampou-

¹²¹ Cite-se como exemplo, o recentíssimo Núcleo Permanente de Justiça Restaurativa, que, criado no interior do Tribunal de Justiça de Sergipe por meio da Lei Estadual 8984/2022, vincula-se diretamente à Presidência daquele.

¹²² SANTANA, Márcia Jaqueline Oliveira. *O papel da comunidade na Justiça Restaurativa*. Aracaju: EDISE, 2019.

¹²³ Vislumbra-se uma relação intrínseca entre a noção de garantismo substancial e os princípios restaurativos da corresponsabilidade, da reparação dos danos e do atendimento às necessidades dos envolvidos. A partir dessa perspectiva, constata-se mais um ponto de contato e de aproximação entre o garantismo e a Justiça Restaurativa, para além da compatibilidade entre os princípios restaurativos e as garantias processuais penais. Todavia, considerando o recorte temático dessa pesquisa, o estudo dessa relação não será aprofundado neste artigo.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 433.

co com um modelo de vingança privada, com o acréscimo da violência, ou com a imposição arbitrária de sofrimento, a fim de suplantar a justiça estatal. Nesse particular, a crítica de Ferrajoli parece enquadrar-se com mais precisão sobre os institutos de Justiça Negocial, em que há, de fato, a aplicação de pena *pari passu* à fragilização das garantias processuais (como no caso da transação penal, da suspensão condicional do processo, da colaboração premiada e dos acordos de não persecução penal).

Nessas hipóteses, ocorrem, efetivamente, negócios jurídicos entre partes desiguais (Ministério Público e acusados), com a flexibilização do direito ao julgamento e o conseqüente desprezo pela produção e exame das provas e pelo direito de defesa.

Indo mais a fundo na interpretação teleológica dos princípios processuais penais e na crítica de Ferrajoli ao abolicionismo¹²⁵, percebe-se que sua preocupação tem relação com a possibilidade de surgimento de “sistemas penais selvagens” como espécies de reação informal ao delito. Sobre o tema, para o autor:

o duplo objetivo do direito penal, já dissemos, é a prevenção quer dos delitos, quer das reações informais a ele. Este segundo objetivo, por sua vez, se articula em duas finalidades, quais sejam a prevenção geral da vingança privada, individual e coletiva, tal como expressa na vingança de sangue, no exercício das próprias razões, no linchamento, na represália e outros similares, e a prevenção geral da vingança pública, que, na ausência do direito penal, seria atuada por poderes soberanos de tipo absoluto e despótico, não regulados nem limitados por normas e garantias. Destes dois sistemas punitivos, que chamei de “selvagens”, o primeiro pertence a uma fase primordial da nossa história, mesmo considerando que não devemos negligenciar a sua ressurreição em fenômenos modernos, tais como as polícias privadas, as esquadras de vigilantes, as justiças penais domésticas e, de uma forma geral, as relativas anarquia e autonomia punitiva presentes nas faixas sociais marginalizadas e periféricas, inclusive dos países evoluídos¹²⁶.

Com efeito, a respeito da crítica que se poderia tecer à Justiça Restaurativa, centrada no argumento de Ferrajoli de que modelos de justiça cultivados a partir do abolicionismo penal representariam um retrocesso, espécie de justiça penal de autor, Santos assevera que:

um ajuizamento crítico da justiça restaurativa com base nesta ideia de retrocesso na direção de um modelo inquisitório ou de um modelo centrado na personalidade do agente seria, segundo se crê, apressado e pouco sustentado, tendo em conta a diversidade de aspectos centrais: a voluntariedade de participação exigida nas práticas restaurativas e a impossibilidade de uma decisão autoritária de condenação a uma pena no final das mesmas restringem o sentido da equiparação ao desvalor que a possibilidade de auto-incriminação assume em um processo penal de estrutura inquisitória ou ao desvalor de um direito penal da personalidade¹²⁷.

Disso decorre que a razão de existir dos axiomas processuais penais *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem juízo); *nullum iudicium sine accusatione* (não há juízo sem acusação); *nulla acusatio sine probatione* (não há acusação sem prova) e *nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa), consistentes na evitação do decisionismo processual, ou seja, na rejeição de modelos de justiça calcados em decisões irracionais, incontrolláveis, autoritárias e violadoras de direitos fundamentais dos acusados (mormente o direito à presunção de inocência) não encontra nos fins da Justiça Restaurativa um obstáculo.

Ademais, a função de garantia de direitos se mostra despropositada quando exercida em ambientes livres de coercibilidade estatal, ou seja, em ambientes como os dos encontros restaurativos, em que não há a possibilidade de imposição de sanção penal. Uma vez ausentes as figuras da pena e do acusado, se mostra despiendo o exercício onipresente do poder jurisdicional em todas as etapas do procedimento, somente justificado quando evidente a finalidade de preservação dos direitos de privacidade e de presunção de inocência, como ficou demonstrado.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 274.

¹²⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa*: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra, 2014. p. 435.

Em modelos de reação ao conflito ditadas por decisões autônomas e coerentes com a vontade dos envolvidos, como é o caso da Justiça Restaurativa, não há motivo para uma intervenção dos juízes tão preponderante quanto a que se observa em modelos sancionatórios, razão pela qual as exigências decorrentes do Princípio da Jurisdição podem ser atenuadas¹²⁸.

Por outro lado, para além da preocupação com a proteção da esfera de direitos individuais, ganha relevo outra finalidade, aparentemente comum tanto ao garantismo penal quanto ao modelo restaurativo: a finalidade política de limitação do direito de punir.

Em especial, a Justiça Restaurativa, ao impor-se como entrave à ativação do *jus puniendi*, realiza uma das finalidades do garantismo: a de forçar um deslocamento da sanção penal à posição de *ultima ratio*. Não à toa as soluções restaurativas, quando produzem efeitos jurídicos penais, resultam no decréscimo da aplicação da pena. É dizer, a existência da Justiça Restaurativa se justifica, então, pela diminuição do campo de habilitação do poder de punir que ocorre, simultaneamente, à ampliação do acesso à justiça (seu fundamento constitucional), ou seja, encontra fundamento na suplantação da resolução formal do conflito pela via da sua transformação (satisfação das necessidades das partes)¹²⁹.

Logo, ao assumir essa missão, sem apartar-se do ideário garantista, a Justiça Restaurativa aproxima-se mais do Minimalismo Penal, homenageado na obra de Ferrajoli, do que do abolicionismo. Com efeito, por conta da rede comunitária e institucional que procura integrar, as práticas restaurativas são capazes de dar respostas mais satisfatórias a conflitos que sistematicamente não recebem resposta ou recebem respostas meramente formais do Estado Penal. À medida que as práticas restaurativas se capilarizam por entre as regiões mais empobrecidas do país, tendem a ampliar o acesso à justiça sem ampliar o controle penal, interrompendo uma dinâmica histórica de entrega dos conflitos aos cuidados do braço armado do Estado.

5 Considerações finais

Se de um lado, a constitucionalização do processo penal no Brasil, pós-1988, produziu um reforço da gama de direitos dos acusados — representando assim uma conquista do garantismo penal — por outro, promoveu avanços discretos na esfera de proteção da vítima, mantendo-a ainda no esquecimento. Mais recentemente, aparece a Justiça Restaurativa como complemento de um processo de adaptação constitucional sempre em evolução, trazendo para o interior da Política Penal, demandas históricas da vitimologia.

A partir dessa perspectiva — do resgate da vítima —, mas também dirigida à satisfação das necessidades de todos, à promoção da igualdade e da dignidade humana, a Justiça Restaurativa procura o equilíbrio entre os direitos do ofendido e os direitos do ofensor, além da justa repartição das responsabilidades entre aqueles, a comunidade e o próprio Estado, sem perder de vista a necessidade de controle social mínimo quanto às condutas violadoras dos direitos fundamentais.

Sobre essas premissas, desenvolveu-se o presente estudo com o objetivo de verificar, no plano exclusivamente teórico, se havia alguma compatibilidade entre os princípios restaurativos e as garantias processuais penais, considerando a ideia de que, ao representar em certo grau uma negação dos princípios retributivos (e da racionalidade penal moderna), a Justiça Restaurativa poderia também negar fundamento às garantias processuais.

¹²⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 473.

¹²⁹ Embora tenha seguido um trajeto metodológico distinto, a pesquisa de Santana e Oliveira chega a uma conclusão semelhante. Segundo as autoras, Justiça Restaurativa e garantismo penal, em que pese as divergências, além de se complementar, atingem o mesmo objetivo, ou seja, a humanização do sistema penal, a valorização do indivíduo e a negação do arbítrio estatal. SANTANA, Selma Pereira de; OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 136, p. 235-263, out. 2017. p. 16.

Considerando esse objetivo, a pesquisa esbarra nas limitações da pesquisa teórica, motivo pelo qual se reputa oportuna e necessária uma pesquisa de campo com vistas à verificação das hipóteses levantadas no dia a dia dos núcleos, centros restaurativos e das varas criminais vinculadas.

Buscou-se observar, no entanto, por meio de um exame fenomenológico, como a Justiça Restaurativa tem funcionado no Brasil, de acordo com a sua forma real de acoplamento ao ordenamento jurídico, e não como se esperaria que ela devesse funcionar (deontologia). Somou-se a esse recurso metodológico o método de interpretação teleológico de que fizemos uso a fim de proceder à abordagem dos axiomas garantistas. A partir disso, intentou-se verificar se haveria alguma forma de harmonizar (ou de suavizar os declives, ao menos), entre as finalidades dos axiomas garantistas processuais e as finalidades dos princípios restaurativos.

É certo, como destaca Santos¹³⁰, que “se a justiça restaurativa pretende ser um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal, quer a sua teoria quer a sua prática têm de comportar uma certa margem de desconformidade”. Todavia, se, por um lado, se confirma essa hipótese de que, entre as finalidades específicas da Justiça Restaurativa e da Justiça Penal, há de fato, uma dissonância imanente — orientadas que são por racionalidades distintas —; por outro lado, constata-se que, entre as finalidades operacionais e políticas do garantismo penal e da Justiça Restaurativa, também existem similitudes que as colocam em um mesmo plano funcional.

Fica claro, a partir desse estudo, que é da própria natureza do Direito Penal moderno e liberal — fruto mesmo de seu projeto — a inclinação para a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e para a limitação do poder de punir do Estado. Mas descobriu-se também que, *pari passu*, no campo da Justiça Restaurativa, essa mesma finalidade se mostra presente, embora mediada não pela influência do garantismo, mas pelo influxo do abolicionismo, e modulada por sua fenomenologia atual.

Com efeito, o modo de ser da Justiça Restaurativa no Brasil tem demonstrado um arrefecimento do ímpeto teórico abolicionista que lhe decorre da tradição, ao passo que tem deixado sobressair traços de outras matrizes criminológicas, mais à feição de uma criminologia de cunho social-funcionalista, de quem ela também é tributária¹³¹. É justamente com essa tradição das Escolas Sociológicas (subculturas criminais, associação diferencial, Escola de Chicago etc.) e de uma versão menos radical do *labeling approach*, que tem buscado dialogar a Justiça Restaurativa brasileira (ao nível das normas e dos seus princípios), vertendo-se, assim, em um modelo de semblante mais minimalista do que abolicionista.

À vista do ordenamento atual, sem concorrer com a via do processo, os acordos restaurativos têm produzido, no Brasil, um decréscimo no campo de exercício do *jus puniendi*. A abordagem restaurativa, quando bem-sucedida, tende a gerar efeitos jurídico-penais e processuais que afastam, à toda prova, o risco de abuso do poder estatal, com a extinção da punibilidade, o arquivamento do procedimento infracional, ou, quando menos, a atenuação da pena (pela aplicação do artigo 66 do Código Penal), a suspensão do processo etc., sem criar hipóteses extralegis substitutivas da jurisdição e sem afastar a participação das autoridades judiciárias (com a vantagem de gozar de mais legitimidade democrática).

Constata-se, portanto, no plano principiológico, não haver desconformidade essencial entre a Justiça Restaurativa e o garantismo penal. Em verdade, a Justiça Restaurativa revela ser um modelo de justiça legítimo e integrado à ordem constitucional, segundo critérios impostos pela própria lógica garantista, em nada se aproximando de um modelo inquisitivo, autoritário ou decisionista. Mesmo sem impor um risco à liberdade individual; ainda assim, a Justiça Restaurativa apresenta vínculos intransponíveis com a legalidade e com os valores normativos, necessitando da intervenção do Estado (na figura dos magistrados e do Ministério Público). Suas práticas se apresentam sob a forma de um procedimento lógico, estruturado, guiado

¹³⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 410.

¹³¹ PACHECO, Rubens Lira Barros. *Justiça Restaurativa para além da culpa e da exclusão: responsabilidade, crimes patrimoniais e etiolgia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

por finalidades bem definidas, controlável pelas partes e por terceiros, e orientado de acordo com uma certa verdade e uma certa racionalidade — se não inteiramente distintas, mas essencialmente diferentes da verdade processual e da racionalidade penal moderna.

Aliás, é por causa da presença central, nas práticas restaurativas, de momentos de estímulo e de busca pela verdade, que se deve rechaçar a celeridade como princípio restaurativo, mesmo que previsto expressamente no artigo 2º da Resolução 225/2016 do CNJ. Reputa-se incompatível um dito Princípio da Celeridade com modelos de justiça que dependem, para a elaboração da decisão legítima (heterônoma ou consensual), o preestabelecimento da verdade, como são exemplos os modelos garantista (e sua verdade processual) e restaurativo (com sua verdade consensual). Ademais, a celeridade não encontra qualquer fundamento no universo da Justiça Restaurativa (doutrinário ou normativo), tampouco dialoga com os demais princípios restaurativos, quando não os contradiz em seus núcleos.

A crítica de Ferrajoli, quanto ao abolicionismo penal, a propósito, parece dizer respeito àquilo que se costuma denominar por Justiça Negocial, caracterizada pela barganha da pena em detrimento das garantias processuais e pela celeridade, como são exemplo os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo, da colaboração premiada e dos acordos de não persecução penal.

A Justiça Restaurativa tem se justificado, do ponto de vista teleológico, em face dos princípios garantistas da jurisdição (*nulla culpa sine iudicio*) e da acusação (*nullum iudicium sine accusatione*) dada a relação harmônica com que mantêm com os princípios da voluntariedade, da consensualidade, da imparcialidade e do respeito aos direitos humanos. A voluntariedade, a consensualidade, a imparcialidade e o respeito aos direitos humanos, longe de ser garantias processuais, cumprem a função de garantias no interior do processo restaurativo pela idêntica finalidade que exercem aquelas garantias no âmbito do processo penal, ou seja, são princípios que norteiam as interações entre todos os envolvidos nos encontros restaurativos de modo a assegurar o respeito aos direitos fundamentais e a evitar tanto o uso de procedimentos arbitrários quanto a tomada de decisões autoritárias ou irracionais. Daí inferir-se, no plano teleológico, inteira compatibilidade entre os princípios restaurativos e as garantias processuais, motivo pelo qual não cabe qualificar a Justiça Restaurativa como um modelo informal, privatizado ou decisionista, que condiga com a fragilização dos princípios processuais penais.

Em síntese, quanto aos axiomas da jurisdição e da acusação, a Justiça Restaurativa com eles não conflita posto que suas práticas são deflagradas a partir da irritação do ordenamento jurídico pela conduta infracional; são voluntárias e consensuais (portanto não excluem a jurisdição e não importam em decisões autoritárias); não elidem o processo, que volta a correr caso ausente a vontade das partes ou com o insucesso do encontro; não se desenvolvem à margem da assistência jurídica de advogados e defensores; não condizem com decisões cujo conteúdo desobedeçam às normas constitucionais; necessitam a participação independente do juiz e do Ministério Público para a revisão da proporcionalidade e da razoabilidade dos acordos; além da possibilidade de fiscalização democrática dos procedimentos pelos facilitadores, apoiadores e pela comunidade.

Tampouco a Justiça Restaurativa importa na supressão da obrigatoriedade da ação penal: primeiramente, porque se admite, há muito, a sua relativização, quando o objetivo é justamente aquele (de ordem garantista) do controle racional do poder punitivo. Logo, não se trata, em relação à obrigatoriedade da ação, de princípio absoluto. Segundo, porque a Justiça Restaurativa importa no aprofundamento da discussão sobre o “mito da justiça absoluta” ou do “panjudicialismo”, e contribui para o debate sobre a indesejabilidade de perseguição de todas as infrações de que se tenha conhecimento, sob pena de criação de um Estado autoritário e policialesco.

Em contraponto, nessa pesquisa, se evidencia o risco que implica a Justiça Restaurativa sobre as garantias da prova e da defesa (*nulla acusatio sine probatione* e *nulla probatio sine defensione*). Verificou-se, durante esse estu-

do, que haveria um risco aparente de se admitir como prova (contra o réu), em relação ao retorno do caso à justiça penal, sobretudo, o conteúdo das conversas ocorridas nos encontros.

Revela-se, nesse ponto, um território de potencial desconformidade não somente da Justiça Restaurativa com a Justiça Penal, mas também com relação ao garantismo penal. Todavia, constatou-se que o Princípio da Confidencialidade socorre o direito fundamental do réu à não autoincriminação, exercendo, nesse caso particular, uma verdadeira função de garantia processual (ou de garantia de garantias). Nessa hipótese, a confidencialidade apresenta valor jurídico ao ligar-se, diretamente, aos direitos à privacidade e à intimidade, além de vincular-se teleologicamente à norma constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito. Ao extravasar a órbita da Justiça Restaurativa, o Princípio da Confidencialidade exerce a função de garantia processual e impede a transposição das informações oriundas do encontro restaurativo para o processo penal, em desfavor do réu, fazendo aproximar, mais uma vez, a Justiça Restaurativa do garantismo.

Além da compatibilidade de princípios e da função garantista processual do Princípio da Confidencialidade, chegou-se à conclusão de que há, entre a proposta restaurativa e o garantismo substancial de Ferrajoli¹³², uma forte relação, ainda pendente de exploração teórica mais profunda. Com efeito, a Justiça Restaurativa apresenta potencial para realizar uma função política integradora, de envolvimento com a comunidade, com os movimentos sociais e com as lutas por direitos de minorias, que objetive, em última análise, uma mudança progressista do quadro legislativo¹³³. Muito distante das soluções individualizadas do processo penal, a proposta restaurativa parece condizer com uma noção de democracia material e com a realização das garantias sociais, sustentadas por Ferrajoli¹³⁴.

Por conta do espaço limitado, deixaram-se de lado alguns temas, propositalmente. Dentre eles, o alcance do Princípio da Confidencialidade e suas exceções legítimas. Ademais, deixaram-se de lado outras fontes teóricas do garantismo que poderiam embasar esse texto, como as da teleologia redutora de Zaffaroni, a da tese da flexibilização *favor rei* do Princípio da Legalidade e a do minimalismo de Baratta¹³⁵.

Outro problema não abordado foi aquele levantado por Santos¹³⁶ e que diz respeito à obrigação de o juiz de fazer valer o Princípio da Proporcionalidade no acordo restaurativo, com base na gravidade do delito. Pensamos que o tema merece um estudo dedicado com exclusividade, mas apenas intuímos que a resposta deve diferir daquela exposta pela professora portuguesa, no sentido de que a gravidade em abstrato dos delitos (medida pela quantidade normativa de pena) não é um critério válido para determinar a proporcionalidade da resposta restaurativa.

Questão mais profunda e complexa é a que tem a ver com a possibilidade de haver colonização da Justiça Restaurativa em relação ao aproveitamento do acordo restaurativo apenas para o fim de diminuição da pena. Conclui-se da pesquisa que uma solução desse tipo é conciliável com as finalidades políticas do garantismo, especialmente quando o encaminhamento do caso à Justiça Restaurativa ocorre após a fase instrutória. Todavia, pode-se afirmar que o uso da Justiça Restaurativa com esse intuito reduz, significativamente, seu potencial transformador, limitando-a a existir como (mais) uma nova via de legitimação do *jus puniendi*. Ademais, propostas mais progressistas poderiam ser minadas, sobretudo aquelas que priorizam a descriminalização de condutas à flexibilização de procedimentos e a diminuição das penas.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.

¹³³ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford University Press, 2002; LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.

¹³⁵ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 129-183.

¹³⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014. p. 444.

Mas é preciso considerar, como lembra Reimund¹³⁷, parafraseando o juiz Gary Schurrer, que muito dessas dificuldades teóricas advém mais de uma atitude resistente daqueles que foram socializados na área jurídica do que da ausência de caminhos teóricos:

the legal system has never been a system that is designed to encourage change rapidly”. Because the law is driven by precedent, looking toward the future than at the past is foreign to those trained in the law. This legal mindset does not encourage new and different theories for the criminal justice system, such as restorative justice¹³⁸¹³⁹.

Como se pôde constatar, o senso comum de que a Justiça Restaurativa não pode se harmonizar com o garantismo penal — porque deita suas raízes sobre o abolicionismo — parece sustentar-se mais em reflexões pouco profundas e posturas recalcitrantes do que na verificação dos fatos. Com efeito, uma vez demonstrada a compatibilidade entre os dois modelos de justiça, resta demonstrado, também, o liame existente entre a Justiça Restaurativa e o Estado de Direito, quando aquela se interpõe entre as partes de um conflito e a reação penal, forçando o *jus puniendi* a adiar um pouco mais seu momento de eclosão. Nesse sentido, observa-se uma Justiça Restaurativa bastante moderna, realizando uma meta integrante do ideário iluminista, liberal, imaginado por Beccaria, qual fosse, a finalidade de converter o sofrimento da punição em *ultima ratio*. Contudo, o faz sem necessitar de todas as rigorosas proteções exigidas por um processo adversarial, e, portanto, sem recorrer ao passado de maneira saudosista.

De mais a mais, no Brasil atual, a finalidade político-criminal de limitar o poder punitivo não é, apenas, central ao universo da Justiça Penal, mas uma finalidade perseguida, desde Beccaria, pela sociedade civil (ainda que por linhas tortas, muitas vezes), quando esta se prostra contra a arbitrariedade e irracionalidade do exercício do poder.

Referências

ACHUTTI, D. *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARCHIBALD, Bruce P. *Restorative justice and the rule of law: rethinking due process through a relational theory of rights*. 2013. Disponível em: <http://www.nsrj-cura.ca/publications>. Acesso em: 11 jun. 2022.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou punir?: dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BOYES-WATSON, Carolyn; PRANIS, Kay. *No coração da Esperança: guia de práticas circulares*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.

¹³⁷ REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005.

¹³⁸ “O sistema legal nunca foi um sistema projetado para encorajar mudanças rápidas”. Porque a lei é guiada pelo precedente, e olhar para o futuro ao invés de olhar para o passado é algo estranho para aqueles formados na área do Direito. Essa mentalidade jurídica não estimula o pensamento sobre novas e diferentes teorias sobre o sistema de justiça criminal, como é o caso da justiça restaurativa (tradução nossa).

¹³⁹ REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005. p. 681.

- BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, A. *et al. Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 1-20.
- BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford University Press, 2002.
- BRANHAM, Lynn. “Stealing conflicts” no more?: the gaps and anti-restorative elements in States’ Restorative-Justice Laws. *Saint Louis University Law Journal*, v. 64, n. 2, p. 145-180, 2020.
- CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, jan. 1977.
- CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU. *Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002*. Regula-menta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. E/RES/2002/12. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46c455820.html>. Acesso em: 09 nov. 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Coordenação de Vera Regina Pereira de Andrade. Brasília: CNJ, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 09 nov. 2016.
- DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9099 de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- HULSMAN, Louk. H. C. Critical Criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises*, Dordrecht, v. 10, p. 63-80, 1986.
- IKPA, Tina S. Balancing Restorative Justice principles and due process rights in order to reform the criminal justice system. *Washington University Journal of Law & Policy*, Washington, v. 24, p. 301-325, jan. 2007.
- JULLICH, Shirley *et al. Project Restore: an exploratory study of restorative justice and sexual violence*. Auckland: AUT University, 2010.
- KEENAN, Marie; ZINSSTAG, Estelle. Restorative Justice and sexual offences: can “changing lenses” be appropriate in this case too? *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, v. 97, n. 1, p. 93-106, fev. 2014.
- LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos*. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- PACELLI, Eugenio. *Curso de processo penal*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PACHECO, Rubens Lira Barros. *Justiça Restaurativa para além da culpa e da exclusão: responsabilidade, crimes patrimoniais e etiologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- PALLAMOLLA, Raffaella da P. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

- PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- REIMUND, Mary Ellen. Confidentiality in victim offender mediation: a false promise. *Journal of Dispute Resolution*, Missouri, v. 2004, n. 2, p. 401-427, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2004/iss2/3>. Acesso em: 01 maio 2021.
- REIMUND, Mary Ellen. The law and Restorative justice: friend or foe? A systemic look at the legal issues in Restorative justice. *Drake Law Review*, v. 53, p. 668-692, 2005.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Um requiém para a justiça estatal? A crise de jurisdição e os meios alternativos de resolução de conflitos em matéria penal. *Diké: Mestrado em Direito*, Aracaju, v. 4, n. 2, ago./dez. 2015.
- ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Àgora, 2006.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SANTANA, João Víctor Pinto. Justiça penal consensual e o caminho traçado pelas práticas restaurativas: superação do garantismo penal? In: SPOSATO, Karyna Batista; SANTANA, João Víctor Pinto (org.). *Olhares sobre a Justiça Restaurativa*. São Cristóvão: Editora UFS, 2021.
- SANTANA, Márcia Jaqueline Oliveira. *O papel da comunidade na Justiça Restaurativa*. Aracaju: EDISE, 2019.
- SANTANA, Selma Pereira de; OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes. Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 136, p. 235-263, out. 2017.
- SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra, 2014.
- SANTOS, Lucas Nascimento. *Justiça Restaurativa e princípio da presunção de inocência: a possibilidade de uma coexistência harmoniosa*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.
- SCHIJNDEL, R. A. M. VAN. *Confidentiality and victim-offender mediation*. Apeldoorn/Antwerpen/Portland: Maklu Uitgevers, 2009.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa: críticas e contracríticas. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 159-189, dez./jan. 2008.
- SPOSATO, K. B. *Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos*. São Paulo: CLA Cultural, 2018.
- TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro: Graaal, 1980.
- ULLMAN, Jennifer. Need for confidentiality privilege in Restorative Justice Mediations in Illinois. *UIC John Marshall Law Review*, Illinois, mar. 2020. Disponível em: <https://lawreview.jmls.uic.edu/need-for-confidentiality-privilege-in-restorative-justice-mediations-in-illinois/>. Acesso em: 01 maio 2021.
- WARD, Tony; LANGLANDS, R. L. Restorative Justice and the human rights of offenders: Convergences and divergences. *Aggression and Violent Behavior: A Review Journal*, Victoria, v. 13, n. 5, p. 355-372, out. 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *En busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmatica jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar, 1998.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.