

## NEOCONSTITUCIONALISMO E DIGNIDADE HUMANA: PARADIGMAS ESSENCIAIS À JUSTIÇA RESTAURATIVA E AO ACESSO À JUSTIÇA

Camilo de Oliveira Carvalho  
Professor Pós Unifacs

### RESUMO

No neoconstitucionalismo, o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais fortalece o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto subjetiva como objetivamente, o que se coaduna com o constitucionalismo brasileiro de natureza dirigente, potencializando a realização do direito justo. O desenvolvimento do sistema de repressão à delinquência no Brasil denota, com o passar dos anos, não a redução da criminalidade, mas a proliferação da violência, principalmente nas camadas menos favorecidas da sociedade. De forma generalizada, é negado o direito do ofensor enquanto cidadão, tornando necessária uma reestruturação dogmática e funcional do sistema penal no Brasil. Deve-se proporcionar a cooperação entre os envolvidos no fato delituoso – ofensor, vítima e Estado – como instrumento de pacificação da sociedade e efetivação do acesso à Justiça. Sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, compreende-se que o procedimento restaurativo possibilita decisões mais justas e condizentes com o princípio da dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVES:** Justiça Restaurativa; acesso à Justiça; dignidade da pessoa humana.

### ABSTRACT

In new constitutionalism, the recognition of constitutional principles as rules strengthens the principle of dignity of the human person, both subjective as objectively, which is in line with the brazilian constitutionalism leader, leveraging the right fair. The development of the system of repression to delinquency in Brazil denotes, over the years, the reduction of crime, but the proliferation of violence, especially in disadvantaged layers of society. Generally, it is denied the right of the offender as a citizen, making necessary a dogmatic and functional restructuring of the penal system in Brazil. It must be provided the cooperation between those involved in criminal fact-offender, victim and State – as an instrument of pacification of society and effective access to justice. From the perspective of the new constitutionalism, it is understandable that the restorative procedure makes it more fair and consistent with the principle of human dignity.

**KEYWORDS:** Restorative Justiceaccess to Justice; dignity of the human person.

### INTRODUÇÃO

Os direitos humanos e fundamentais podem ser compreendidos, para uma conceituação material, a partir da dignidade da pessoa humana, onde reside a sua fundamentabilidade material. O Estado protege a dignidade, proporcionando em última instância a felicidade humana.

Com o passar dos anos, os direitos fundamentais assumem um papel cada vez mais forte como corretivo para a atuação política do Estado. Nas diversas nações, vão surgindo de maneira gradual, havendo, todavia, uma irreversibilidade e irretroatividade dos direitos reconhecidos sucessivamente.

No contexto do surgimento dos direitos de segunda dimensão, ganha força o direito de acesso à Justiça, mormente a partir da necessidade de implementação de tal acesso por parte do Estado, sobretudo do ponto de vista material, ou seja, não de mero acesso ao Poder Judiciário, mas de produção judicial justa e adequada.

Do ponto de vista penal, a falência do sistema vigente demonstra a necessidade de reconstrução do paradigma imperante para viabilizar a solução de conflitos por meio de sistemas alternativos, como o proposto pela Justiça Restaurativa.

Tal compreensão enquadra-se na perspectiva do neoconstitucionalismo, fenômeno que “tem por fim o reconhecimento de uma Teoria da Constituição substanciada, ancorada, na prévia ontologia cultural”<sup>1</sup>. O neoconstitucionalismo e o princípio da dignidade humana são expressões que se estabeleceram conjuntamente, na medida em que se entendeu ser o homem a *ratio essendi* de um direito justo. A constitucionalidade passa a ser o centro de todo o sistema jurídico, reconhecendo-se a força normativa da Constituição.

Da concepção jusnaturalista da dignidade da pessoa humana (séculos XVII e XVIII), igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade, reconhece-se que a ordem constitucional parte do pressuposto de que o homem, em razão de o ser, é titular dos direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado. Neste contexto, deve-se compreender o direito fundamental substancial do acesso à Justiça como um pressuposto para a percepção da Justiça Restaurativa enquanto elemento de sua efetivação e de pacificação social.

No neoconstitucionalismo, o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais robustece o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto subjetiva como objetivamente, o que se coaduna com o constitucionalismo brasileiro de natureza dirigente, potencializando a realização do direito justo.<sup>2</sup>

Para Rawls, a sociedade é um sistema de cooperação e os indivíduos dela são livres e iguais. Cada pessoa pode, assim, buscar o seu próprio bem e cooperar com a sociedade. A sua concepção de justiça surge para solucionar os conflitos decorrentes desta relação de cooperação. Assim, Rawls desenvolve a sua teoria da justiça como equidade, onde a satisfação de um não pode ser obstáculo para a satisfação de outro<sup>3</sup>.

A teoria por ele desenvolvida, principalmente quando se refere ao princípio da desigualdade – onde se almeja garantir oportunidades para todos e uma melhor situação para os menos favorecidos – aplica-se à problemática discutida neste trabalho. O deficitário acesso à Justiça, além de não dar oportunidade àqueles que são vitimados na seara penal, não permite a ressocialização do ofensor e a sua reintegração à sociedade, impedindo melhores condições para que a imensa população (os menos favorecidos) tenha uma vida harmônica, na busca da distante paz social e do pleno exercício da cidadania.

O acesso aos órgãos jurisdicionais deve ser garantido pelo Estado, mas isso é algo elementar, corolário lógico do monopólio estatal no exercício da jurisdição. Se o Estado retira dos particulares a possibilidade de resolver por si mesmos os seus conflitos, torna-se responsável por prestar ao cidadão a tutela jurisdicional adequada<sup>4</sup>.

Na busca pela efetividade processual, a fim de possibilitar decisões mais justas, a noção teórica de acesso à Justiça sofreu fortes alterações ao longo do tempo. Hoje, é encarado “como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.122.

<sup>2</sup> SOARES, *op. cit.*, p. 149-150.

<sup>3</sup> COELHO, André. Crítica de Jürgen Habermas à teoria da “justiça como equidade” de John Rawls. In: **XIV Congresso Nacional do CONPEDI – Fortaleza. Anais**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/>> Acesso em: 10 jan 2010, p. 8-9.

<sup>4</sup> “O monopólio da jurisdição é o resultado natural da formação do Estado que traz consigo conseqüências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiros, afastou definitivamente a possibilidade de reações imediatas por parte de qualquer titular, conseqüentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses. Para o segundo, o monopólio criou o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva a qualquer pessoa que o solicite” (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho**. Barcelona: Bosch, 2004, p.76, tradução nossa).

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão : Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 12.

A evolução do conceito teórico de acesso à Justiça, de certo modo, trouxe ao direito processual moderno a valiosa compreensão de que “as técnicas processuais servem a funções sociais”<sup>6</sup>.

Os direitos prestacionais também têm aplicabilidade imediata, além de exigirem atuação positiva por parte do Estado. São também fundamentais, dentro da perspectiva do neoconstitucionalismo.

## 1. A COMPREENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

### 1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos humanos e fundamentais podem ser compreendidos, para uma conceituação material, a partir da dignidade da pessoa humana, onde reside a sua fundamentabilidade material<sup>7</sup>. Ainda que tal critério não seja absoluto nem exclusivo, uma vez que há direitos fundamentais reconhecidos às pessoas jurídicas ou reduzidos a outros princípios, a dignidade da pessoa humana é elemento essencial para tal fundamentação<sup>8</sup>.

Alexy, questionando o que são direitos fundamentais para a Constituição alemã, afirma que poderiam ser apenas direitos previstos nos capítulos dos direitos fundamentais, o que faz questionar se apenas tais direitos seriam de fato fundamentais. A resposta a essa pergunta pode ser de caráter material, estrutural ou formal<sup>9</sup>.

A mera conceituação formal dos direitos fundamentais não é constitucionalmente adequada. No sentido formal, tratam-se dos direitos pessoais expressamente reconhecidos pelo constituinte; em sentido material, podem ser encontrados fora da Constituição. Uma boa conceituação reúne os dois elementos. Ainda assim, o que é fundamental para um Estado pode não ser para outro.<sup>10</sup>

Para Carl Schmitt, as normas de direito fundamental são as que se relacionam aos fundamentos básicos do Estado. Trata-se de uma fundamentação substancial, a que se relaciona o fundamento básico do Estado Constitucional, a liberdade. Para Alexy, tal acepção não serve para a compreensão dos direitos fundamentais alemães, uma vez que não abarca, por exemplo, a necessidade de resguardar o mínimo existencial, posto que tal necessidade não se relaciona com a estrutura baseada na liberdade.<sup>11</sup>

Dirley da Cunha Jr. compreende que os direitos fundamentais são princípios jurídico-constitucionais especiais que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana e surgiram com a criação do Estado Constitucional (final do séc. XVIII)<sup>12</sup>. O Estado protege a dignidade, proporcionando em última instância a felicidade humana. Nessa linha, os direitos fundamentais impõem a efetivação das normas constitucionais.<sup>13</sup>

Dieter Grimm, numa outra acepção, compreende que direitos fundamentais constituem princípios da ordem jurídica que, geralmente, dependem de limitação ou elaboração pelo legislador<sup>14</sup>. Dirley, noutra linha, entende que os direitos fundamentais

<sup>6</sup> *Idem, ibidem*, p. 12.

<sup>7</sup> Vieira de Andrade observa que, em última análise, o ponto característico que serviria para definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nisso estaria a fundamentabilidade material dos direitos humanos. (ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 85)

<sup>8</sup> CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 553-554.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 65.

<sup>10</sup> CUNHA JR, *op.cit.*, p. 556.

<sup>11</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 66-67.

<sup>12</sup> CUNHA JR., *op.cit.*, p. 566

<sup>13</sup> *Idem, Ibidem*, p. 557.

<sup>14</sup> GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2006, p.279.

seriam inatos, preexistentes, cabendo à positivação o seu reconhecimento. Não dependem de previsão legal para ser implementados.<sup>15</sup>

De todo modo, não há divergência quanto ao fato de que a evolução dos direitos fundamentais decorre do fenômeno de crise de liberdades. Com o passar dos séculos, “passa a caber aos direitos fundamentais um papel cada vez mais forte como corretivo em relação ao estreitamento de visão e ao ofego da função política”<sup>16</sup>. Perante a dignidade humana, todos são iguais, não sendo possível afirmar que um grupo, indivíduo ou nação são superiores aos demais, pressuposto lógico para a efetivação de políticas públicas de conteúdo econômico e social.<sup>17</sup>

Roberto Andorno pondera que a dignidade da pessoa humana “é um dos poucos valores comuns no nosso mundo de pluralismo filosófico”, sendo a base dos direitos humanos e da democracia. Para ele “a maioria das pessoas assume, como fato empírico, que os seres humanos possuem uma dignidade intrínseca. Essa intuição compartilhada pode ser chamada de atitude padrão [...] Todo sistema jurídico está baseado na suposição de que a dignidade humana realmente existe”. Ademais, “todos os seres humanos possuem um único e incondicional valor; eles fazem jus a direitos básicos apenas por serem parte da humanidade. Nenhuma outra qualificação de idade, sexo, etnia ou origem religiosa é necessária”.<sup>18</sup>

## 1.2 BREVE HISTÓRICO E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.2.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, direitos civis e políticos, são marcadamente individualistas (liberdades públicas dos franceses) – direitos do indivíduo frente ao Estado, direitos de defesa, liberdades negativas<sup>19</sup>. O reconhecimento de tais direitos coincide com o surgimento do constitucionalismo moderno. Visavam à tutela da liberdade tanto civil quanto politicamente.<sup>20</sup> Correspondem à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente, ao *status negativus* da classificação proposta por Jellinek, valorizam o homem singular da sociedade abstrata e mecanicista, não havendo constituição digna que hoje os descarte.<sup>21</sup>

### 1.2.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, direitos sociais, econômicos e culturais, surgem a partir dos sinais de decadência do Estado Liberal, mormente no contexto da I Guerra Mundial, que trouxe desequilíbrios ocasionados pela livre concorrência e a inexistência de garantias mínimas à maior parte do povo, oprimida pela marcante concentração de riquezas do capitalismo. Assim, foi necessária a intervenção do Estado nas relações socioeconômicas.<sup>22</sup> Nasce nesse contexto o Estado do Bem-Estar Social. Uma

<sup>15</sup> CUNHA JR, *op.cit.*, p. 568.

<sup>16</sup> GRIMM, *op.cit.*, p.279.

<sup>17</sup> CUNHA JR, *op. cit.*, p. 569-570.

<sup>18</sup> ANDORNO, Roberto. **The paradoxical notion of human dignity**. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>>. Acesso em: 03 mar 2013.

<sup>19</sup> Acerca da Primeira Dimensão dos direitos observa Paulo Gustavo Gonet Branco que: “O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade sindical e o direito de greve — considerados, então, fatores desarticuladores do livre encontro de indivíduos autônomos — não eram tolerados no Estado de Direito liberal. A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhes fossem colidentes”. (MENDES, COELHO, BRANCO, *op.cit.*, p. 267).

<sup>20</sup> CUNHA JR., *op. cit.*, p.601.

<sup>21</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p. 563.

<sup>22</sup> Neste sentido observa Paulo Branco: “Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos

intervenção que inicialmente seria passageira, para estancar os problemas do pós-guerra e da desigualdade social, tornou-se essencial à satisfação dos indivíduos com escola, educação, trabalho, moradia etc.<sup>23</sup>

Tais direitos passaram normalmente por um ciclo de baixa normatividade ou eficácia duvidosa, inseridos nas normas programáticas, mas tal perspectiva contrária à efetivação, conforme destaca Paulo Bonavides, está hoje perto do fim, mormente com as disposições constitucionais que determinam sua aplicabilidade imediata<sup>24</sup>.

O movimento socialista fez entoar o princípio da solidariedade, emplacando a necessidade de atender aos direitos sociais, garantindo proteção aos mais fracos (justiça social). Numa perspectiva de cooperação social, era necessário redistribuir vantagens, direitos e deveres na sociedade. São denominados direitos de igualdade porque visavam reduzir as desigualdades sociais e econômicas da época, exigindo atuação positiva do Estado.<sup>25</sup>

Tais direitos foram reconhecidos na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição Russa de 1918, e, sobretudo, na Constituição da República de Weimar de 1919, marco para a separação entre o constitucionalismo liberal (século XVIII e XIX) e o constitucionalismo social (século XX). No Brasil, os direitos sociais foram incorporados com a Constituição de 1934, com forte influência da Constituição de Weimar. O problema, porém, dos direitos sociais no Brasil não foi bem a sua disposição, mas a sua efetivação, que pende diante da falta de vontade política e/ou de recursos. Todavia, com a formulação de sua aplicabilidade imediata nas Constituições contemporâneas, tal crise está perto do fim.<sup>26</sup>

Os direitos sociais demonstram que, tão importante quanto proteger os indivíduos, é essencial proteger as instituições, fazendo erigir as garantias institucionais como um novo conteúdo dos direitos fundamentais, elevando a necessidade de preservação do *status quo*, a impossibilidade de alteração e eliminação de determinados direitos, e fortalecendo a necessidade de efetivação de determinados valores sociais. A universalidade ultrapassa a dimensão dos indivíduos ou de um Estado particular para atingir uma comunidade de Estados ou toda a comunidade de Estados<sup>27</sup>.

No contexto do surgimento dos direitos de segunda dimensão, ganha força o direito de acesso à Justiça, mormente a partir da necessidade de implementação de tal acesso por parte do Estado, sobretudo do ponto de vista material, ou seja, não de mero acesso ao Poder Judiciário, mas de produção judicial justa e adequada.

Do ponto de vista penal, a falência do sistema vigente demonstra a necessidade de reconstrução do paradigma imperante para viabilizar a solução de conflitos por meio de sistemas alternativos, como o proposto pela Justiça Restaurativa.

### 1.2.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos de terceira dimensão ainda estão em fase embrionária. Decorrem da necessidade de proteção coletiva, num contexto de avanço tecnológico e aumento da criminalidade. São conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade em razão da sua implicação universal, exigindo esforços até mesmo mundiais para a sua realização. Tratam-se, por exemplo, do direito ao meio ambiente equilibrado, do direito ao desenvolvimento, do direito à autodeterminação dos povos e do direito à paz mundial, todos consagrados na Constituição brasileira de 1988. Alguns desses direitos carecem de positivação, mas encontram-se resguardados em tratados internacionais mais recentes.<sup>28</sup>

---

de justiça social. Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais — direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas” (MENDES, COELHO, BRANCO, *op.cit.*, p.267)

<sup>23</sup> CUNHA JR., *op.cit.*, p. 601-603.

<sup>24</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p. 564.

<sup>25</sup> CUNHA JR., *op. cit.*, p. 603-604.

<sup>26</sup> *Idem, ibidem*, p. 604-607

<sup>27</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p.565-567.

<sup>28</sup> CUNHA JR., *op. cit.*, p.608-609.

Têm por destinatários não os indivíduos ou as instituições, mas o gênero humano. Uma vez que não se vislumbrava ainda os seus contornos, Vasak indicou a paz, o meio ambiente, o direito das comunidades nesta dimensão de direitos fundamentais. Foram caracterizados por Etienne-R. Mbaya, jusfilósofo colombiano, não como direitos de fraternidade, mas de solidariedade.<sup>29</sup>

#### 1.2.4 Direitos fundamentais de quarta dimensão

Os direitos fundamentais de quarta dimensão, direito à democracia direta e os direitos relacionados à biotecnologia, ainda não consagrados nas ordens jurídicas internas e internacionais, são resultado da globalização dos direitos fundamentais. São exemplos de tais direitos, o direito à democracia direta e globalizada, o direito à manipulação genética, o direito à mudança de sexo.<sup>30</sup>

Para Paulo Bonavides, a globalização dos direitos fundamentais equivale à sua universalização no campo institucional. Nessa dimensão podem ser identificados o direito à informação, à democracia e ao pluralismo. A sociedade aberta do futuro depende da concretização desses direitos. Uma democracia constituída sob tal perspectiva estaria livre da mídia manipuladora e do monopólio do poder<sup>31</sup>.

#### 1.2.5 Direitos fundamentais de quinta dimensão

Para Paulo Bonavides, pode-se ainda falar em direitos fundamentais de quinta dimensão, o direito à paz. É um direito de quinta dimensão porque é condição indispensável ao progresso de todas as nações, pressuposto qualitativo da existência da humanidade, elemento de conservação da espécie. Há autores, todavia, que relacionam esta geração com as relações virtuais e cibernéticas.<sup>32</sup>

Considerando que a Justiça Restaurativa tem o intuito de restabelecer a paz diante de um conflito penal, compreende-se que o cidadão é dotado do direito subjetivo de ser conduzido ao procedimento restaurativo, via mais célere e menos burocrática, para ter reposto o bem jurídico vilipendiado ou, ao menos, minimizar a dor, o sofrimento e a cotidiana morosidade do sistema convencional de resolução de conflitos penais.

O direito de ser conduzido ao procedimento restaurativo e dele participar enquadra-se, portanto, na dinâmica prospectiva da quinta dimensão dos direitos fundamentais, sendo, um direito do futuro. Apesar de as alternativas para a resolução de conflitos penais serem tão antiga quanto o próprio Direito Penal, sobreleva-se na contemporaneidade a necessidade de reconstrução sistêmica do paradigma punitivo, sobretudo diante do aumento do número de presos e dos altos números de reincidência.

A Justiça Restaurativa apresenta-se como uma nova dimensão dos direitos do homem a ser respeitada desde agora e para as gerações futuras. Porém, diante da necessidade de imediata implementação dos direitos sociais, mormente, do acesso à Justiça, já traz resultados reais de sucesso, através da adaptação de procedimentos aborígenes antigos e de experiências procedimentais reanalisadas, como a mediação, conforme se verificará adiante.

### 1.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A DIGNIDADE HUMANA COMO VALOR ESSENCIAL À JUSTIÇA RESTAURATIVA

#### 1.3.1 Neoconstitucionalismo e dignidade humana

<sup>29</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p. 569-570.

<sup>30</sup> CUNHA JR., *op.cit.*, p. 609.

<sup>31</sup> BONAVIDES, *op.cit.*, p.571.

<sup>32</sup> CUNHA JR., *op.cit.*, p. 610, nota 145.

O neoconstitucionalismo “tem por fim o reconhecimento de uma Teoria da Constituição substanciada, ancorada, na previa ontologia cultural.” A República alemã de Weimar (1919-1932) exerceu grande influência no processo de revisão do constitucionalismo então vigente, marcado pelo combate ao positivismo jurídico. Tal período é retratado em obras de Teoria da Constituição (1928) de Schmitt, Smend e discípulos. A Constituição passa a apresentar uma dimensão axiológica e teleológica por meio da inserção de princípios como a igualdade, a liberdade, a fraternidade e a dignidade da pessoa humana.<sup>33</sup>

Tal concepção decorre do fracasso do Estado Legislativo de Direito, mormente diante do holocausto (1939 a 1945) implementado por Hitler. “A Lei e o Princípio da legalidade eram as únicas fontes de legitimação do direito”, abrindo espaço para um direito constitucional fundado na dignidade da pessoa humana.<sup>34</sup>

O neoconstitucionalismo e o princípio da dignidade humana são expressões que se estabeleceram conjuntamente, na medida em que se entendeu ser o homem a *ratio essendi* de um direito justo, de modo em que o direito esta proibido de apresentar qualquer forma de degradação, alvitramento ou coisificação do homem.<sup>35</sup>

A constitucionalidade passa a ser o centro de todo o sistema jurídico, reconhecendo-se a força normativa da Constituição. Assim, uma lei formalmente válida pode ser substancialmente inválida, considerando que a Constituição impõe proibições e obrigações de conteúdo.<sup>36</sup>

O neoconstitucionalismo vincula ideias de compromisso como intervenção axiológica, prioridade prática e caráter político de conhecimento científico do direito. Ainda evidencia que algumas descrições podem ter vinculação política, na medida em que não se pode colocar todos os juízos de valor no mesmo plano e que nem todos eles estão destinados ao âmbito da subjetividade. Também demonstra aceitação moral do direito, reaproximando a Constituição dos valores éticos e sociais, ao passo em que lhe confere força normativa.<sup>37</sup>

Houve uma mudança de postura dos textos constitucionais que passam a estabelecer explicitamente valores relacionados à dignidade da pessoa humana, além de opções políticas gerais, como a redução da desigualdade, e específicas, como a obrigação de o Estado prestar serviços na educação e na saúde.<sup>38</sup>

A dignidade da pessoa humana como valor-fonte da experiência axiológica do direito deve ser compreendida em sua dimensão histórico-cultural. Verifica-se que é dotada de sentido com conteúdo valorativo, pertencente ao campo da cultura humana.<sup>39</sup> Tal fenômeno teve início na Europa com a Constituição da Alemanha de 1949 e no Brasil a partir da Constituição de 1988, com a constitucionalização do direito.<sup>40</sup>

Da concepção jusnaturalista da dignidade da pessoa humana (séculos XVII e XVIII), igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade, reconhece-se que a ordem constitucional que consagra essa ideia parte do pressuposto de que o homem, em razão de o ser, é titular dos direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo Estado.<sup>41</sup>

Após a 2ª guerra Mundial os debates acerca da dignidade da pessoa humana readquirem relevo, de modo que a grande maioria dos textos normativos nacionais e internacionais passa a conhecer textualmente a existência da dignidade humana. Inicialmente, com a internacionalização dos direitos decorrentes da dignidade, recebendo o

<sup>33</sup> SOARES, *op. cit.*, p.122-123.

<sup>34</sup> CUNHA JR., *op. cit.*, p. 40.

<sup>35</sup> SOARES, *op.cit.*, p.128.

<sup>36</sup> CUNHA JR., *op. cit.*, p. 40-41.

<sup>37</sup> SOARES, *op. cit.*, p.128.

<sup>38</sup> CUNHA JR., *op. cit.*, p. 41

<sup>39</sup> SOARES, *op. cit.*, 129.

<sup>40</sup> CUNHA JR., *op.cit.*, p. 41.

<sup>41</sup> SOARES, *op. cit.*, p.132.

nome de direitos humanos. Posteriormente, verificou-se a constitucionalização dos direitos decorrentes da dignidade humana, recebendo o nome de direitos fundamentais.<sup>42</sup>

Ganha destaque a força normativa dos princípios e o reconhecimento da dupla dimensão normativo-axiológico das Constituições, proporcionando a defesa da efetivação dos direitos fundamentais sociais e do controle judicial das políticas públicas<sup>43</sup>

A valorização da principiologia constitucional faz com que a Constituição apresente-se como expressão do mundo dos fatos e valores, de viés axiológico e teleológico, validando-a normativamente, conferindo-lhe efetividade e legitimidade (dimensão valorativa).<sup>44</sup>

Com a nova posição topográfica dos direitos fundamentais na CF/88, fica evidenciado que o homem é o fim da proteção do Estado. A colocação dos direitos sociais num capítulo próprio, dentro dos direitos fundamentais, afastou o posicionamento doutrinário de que não se tratavam de direitos fundamentais e, portanto, não tinham força vinculativa. Foi adotada uma cláusula de abertura material ou de não tipicidade dos direitos fundamentais (art. 5º, §2º). Os direitos fundamentais são ainda cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV) e possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º).<sup>45</sup>

A dignidade da pessoa humana no sistema constitucional brasileiro foi verificada na Constituição Federal de 1988, como representante do contexto histórico e político-social de redemocratização, recebendo a qualidade de fundamento do Estado Democrático de Direito, portanto, princípio basilar da Constituição. A dignidade também é expressa em outros títulos, como: ordem econômica e financeira e ordem social<sup>46</sup>.

Todas as normas constitucionais são providas de eficácia, mas nem todas possuem aplicação direta e imediata. Todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, independentemente de seu grau de eficácia, até mesmo as normas não previstas na Constituição Federal, desde que ostentem a fundamentabilidade material. Deve-se extrair da interpretação do texto normativo sua máxima efetividade e utilidade, neste sentido, as normas de direitos fundamentais, aplicam-se independentemente da existência de lei.<sup>47</sup>

### 1.3.2 A necessidade de dignidade nas reformas penais e a efetivação democrática

Quando se fala em reforma no sistema penal, são necessárias, sem dúvida, reconstruções teóricas que permitam práticas mais humanas. Afinal, a função política do Direito Penal é essencial para a efetivação do Estado Democrático de Direito. A preocupação com a democracia num estudo penal pode parecer equivocada, mas tal compreensão decorre da falta de conhecimento acerca da verdadeira função da punição, como se esta tivesse sido colocada em um “vácuo político”. Nesse sentido, como explica Leonardo Sica<sup>48</sup>, é que os estudos de Tereza Cadeira (2000), por exemplo, pretenderam demonstrar que a esfera da justiça representa um dos principais obstáculos à democracia, uma vez que reproduzem práticas violentas e violadoras dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

Obtempera Selma Pereira de Santana que as finalidades da Política Criminal para uma maior funcionalidade processual encontram seu limite na inviolabilidade da dignidade humana, “embora, por outro lado, se deva considerar a possibilidade de limitação de interesses individuais em prol da funcionalidade processual, desde que não se conflitem

<sup>42</sup> SOARES, *op. cit.*, p. 132-133.

<sup>43</sup> CUNHA JR., *op. cit.*, p. 42-43.

<sup>44</sup> SOARES, *op. cit.*, p. 127.

<sup>45</sup> CUNHA JR., *op. cit.*, p. 634-635.

<sup>46</sup> SOARES, *op. cit.*, p. 135-136.

<sup>47</sup> CUNHA JR., *op. cit.*, p. 635-636.

<sup>48</sup> 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.14-15

diretamente com a garantia da dignidade da pessoa, ainda que surjam como emanações de direitos fundamentais”.<sup>49</sup>

É necessário reforçar, ou melhor, renovar o conceito de democracia, consolidando as categorias de participação e deliberação sob outras formas de expressão, mais distantes da imposição e mais próximas da negociação. É preciso aplicar inovações que contemplem os ideais de democracia e pluralismo, os quais, em apertadíssimo resumo, têm em comum a limitação do poder estatal pela existência de “outros núcleos de poder”. Só assim pode-se falar em democracia, plural e incluyente, que permite a inserção do cidadão como ator central de todos os espaços da vida comunitária.<sup>50</sup> Neste sentido é que a Justiça Restaurativa pretende-se renovadora e instigante, como forma de resgate da cidadania e implementação de uma democracia mais humana.

## 2. ACESSO À JUSTIÇA NO PROCEDIMENTO RESTAURATIVO: UM DIREITO FUNDAMENTAL

### 2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL E IMPLANTAÇÃO DA DIGNIDADE NA JUSTIÇA PENAL

O devido processo legal tem fundamento na dignidade da pessoa humana. Surge na Inglaterra, com a Magna Carta, e se incorpora ao Constitucionalismo dos EUA. Passa a ser aplicado em seu sentido substancial no *leading case Calder VS. Bull*, de 1798. Possui duas acepções: *procedural due process* – conjunto de garantias para o processo; *substantive due process* – forma de aplicação do procedimento previsto<sup>51</sup>.

No âmbito penal, o devido processo não pode estar demasiadamente marcado por uma postura retrospectiva, voltado para a reconstrução e análise de fatos passados. “É necessário integrar esse ponto de vista a outro de caráter prospectivo, voltado, desde a fase inicial processual, para a eventual tarefa futura de socialização do delinquente”.<sup>52</sup>

No que se refere à isonomia, o devido processo legal garante a igualdade processual entre as partes, sem excluir as desigualdades legalmente reconhecidas. O princípio do contraditório permite a formação da síntese (decisão), a partir da tese e da antítese, sendo essenciais ao processo justo. O princípio do juiz natural garante a segurança do povo contra o arbítrio estatal. A publicidade é garantia do povo contra o Estado e do juiz perante o povo, permitindo o controle democrático das decisões, o que não exclui o sigilo e o segredo de justiça. O princípio da motivação das decisões garante a inviolabilidade de direitos perante os arbítrios. Até o livre convencimento do juiz se forma diante de critérios racionais, lógico-jurídicos, que devem ser expressamente indicados, preservando a segurança jurídica e a legitimidade das decisões. O princípio do duplo grau de jurisdição é um princípio processual implícito na Constituição Federal, uma forma de evitar e reformar erros que são inerentes aos humanos. Fala-se ainda em princípio da proibição de prova ilícita e da duração razoável do processo, ponto crucial de crise da jurisdição. Para que a tutela seja eficiente deve acontecer em tempo hábil a permitir o desfrute da decisão. Todos estes princípios derivam do devido processo legal em sentido formal<sup>53</sup>.

Para o tratamento do tema, importam sobremaneira as questões atinentes à instrumentalidade do processo, o tempo razoável do processo e efetividade das decisões.

#### 2.1.1 Processo com instrumento à luz do neoconstitucionalismo: para um conceito adequado de acesso à Justiça na seara penal

<sup>49</sup> SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.154.

<sup>50</sup> SICA, *op. cit.*, p.203-204.

<sup>51</sup> SOARES, *op. cit.*, p. 163-164.

<sup>52</sup> SANTANA, 2010 a, *op. cit.*, p. 169.

<sup>53</sup> SOARES, *op. cit.*, p.165-173.

### 2.1.1.1 Acesso à Justiça e neoconstitucionalismo

O acesso aos órgãos jurisdicionais deve ser garantido pelo Estado, mas isso é algo elementar, corolário lógico do monopólio estatal no exercício da jurisdição. Se o Estado retira dos particulares a possibilidade de resolver por si mesmos os seus conflitos, torna-se responsável por prestar ao cidadão a tutela jurisdicional adequada.<sup>54</sup>

Pode-se dizer que o Estado deve oferecer para cada lide um instrumento processual adequado. A partir desta noção, é possível pensar o processo como instrumento. A ciência processual, hoje, deixou de ser um conjunto de princípios e regras, e assume um caráter instrumental, voltado aos fins a serem alcançados no processo.

Assim, observa Kazuo Watanabe:

“[...] do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica”<sup>55</sup>.

Direito material e direito processual são inseparáveis. Processo é instrumento para a realização de direitos, aproximando-o de elementos da Teoria Geral do Direito. Ora, como instrumento, só vale o processo se visar efetivar direitos, sendo instrumento eficaz à ordem jurídica justa. A necessidade de adequação do processo à situação substancial valoriza o procedimento, permitindo enxergar o processo como uma cadeia de atos. “Na pós-modernidade, o devido processo legal figura como uma cláusula de abertura do sistema constitucional-processual na materialização de resultados formal e substancialmente justos”.<sup>56</sup>

Pela busca de efetividade processual, a fim de possibilitar decisões mais justas, a noção teórica de acesso à Justiça sofreu fortes alterações ao longo do tempo. Nos estados liberais burgueses, “direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”<sup>57</sup>. Com o crescimento da população, as relações também se coletivizaram e o direito ao acesso efetivo à Justiça ganhou maior atenção no “Welfare State”<sup>58</sup>. Hoje, é encarado “como o requisito fundamental

<sup>54</sup> “O monopólio da jurisdição é o resultado natural da formação do Estado que traz consigo conseqüências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiros, afastou definitivamente a possibilidade de reações imediatas por parte de qualquer titular, conseqüentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses. Para o segundo, o monopólio criou o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva a qualquer pessoa que o solicite” (RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho**. Barcelona: Bosch, 2004, p.76, tradução nossa).

<sup>55</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. v. 2. Campinas: Bookseller, 2001, p. 20. Com uma filosofia ainda mais instigante, obtempera Cândido Rangel Dinamarco que falar em instrumentalidade do processo é “falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes [ou menos infelizes], mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas” (DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 295).

<sup>56</sup> SOARES, *op. cit.*, p.184-187.

<sup>57</sup> Observam Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “A Teoria era a de que embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los, adequadamente, na prática” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão : Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 9).

<sup>58</sup> Para Cappelletti, o monopólio não cria para o Estado o dever de prestar qualquer tutela jurisdicional, devendo proporcionar justiça aos consumidores dos serviços jurisdicionais. (CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso allá giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero**. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n.º. 37, 1982, p. 243).

– o mais básico dos direitos humanos – de um sistema moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”<sup>59</sup>.

O processo voltado na sua origem à defesa de direitos subjetivos privados, com a pós-modernidade, depara-se com a necessidade de proteção dos direitos fundamentais da sociedade civil, adquirindo as notas da pluralidade (a proteção não se restringe mais a direitos privados), reflexividade (abertura para novos valores e fatos sociais), prospectividade (utilização de muitas cláusulas gerais e princípios constitucionais), discursividade (cooperação para a busca de um ato decisório mais justo, permitindo a adoção de um paradigma crítico) e relatividade (recusa de um processo formalista e fechado, cercado de regras absolutas e inquestionáveis e aceitação do papel ativo do julgador).<sup>60</sup>

A evolução do conceito teórico de acesso à Justiça, de certo modo, trouxe ao direito processual moderno a valiosa compreensão de que “as técnicas processuais servem a funções sociais”<sup>61</sup>. Logo,

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.<sup>62</sup>

Doravante, não é possível falar em procedimento adequado para solução de conflitos sem tangenciar o acesso à Justiça. E entender a fundamentabilidade deste direito não é viável, senão relacionando-o com os demais ramos do direito, principalmente com o Direito Constitucional.<sup>63</sup>

O estudo do direito deve, portanto, partir do ordenamento constitucional. As previsões constitucionais conferem unidade ao sistema jurídico. A Constituição, além de ser uma garantia, é um limite para o exercício dos direitos. Vale dizer, os princípios constitucionais trazem coerência para a atuação do Estado.

Willis Santiago Guerra Filho observa com clareza que a Constituição confere unidade ao ordenamento jurídico, estando nela as linhas gerais para a promoção do bem estar individual e coletivo<sup>64</sup>. E a efetividade de direitos só pode ser alcançada caso se reconheça a supremacia da Constituição sobre as regras processuais<sup>65</sup>. As conexões entre

<sup>59</sup> CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, p. 12.

<sup>60</sup> SOARES, *op. cit.*, p. 180-183.

<sup>61</sup> *Idem, ibidem*, p. 12.

<sup>62</sup> *Idem, ibidem*, p. 13.

<sup>63</sup> Neste sentido, obtempera o professor Wilson Alves de Souza, reportando-se ao ilustre J. J. Gomes Canotilho: “Do ponto de vista hierárquico o mais relevante estatuto normativo é a Constituição, impregnada de princípios (explícitos e implícitos), a partir, no que se refere ao direito processual, do princípio do processo devido em direito, alguns deles caracterizados como direitos fundamentais, dentre os quais se insere o princípio do acesso à justiça. Segue-se o código de processo civil, principal estatuto regulamentador da constituição no que se refere ao processo em geral e ao processo civil em particular, outros códigos de processo e leis processuais extravagantes. Abaixo dessas leis surgem outros diplomas regulamentadores, a exemplo dos regimentos internos dos tribunais. Ao mesmo tempo a constituição pode conter dispositivos prescrevendo competência de órgãos jurisdicionais, controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do poder público, etc. Fala-se, na primeira hipótese, em Direito Constitucional Processual, e, na segunda hipótese, em Direito Processual Constitucional em sentido estrito. Os dois aspectos em conjunto envolvem o que se denomina de Direito Processual Constitucional em sentido amplo”<sup>63</sup> (destaques originais) (SOUZA, *op. cit.*, p.72). Para Alexy, a Constituição é uma “ordem de valores hierarquizada”, uma “decisão constitucional fundamental” exercendo influência sobre todos os ramos do direito. (Cf. ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 524-525)

<sup>64</sup> Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

<sup>65</sup> DANTAS, Ivo. **Constituição & processo. Introdução ao direito processual constitucional**. v.1. Curitiba: Juruá, 2003, p.120.

o processo e a Constituição são tão amplas que o direito processual pode ser visto como um “direito constitucional aplicado”<sup>66</sup>.

No entanto, de nada vale a Constituição se as suas normas não se tornarem realidade. Nesse sentido, observa Konrad Hesse: “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”<sup>67</sup>.

Os direitos prestacionais também têm aplicabilidade imediata, além de exigirem atuação positiva por parte do Estado. São também fundamentais, dentro da perspectiva do neoconstitucionalismo, devendo integrar o rol de cláusulas pétreas. Compreender de forma diversa é dar azo ao aumento da criminalidade e das agressões aos direitos fundamentais. Os direitos sociais são essenciais para a implementação das necessidades de ordem material, à existência digna.<sup>68</sup>

### 2.1.1.2 Implicações penais para um melhor acesso

O Direito Penal do Inimigo, como é denominado o modelo penal vigente no Brasil, é estruturado em regras de desumanização do cidadão ofensor. O ofensor é invariavelmente posto à margem da sociedade e eliminado do convívio social como penalização pelo ato cometido.

Exemplificativamente, fazendo críticas à perspectiva política da constituição, observa Dieter Grimm que o Estado pode se valer de diversos deveres de proteção contidos nos direitos fundamentais. Para ele as vantagens da prevenção não podem ser obtidas sem custos. “Temporalmente, a atividade estatal é antecipada e, espacialmente, dilatada”. No direito penal, é rebaixado o limite instituído para a intervenção estatal diante do perigo concreto e da suficiente suspeita da autoria do crime<sup>69</sup>.

O sistema vigente apresenta falhas viscerais na medida em que desrespeita a Constituição Federal, subtraindo do agente criminoso a qualidade de ser humano, negando-lhe, portanto, as garantias e direitos fundamentais inerentes a essa qualidade.

O sistema penal atual recebe o criminoso como inimigo e declara “guerra ao crime”, distanciando-o e afastando-o da sociedade. Tal comportamento reaviva o sentimento de vingança extirpado outrora pelo próprio Estado, quando tomou para si o poder de solucionar os conflitos. A partir de tal perspectiva não se contribui para a erradicação do crime. Colabora-se para a união dos membros da sociedade na tentativa de responder à maldade causada. Crime e pena passam a ser fatores de coesão social<sup>70</sup>.

Em contrapartida à desumanização imposta ao autor do fato criminoso, tem-se a ignorância à dor da vítima e à sua reestruturação. Em outras palavras, o sistema em apreço cuida de retribuir o agente criminoso pelo fato por ele cometido, desconsiderando o sentimento tanto do agente no que toca ao crime, quanto da vítima, já que não se preocupa com a sua recomposição ou restauração do equilíbrio da comunidade.

Observa-se neste ponto o que Selma Pereira de Santana intitulou de “O redescobrimto da vítima”. Antes do surgimento do Direito Penal, a vítima se encontrava situada no centro dos interesses dos sistemas primitivos de justiça, fundado essencialmente na vingança privada. Com a tomada do poder para a solução de conflitos pelo Estado, a vítima caiu no esquecimento. A noção de bem jurídico trouxe uma objetivação da figura da vítima, “deixando ela de ser sujeito sobre o qual recairia a ação delitativa que sofreria a conduta delituosa, e passando a ser o sujeito portador de um valor”. A ideologia da prevenção especial, voltada à ressocialização do delinquente, fez consolidar um Direito Penal dirigido ao autor do crime. Como reação a esse esquecimento, a vitimologia visa

<sup>66</sup> GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 24.

<sup>67</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.14.

<sup>68</sup> SOARES, *op. cit.*, p. 152-154.

<sup>69</sup> GRIMM, *op. cit.*, p.280.

<sup>70</sup> SICA, *op. cit.*, p.41.

analisar até que ponto pode tomar-se em consideração o comportamento da vítima, durante o fato delitivo, para determinar o grau de responsabilidade em que há de incorrer o autor do evento. Pelo “princípio da auto-responsabilidade da vítima”, caso a mesma, por iniciativa própria, renuncie ao uso das medidas de proteção de que dispõe, e, portanto, abandone o bem jurídico, o autor do delito deverá ser eximido de sua responsabilidade penal.<sup>71</sup>

No sistema penal vigente estabelece-se um círculo contínuo de dor e insatisfação da vítima, eliminação, descaso e exclusão do ofensor, a ponto de permitir a reincidência, já que o agente ativo não se conscientiza do dano por ele causado, possibilitando a recomposição, e a vítima não tem tratamento ou reparação para o sofrimento que lhe foi causado.

### 2.1.1.3 Um conceito adequado de Acesso à Justiça

Verdade, porém, é que determinados direitos são hierarquicamente superiores e, por isso, fundamentais. Todavia, o que determina a fundamentabilidade do direito não é a sua positivação enquanto tal, rompendo-se atualmente com a ideia da fundamentabilidade formal.

Ainda que exista uma gama imensa de direitos considerados fundamentais nas diversas cartas constitucionais dos países democráticos, não há dúvidas de que determinados bens, para todas as sociedades, são considerados fundamentais. Tratam-se dos direitos fundamentais substanciais<sup>72</sup>.

O acesso à Justiça é um direito fundamental substancial<sup>73</sup>. Ou melhor,

[...] em outras palavras, o acesso à Justiça é um direito fundamental, e, mais do que isso, o mais importante dos direitos fundamentais, pelo menos quando houver a violação de um direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral ficam na dependência do direito desse acesso.<sup>74</sup>

O procedimento restaurativo pretende viabilizar o verdadeiro acesso à Justiça, na medida em que possibilita o diálogo entre as partes envolvidas no conflito, ampliando as possibilidades de solução. A cidadania se sobreleva no procedimento, que permite ainda, como se verá adiante, a participação de membros das coletividades envolvidas, reduzindo as dificuldades trazidas pelos rituais jurídicos, muitas vezes estigmatizantes e dotados de diversos problemas de ordem estrutural.

Nesta esteira são pertinentes as lúcidas palavras de Selma Pereira de Santana quando observa que:

[...] o Direito Penal não pode ordenar-se em um sistema fechado, nem se abandonar à mercê de um pensamento tópico, o qual opere à margem do sistema, mas sim que, em lugar disso, se construa um sistema aberto, no qual cada novo problema seja discutido com conhecimento do sistema disponível e se resolva de um modo que possa integrar-se no referido sistema, ou force a sua modificação.<sup>75</sup>

Na contemporaneidade verifica-se a procedimentalização do Direito. Alexy permite verificar o procedimento como verdadeiro direito fundamental, emergindo como uma alternativa democrática e racional. Os procedimentos adquirem uma narratividade

<sup>71</sup> SANTANA, 2010a, *op. cit.*, p.17-19.

<sup>72</sup> Cf. SOUZA, *op. cit.*, p. 73-74.

<sup>73</sup> Direitos e garantias fundamentais para Canotilho possuem finalidades distintas. Os direitos são assegurados aos indivíduos e as garantias são direitos que têm o caráter instrumental de proteger outros direitos. (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 396).

<sup>74</sup> *Idem, ibidem*, p. 75.

<sup>75</sup> SANTANA, 2010a, *op.cit.* p.143.

emancipatória, em consonância com os movimentos sociais, culturais, que reivindicam a efetivação da dignidade da pessoa humana. A isso, deve-se combinar a otimização valorativa dos princípios, analisados proporcionalmente, levando a uma adequada proposta de concretização da dignidade da pessoa humana.<sup>76</sup> Esse é sem dúvidas um dos papéis da Justiça Restaurativa.

### 2.2.2 O tempo razoável do processo e a justiça restaurativa como alternativa mais célere

A ideia de processo implica na atividade temporal, uma vez que se constitui como uma cadeia de atos sucessivos no tempo<sup>77</sup>. Fato é que o homem é que passa pelo mundo, sendo ele a única razão do tempo<sup>78</sup>.

O processo, no entanto, só se demonstra hábil a produzir a providência solicitada pela parte se tal providência ocorre em tempo hábil. Assim, o legislador sentiu a necessidade de erigir a questão do tempo do processo ao nível de garantia fundamental<sup>79</sup>.

Com o Pacto de San José da Costa Rica, as mudanças começaram a ocorrer. Acompanhando tal Pacto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº. 678 de 9 de novembro de 1992, tratou da matéria em seu art. 8º<sup>80</sup>.

A partir da Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente o princípio do processo em tempo razoável<sup>81</sup>.

Obtempera Luiz Guilherme Marinoni que o tempo é a dimensão fundamental da vida humana<sup>82</sup>. Neste sentido, “se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia, e reduz expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz)”. Não se pode, portanto, desconsiderar o que se passa na vida daqueles que participam do processo.<sup>83</sup>

Nas palavras de Marinoni, “o cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça”.<sup>84</sup>

Entende-se que tempo razoável, neste caso, não é o menor tempo, mas aquele que viabilize a tutela jurisdicional adequada. Neste sentido, só há razoabilidade temporal se o provimento atinge a maior eficácia possível.

A celeridade, porém, possui nítidos limites. Conforme obtempera Selma Pereira de Santana:

<sup>76</sup> SOARES, *op. cit.*, p.192-194.

<sup>77</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil**. v. 1, 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 204.

<sup>78</sup> CARNELLI, Lorenzo. **Tempo e direito**. Tradução de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfin Editor, 1960, p. 61.

<sup>79</sup> Para Norberto Bobbio os novos diplomas são instituídos para atender aos direitos dos homens, que são direitos históricos, nascem sob determinadas circunstâncias, caracterizando as lutas em defesa de novas liberdades. (BOBBIO, *op. cit.*, p. 5.)

<sup>80</sup> Art. 8º “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (destacamos)

<sup>81</sup> Art. 5º, LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>82</sup> Gilmar Mendes observa ainda que: “A EC n. 45/2004 introduziu norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo (art. 5 Q, LXXVIII). Positiva-se, assim, no direito constitucional, orientação há muito perfilhada nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que alguns autores já consideravam implícita na idéia de proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito e no próprio postulado da dignidade da pessoa humana” (2004, *op. cit.*, p. 545)

<sup>83</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e Julgamento Antecipado**. Parte Incontroversa da Demanda. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.17.

<sup>84</sup> *Idem, ibidem*, p.17.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 9099/95, procurando implementar um Política Criminal voltada para a prevenção da criminalidade, estabeleceu no seu artigo 62 que: “O processo perante o juizado especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando sempre que possível, a reparação dos danos sofrido pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade [...] não se admite (todavia) o apego desmedido à sua tradicional função de garantia, sacrificando, desse modo, a exigência de se prestar uma justiça célere. Tudo se resume, pois, em introduzir, no seio do Processo Penal, mecanismos tendentes à obtenção da sua maior eficácia, depurando-o daquelas garantias cuja previsão seja desnecessária.”<sup>85</sup>

O procedimento restaurativo, que está longe de espelhar-se nas experiências da Lei 9099/95, todavia, possibilita maior celeridade na solução dos conflitos, eliminando, quando aceito pelos envolvidos, os morosos procedimentos judiciais e reduzindo, substancialmente, o número de processos que tanto preocupa o Poder Público, diante dos limites orçamentários e, muitas vezes, da deficitária estrutura de trabalho.

### 2.2.3 A efetividade do processo e o procedimento restaurativo

José dos Santos Bedaque observa que a tutela jurisdicional efetiva impõe a maior identidade possível entre o resultado do processo e o cumprimento espontâneo das regras do direito material. Assim, escreve o autor que o “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”<sup>86</sup>.

Não se pode imaginar, portanto, que é bastante para adquirir a almejada efetividade conferir celeridade aos procedimentos processuais. A necessidade de reduzir a demora é evidente, mas ela não pode acontecer em detrimento do mínimo de segurança. “Efetividade, celeridade e economia processual são importantíssimos princípios processuais relacionados diretamente com a promessa constitucional de acesso à Justiça”<sup>87</sup>. Entre eles deve haver, portanto, a maior compatibilidade possível, na busca de uma decisão efetiva.

Nesse sentido, a efetividade da decisão e o acesso à Justiça caminham juntos, uma vez que o acesso à Justiça não é apenas dar ao jurisdicionado a possibilidade de postular judicialmente, mas é também lhe conferir o resultado útil da sua postulação (ainda que negativo).

No âmbito penal, as “inquietações de muitos juristas, sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos”<sup>88</sup>, direciona-se ao abandono de uma estrutura formalista pautada em valores dos representantes do Estado, tais como juízes e promotores, buscando um acesso à Justiça que decorra da percepção do próprio jurisdicionado (comunidade, vítima e ofensor), estabelecido diante de padrões amplos fixados pelo Estado.

## 2.4 VANTAGENS DO PROCEDIMENTO RESTAURATIVO PARA O ACESSO À JUSTIÇA

O justo enquanto valor pode ser estabelecido pelas partes consensualmente. Caso não seja possível o consenso, uma terceira pessoa as substitui, buscando a justiça nos termos da lei e conforme o caso concreto. A autocomposição se coaduna com uma das acepções de justiça que estimula as próprias partes à adequada produção do consenso. Assim, o polissêmico conceito de justiça ganha mais uma definição passando a ser

<sup>85</sup> SANTANA, 2010, *op. cit.*, p.153-154.

<sup>86</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

<sup>87</sup> *Idem, ibidem*, p. 50.

<sup>88</sup> CAPPELLETTI, GARTH, *op. cit.* p. 8.

considerado também em função da satisfação das partes quanto ao resultado e ao procedimento que as conduziu a tanto<sup>89</sup>.

A justiça restaurativa é uma nova tendência sistêmica na qual as partes envolvidas em determinado crime conjuntamente decidem a melhor forma de lidar com os desdobramentos da ofensa e suas implicações futuras<sup>90</sup>.

O acesso à Justiça não pode ser considerado apenas quanto às disputas cíveis, mas também na esfera penal. Assim, o sistema penal não deve se transformar em um mecanismo de marginalização de hipossuficientes<sup>91</sup>.

Segundo Dworkin, coibir um homem é algo para o seu próprio bem e para o bem da coletividade. Mas é necessário analisar o comportamento desse homem. A solução do conflito "deve esforçar-se para julgar esse comportamento de acordo com o mesmo ponto de vista segundo o qual o seu autor julga a si mesmo, isto é, do ponto de vista de suas intenções, motivos e capacidades"<sup>92</sup>.

Obtempera Francisco Amado Ferreira que, nos dias de hoje, tanto o delinquente como a vítima do crime se ligam a uma concepção humanitária de prevenção e tratamento do crime. Se os interesses do agressor e da vítima não conflitam, existem todas as razões para compreender que os programas e instrumentos restaurativos devem ser estimulados. Tais instrumentos prefiguram-se como uma decorrência do direito de acesso à Justiça (absolutizada com maiúscula), com cobertura Constitucional<sup>93</sup>, o que se verifica, piamente na realidade brasileira.

Considerando tais perspectivas erige a necessidade de desenvolver instrumentos alternativos para a solução de conflitos, resposta da sociedade à deficitária estrutura estatal, mormente na esfera penal, em que invariavelmente a vítima não se sente acolhida pela decisão estatal, o ofensor não compreende o fato praticado e a exata necessidade e função da pena, persistindo na sociedade o medo, em detrimento do efetivo acesso à Justiça.

## CONCLUSÕES

Com o passar dos anos, os direitos fundamentais assumem um papel cada vez mais forte como corretivo para a atuação política do Estado. Nas diversas nações, vão surgindo de maneira gradual, havendo, todavia, uma irreversibilidade e irretroatividade dos direitos reconhecidos sucessivamente.

No contexto do surgimento dos direitos de segunda dimensão, ganha força o direito de acesso à Justiça, mormente a partir da necessidade de implementação de tal acesso por parte do Estado, sobretudo do ponto de vista material, ou seja, não de mero acesso ao Poder Judiciário, mas de produção judicial justa e adequada.

Do ponto de vista penal, a falência do sistema vigente demonstra a necessidade de reconstrução do paradigma imperante para viabilizar a solução de conflitos por meio de sistemas alternativos, como o proposto pela Justiça Restaurativa.

Tal compreensão enquadra-se na perspectiva do neoconstitucionalismo, fenômeno que "tem por fim o reconhecimento de uma Teoria da Constituição substanciada, ancorada, na previa ontologia cultural". O neoconstitucionalismo e o princípio da dignidade humana são expressões que se estabeleceram conjuntamente, na medida em que se entendeu ser o

<sup>89</sup> AZEVEDO, André Gomma de. O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. In SLAKMON, C., R. DE VITTO, e R. GOMES PINTO, org., 2005. **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, p 105.

<sup>90</sup> ASHFORD, Andrew. **Responsibilities, Rights and Restorative Justice**. British Journal of Criminology, n. 42, 2002, p.578.

<sup>91</sup> AGUADO, Paz M. de la Cuesta. **Un Derecho Penal en la frontera del caos**, Revista da FMU, n. 1, 1997.

<sup>92</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p.18.

<sup>93</sup> FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra Editora: 2006, p. 119.

homem a *ratio essendi* de um direito justo. A constitucionalidade passa a ser o centro de todo o sistema jurídico, reconhecendo-se a força normativa da Constituição.

A Justiça Restaurativa apresenta-se como uma nova dimensão dos direitos do homem a ser respeita desde agora e para as gerações futuras. Porém, diante da necessidade de imediata implementação dos direitos sociais, mormente, do acesso à Justiça, já traz resultados reais de sucesso, através da adaptação de procedimentos aborígenes antigos e de experiências procedimentais reanalisadas, como a mediação.

Pode-se dizer que o Estado deve oferecer para cada lide um instrumento processual adequado. A partir desta noção, é possível pensar o processo como instrumento. A ciência processual, hoje, deixou de ser um conjunto de princípios e regras, e assume um caráter instrumental, voltado aos fins a serem alcançados no processo.

O estudo do direito deve, portanto, partir do ordenamento constitucional. As previsões constitucionais conferem unidade ao sistema jurídico. A Constituição, além de ser uma garantia, é um limite para o exercício dos direitos. Vale dizer, os princípios constitucionais trazem coerência para a atuação do Estado.

O Direito Penal do Inimigo, como é denominado o modelo penal vigente no Brasil, é estruturado em regras de desumanização do cidadão ofensor. O ofensor é invariavelmente posto à margem da sociedade e eliminado do convívio social como penalização pelo ato cometido.

O sistema vigente apresenta falhas viscerais na medida em que desrespeita a Constituição Federal, subtraindo do agente criminoso a qualidade de ser humano, negando-lhe, portanto, as garantias e direitos fundamentais inerentes a essa qualidade.

Em contrapartida à desumanização imposta ao autor do fato criminoso, tem-se a ignorância à dor da vítima e à sua reestruturação. Em outras palavras, o sistema em apreço cuida de retribuir o agente criminoso pelo fato por ele cometido, desconsiderando o sentimento tanto do agente no que toca ao crime, quanto da vítima, já que não se preocupa com a sua recomposição ou restauração do equilíbrio da comunidade. Estabelece-se um círculo contínuo de dor e insatisfação da vítima, eliminação, descaso e exclusão do ofensor, a ponto de permitir a reincidência, já que o agente ativo não se conscientiza do dano por ele causado, possibilitando a recomposição, e a vítima não tem tratamento ou reparação para o sofrimento que lhe foi causado.

O procedimento restaurativo pretende viabilizar o verdadeiro acesso à Justiça, na medida em que possibilita o diálogo entre as partes envolvidas no conflito, ampliando as possibilidades de solução. A cidadania se sobreleva no procedimento, que permite ainda, a participação de membros das coletividades envolvidas, reduzindo as dificuldades trazidas pelos rituais jurídicos, muitas vezes estigmatizantes e dotados de diversos problemas de ordem estrutural.

No âmbito penal, as inquietações dos estudiosos direcionam-se ao abandono de uma estrutura formalista pautada em valores dos representantes do Estado, tais como juízes e promotores, buscando um acesso à Justiça que decorra da percepção do próprio jurisdicionado (comunidade, vítima e ofensor), estabelecido diante de padrões amplos fixados pelo Estado.

Considerando tais perspectivas erige a necessidade de desenvolver instrumentos alternativos para a solução de conflitos, resposta da sociedade à deficitária estrutura estatal, mormente na esfera penal, em que invariavelmente a vítima não se sente acolhida pela decisão estatal, o ofensor não compreende o fato praticado e a exata necessidade e função da pena, persistindo na sociedade o medo, em detrimento do efetivo acesso à Justiça.

## REFERÊNCIAS

- AGUADO, Paz M. de la Cuesta. **Un Derecho Penal en la frontera del caos**, Revista da FMU, n. 1, 1997.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

- ANDORNO, Roberto. **The paradoxical notion of human dignity**. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona09/9Andorno.htm>>. Acesso em: 03 mar 2013.
- ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 4ª Reimpressão, 19. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo, Malheiros, 2004
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso allá giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, nº. 37, 1982.
- \_\_\_\_\_. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão : Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CARNELLI, Lorenzo. **Tempo e direito**. Tradução de Érico Maciel. Rio de Janeiro: José Konfin Editor, 1960.
- COELHO, André. Crítica de Jürgen Habermas à teoria da “justiça como equidade” de John Rawls. In: **XIV Congresso Nacional do CONPEDI – Fortaleza. Anais**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/>> Acesso em: 10 jan 2010.).
- CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- DANTAS, Ivo. **Constituição & processo. Introdução ao direito processual constitucional**. v.1. Curitiba: Juruá, 2003.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos**. Coimbra: Coimbra Editora: 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Del Rey: Belo Horizonte, 2006.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris , 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e Julgamento Antecipado**. Parte Incontroversa da Demanda. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires , BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. **La Pretension Procesal y La Tutela Judicial Efectiva: Hacia una Teoría Procesal Del Derecho**. Barcelona: Bosch, 2004.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Curso de processo civil**. v. 1, 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Justiça Restaurativa: um novo olhar sobre as vítimas de delitos e a injustificável contraposição da vitmodogmática**. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI** realizado em Fortaleza-CE nos dias 09, 10, 11, 12 de junho de 2010. Disponível em: <[www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br)> Acesso em: 05 mai 2012.
- SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça e Responsabilidade Civil do Estado por sua denegação: Estudo Comparativo entre o Direito Brasileiro e o Direito Português**. Tese de Pós-doutorado. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2006, p. 26-27.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** v. 2. Campinas: Bookseller, 2001,p. 20.