

A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DO DIREITO PENAL: A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO O CAMINHO PARA ADEQUAR O DIREITO PENAL AO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE PLURALISTA

Alina Mourato Eleoterio

Advogada. Professora de Direito Penal na Faculdade Dois de Julho. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Ciências Criminais pelo Jus Podivm. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Resumo: A justiça restaurativa é um modelo alternativo de solução de conflitos penais, no qual vítima, o infrator e comunidade constroem, de forma consensual, a solução para o conflito nascido da prática de uma infração. Embora referido modelo seja fomentado pela Organização das Nações Unidas e já tenha sido implementado em vários países (inclusive no Brasil), ainda é alvo de muitas críticas. Estas se direcionam, sobretudo, à questão da legitimidade da vítima e do infrator para solucionar os conflitos penais, sob o argumento de que a natureza eminentemente pública do delito e das consequências dele decorrentes seriam inconciliáveis com essa nova proposta. Diante desta crítica, o presente artigo tem como objetivo principal demonstrar que a legitimidade da vítima, do infrator e da comunidade decorreria, principalmente, da necessidade de democratização do direito penal, do exercício do direito de cidadania, bem como do plexo de direitos fundamentais que lhe são garantidos constitucionalmente. Enfim, decorreria da premente necessidade de adequar o direito penal ao contexto de uma sociedade pluralista.

Palavras chaves: justiça restaurativa – democratização do direito penal – sociedade pluralista – direitos fundamentais.

1. Introdução

A justiça restaurativa é, antes de tudo, uma realidade. Vários países ao redor do globo, inclusive o Brasil, já adotaram algumas de suas práticas e o desenvolvimento destas tem demonstrado alguns resultados positivos. Por ser um movimento relativamente novo (ganhou expressão apenas na década de 90), padece de inúmeras deficiências, entre as quais, a inexistência de uma base teórica sólida. E, como naturalmente sói ocorrer com uma teoria ainda em construção, existem profundas divergências quanto às origens, conceitos, objeto e finalidades da justiça restaurativa.

Entretanto, há um inegável ponto de aproximação entre os seus adeptos: acreditam estar diante de um novo modelo que se contrapõe ao atual paradigma punitivo (o sistema de justiça criminal tradicional). E é este o ponto central que desperta o nosso interesse no estudo de tema tão atual, pois a busca por alternativas que superem um modelo (punitivo) que histo-

ricamente é seletivo, criminógeno e desumano, demonstra que talvez estejamos diante de um horizonte promissor.

A justiça restaurativa pretende superar as deficiências do sistema de justiça criminal tradicional através de uma mudança radical de perspectiva: o crime é percebido enquanto um conflito interpessoal que afeta as relações dos envolvidos e o enfoque recai, portanto, sobre as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta. Desse modo, acredita-se que a maneira mais efetiva de solucionar esse conflito é a aproximação dos seus protagonistas (vítima, ofensor e comunidade) por meio de um processo comunicativo, no qual a principal finalidade é a reparação dos danos decorrentes da prática de uma infração.

Trata-se de uma reconstrução do sistema de regulação social, onde o Estado reconhece que, em determinados casos, existem instâncias mais adequadas para a resolução de conflitos. No entanto, o Estado continuará presente e apto a intervir secundariamente em caso de ineficiência da justiça restaurativa, pois existe uma relação de complementaridade entre os dois modelos. Em suma, essa tensão entre o sistema punitivo e a justiça restaurativa é uma expressão do princípio da subsidiariedade, pois a aplicação de uma solução tão drástica como é a pena só se legitima quando inexistentes outras soluções mais adequadas para a conformação social.

Embora a adoção das práticas restaurativas seja fomentada pela Organização das Nações Unidas e já tenham sido implementadas em vários países, ainda é alvo de muitas críticas. Estas se direcionam, sobretudo, à questão da legitimidade da vítima e do infrator para solucionar os conflitos penais decorrentes da prática de um delito, sob o argumento de que a natureza eminentemente pública do delito e as consequências dele decorrentes seriam inconciliáveis com essa nova proposta. Em outros termos, acreditam os críticos que apenas os órgãos públicos estão legitimados a adotar soluções adequadas para o delito, ou seja, só os órgãos públicos são intérpretes legítimos do Direito Penal.

No presente artigo, pretendemos superar esta crítica demonstrando que a justiça restaurativa é o caminho para adequar o direito penal ao contexto de uma sociedade pluralista e democrática, adequação esta que só será alcançada caso a vítima, o infrator e a comunidade possuam um papel ativo na solução do conflito penal. Para tanto, tomaremos como referencial teórico as concepções de Peter Häberle. Embora as considerações do referido autor tenham sido direcionadas, mais especificamente, ao âmbito do Direito Constitucional, existem pontos de contato manifestos entre os dois temas, sobretudo porque convergem no sentido de propugnar a democratização do Direito, que é uno.

2. A questão da legitimação dos intérpretes em sentido amplo no Direito Constitucional

No livro intitulado “Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição”, Peter Häberle lançou fervorosas críticas à hermenêutica constitucional contemporânea. Esta, segundo o autor, continua vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”, na medida em que visualiza os órgãos estatais como os únicos legitimados para proceder à interpretação constitucional.¹

Partindo desse diagnóstico, Peter Häberle assinala como necessária uma releitura da hermenêutica constitucional a fim de adequá-la ao contexto de uma sociedade pluralista. Propõe, assim, um verdadeiro traslado “de uma sociedade fechada dos intérpretes da constituição

ENTRE ASPAS

para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta”.² A tônica recairia, sobretudo, no reconhecimento da necessidade de ampliação do círculo de intérpretes, de modo que também as potências públicas, os cidadãos e os grupos passariam a ser considerados legítimos intérpretes da Constituição.³

Sob essa nova perspectiva, o destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico. É necessário reconhecer, portanto, a existência de dois diferentes tipos de intérpretes da Constituição: os intérpretes em sentido estrito (a exemplo dos juízes) e os intérpretes em sentido amplo (ou seja, todo aquele que vivencia a norma constitucional, sejam as potências públicas, os cidadãos e/ou os grupos). Desse modo, é possível construir um processo de interpretação constitucional eminentemente pluralista e democrático, bem como proporcionar a “mediação específica entre Estado e sociedade”.⁴

No entanto, se por um lado, em relação aos intérpretes em sentido estrito a questão da legitimação não traz nenhuma celeuma doutrinária, pois decorre expressamente do texto Constitucional, situação mais problemática se refere à questão da legitimação dos intérpretes em sentido amplo. De fato, estes últimos não estão formalmente ou oficialmente nomeados para exercer a função de intérpretes constitucionais.

Contudo, Peter Häberle analisa essa problemática sob duas perspectivas distintas: (i) a legitimação sob o ponto de vista da teoria do direito, da teoria da norma e da teoria da interpretação e (ii) a legitimação sob o ponto de vista da Teoria da Democracia.

Sob o primeiro ponto de vista, o autor assinala que, se por um lado é verdade que “competências formais têm apenas aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento pré-estabelecido”, por outro lado, essa estrita correspondência entre vinculação à Constituição e legitimação para interpretar perde um pouco de sua expressão dentro do contexto da hermenêutica contemporânea. A interpretação é um processo aberto, que reconhece possibilidades e alternativas diversas e a referida “vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção”.⁵

Assim, a ampliação do círculo de intérpretes é apenas a consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação e os intérpretes em sentido amplo compõem, justamente, essa realidade pluralista. Em outros termos, se as disposições Constitucionais interferem sobremaneira na organização da Sociedade, então esta última também deve ser considerada como um intérprete ativo de referidas normas:

[...] Uma constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.⁶

No que se refere à legitimação sob o ponto de vista da Teoria da Democracia, o autor considera que, numa sociedade pluralista, a democracia não se caracteriza apenas pela delegação de poder do povo para os órgãos estatais. Ela se desenvolve também por meio do exercício do direito de cidadania e da influência nos espaços públicos e, especialmente, mediante a realização dos Direitos Fundamentais:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia

da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. **A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania** no sentido do art. 33 da Lei Fundamental. **Dessa forma, os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes.** Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público.⁷ (grifos nossos).

Observa-se, portanto, que a legitimidade do intérprete em sentido amplo decorreria, sobretudo, do exercício do direito de cidadania, bem como do plexo de direitos fundamentais que lhe são garantidos constitucionalmente. Haveria, a partir de então, uma tensão plural e democrática de co-intérpretes, com interesses, vivências e conhecimentos diferenciados e, não raro, antagônicos.

3. A sociedade aberta dos intérpretes no Direito Penal

Delineados os pontos essenciais da proposta de Peter Häberle, é chegado o momento de lançar o seguinte questionamento: é possível transportar as ideias do referido autor para o campo do Direito Penal? Enfim, é possível uma sociedade aberta de intérpretes também no Direito Penal?

Em certa medida, de forma lenta e gradual, essas ideias estão sendo colocadas em prática no Direito Penal, durante as últimas décadas. Isso tem sido possível, sobretudo, por meio do fomento da criação de formas alternativas de solução dos conflitos penais, dentre as quais se destaca a chamada Justiça Restaurativa.

De fato, a justiça Restaurativa constitui um modelo alternativo de solução de conflitos penais por meio do qual se pretende promover a aproximação dos verdadeiros protagonistas do conflito (a vítima, o infrator e a comunidade), a fim de que estes busquem soluções para os problemas decorrentes da prática de uma infração, tudo isso por meio de um processo comunicativo e voluntário.⁸ A flexibilização e informalidade, portanto, são marcas dos processos restaurativos.⁹

Nessa perspectiva, as partes envolvidas num conflito assumem “um papel ativo, um papel de redefinição dos problemas, de reafirmação da própria autonomia e poder”,¹⁰ pois estão inseridas num processo onde têm vez e voz e no qual suas individualidades, emoções, expectativas e interesses adquirem importância central.

Como facilmente se pode perceber, existe uma aproximação inegável entre a proposta de Peter Häberle e as premissas fundamentais que cercam a Justiça Restaurativa. Nesta se propõe, a exemplo da proposta de Häberle, que o destinatário da norma assumam um papel ativo na

ENTRE ASPAS

interpretação da norma penal. Vítima, infrator e comunidade são os intérpretes responsáveis por construir uma solução adequada para o conflito nascido da infração penal.

Essa solução é viabilizada por meio das chamadas práticas restaurativas e culminam em um acordo restaurativo. Existem diversos tipos de práticas restaurativas ao redor do mundo. No entanto, as mais utilizadas e difundidas atualmente são a mediação entre vítima e ofensor, as conferências de família (*conferencing*) e os círculos restaurativos ou círculos decisórios (*sentencing circles*).

A mediação entre vítima e ofensor consiste em todo processo no qual a vítima e o autor do crime podem, desde que o consentam livremente, participar ativamente na resolução dos problemas que surgem com a comissão do ilícito penal através do auxílio de um terceiro imparcial (o mediador).

Nas conferências de família (*conferencing*), além da vítima e do ofensor, participam desse programa os familiares e pessoas que lhes dão apoio (amigos, professores, assistentes sociais etc.).¹¹ O objetivo das conferências é envolver todas essas pessoas referidas a fim de discutirem os fatos importantes ligados à ocorrência do delito e deliberarem sobre o que pode ser feito para solucionar o conflito e reparar as consequências da infração.

Nos círculos restaurativos ou círculos decisórios (*sentencing circles*) há uma participação comunitária ainda mais ampla do que nas conferências familiares, uma vez que, além de reunir as vítimas e os infratores com suas famílias, também outros membros importantes da comunidade são chamados a intervir no processo. Além dos protagonistas e da comunidade também participam do círculo decisório os membros da justiça criminal: juízes, promotores, policiais e etc.¹²

Saliente-se que não existe uma uniformidade quanto aos procedimentos, sendo estes amoldados e adequados à realidade jurídica nacional. Assim, são variados os momentos de encaminhamento dos casos aos programas restaurativos, podendo ocorrer nas seguintes fases:

- (i) pré-acusação, com encaminhamento do caso pela polícia (por exemplo: Inglaterra e Japão);
- (ii) pré-acusação, com encaminhamento pelo juiz ou pelo Ministério Público, após recebimento da *notitia criminis* e da verificação de requisitos mínimos que, ausentes, impõem o arquivamento do caso e devem ser estabelecidos conforme as particularidades de cada ordenamento;
- (iii) pós-acusação e pré-instrução, com encaminhamento imediatamente após o oferecimento da denúncia;
- (iv) pré-sentença, encaminhamento pelo juiz, após encerramento da instrução, como forma de viabilizar a aplicação da pena alternativa na forma de reparação do dano, ressarcimento etc.;
- (v) pós-sentença, encaminhamento pelo tribunal, com a finalidade de inserir elementos restaurativos durante a fase de execução;¹³

Segundo Leonardo Sica, os dois últimos exemplos padecem de um grande problema: ocorre a sobreposição dos dois modelos (punitivo e restaurativo) e isso conduziria necessariamente ao *bis in idem* em relação ao ofensor.¹⁴ Para o referido autor, determinado caso deve ser solucionado ou pelas vias restaurativas ou pela via punitiva. Não sendo possível a utilização das primeiras, deve-se recorrer ao sistema tradicional. Concordamos com o referido autor por entendermos inadequado conciliar a ideia de pena com as práticas restaurativas.

Pois bem, das características delineadas até então, percebe-se que, na justiça restaurativa, as atenções são direcionadas para a reparação das consequências do delito. Saliente-se, contudo, que essa reparação não se confunde com aquela noção de recomposição patrimonial própria do Direito Civil. No âmbito penal, tem um sentido muito mais profundo: extrapola a ideia de reparação material, compreendendo a restauração dos laços sociais entre a vítima e o ofensor, entre a vítima e a comunidade, e entre o ofensor e a comunidade.¹⁵ Persegue-se, enfim, como finalidade última, a reparação do conflito nascido da infração.

Conforme assinalado alhures, não existe uma uniformidade na adoção dessas práticas, dependendo do contexto cultural e social de cada país. No entanto, foi elaborada, pelas Nações Unidas, a Resolução 2002/12, estabelecendo os princípios básicos norteadores da justiça restaurativa e de suas práticas. Estes princípios se tratam de regras flexíveis, a fim de possibilitar a adaptação do novo modelo aos diferentes contextos nacionais.¹⁶

Importante orientação é trazida no artigo 7º da referida Resolução, o qual estabelece a necessidade de existência de indícios suficientes de autoria e materialidade para que se envie o caso aos núcleos restaurativos. Estabelece, ainda, a necessidade do consentimento voluntário tanto da vítima quanto do ofensor.

Necessário ressaltar, ainda e por oportuno, que a justiça restaurativa não pretende substituir o sistema de justiça tradicional. Em verdade, eles não se tratam de modelos inconciliáveis. Ambos devem coexistir e complementar-se, “pois que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações-limite”.¹⁷

É justamente em razão da existência dessa relação de complementaridade que as práticas restaurativas impõem a todos os seus intervenientes a confidencialidade sobre o conteúdo dos contatos estabelecidos,¹⁸ pois, se o processo restaurativo não for exitoso, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal. Desse modo, a participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa, bem como as discussões travadas entre as partes não poderão constituir meios de prova, pois o insucesso da mediação não poderá influir no processo judicial ulterior (arts. 8º, 14 e 16 da Resolução 2002/12 das Nações Unidas).¹⁹

4. A questão da legitimidade dos intérpretes em sentido amplo no contexto do direito penal

Ponto extremamente problemático no estudo da justiça restaurativa é a questão da legitimidade da vítima, do infrator e da comunidade para a solução do conflito penal. Enfim, seriam eles legítimos intérpretes do Direito Penal? O tema divide opiniões.

Inicialmente analisaremos as opiniões dos autores que criticam a adoção de formas alternativas de solução dos conflitos penais. Posteriormente, empreenderemos esforços no sentido de superar as referidas críticas.

4.1. O momento das críticas: A justiça restaurativa como um retorno a um modelo pré-moderno de vingança privada

Os críticos da justiça restaurativa identificam esse modelo consensual como completamente inadequado ao campo do Direito Penal. Segundo Ferrajoli, a separação entre direito penal e civil representa um progresso histórico e científico, pois aquele nasce como negação

da vingança privada, substituindo a relação bilateral entre vítima e ofensor e estabelecendo garantias penais para este último. O direito penal, o processo penal e a pena representam, deste modo, uma garantia contra os castigos injustos, cruéis e desumanos aplicados em uma época onde preponderava a autotutela.²⁰ Assim, a presença do Estado passa a ser indispensável para instrumentalizar essas garantias.

Por essa concepção, portanto, a busca da reparação do dano por vias penais informais, onde a resolução do conflito seja realizada pelas próprias partes, representaria um retrocesso histórico, pois retomaria um modelo pré-moderno de vingança privada.

Entende-se, ainda, que a adoção da reparação do dano faria o direito penal distanciar-se da sua verdadeira função, pois este, enquanto “âmbito parcial do ordenamento jurídico, ocupa-se das pretensões penais estatais, das penas e das medidas de segurança relacionadas a ela”, enquanto “a indenização concerne à função pacificadora do Direito Civil”.²¹ Em outras palavras, o Direito Penal e Processual Penal estão ligados à defesa de interesses públicos enquanto ao Direito Civil caberia a tutela das pretensões privadas, como é o caso da reparação do dano.

Essa concepção está estreitamente ligada ao fato de, historicamente, proceder-se a uma completa cisão entre a noção de delito e ilícito civil, pois se considera que o primeiro “atinge interesses públicos, indisponíveis, e requer um castigo em resposta ao mal realizado, e o segundo diz respeito a interesses particulares, disponíveis, e demanda a reparação do dano causado.”²² Estabelece-se, portanto, a seguinte dicotomia: delito *versus* dano e pena *versus* reparação.

Salo de Carvalho adverte, inclusive, que o diferencial entre a ilicitude penal e a extrapenal radica na irreparabilidade do dano.²³ Nesse sentido, não se trata de negligenciar o interesse legítimo da vítima em buscar a reparação. No entanto, este interesse não pode ser viabilizado por meio do processo penal, pois o interesse público que advém da prática de um delito se sobrepõe aos interesses privados da vítima. Assim, a reparação do dano seria apenas uma consequência civil que se acrescenta à pena, não podendo ser considerada como uma consequência jurídico-penal autônoma do delito.²⁴

Por fim, segundo Aury Lopes Jr., inserir a reparação no processo penal significaria um verdadeiro desvirtuamento do mesmo, com o objetivo de transformá-lo “numa via mais cômoda, econômica e eficiente para obtenção de um ressarcimento financeiro”.²⁵

4.2. O momento da superação das críticas: a necessidade de adequar o direito penal ao contexto de uma sociedade pluralista

Inicialmente, é necessário salientar que a dicotomia historicamente estabelecida entre as noções de Direito Público e Direito Privado é amplamente criticada atualmente. Sabe-se que não se tratam de conceitos incomunicáveis, pois as fronteiras são incertas e, muitas vezes, há uma verdadeira sobreposição entre os espaços públicos e privados.²⁶

Ademais, essas fronteiras inegavelmente variam de acordo com a conjuntura histórica, política, econômica e social. E, nesse sentido, o advento do Estado Democrático de Direito, contribui sobremaneira para a diluição dessa histórica dicotomia:

A crise do Estado Social possibilita a construção – ainda em andamento – do Estado Democrático de Direito centrado na ideia de cidadania, compreendida numa dimensão procedimental enquanto participação ativa. Este Estado tenderia a destruir paulatinamente um paradigma, comum

aos dois modelos anteriores – o que fazia diluir o público no estatal – por meio do resgate da esfera privada e das pretensões de autonomia e liberdade. Se no paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, as esferas do público e do privado eram tratadas como opostas, no Estado Democrático de Direito passam a ser encaradas como complementares, equiprimordiais.²⁷

Essa constatação afeta, por óbvio, a distinção entre as noções de interesses públicos e interesses privados, pois estes também não se tratam de esferas estanques e incomunicáveis. Se o Direito é uno, naturalmente vão existir pontos de contato, de sobreposição e até interdependência entre esses conceitos. Em outras palavras: embora determinado fato ou relação social represente um interesse preponderantemente privado, inegavelmente poderão produzir reflexos na esfera do interesse público (e vice-versa).

No campo do Direito Penal, inegavelmente lidamos com interesses preponderantemente públicos. Isso não se questiona. No entanto, também é inquestionável que o delito atinge, de forma imediata, interesses particulares representados na figura da vítima. Ocorre que, a partir de uma construção histórica adotada até o presente momento, a vítima foi retirada do cenário penal e processual penal, sob o argumento de que o delito afeta interesses públicos, bem como para expungir da seara penal os desejos de “vingança privada”. Contudo, essa concepção dominante tem seus fundamentos questionados por alguns autores, a exemplo de Zaffaroni:

A intervenção do poder punitivo a pretexto de impor um talião limitativo se revela como uma construção idealista, que esgota os argumentos a fim de evitar a imoralidade intrínseca do modelo punitivo que coisifica as partes do conflito ao rebaixá-las a *sinais*. [grifos no original].²⁸

Ademais, há fortes indícios de que a retirada da vítima (bem como da reparação) do âmbito penal foi determinada por razões políticas e econômicas, e não necessariamente significaram um processo de evolução científica e histórica como costuma apregoar a doutrina majoritária.

Segundo Foucault, durante muitos séculos vivemos preponderantemente sobre o modelo de solução de conflitos entre as partes. No entanto, entre o início do século XII e no curso do século XIII, a Sociedade Feudal Europeia vivencia uma grande ameaça: a circulação dos bens, nessa época, é relativamente pouco assegurada pelo comércio. Nas sociedades Feudais passa a existir, então, uma dupla tendência: “Por um lado, há a concentração de armas em mãos dos mais poderosos, que tendem a impedir sua utilização pelos menos poderosos”; por outro lado e “simultaneamente, há as ações e os litígios judiciais, que eram uma maneira de fazer circular os bens”.²⁹

Por essa razão, os mais poderosos passaram a controlar, gradativamente, os litígios judiciais, “impedindo que eles se desenvolvessem espontaneamente entre os indivíduos”.³⁰ O surgimento do poder judiciário, ao menos com as matizes modernas que conhecemos, está intrinsecamente relacionado, portanto, com a necessidade de concentração de poder como forma de assegurar a circulação de bens e a acumulação de riquezas.

Essa guinada histórica acarretou mudanças radicais no panorama jurídico ocidental até então conhecido: (1) em primeiro lugar, houve uma modificação na noção de Justiça, pois, a

partir de então, os indivíduos passaram a não ter mais o direito de resolver os seus litígios, pois deveriam se submeter “a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e político”; (2) e, além disso, houve uma mudança emblemática, qual seja, ocorreu a *criação* de uma noção absolutamente nova: a infração.³¹ Segundo Foucault:

Uma noção absolutamente nova aparece: a infração. Enquanto o drama judiciário se desenrolava entre dois indivíduos, vítima e acusado, tratava-se apenas de dano que um indivíduo causava a outro. A questão era a de saber se houve dano, quem tinha razão. A partir do momento em que o soberano ou seu representante, o procurador, dizem “Também fui lesado pelo dano”, isto significa que o dano não é somente uma ofensa de um indivíduo a outro, mas também uma ofensa de um indivíduo ao Estado, ao soberano como representante do Estado; um ataque não ao indivíduo, mas à própria lei do Estado. **Assim, na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração. A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano. A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval.** Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação inter-individual dos litígios da Alta Idade Média [grifos nossos]³²

Percebe-se, portanto, que a neutralização do papel da vítima enquanto ator imediatamente interessado na solução penal é a linha divisória que marca a mudança dos modelos de reação ao conflito: passa-se de um modelo de solução entre as partes para um modelo de decisão vertical (punitivo).³³ Com isso, criou-se um sistema penal paradoxal no qual “ainda que não se possa falar de *delinquente* sem simultaneamente falar de vítima, o confisco da vítima despojou a pena de qualquer conteúdo reparador e limitou a reparação ao direito privado[...]³⁴

Pois bem, traçada essa breve trajetória histórica sobre o confisco do conflito, entendemos por necessário, nesse momento, realizar uma ponderação entre as concepções até então expostas. Embora a análise histórica realizada por Foucault apresente um fenomenal poder de desconstruir certezas e dogmas que nos acompanham durante toda a trajetória acadêmica, algumas observações se mostram necessárias.

Em primeiro lugar, ainda que o surgimento do judiciário e do direito penal esteja ligado, como parece ser verdade, à necessidade de concentração de poder como forma de assegurar a circulação de bens e a acumulação de riquezas, não se pode olvidar que os juristas têm se concentrado, paulatinamente, na busca por explicações racionais que legitimem o sistema penal.

E, nesse sentido, parece-nos adequada e condizente com o estado democrático de Direito, uma concepção orientada a entender que “a função do direito penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.”³⁵ Em outros termos: o Direito Penal é legítimo desde que tenha como função a pacificação social pautada na proteção subsidiária de bens jurídicos.

Tomando por base esse entendimento, jamais poderíamos desconsiderar a natureza de interesse público que envolve o delito. Se o direito penal protege de forma subsidiária apenas os bens jurídicos mais importantes para determinada sociedade, então não podemos entender esses interesses senão como preponderantemente públicos.

Entretanto, a extraordinária análise histórica realizada por Foucault demonstra também que a retirada da vítima e da reparação do processo penal não está ligada à razões puramente científicas, mas sim à razões políticas e econômicas. Portanto, sob esse aspecto, a concepção da qual é tributária a doutrina dominante nos parece uma construção extremamente artificial, arbitrária e desconectada da realidade. Vale dizer: o fato de lidarmos com interesses preponderantemente públicos no direito penal não significa, por si só, que interesses privados devam ser desconsiderados ou excluídos de plano.

Como, então, conciliar a natureza eminentemente pública do delito com os interesses privados que naturalmente são afetados pelo delito? Entendemos que essa resposta possa ser alcançada a partir da contribuição de Häberle. Ou seja, é possível atribuir um papel ativo à vítima, ofensor e comunidade, sem despojar o Estado de sua função. Enfim, os órgãos Estatais (Juiz, Promotor, etc.) seriam co-intérpretes do Direito Penal, mas não deteriam o monopólio da interpretação, devendo esta ser compartilhada com os personagens antes mencionados.

Ainda seguindo as lições de Peter Häberle, a Teoria da Democracia seria o alicerce teórico da legitimidade que rodeia a vítima, o infrator e a comunidade enquanto co-intérpretes do Direito Penal. A legitimidade desses intérpretes decorreria, sobretudo, do exercício do direito de cidadania, bem como do plexo de Direitos fundamentais que lhe são garantidos constitucionalmente. A realização de tais direitos perpassaria, portanto e necessariamente, pela assunção de uma postura ativa e participativa no contexto de interpretação da norma penal, tudo isso com o escopo de promover uma construção democrática do sentido da norma penal.

Como a norma não mais se confunde com enunciado normativo, o seu sentido e alcance são delimitados por meio de uma complexa e imbricada tarefa de interpretação que envolve, a partir de então, uma tensão plural e democrática de co-intérpretes, quais sejam, o juiz, o promotor, a vítima, o infrator e a comunidade. Enfim, essa solução se mostra extremamente necessária para adequar o direito penal ao contexto de uma sociedade que se pretende pluralista e democrática.

Ademais, aplicar as concepções de Peter Häberle ao Direito Penal é uma consequência lógica do Neoconstitucionalismo. Ora, se atualmente a Constituição ocupa o centro do sistema jurídico irradiando seus efeitos para os demais subsistemas, então, ser intérprete ativo do Direito Penal é, em última análise, ser intérprete ativo da Constituição e vice-versa (sobretudo no Brasil, onde a grande parte das garantias penais está inserida na Constituição Federal de 88).

5. Justiça Restaurativa: Violação dos direitos fundamentais ou razoável ponderação entre direitos fundamentais contrapostos?

A justiça restaurativa prevê um procedimento consensual informal que se realiza, normalmente, em um momento anterior à denúncia e, caso seja exitoso, afasta o processo e, portanto, a pena que dele decorreria em caso de condenação. Esse procedimento, no entanto, tem suscitado algumas críticas, sob o argumento de que o processo penal é o instrumento por meio do qual são garantidos os direitos fundamentais do acusado. Assim, na opinião dos

críticos, substituir o processo penal tradicional por um modelo consensual seria violar os direitos fundamentais decorrentes de princípios constitucionais como o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, princípio da inocência, etc.

A superação dessa crítica exige uma breve análise das características gerais dos direitos fundamentais. Pois bem, atualmente é corrente a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos, há naturalmente a possibilidade de restrição do seu alcance, segundo a balizada doutrina que trata do tema.³⁶ Em verdade, há uma restrição recíproca entre os princípios constitucionais e a análise da prevalência de um sempre depende da análise do caso concreto. Isso porque, os princípios não são mandamentos definitivos, mas sim *prima facie*, ou seja, devem ser aplicados na medida do possível.

Diante dessas características peculiares, existindo uma colisão entre princípios, a solução será buscada por meio da técnica de ponderação. A ponderação se dirige à análise do caso concreto, pois é este que vai determinar qual princípio prevalecerá em relação ao outro, ou seja, qual o princípio tem maior peso na situação concreta analisada (dimensão de peso dos princípios).³⁷ Justamente por isso, não se pode dizer que um direito fundamental tem caráter absoluto, pois, a depender do caso concreto, ora prevalecerá sobre um direito fundamental contraposto, ora irá ceder em favor deste.

Dito isto, cabe assinalar que os direitos fundamentais pautados em princípios constitucionais como o devido processo legal, ampla defesa, princípio da inocência etc., não têm caráter absoluto. A prevalência desses princípios depende de uma ponderação entre valores contrapostos e, a partir da ponderação, constata-se quais dos grupos de princípios contrapostos prevalece.

Pois bem, esses valores têm prevalecido no âmbito do direito penal e processual penal tradicionais porque lidamos com a mais drástica intervenção estatal: a pena. Em outros termos, até então a ponderação que está sendo levada a cabo no direito penal e processo penal tradicionais é no seguinte sentido: permitir que a vítima e o infrator decidam livremente qual a pena que será aplicada a este último *versus* atribuir ao Estado o monopólio do direito de aplicar uma pena limitada por rígidas garantias constitucionais?

Sem dúvida, dentro desse quadro exposto, a segunda opção é a melhor. E é a que vem sendo adotada pela doutrina dominante: ou seja, a aplicação de uma pena necessariamente deve ser antecedida da comprovação da culpa do infrator, desde que essa comprovação tenha sido realizada por meio de um processo legal devido, no qual foi respeitado o princípio da inocência, bem como que tenha sido garantida a ampla defesa ao acusado etc.

No entanto, questão completamente distinta se põe com o advento da justiça restaurativa, pois agora nos perguntamos: E se a pena não fosse uma realidade necessária afinal? Enfim, e se pudéssemos abrir mão da pena? Poderíamos falar então numa relativização dessas garantias constitucionais penais ou, em outros termos, poderíamos considerar que elas passariam a ter uma menor dimensão de peso no contexto da solução de determinados conflitos penais? Acreditamos que sim.

Em certa medida, é isso que a justiça restaurativa propõe. Estamos diante de uma nova ponderação: Garantir a prevalência das garantias penais constitucionais e assumir o risco da imposição de uma pena *versus* afastar a possibilidade da imposição de uma pena, relativizando a dimensão de peso de tais garantias e fazendo com que a autonomia das partes para solucionar o conflito prevaleça sobre aquelas? Esta última, como parece óbvio, é a opção dos adeptos da justiça restaurativa. Aliás, uma opção tributária de uma razoável ponderação entre direitos fundamentais contrapostos.

6. Limites do modelo restaurativo

Embora seja inegável a importância desse novo modelo de solução de conflitos, a prudência recomenda que sejam respeitados certos limites. O primeiro deles se refere à gravidade do delito. Na nossa opinião, o modelo consensual deveria ser utilizado apenas para os crimes de pequena ou média gravidade. Apesar das deficiências inegáveis do sistema criminal tradicional, a solução mais adequada para os crimes mais graves continua sendo, de fato, a pena. O modelo consensual ainda não é capaz de substituir a pena em qualquer situação.

O segundo limite se refere à natureza dos bens jurídicos afetados. A justiça restaurativa está manifestamente limitada ao contexto dos crimes que lesam bens jurídicos individuais. Em outros termos, é necessária a afetação de vítima determinada para se falar em modelo consensual de solução de conflitos. Ademais, os crimes que violam bens jurídicos supraindividuais, na nossa opinião, são os delitos mais graves do nosso ordenamento jurídico. Desse modo, esse tipo de delito já resta excluído do âmbito de aplicação da justiça restaurativa em razão do primeiro critério de limitação exposto acima.

Ainda no sentido de impor limites ao modelo consensual, vítima e ofensor não podem ter um poder deliberativo ilimitado. O acordo por eles construído deverá, necessariamente, passar pelo crivo Estatal, representado pelas figuras do Promotor e do Juiz. Estes últimos deverão se certificar se o acordo restaurativo é proporcional e razoável, ou seja, se há uma relação de correspondência entre os encargos assumidos pelo ofensor e a gravidade e consequências do delito.

Promotor e Juiz serão, ainda, os responsáveis por verificar se tais acordos respeitaram, na medida do possível, os princípios penais e constitucionais. E por fim, a solução construída pelas partes jamais poderá comportar uma medida mais severa que a prescrita em lei, o que, aliás, também é uma decorrência lógica do princípio da proporcionalidade.

Enfim, numa alusão à Peter Häberle, a necessidade de controle Estatal dos acordos construídos pelas partes decorre da condição de co-intérpretes do Juiz e do Promotor. Se é verdade que as partes devem exercer um papel ativo na interpretação do Direito Penal, também é verdade que não podem monopolizar o processo hermenêutico.

7. Conclusão: A verdade do “homem de toga” e a verdade do “homem do povo”

Estamos vivenciando, um tanto quanto atordoados, uma mudança paradigmática da ciência moderna para a ciência pós-moderna. Essa mudança foi marcada, sobretudo, pela desconstrução das certezas e verdades absolutas que eram próprias do paradigma Newtoniano da Ciência Moderna. Autores como Habermas³⁸, Heidegger, Nietzsche, entre outros, questionaram a existência da “verdade” e acabaram por nos conduzir a um período de incertezas e inseguranças que chamamos de Pós-Modernismo.

No entanto, essa insegurança é fruto de uma inegável evolução do ser humano: assumimos o risco de reconhecer que o mundo, a realidade e o homem são complexos e, então, percebemos que, na realidade, a Ciência Moderna nos trazia segurança por meio de um mero engodo: a redução da complexidade do Ser enclausurando-o em um Dever-Ser fictício.

Segundo Boaventura, para lidar com essa insegurança típica do pós-modernismo é necessário uma boa dose de prudência, pois “a prudência é a insegurança assumida e controlada”.³⁹ E com a devida prudência, a Ciência pós-moderna tem reconhecido que a busca da “verdade” necessita do diálogo com outras formas de conhecimento. E, “a mais importante

ENTRE ASPAS

de todas é o conhecimento do senso comum, o conhecimento vulgar e prático com que no quotidiano orientamos as nossas ações e damos sentido à nossa vida”.⁴⁰

Portanto, os “homens da ciência” desistiram de tentar monopolizar o dom de desvelar a “verdade” e decidiram construí-la junto com os “homens do povo”. Atualmente, contentamo-nos com verdades possíveis, verdades razoáveis e verdades aceitáveis. Enfim, com verdades no plural.

No nosso mundo jurídico, no entanto, o direito penal tem se mostrado impenetrável ao fato de que a noção de verdade absoluta não existe. Quando a doutrina dominante apregoa que apenas o processo penal tradicional é um instrumento adequado e apenas o juiz é legítimo intérprete do direito penal, afirma, por vias transversas, que o juiz monopoliza a verdade. A justiça restaurativa propõe uma releitura prudente dessa moldura, na medida em que entende possível um diálogo das verdades no plural: a verdade do homem de toga e a verdade do homem do povo.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Colección El Derecho e la justicia. Dirigido por Elias Diaz. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMADO FERREIRA, Francisco. *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Público x Direito Privado*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205503372174218181901.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2.ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 103.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Salo. WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos Sobre A Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Teoria Agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo*. In: CARVALHO, Salo de. (coord.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, 2.ed.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed., Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

A REVISTA DA UNICORP

- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. ZOMER, Ana P., CHOUKR, Fauzi H., TAVARES, Juarez, GOMES, Luiz F. (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LEITE, André Lamas. *A Mediação Penal de Adulto: Um novo paradigma de justiça?. Análise crítica da Lei nº 21/2007, de 12 de junho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- OXHORN, Philip. SLAKMON, Catherine. *Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 203-204.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PITA, Flávia Almeida. “Acesso à justiça” versus “opacidade do direito”: uma luta inglória?
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. CALLEGARI, André Luis. (trad.). 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SHEARING, Clifford, FROESTAD, Jean. *Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.
- SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4ª Ed., São Paulo: Cortez Editora, 2006.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

Notas

1. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 12.
2. *Idem*, p. 13.
3. Segundo Haberle: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão

potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição.” (*Idem*, p. 13)

4. *Idem*, p. 14-18.

5. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional... Op. Cit.*, p. 30.

6. *Idem.*, p. 33.

7. *Idem.*, p. 37.

8. Essa aproximação da vítima com o ofensor pode favorecer, ainda, a desconstrução do estereótipo de criminoso enquanto um ser “não-humano” pois o diálogo horizontal é capaz de fazer com que a vítima visualize no outro (ofensor) semelhanças com ela mesma e, enfim, possa arrefecer mentalmente a lógica maniqueísta de bem (vítima) e mal (ofensor). Porque, segundo Vera Andrade a construção desse estereótipo também é um processo mental: “os estereótipos (...) são construções mentais, parcialmente inconscientes que, nas representações coletivas ou individuais, ligam determinados fenômenos entre si e orientam as pessoas na sua atividade cotidiana (...)”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A Ilusão da Segurança Jurídica*. p. 269.)

9. PALLAMOLLA, *Op. Cit.*, p. 94.

10. O processo de empoderamento significa que vítima e ofensor assumem um papel ativo (ganham poder) na resolução do conflito, diferente do que ocorre na justiça tradicional em que a posição de ambos é de passividade. (OXHORN, Philip. SLAKMON, Catherine. *Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 203-204.

11. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 118.

12. SHEARING, Clifford, FROESTAD, Jean. *Prática da Justiça - O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos... Op. Cit.*, p. 84

13. SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.29-30.

14. SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 30.

15. SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 152.

16. SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 148-151.

17. SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 34.

18. AMADO FERREIRA, Francisco. *Justiça Restaurativa: natureza, finalidades e instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 37.

19. LEITE, André Lamas. *A Mediação Penal de Adulto: Um novo paradigma de justiça?*. Análise crítica da Lei nº 21/2007, de 12 de junho. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 120-121.

20. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. ZOMER, Ana P., CHOUKR, Fauzi H., TAVARES, Juarez, GOMES, Luiz F. (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 267-271.

21. SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.182.

22. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, pp. 166-167.

23. CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*, 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 122.

24. “o processo penal, revestido de instrumentalidade garantista, direciona-se à defesa do imputado/réu contra os poderes públicos desregulados, e não da vítima” (CARVALHO, Salo de. *Teoria Agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo*. In: CARVALHO, Salo de. (coord.). *Crítica à Execução Penal*.

A REVISTA DA UNICORP

Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, 2.ed., p. 15).

25. CARVALHO, Salo. WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre A Justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.101.

26. A distinção entre Direito público e direito privado remonta ao direito romano clássico, que atribuía ao primeiro as coisas do Estado e ao segundo, os interesses individuais. Essa divisão jamais significou quebra da unidade sistemática do Direito, tampouco a criação de dois domínios apartados e incomunicáveis. Formulada há muitos séculos, tem resistido às alterações profundas vividas pelo Estado, pela Sociedade e pelo próprio Direito. Convém revisar brevemente o tema, como antecedente para a discussão teórica que tem mobilizado mais recentemente o pensamento jurídico na quadra atual, referente às superposições entre *espaço* público e *espaço* privado. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

27. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Público x Direito Privado*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205503372174218181901.pdf>. Acesso em: 28 de novembro de 2010, p. 08/24

28. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed., Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 384-385.

29. *Ib. Idem*.

30. *Idem*, p. 64.

31. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed., Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, pp.65-66.

32. *Ib. Idem*.

33. ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 384. Em outra passagem, Zaffaroni acrescenta, ainda, que: “Quando o conflito deixou de ser uma lesão contra a vítima e passou a significar delito contra o soberano, isto é, quando sua essência de lesão a um ser humano converteu-se em ofensa ao senhor, desvinculou-se da própria lesão e foi-se subjetivando como *inimizade* contra o soberano. A investigação da lesão ao próximo foi perdendo sentido, porque não se procurava sua reparação, mas sim a neutralização do inimigo do monarca”(pp. 392-393).

34. *Idem*, p. 102.

35. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. CALLEGARI, André Luis. (trad.). 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16.

36. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Colección El Derecho e la justicia. Dirigido por Elias Diaz. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 272.

37. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Colección El Derecho e la justicia. Dirigido por Elias Diaz. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

38. Para Habermas, por exemplo, a validade ou a verdade está baseada num consenso dependente da intersubjetividade inerente à formação do conhecimento. A verdade, nesse sentido, não tem caráter absoluto, mas sim está restrita a um contexto histórico, social, político, econômico e etc, já que parte da base da comunicação e consenso. (HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1982. p. 67-73).

39. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4ª Ed., São Paulo: Cortez Editora, 2006, p. 91.

40. *Idem*, p. 88.