

A Justiça Restaurativa como via de legitimação da punição estatal e redução de seus paradoxos sob ótica de Teoria da Argumentação

SELMA SANTANA * & RAFAEL CRUZ BANDEIRA **

Sumário: 1. Introdução; 2. Justiça Restaurativa; 3. Busca da congruência no discurso punitivo estatal; 4. Efetivação dos Direitos Fundamentais pela via da Justiça Restaurativa e caráter argumentativo do Direito; 5. Discurso jurídico e Justiça Restaurativa. A legitimidade do Acordo Argumentado; 5.1 Justiça Restaurativa: o exemplo a ser seguido do acordo através do discurso jurídico e da argumentação; 6. Considerações finais; Referências.

Resumo: Um dos principais problemas do Direito Penal, decorrente de seus efeitos práticos e criminológicos, é sua crise de legitimidade. A teoria da argumentação, por sua vez, figura como legitimadora do Direito, quer seja no campo das normas ou da decisão. Assim, pela via discursiva, argumenta-se racionalmente para chegar a uma solução igualmente racional, com pretensão de verdade. Destarte, visando solucionar conflitos e minimizar essa crise de legitimidade do Direito Penal com tentativa de acordo pela via argumentativa entre as partes, a Justiça Restaurativa vem angariando

JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, pp. 133-166. ISSN: 2182-6900.

* Doutora e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Professora Adjunta de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e Membro do Ministério Público Militar da União. E-mail: selmadesantana@gmail.com

** Analista de Processo Legislativo do Senado Federal. Bacharel em Direito pela UFBA. Pós-graduado em Direito Público. Mestrando em Direito Público na Faculdade de Direito da UFBA (Linha: Discurso Jurídico e manipulação ideológica da produção do direito estatal). Currículo disponível em: <http://lattes.cnpq.br/1451053322602510>. E-mail: rcband@hotmail.com

relevância doutrinária e prática como solução tópica de atuação do Estado em seara penal, com pretensão de ser sistematicamente incorporada por uma política criminal, ainda insipiente no Brasil. Tal forma de solução dos conflitos utiliza de tentativa de acordo, por via argumentativo-discursiva, para influir em controvérsia tipicamente penal. De sorte que, no Direito Penal, se adaptam e se complementam o discurso punitivo estatal com o uso da Justiça Restaurativa e soluções consensuais argumentadas.

Palavras-Chave: Justiça Restaurativa; Punição; Argumentação; Discurso jurídico.

Abstract: One of the main problems of criminal law, due to its practical effects and criminology, is a crisis of legitimacy. The theory of argumentation, in turn, appears as legitimating the law, whether in the field of rules whether in the decision. Thus, through discourse, it is argued rationally to reach a rational solution also with truth claim. In this way, in order to resolve conflicts and minimize the crisis of legitimacy of the Penal Law with attempt at an agreement through the path of argumentation between the parties, Restorative Justice is raising doctrinal and practical relevance as topical solution performance of the State in criminal harvest, with pretense of being systematically incorporated by a political criminal, still incipient in Brazil. This form of conflict resolution utilizes attempt of a agreement, through argumentation and discourse, to influence a typically criminal controversy. So that, in criminal law, state punitive discourse with the use of Restorative Justice and argueded consensual solutions adapt and complement each other.

Key-words: Restorative Justice; Punishment; Argumentation; Legal discourse.

1. Introdução

O sistema penal, como o Direito Penal, está em crise de legitimidade anunciada há bastante tempo,¹ fato conhecido pela própria Criminologia como ciência criminal mais crítica porque mais próxima da aplicação punitiva e penal.

¹ Neste sentido: SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997; BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008; HULSMAN, Louk e outros. *Conversações abolicionistas. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, vol IV; RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995; FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001; SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; SANTANA, Selma Pereira de. “A Tensão

Os problemas ocasionados pelo sistema penal são tais a ponto de levar balizada doutrina a uma discussão sobre a sua viabilidade,² isto sem haver inclinação majoritária a uma solução de continuidade do Direito Penal, haja vista possíveis consequências sociais ainda piores do que o quadro atual, ocasionando, assim, em que pese a crise, uma tendência à ampliação de seu domínio pelos reclamos de maior segurança, o que vem acompanhado de formas gradativas e mistas de sua aplicação, como direito penal de duas velocidades com Silva Sánchez ou, conforme Hassemer, direito de intervenção, de características sancionadoras.³ Outro não é o sentido das contraordenações e da mediação e Justiça Restaurativa, como formas de atenuação da crise de legitimidade penal sem abrir mão de atuação do Estado em caso de dano social de menor monta.

O discurso estatal da punição no Direito Penal diverge da realidade da sua aplicação e dos meios empregados para sua consecução. Faltam instrumentos alternativos e flexíveis a serem postos a serviço da sanção estatal para consecução de seu fim de direcionamento social de forma a evitar condutas danosas à sociedade. A realidade das sanções penais é contraditória ao próprio fim de retribuição, prevenção geral e específica, bem como dos fundamentos da sanção.

Após o retorno do pensamento tópico-retórico e, conseqüentemente, da argumentação no Direito com Viehweg e Perelman, observou-se crescimento de estudos relacionados à argumentação jurídica e ao discurso jurídico. Tal fato deu-se motivadamente, uma vez que a legislação pura e simples não pode responder a questões de aplicação do Direito, subentende interpretação dos fatos, da lei e da interação destes dois, questões de princípios e de justiça, interações sociais, entre outros. Mesmo em nossa tradição de legislação escrita, a *civil law*, os argumentos têm papel central na solução formal de conflitos no Direito.

Já que o objetivo da argumentação é o convencimento e persuasão do auditório,⁴ ou seja, a adesão pessoal às ideias propostas e agir conforme elas, uma solução de con-

Dialética entre os Ideais de “Garantia”, “Eficiência” e “Funcionalidade”, in Gamil Föpel (org.), *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001; TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade : manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídica-constitucional*. Coimbra: Coimbra Almedina, 2000.

² Vide teorias abolicionistas.

³ YACOBUCCI, Guillermo Jorge. “Los Desafios del Nuevo Derecho Penal”, in Gamil Föpel (org.), *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴ PERELMAN, Chaim *Tratado da Argumentação (A Nova Retórica)*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

flito que leve as partes argumentantes ao consenso livre de qualquer coação é realização do Direito com pacificação social.

No campo do Direito Penal, o discurso jurídico está mais restrito pelo princípio da legalidade e princípios de proteção ao ser humano do alvedrio punitivo do Estado. O que não inviabiliza de nenhum modo a interferência das partes na resolução do conflito, o caráter argumentativo, a aplicação e sopesamento de princípios e a interpretação, assim como contextualização social. Ao inverso, essas características são potencializadas para uma busca de justiça, ou seja, da melhor solução aplicável ao caso.

A atuação legislativa, executiva e judicial, no contexto da legalidade mais incisiva no sistema penal é também ponto chave para a adequação da punição estatal a seus fins e fundamentos.

2. Justiça Restaurativa

A Justiça Restaurativa funciona como instância despenalizadora ou de atenuação da sanção, quando, existindo acordo e seu cumprimento, a aplicação daquela é afastada ou minorada, conforme uma de suas propostas no Projeto Alternativo de Reparação (Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung [Ae-Wgm]) alemão.

As formas e modelos de Justiça Restaurativa são variados e sua utilização majoritária faz-se em situações cuja reparação consiste em reação primeira face ao delito. No entanto, minoritariamente, pode-se vislumbrar aplicação em crimes mais graves com consequência de atenuação da pena.⁵

É utilizada a mediação como meio de facilitar, reger ou estimular o acordo entre autor e vítima. A disposição para realizar restauração chega a 80% dos casos, e depois dessa verificação de disposição de realizar-se acordo é que se passa ao encontro pessoal, cujo objetivo é ultrapassar a situação de conflito e chegar a consenso argumentado pelas partes quanto à restauração, que pode ser material ou imaterial, como compensação pelos danos ou trabalhos de utilidade pública e pedidos de desculpa.⁶

Trata-se de solução pensada topicamente, a partir de problemas reais severos que atingem âmbito penal (estigmatização, reincidência, seletividade penal, formalismo

⁵ SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 118.

⁶ SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 119.

excessivo, legalidade processual estrita,⁷ criminalização secundária, custos a direitos fundamentais, custos econômicos) e também a partir da realização dos princípios de Direito Penal de intervenção mínima e subsidiariedade, além de fortes considerações sobre direitos fundamentais.

Entendemos com a melhor doutrina a compatibilidade das soluções tópicas com as sistêmicas.⁸ A uma porque o sistema é composto por unidades ligadas a outras, em que pesem as características próprias, a duas, pois toda unidade tópica de resolução dos problemas deverá integrar-se no sistema, e com ele ser compatível. Adiciona Mendonça,⁹ que por ser o Direito um sistema aberto ele busca soluções de acordo com problemas surgidos.

As formas de raciocínio tópico são métodos de solução de conflitos, de proposição de soluções para problemas postos, não uma fonte de conhecimento real, mas procedimento de se chegar a ele. Não se excluem o pensamento tópico e sistemático, ao invés se complementam.¹⁰

Neste passo, subentende-se que incompatibilidades de novos institutos com ordenamento jurídico serão excluídas ou interpretadas conforme o nosso sistema legal. Tal discussão remete à questão importante do âmbito de aplicação da Justiça Restaurativa e seus limites materiais, não sendo objeto de nossas preocupações no presente trabalho. Por outro lado, percebemos claramente a presença do Estado e do Direito no acompanhamento e resposta a determinados tipos de infrações penais resolvidos por meio de restauração.

Isto porque, é irrecusável o modelo de Justiça Restaurativa como opção de política criminal que desenha a atuação de prepostos do Estado e o âmbito de aplicação daquela. Não se afastando da resolução de questões ou remetendo a uma justiça privada, mas fortalecendo a presença do Direito, mais próximo do ideal, através da

⁷ FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 91: “À guisa de premissa, convém esclarecer que na sua manifestação processual o princípio da legalidade comporta ao menos duas expressões: exclusão de qualquer discricionariedade no exercício da ação penal, como a consequente obrigação do ministério público promover a ação penal também no caso de provável não fundamento da *notitia criminis*”

⁸ FREITAS, Juez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.

⁹ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 243-250.

¹⁰ FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 22. Bem como: MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Visão sistêmica não é incompatível com procedimentos de caráter tópico, o autor admite aplicação da tópica no direito, mesmo havendo a Idade Moderna pretendido suprimi-la: “e nem se diga que falar de um sistema jurídico aberto é algo diferente de admitir a aplicação tópica ao direito”, p. 274.

ação das partes e dando-lhes certa autonomia e participação na questão criminal que lhes tocou.

O Direito, ao contrário de ser afastado, é reafirmado. A sua aceitação como legítimo¹¹ e justo virá dos próprios litigantes, se assim acordarem. O efeito perverso de falta de reconhecimento¹² e rejeição de normas é afastado no caso de acordo, e este é um primeiro efeito positivo, a inexistência de rejeição ao Direito.

A necessidade da presença física, negociação dos meios e formas de restauração, a restauração em si, e a possibilidade de reversão de um procedimento mais informal, horizontal e por meio consensual em procedimento penal ordinário já são formas de sanção, ou seja, preceitos normativos que delinham ônus e, para vítima, eventualmente, um bônus: a reparação.

Pelo viés negativo, dá-se a sanção quando o autor comparecer em determinado local e hora para conversar, argumentar e negociar, além de efetivar os termos do acordo, tudo sob o risco de instauração ou retorno ao processo penal. Pelo viés positivo, dá-se uma sanção premial (sanção-positiva), quando aquele possível réu encontra estímulo do Estado a realizar um acordo e livrar-se de uma consequência mais gravosa e penosa, uma ação penal.

Destarte, leva-se a crer que, bem utilizado, o acordo restaurativo carrega propriedades de prevenção geral e especial, mais acentuadamente a prevenção positiva.

Seja ela prevenção geral positiva, uma vez que demonstra à sociedade o andamento da resolução de questões, e não seu abandono à própria sorte, o que aconteceria em

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 2003, p. 54. Em Habermas percebe-se a necessidade da comunicação no processo normativo, especialmente o sancionatório, estabelecimento de diálogo e relativo consenso, tema especialmente desenvolvido por Habermas. Para ele, o Direito como legalidade estrita induz à: “expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas”.

¹² Neste sentido: FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 67-68: “No entanto, embora a relação de autoridade deva manter-se de modo contrafático, isto é, subsiste ainda que o endereçado não queira ou não possa adaptar-se, esta posição não pode manter-se de modo obstinado, no sentido de que o editor veja apenas e sempre o seu lado da relação. A autoridade tem, assim, de ser implementada, tanto no sentido de que possa ser compreendida, o que implica argumentação e discussão, como também fortalecida, o que implica argumentos reforçados. A expectativa da autoridade subsiste em cada caso, mas não nos permite esperar genericamente de modo contrafático. Isto nos levaria a um rompimento da comunicação. Por isso tem de haver, na comunicação normativa, instrumentos discursivos capazes de tornar o comportamento desiludidor que, como fato, é incontestável, em algo compreensível e integrado na situação.”

casos de pequena e média gravidade sem apuração (cifras negras¹³) ou apuração somente contra pessoas das classes menos abastadas da sociedade (seletividade); seja a prevenção especial positiva, ao possibilitarmos, no caso concreto, uma aplicação de acordo e um atuar positivo do autor do fato em relação à vítima, quando o afastamento da ação penal comum e de seus efeitos toma forma de sanção-positiva.

Também com viés de prevenção especial positiva podemos citar a incoerência da estigmatização decorrente de prisão ou de pecha de réu e perda de antecedentes criminais, o estudado efeito de diminuição da reincidência,¹⁴ a satisfação com o resultado da resolução do conflito (França: 62,6 % de satisfação em relação ao conflito; Nova Zelândia: satisfação de 83 a 90% da resolução do conflito pelas vítimas),¹⁵ e o acatamento da oportunidade de não-ingresso no sistema penal como oportunidade integradora do autor aos valores estatais e desvalor de conduta proibida na prática com reflexos na vítima.

Neste passo, podemos somar agora um efeito de reconhecimento e integração ao ordenamento, além daquela inexistência de rejeição (não-aceitação) da norma, ao utilizar-se de método dialogado para evitar consequência tida como prejudicial a um dos sujeitos, ou até a ambos (autor/vítima). Assim, a própria vítima pode ter interesse em chegar a acordo, pois pode não querer prolongar o conflito, mas resolvê-lo pacífica e consensualmente, sem disputas judiciais, garantindo termos pactuados mais interessantes do que num processo penal comum. De sorte que esse efeito positivo de solução da controvérsia poderá valer a todos os envolvidos.

Importa ressaltar a adequação de uma Justiça Restaurativa com a vertente importante dos fundamentos e finalidades das penas¹⁶ (para Jakobs: conteúdo e missão da punição estatal). De modo que, na vanguarda das teorias penais está a posição que consi-

¹³ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Inovações penais. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA, Salvador, v.2, n.2, p.77-86, jul./dez. 1997, p. 79: “O argumento mais atraente sem dúvida do abolicionismo reside na ênfase a outros modelos de solução de conflitos, onde a vítima e os interessados diretamente na situação problema possam encaminhá-la mais livremente. Este argumento resulta sobretudo do fato de que a cifra negra da criminalidade, aquela que não chega a ativar o sistema criminal, é estatisticamente a regra e está sendo encaminhada de outros modos, sem serem apropriados por terceiros – agências estatais – que, afinal, ditam a sentença que impõe a condenação”.

¹⁴ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, à p. 140: informa diminuição da reincidência na Inglaterra; nas p. 145-148: Austrália: queda de 38% de reincidência de jovens em crimes violentos após justiça restaurativa; e em diversos estudos mostrando aumento de satisfação e queda de reincidência a depender do modelo utilizado.

¹⁵ Ibidem, p. 92: França; p. 141: Nova Zelândia.

¹⁶ Neste sentido Dias e Roxin. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.

dera a prevenção como o único fim legítimo da punição estatal no Estado Democrático de Direito contemporâneo, de forma a adotar a teoria unificadora preventiva¹⁷ ou, no dizer de Figueiredo Dias, teoria mista de prevenção integral.¹⁸ Jakobs parece defender prevenção geral positiva exclusivamente, no entanto, deixa antever posição que também utiliza de prevenção especial.¹⁹

Por outro lado, ainda temos campo de aplicação e de efeitos de acordo restaurativo bastante amplo e similar à classificação das normas que prevêm sanções.

Visualizamos que de um processo restaurativo podem advir efeitos que, à similaridade da classificação das normas quanto à sanção, podem ser: apenas punitivos (eg, estabelecimento de serviço comunitário); apenas reparatórios (devolução de quantia ou bem afetados); ambos (punitivos e reparatórios); ou sem sanção estabelecida (a exemplo dos sujeitos serem autor e vítima mutuamente).

Relativamente ao campo de aplicação, estamos com os que defendem o acordo para crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, e esta é a questão que para nós tem maior campo na discussão da aplicação da justiça restaurativa, após ultrapassada a questão da vantagem e legitimidade da argumentação para um acordo. Até porque, após comprovada a adequação aos postulados do Direito Penal e dos Direitos Fundamentais, além de mostrar-se solução mais adequada, dever-se-á estabelecer suas premissas e seu método de funcionamento prático em delitos de pequena a média ofensividade, afastando a reação penal, ou de média a grave ofensividade, atenuando a pena.

Para uma política criminal séria e comprometida com Direitos Fundamentais da sociedade e de cada indivíduo, seja ele autor ou vítima de crime, além de buscar resultados satisfatórios no sistema punitivo, a análise das infrações que se adequam a uma aplicação de Justiça Restaurativa é fundamental, após comprovado o uso vantajoso e legítimo das soluções de controvérsias via argumentação e acordo.

3. Busca da Congruência no Discurso Punitivo Estatal

O discurso de proteção aos direitos fundamentais não cria efetivamente estabelecimento de penas e meios que finalisticamente considerem o respeito a esses direitos

¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

¹⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

fundamentais. Ao contrário, com base em premissas e discursos garantistas chega-se à consequência inversa do discurso inicial, havendo aí um paradoxo.

Em síntese apertada, com a utilização de sanções e instrumentos para garanti-las rigidamente controlados por um discurso garantista de direitos fundamentais efetiva-se, na prática, o desrespeito a estes direitos. Não é intuito aqui desbancar discurso garantista no direito penal ou criticar seus fundamentos, que são em grande parte acertados, mas sim demonstrar que o discurso estatal leva a paradoxos no estabelecimento de sanções.

Não é necessariamente restringindo todo o Estado a burocracia, regras e limitações acima do necessário que se conseguirá dar ampla efetividade aos direitos humanos. Então, o caminho de flexibilizar algumas regras do direito penal clássico como princípio da inocência ou da estrita legalidade processual penal para dar início à justiça restaurativa, ao invés de comprometer o réu, é muito mais benéfico, devido à oportunidade de dialogar sobre o ocorrido, aceitar sua parcela de culpa e escapar ao processo penal comum ou discordar e se dispor a enfrentá-lo.

Ademais, o inchaço do ordenamento jurídico através da edição cada vez maior de leis sancionatórias e penais, muitas vezes repetidas em reelaboração desnecessária de leis anteriores e microssistemas penais, gera distorções como punições díspares pela reação maior causada por uma nova lei sancionatória, o descrédito no sistema geral e falta de consciência da importância da legislação posta por sua efemeridade.

De fato, novas edições de legislações punitivas sem trazer efetivos avanços ou reais necessidades e contradições no discurso das punições estatais dificultam uma sustentação ideológica de consistência do sistema posto e o consenso e adesão a ele.

Nesta questão cabem as ponderações de Neves sobre o que chama de legislação e constitucionalização simbólica, que seriam diversas formas de se positivar normas no ordenamento jurídico que estariam voltadas à inefetividade, postas para não alcançarem seus fins ou sabendo-se que não alcançarão.²⁰

²⁰ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 119: “À medida que a atividade constituinte e o discurso constitucionalista não têm correspondência nas posturas, sentimentos e intenções dos respectivos agentes políticos, ou seja, são ilocucionalmente ‘insinceros’, a constitucionalização simbólica não envolve ‘ações comunicativas’ referentes ao direito. Caracteriza-se, antes, como um plexo de ações estratégicas a como aquele serviço do meio sistêmico ‘poder’. Não se trata de ‘agir estrategicamente aberto’, que se manifesta nas lutas entre facções políticas durante o processo constituinte e também nas contendas políticas e judiciais em torna da concretização constitucional. A constitucionalização simbólica implica ‘agir ocultamente estratégico’, seja ele ‘comunicação deformada sistematicamente’ (iludir inconscientemente) ou mesmo a simples ‘manipulação’ (iludir conscientemente). O sentido manifesto e aparente (normativo-jurídico) da atividade constituinte e linguagem constitucional encobre, então, o seu sentido oculto (político-ideológico).”

A exemplo de legislação simbólica, Neves exemplifica algumas modalidades, podendo-se trazer a da legislação que confirma determinados valores sociais sem, com isso, ser efetiva. Também há a legislação que busca imunizar o Estado e poder legislativo de críticas, a “*legislação-álibi constitui uma forma de manipulação ou de ilusão que imuniza o sistema político contra outras alternativas, desempenhando função ideológica.*”²¹ no entanto, Neves mesmo diz ser limitada essa análise, também porque os líderes políticos também são vítimas dessa legislação. Assim, ele crê que quanto mais se utilize desse expediente da legislação para dar aparência de resolução dos problemas sociais mais haverá descrença no sistema jurídico, a sociedade sente-se enganada e o legislativo é visto como cínico, transtornando a consciência jurídica.

E é justamente esse tipo de acontecimento que se deve evitar no tocante à punição, posto que os direitos fundamentais são muito caros à sociedade e homem para serem levemente restringidos em legislações ineficazes e apenas álibis de retórica estatal de repressão a ilícitos e coibição da infringência a direitos importantes na sociedade.

Falta ao Estado um comprometimento com punições tendentes à máxima efetividade (alcance dos fins de retribuição, prevenção geral e específica) e ao mínimo comprometimento dos direitos fundamentais, o que ao nosso ver demonstra a justiça da punição estatal.

Tal feito pode ser comparado à análise econômica do direito. Entretanto, não se deve confundir isso com uma análise monetária, que pode ser até objeto de outra discussão, que não é intenção deste escrito, como pôr em comparação duas punições igualmente justas e decidir qual a mais barata aos cofres públicos.

A análise econômica do Direito pode realizar análises monetárias, mas nosso enfoque é da Economia como ciência que estuda as melhores escolhas, as escolhas que envolvem menor custo, ou maior custo-benefício, enfim, a otimização das punições buscando a justiça. Sempre tendo em vista a ponderação, proporcionalidade e valoração.

Como pequeno exemplo de inadequação e paradoxo do discurso punitivo estatal, podemos citar a Polícia, analisada em estudo criminológico fecundo de Dias e Andrade,²² a partir do qual traremos as inconsistências da sua atuação. Desde já, fique consignado que seja a Polícia, sejam outras instâncias de atuação no ramo penal como Ministério Público ou Poder Judiciário, todas serão objeto de estudos e

²¹ Ibidem, p. 39-40.

²² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

críticas em suas atuações. Não havendo, assim, *capitis diminutio* para as instituições policiais frente a outros órgãos do sistema criminal.

Os autores, então, baseados em estudos interacionistas, comentam a existência da discricionariedade real, a polícia como símbolo mais visível do sistema formal de controle, linha de frente da repressão penal, tem papel determinante no processo de seleção.

Ela age com maior discricionariedade (chamada “de fato” ou em “sentido sociológico”), sem presença dos demais atores processuais e em contato direto com leigos. Pode agir da estrita legalidade à admoestação ou simples apatia, num grande leque de opções. Com isso a Polícia toma a maior parte das decisões políticas.

Já quanto aos crimes conhecidos, esclarecidos e processados, é feita observação de que os crimes conhecidos em geral não decorrem de atitude pró-ativa, mas de reação, que leva em conta até características da denúncia, além de serem o limiar da criminalidade oficial. Tratando-se de crimes esclarecidos, poucos chegam a ter autor descoberto, a depender dos tipos de crime. Relativamente aos crimes processados há divergência nos números, a polícia age de forma a entender crimes da sua maneira e cria sua política criminal, à margem ou contra a lei.²³

Já em outra obra, percebe-se a atenção à incoerência e descolamento do discurso jurídico posto e a realidade.²⁴ É citado, apenas como demonstração de casos comuns, exemplo de mulher que foi condenada a mais de dois anos de prisão por haver furtado dois pacotes de fraldas e uma pessoa que cumpriu mais de 5 anos de reclusão por furto de galo de briga. Ainda são citados os problemas da seletividade e criminalização secundária e desproporcionalidade de penas, especialmente quando ligadas à proteção do patrimônio, além de altas taxas de reincidência após prisão, mesmo em locais de alta qualidade prisional como a Escandinávia.

Certamente a minimização de tais ocorrências passa, talvez em todos os casos, pela democratização e abertura à argumentação das decisões em sede de política criminal, e, como caso específico, uma das soluções pontuais e que abrange resposta a muitos problemas enfrentados pelo Direito Penal ou os minora consideravelmente, a Justiça Restaurativa.

Os ingredientes perversos do sistema penal se misturam de forma a agredir os Direitos Fundamentais da coletividade e de cada um dos envolvidos em infrações penais, uma vez que nem protegem vítima e coletividade de agressões a bens jurídicos,

²³ Ibidem, p. 454.

²⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Inovações penais. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, v.2, n.2, p.77-86, jul./dez. 1997.

muito menos é dada oportunidade de socialização e integração do preso à sociedade, uma vez que quaisquer dos regimes prisionais (aberto ou fechado) são locais onde são estimuladas condutas contrárias ao Direito²⁵ e percebe-se ausência completa do Estado.²⁶

Por um lado, o Poder Legislativo não diversifica²⁷ nem estrutura minimamente uma política criminal, a exemplo de reduções de tipos penais, respostas estatais diferenciadas de acordo com gravidade das infrações, além de irrisoriamente escalar reações proporcionais e gradativas de controle social.

O Executivo, que enfrenta os problemas práticos, não tem capacidade de reação em face das infrações em demasia, distorce o sistema penal com atuação repressiva e seus problemas reflexos, onde os envolvidos numa lide penal encaram a face mais dura do Estado que prega a igualdade, justiça, isonomia, respeito aos direitos humanos, etc.

Os problemas de estigmatização, reincidência, seletividade penal, formalismo, legalidade estrita, criminalização secundária, custos a direitos fundamentais e custos econômicos não são exaustivos, ainda se pode acrescer o desrespeito a direitos humanos no cárcere, dificuldade argumentativa e desigualdade real do discurso no caso de réus menos educados e capacitados, além da qualidade dos defensores, entre muitos outros não levantados nessa breve exposição.

O Judiciário conta, na média, com excessivo rigor legalista na interpretação e aplicação do Direito na seara penal. Além de também somatizar problemas de seletividade e formalização das instâncias de sorte a marginalizar réus que usualmente têm déficits cognitivos e argumentativos.

Destarte, a interpretação pouco permeável à realidade punitiva estatal e os problemas que ocasiona, com o argumento de se tratar o Direito Penal de um campo sensível à proteção da sociedade e de suas relações intersubjetivas, não passa de um pedaço do argumento completo. Já que, justamente por se tratar de campo sensível às relações sociais e de defesa de todos e cada um dos indivíduos, deve ele ser mais detalhada-

²⁵ MATHIESEN, Thomas e outros. “A caminho do Século XXI – Abolição, um sonho impossível?”, in PASSETTI, E.; SILVA, R. B. D. da. *Conversações abolicionistas. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, vol IV, p. 263-287.

²⁶ BATISTA, Vera Malaguti. “A funcionalidade do processo de criminalização na gestão dos desequilíbrios gerados nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado”, in KARAM, M. L. (org), *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

mente estudado em seus fundamentos de legitimidade e de justiça, com aplicação de princípios e ampla consideração sobre as consequências das normas.²⁸

Neste sentido é que dizemos que o procedimento judicial e doutrina do Direito Penal é excessivamente positivista. Deveria sim estar mais aberto a valores, princípios, interpretação e argumentação, análises consequencialistas e até econômicas dos direitos fundamentais em jogo e como maximizá-los, bem como maximizar a utilidade da punição e minimizar seus efeitos deletérios.

Longe de pretender a aplicação e proteção dos Direitos Fundamentais apenas dos penalmente acusados e condenados, esses devem ser compreendidos para todos os envolvidos nas infrações, em regra, autor, vítima e coletividade. Se assim não for, a visualização da punição estatal fica comprometida com uma visão puramente de defesa apenas da vítima e coletividade, por um lado, ou do autor, por outro. Tal parcialidade não se adequa aos fundamentos do Estado de Direito, Direitos Fundamentais e regras morais e normativas de universalização²⁹ como formas de justiça.

4. Efetivação dos Direitos Fundamentais pela via da Justiça Restaurativa e caráter argumentativo do Direito

O discurso jurídico da sanção estatal deve estar alinhado aos direitos fundamentais, o que significa dizer que devem ser passíveis de ponderação e proporcionalidade, levando em conta a máxima efetividade e mínima restrição nos direitos do sancionado, o que se efetivará ao dotar-se o ordenamento jurídico de instrumentos criativos e variados, adequando-se aos casos concretos.

O legislador não tem deveres apenas negativos, mas também deveres positivos de estabelecer punições e meios mais eficazes e consentâneos com a realidade da pessoa,³⁰ do ilícito cometido e demais circunstâncias relevantes.

²⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 136: “Devemos dar atenção apenas à visão intermediária, de que alguns tipos e alguns conjuntos de consequências devem ser relevantes para a justificação de decisões”.

²⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23: “O princípio de universalização "U" desempenha o papel de uma regra de argumentação que deve proporcionar a passagem de evidências empíricas, a respeito das consequências e dos efeitos colaterais de uma aplicação geral da norma sobre as necessidades de cada um individualmente, para a norma que representa em si um interesse geral”

³⁰ BEZERRA, Paulo César Santos. *A produção do Direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça*. Ilhéus: Editus, 2008, p. 222: “De extrema relevância e urgência, pois é essa visão, e muito mais que isso, essa dimensão de efetividade do acesso aos direitos e à justiça como sendo, também, um direito em si mesmo, e um direito humano e fundamental, centrando-se, sobretudo, na efetividade desses direitos e no papel das

A nosso ver, a questão político-criminal deve estar dentro dos padrões da opção legislativa com sua legitimação democrática, a ser, de todo modo, interpretado e aplicado na esfera jurídica de modo a realizar valores e princípios constitucionais. Mesmo circunscritos ao direito posto (mas também com vista ao que deveria ser positivado), o papel interpretativo e operativo do Direito ocupa espaço de destaque. Não há mais espaço para máquinas de julgar onde se coloca a legislação e o caso e a sentença é automática.

O enfoque dado pelo Estado deve operar também a partir da macrojustiça no ambiente social, e não somente da microjustiça. Destarte, ao olhar para a questão apenas do âmbito individual da pessoa a ser punida perdemos a visão do todo ignorado e das consequências atuais e futuras das decisões tomadas.

De forma que, para Amaral, os critérios de micro e macrojustiça põem em questão um “*somatório de escolhas individuais racionais produzem um resultado coletivo irracional*”,³¹ a exemplo do dilema do prisioneiro citado por Rawls,³² em que a escolha individual favorece o indivíduo egoísta e prejudica o coletivo.

Assim, a aparente defesa, a todo custo e sem limites, dos direitos fundamentais do réu gerará consequências sociais muito mais danosas a todos os indivíduos considerados isoladamente e à sociedade em geral. A punição tende ao atendimento de sua finalidade quanto mais certa e não desejada ela for. Ela age no âmbito da representação do risco de ser punido e da punição real a ser aplicada.

Se ocorre descontinuidade numa dessas representações a instabilidade social levará a muito mais infrações, muito mais violações de direitos fundamentais dos indivíduos passivos do ilícito e, por consequência, muito mais infratores a serem punidos no âmbito dessa ineficiência da punição estatal e seus meios de efetivação.

Em outras palavras, a proteção a direitos fundamentais a todo custo, com regras penais rígidas e desarrazoadas, levará a mais violação dos direitos fundamentais do que se fosse utilizada ponderação e proporcionalidade no uso da punição e de seus instrumentos.

instituições estatais e não-estatais nesse espaço. Assim, o problema central dos direitos humanos e fundamentais não está em saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas, sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados por ação ou omissão.”

³¹ AMARAL, Gustavo. *DIREITO, ESCASSEZ & ESCOLHA, Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 97-98

³² RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 297.

Nisto podemos enquadrar aqueles que crêem que uma aplicação da justiça restaurativa iria relativizar direitos da pessoa. Para nós isso não ocorrerá em qualquer hipótese, seja na não-aplicação de pena, seja na sua atenuação. Mesmo que, para alguns, tais formas de consenso relativizem direitos e garantias individuais, o que cremos suficientemente provado que não ocorre de forma absoluta, haja vista a via argumentativa e do discurso, ainda poderia se opor tal ponderação de direitos fundamentais em choque.

Passando a considerações dos Direitos Fundamentais e a sua efetiva aplicação no campo punitivo do Direito Penal, podemos considerar que os problemas teóricos e práticos não devem ser cindidos em abordagens que considerem, *v.g.*, apenas a dogmática jurídica, deixando à sociologia ou criminologia todas as consequências de um sistema logicamente bem elaborado, mas que na prática funciona com graves distorções.

De sorte que, a prática penal deve observar ao máximo possível os direitos fundamentais envolvidos e buscar maximizá-los, além de, como tarefa principal, servir como referencial para mudanças e transformações nos instrumentos teóricos e legislativos.

O conhecimento teórico também não pode ignorar a prática e a realidade posta, pois seria aceitar as incongruências e ilegalidades (porque não dizer inconstitucionalidades e imoralidades) do sistema penal e equivaleria à concordância com estas.

Se a realidade aponta para paradoxos no uso do sistema e da sanção penal não é cabível a omissão de um Estado que avocou para si a proteção da sociedade e dos indivíduos, que prega igualdade e o respeito a Direitos Humanos. Tampouco é aceitável postura doutrinária de alheamento da realidade ou não aceitação de formas diversificadas de diminuição da incoerência do sistema penal por apresentarem outros defeitos, menores, porém, do que os do sistema posto.

Assim é que, à parte de toda a crítica à falência da pena de prisão, à sua pouca funcionalidade como prevenção geral e específica e socialização, também podemos acrescentar ao rol de inconsistências o discurso protetivo dos direitos fundamentais e de penas dignas. É pacífico e rotineiramente reiterado que os locais de prisão de condenados ou presos preventivos, com raras exceções, são insalubres, atentam quanto à incolumidade física dos presos, tanto do ponto de vista da violência interna inerente ao cárcere quanto devido à sua superlotação e ausência do Estado e do Direito.

O Estado não consegue reprimir as condutas mais danosas à sociedade, nem (res)socializar os apenados, muito menos criar mecanismos para que os ilícitos sejam evitados ou os culpados sejam eficientemente sancionados. Com isso, a sensa-

ção de insegurança e infrações a normas sancionatórias elevam-se, ao passo em que, paradoxalmente, há supostos infratores gravemente infligidos em sua liberdade, integridade física, passando por diversos tipos de tortura física e mental no cárcere, independentemente da valoração sobre utilidade e “merecimento” ou não desta pena. Estejam esses delinquentes condenados ou apenas presos preventivamente.

Não obstante, outros infratores, devido a regras processuais incoerentes e rígidas, sistemas investigativos ineficientes e limitados por outras normas estatais, seletividade, influência e poder econômico, juntamente com discurso protetivo de conveniência ou oportunista (a exemplo de manobras processuais ou incidentes criados) dos direitos fundamentais do acusado, vêm-se acobertados pela impunidade.

O Estado como detentor de poder emanado pela própria sociedade está menos axiologicamente limitado no uso deste poder numa perspectiva quantitativa do que no aspecto qualitativo. O poder deve (e não pode) ser visto como dever, conceito este bem trabalhado no Direito Administrativo, numa análise muito mais valorativa do Estado Democrático de Direito que puramente dogmática. Dever estatal para poder agir de maneira a melhor atender aos anseios e necessidades da sociedade detentora do Poder.

Com base nisto, não há falar em rubor do Estado em manifestar o poder, mas sim, em utilizá-lo de forma a realizar o avanço social valorado de forma positiva. Desta forma, falar em utilização do poder consentânea com respeito à pessoa, mínima intrusão nos direitos fundamentais, ocasionando segurança jurídica, é forma de agregar valor ao uso da sanção negativa ou positiva e de realizar direitos fundamentais.

Na sanção, em que são demonstrados os aparatos coercitivos do Estado e sua coação efetiva no caso da sanção negativa, deve-se pesar a técnica a ser utilizada para conseguir comportamentos pretendidos, buscando-se evitar destinar caro, importante e robusto aparato estatal para reprimir condutas que de outro modo pudessem ser direcionadas. Até para que não sejam utilizados recursos indistintamente e falte efetividade ao controle das condutas mais perniciosas e difíceis de serem guiadas.

Noutra visão, também a sanção, e, por consequência última, a força física, não deve ser utilizada em casos que *a priori* tenham soluções mais modestas, interferindo assim no mínimo dos direitos fundamentais, como propugnam doutrinadores de escol, numa valoração robusta e acertada de proteção destes direitos.

Faz-se mister, então, que todo o conhecimento produzido, com esteio em disciplinas várias,³³ seja adequadamente considerado e ponderado em face das reais inadequa-

³³ FALCÓN Y TELLA, Maria José, FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: existe um direito de castigar?* São Paulo: RT, 2008. p. 30: “A necessidade de um

ções e limitações da realidade criminal. Tudo isto à luz dos Direitos Fundamentais, haja vista o caráter axiológico do Direito e sua referência a padrões valorativos que não se pode prescindir.

Tanto que ordens puramente lógico-formais ou sistêmicas existem por si e para si. Assim como a matemática que tem seus dogmas e padrões pré-definidos ou como as ciências biológicas e físicas que formam sistemas que se auto regulam e interferem sem aparente referência a valores, o que não é o caso do Direito.³⁴

Para Perelman, essa distinção entre ciências empíricas e ciências sociais traz importantes consequências para a validação do conhecimento.³⁵ Assim, não há no Direito apenas meios formais de se comprovar uma asserção por um raciocínio puramente dedutivo e formal, sem que se considerem quaisquer outros elementos.

O Direito é validado na forma de verossimilhança, pelo provável, não unicamente pela lógica formal da passagem necessária das premissas à conclusão. Distingue-se aí o raciocínio dialético, sujeito a refutação por outros argumentos, do analítico, que tem seu campo delimitado a uma eterna subsunção de proposições, onde pode-se afirmar o certo e o errado.³⁶

Mesmo positivistas como Hart (e mesmo Kelsen) demonstram a inescapável obrigatoriedade da interpretação e da abertura do Direito na sua fundamentação e aplicação.³⁷

enfoque multidimensional do tema castigo deriva da sua profundidade e complexidade. A sanção deveria ser vista, no futuro, como uma matéria a ser contemplada não apenas do ponto de vista jurídico e criminológico, mas também como uma instituição social complexa em sua função e seu significado, que, estudada com o cuidado suficiente e a atenção adequada, reflete uma forma de vida que introduz clareza na análise do tipo de sociedade na qual o castigo se impõem e das pessoas que a compõem.”

³⁴ SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973, p. 172-173: “Adviértase que el derecho positivo no es un conjunto de palabras, ni es un sistema de conceptos que puedan derivarse por las vías del razonamiento deductivo. Por el contrario, el derecho positivo es la justa interpretación de las normas vigentes”.

³⁵ PERELMAN, Chaim *Tratado da Argumentação (A Nova Retórica)*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 01: “Com efeito, conquanto não passe pela cabeça de ninguém negar que o poder de deliberar e de argumentar seja um sinal distintivo do ser racional, faz três séculos que o estudo dos meios de prova utilizados para obter a adesão foi completamente descurado pelos lógicos e teóricos do conhecimento. Esse fato deveu-se ao que há de não-coercivo nos argumentos que vêm ao apoio de uma tese. A própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo”.

³⁶ PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação (A Nova Retórica)*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 05-06.

³⁷ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 140-141: “Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de

Já Dworkin, vê sistema jurídico como complexo de normas, diretrizes e princípios não alheios às regras de justiça, além de adepto a modelo de decisão judicial vinculada a resposta correta, ao invés de livre apreciação e voluntarismo judicial. Seguindo sua crítica ao positivismo de Hart, baseou a distinção entre regras e princípios numa natureza lógica, onde princípios seriam exigências de justiça, equidade ou moralidade.³⁸

Indo além, MacCormick, que, sem abandonar completamente as ideias de Hart ou de Dworkin, agregou o elemento da retórica na própria consecução do Estado de Direito (*Rule of Law*), propõe teoria sobre argumentação no Direito, por ser disciplina argumentativa, devido à sua forma dialética.³⁹

Neste diapasão, ao tratar da aparente insolubilidade do Estado de Direito como segurança da aplicação de regras pré-definidas, claras e inteligíveis a todos os cidadãos e o caráter argumentativo do Direito, que pressupõe tese e antítese apresentados com objetivo de persuasão e convencimento, MacCormick sustenta tanto a compatibilidade entre eles quanto uma relação de imbricação e necessidade recíproca.⁴⁰

Não são contraditórios a argumentação e o Estado de Direito, pois a certeza não é o único valor presente no Estado. Além de ser a certeza, *defeasible*, ou seja, excepcional, provisória, o que comunga com o caráter argumentativo do Direito.

O Direito não é ciência exata, e por isso não tem decisões de caráter demonstrativo, mas sim interpretam-se os conceitos, o alcance, sentido da lei, etc. Seu caráter é

padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como textura aberta.”

³⁸ MARTINS, A. C. M.; OLIVEIRA, C. L. de. A Contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*. São Paulo, v.2, n.1, p.241-254, jan-jun. 2006. À página 248: "princípios são definidos como o tipo de padrão que formula uma 'exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade' e que deve ser observada em virtude de seus próprios termos e não porque é capaz de promover algum estado de coisas visto como socialmente desejável."

³⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 18: "O Direito é uma disciplina argumentativa. Qualquer que seja a questão ou problema que tenhamos em mente, se os colocarmos como uma questão ou problemas jurídicos, procuraremos uma solução ou resposta em termos de uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do Direito".

⁴⁰ *Ibidem*, p. 42: "Há um risco de mal compreender o 'Estado de Direito' como ideal se o tomamos isoladamente. Quando o fazemos, nós talvez ressaltamos seus aspectos mais estáticos, que prometem certeza jurídica e segurança de expectativas jurídicas. Mas o mesmo ideal possui um aspecto dinâmico também, ilustrado pelo direito de defesa e pela importância de deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado"

dialético, argumentativo e busca a validade de determinada asserção ou tese pelo uso de melhores argumentos e convencimento.

O que não impede uma argumentação fundada apenas na lei, entretanto, quaisquer outros elementos, assim como a lei, trazidos a cada caso influirá como *topos*, no dizer de Viehweg,⁴¹ que nada mais é do que um elemento de convicção acerca de certo posicionamento sobre uma questão posta em discussão.

Na Justiça Restaurativa, haja vista a capacidade de legitimação democrática e forma de busca de justiça mais próxima do ideal quando é viabilizado diálogo em busca de consenso entre partes envolvidas em conflito, temos um grande salto qualitativo para o Direito.

Se a diminuição de persecução penal pela via da restauração traz benefício ao autor que encontra estímulo à reparação dos danos causados; à vítima que pode influir no resultado da ilicitude que sofreu e também obter alguma compensação, ao invés de ser, no sistema penal tradicional, apenas objeto idealizado de proteção dos bens jurídicos, atacada pela defesa do réu sempre que favorável aos interesses da defesa, objeto de prova pela acusação, entre outros ônus; também se visualiza benefícios à coletividade.

Inicialmente porque a dispensa da pena dar-se-ia para crimes de menor gravidade que não necessitam de proteção penal rigorosa sequer limitativa da liberdade, como nos delitos em que não seria aplicada pena privativa de liberdade ou esta seria apenas irrisória, analisados outros fatores socialmente relevantes como reincidência, mas sem cogitar de crimes bagatelares.

Há benefício ainda da solução da questão conflitual decorrente do ilícito ser resolvido pelas partes, consensualmente, após livre argumentação mediada, devolvendo, ainda que em casos determinados, o poder de autodeterminação das partes, tendendo a haver maior integração social e ao direito, além de reconhecimento do ordenamento jurídico pela sua ingerência e viabilização concreta.

Havendo respeito aos direitos fundamentais da pessoa, o Estado somente pode limitar a liberdade do indivíduo na esfera penal desde que restrinja sua atuação ao mínimo indispensável à convivência em sociedade⁴² (Intervenção mínima ou dignidade

⁴¹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964.

⁴² SANTANA, Selma Pereira de. *A Culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 122: “A dignidade penal deve ser entendida, segundo Costa Andrade, como a expressão de um juízo de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva de sua criminalização e punibilidade” (,,) “Num plano sistemático, a dignidade penal assegura eficácia à ideia de que somente os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela (Schutzwürdigkeit) devem gozar de

penal) e quando outras intervenções ou soluções menos custosas a direitos basilares já não puderem ser utilizadas por não serem efetivas à prevenção dos delitos⁴³ (subsidiariedade ou carência penal).

Neste raciocínio, não é viável outra conclusão senão de que é cogente a utilização de meios menos gravosos quando possam responder à altura da prevenção das condutas sociais malignas ao convívio. Especialmente quando a não utilização desses meios alternativos viáveis ocasionarem um outro mal à vítima, ao autor do delito ou à sociedade, ou até a todos estes juntos, o que é usual no sistema penal convencional.

Igualmente, não se pode furtar à conclusão de que a justiça criminal e seus órgãos de persecução devem realizar trabalho de maior qualidade, sério e célere quanto mais as condutas sejam perniciosas ao convívio social, e isso só é possível na realidade brasileira, e talvez na maioria dos países, havendo seleção de crimes de maior ofensividade, meios alternativos de solução de conflitos e formas distintas do modelo repressivo atual. Ou então, conformarem-se as pessoas e o Estado com as cifras negras, seletividade, prescrições mesmo em crimes graves, descrédito das instâncias oficiais, etc.

Do exposto, concluímos que na seara penal não pode haver efetivação dos Direitos Fundamentais sem cotejarmos o arcabouço teórico e legislativo com seu andamento prático. A realidade da aplicação do sistema penal distorce regras e princípios, além

proteção penal. Nesta medida, e com este alcance, o conceito e o princípio da dignidade de tutela dão guarida ao princípio da proporcionalidade”. À página 123: “Num plano axiológico-teleológico, o juízo de dignidade penal privilegia dois referentes materiais: a dignidade de tutela do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos. Num plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e atualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distingue e singulariza face às demais manifestações de ilícito conhecidas da experiência jurídica.

⁴³ Ibidem, p. 123: “Hoje, contudo, é pacífico o entendimento de que a dignidade penal de uma conduta não decide, por si só, e de forma definitiva, a questão da criminalização. Como, ainda, acentua Costa Andrade, à legitimação negativa, mediatizada pela dignidade penal, tem de acrescer a legitimação positiva, mediatizada pelas decisões em matéria de técnica de tutela (Schutztechnik). É a redução desta complexidade sobrando que se espera do conceito e do princípio de carência de tutela penal. Segundo o citado autor, no plano transistemático, que empresta racionalidade e legitimação ao discurso da criminalização, a carência de tutela penal dá expressão ao princípio da subsidiariedade e de ultima ratio do Direito Penal. A afirmação da carência de tutela penal significa que a tutela penal é também adequada e necessária (geeignet und erforderlichlich) para a prevenção da danosidade social, e que a intervenção do direito penal no caso concreto não desencadeia efeitos secundários, desproporcionadamente lesivos. A carência de tutela penal é analisada, assim, num duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de necessidade (Erforderlichkeit), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade (geeignetheit) do direito penal para assegurar a tutela, e para fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade”.

das medidas legislativas nem sempre estarem em sintonia com Direitos Fundamentais da sociedade, vítima e autor de delito.

Neste quadro, são esperadas e devem ser estimuladas soluções sistêmicas ou tópicas, desde que bem fundamentadas e analisadas nas suas consequências, preferencialmente integradas à realidade social específica (e não apenas uma importação de modelos sem análise crítica e consequencialista). Uma argumentação voltada para a prática e análise teórica dos instrumentos atuais quando postos em atuação, considerando dados multidisciplinares (criminologia, ciências sociais, psicologia forense, etc), é indispensável a um modelo cada vez mais protetivo dos Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, para a pacificação e integração social.

5. Discurso jurídico e Justiça Restaurativa. A legitimidade do consenso argumentado

O discurso jurídico está ligado à compreensão, argumentação e interpretação dos fatos e normas à luz de valoração e fenômenos sociais.

O Direito, por sua vez, encontra-se amparado num discurso político que legitima⁴⁴ o ordenamento. Uma vez sendo esse discurso concordante com o ordenamento jurídico, irá confirmar a legitimidade de seus propósitos, ética no tratamento aberto das questões e democracia no sentido amplo como possibilidade de discussão aberta com a explicitação das premissas e informação simétrica entre participantes do discurso.

No discurso jurídico de interpretação das normas e sua adequação com sistema jurídico posto, o atual entendimento leva em consideração princípios, valores, retórica e também direitos fundamentais, ultrapassando-se mera lógica jurídica formal.

A partir do pós-positivismo, que Barroso situa após a Segunda Guerra Mundial, aproximadamente, há consagração da efetividade das Constituições e novos desenvolvimentos teóricos aportando contribuições da doutrina para superar positivismo, tais como ideias de justiça, igualdade material, direitos fundamentais, relação entre valores, princípios e regras, e aspectos da nova hermenêutica.⁴⁵

⁴⁴ BEZERRA, Paulo César Santos. *A produção do Direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça*. Ilhéus: Editus, 2008, p. 195: “O Estado é o ente a que mais se refere o conceito de legitimidade, com sentido de atributo do Estado, que consiste numa aceitação significativa, pela população, de um consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força...”.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242.

Dever-se-á utilizar de racionalidade acerca do caso para demonstrar razões que sustentam opinião defendida. No que se trata de “*processo racional e discursivo de demonstração de correção e justiça da solução proposta*”.⁴⁶ De forma que, citam-se os seguintes aspectos: - linguagem; - premissas do ponto de partida; - e as regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão.

Habermas por sua vez propõe construção do Direito com nexos em racionalidade comunicativa, incluindo democracia e agir comunicativo. O Direito mantém característica da coerção, mas também da autolegislação, onde terá função precípua de realizar integração social, pois se deve entender as normas feitas através de participação democrática e consenso no agir comunicativo. A título explicativo novamente invocamos Pinto:

“Habermas chama a atenção para o caráter solipsista do Hércules dworkiano, contrapondo ao estilo monológico da teoria do direito de Dworkin uma concepção dialógica do conhecimento jurídico, fundada numa teoria da discussão, sob cuja ótica a organização de procedimentos sociais é a base de uma razão consensual, intersubjetiva e formada a partir do mundo vivido (*lebenswelt*) dentro do qual os sujeitos elaboram tanto suas crenças e valores quanto os argumentos com que buscam justificá-lo.”⁴⁷

Tratando da legitimação argumentativa, Perelman⁴⁸ traça as diferenças entre a demonstração, derivada de lógica formal, da argumentação, que busca a adesão dos ouvintes (auditório particular) e da coletividade das pessoas (auditório universal). De forma que, a demonstração é a passagem de premissas a uma conclusão.

Entretanto, na argumentação o caminho é mais complexo e não há forma predefinida para chegar ao fim pretendido: a persuasão e convencimento.⁴⁹ Tratar-se-á de trazer

⁴⁶ Ibidem, p. 339.

⁴⁷ PINTO, Marília M. M. O Pensamento Filosófico de A. L. Machado Neto e a Nova Hermenêutica Jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da UFBA*, Salvador, v.37, p.69-91, 1997/1998, p. 80

⁴⁸ PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação (A Nova Retórica)*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 16: “Quando se trata de demonstrar uma proposição, basta indicar mediante quais procedimentos ela pode ser obtida como última expressão de uma seqüência dedutiva” (...) “Mas, quando se trata de argumentar, de influenciar, por meio do discurso, a intensidade de adesão de um auditório a certas teses, já não é possível menosprezar completamente, considerando-as irrelevantes, as condições psíquicas e sociais sem as quais a argumentação ficaria sem objeto ou sem efeito. Pois toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual.”

⁴⁹ PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação (A Nova Retórica)*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 30-31: “Para quem se preocupa com o resultado, persuadir é mais do que convencer, pois a convicção não passa da primeira fase que leva à ação. Para Rosseau, de nada adianta convencer uma criança “se não se sabe se sabe persuadi-la”. (...) “Propomo-nos chamar per-

argumentos (*topos* para Viehweg) como normas, fatos, estudos, opiniões, consequências de determinados fatos sociais, etc., como forma de fundamentar uma tese principal sustentada na qual se busca a aceitação de grupo de pessoas restrito ou amplo.

Quanto mais amplo for o auditório, tendendo a ser universal, mais será a legitimidade do consenso acerca de determinada questão,⁵⁰ uma vez que todos os seres humanos são racionais e que podem contestar quaisquer argumentos, premissas, conclusões, e passagens das premissas a conclusões. Então, o discurso entre falante e ouvinte diretamente encerra cada ponto posto em debate com consenso entre as partes, tomando-se o acordo como prova suficiente da questão, uma vez que do diálogo (entre autor e vítima) resulta confrontação rigorosa do pensamento do ouvinte com orador.⁵¹

No caso da Justiça Restaurativa, o discurso seria realizado, de um modo geral, apenas para um único ouvinte, acompanhado por mediador ou conciliador, o que facilita a argumentação mais verdadeira, posto que não se consegue fugir das objeções colocadas nem fazer discurso inflamado e vazio voltado apenas a multidões.⁵²

Quanto à forma do discurso e seus efeitos na argumentação, como formas de convencimento mais eficaz, eles continuam a existir, porém mitigados, posto que a comunicação é direta entre as partes, perante um terceiro mediador.⁵³

suasiva a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar convincente àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional.”

⁵⁰ Ibidem, p. 45: “Uma argumentação dirigida a um auditório universal deve convencer o leitor do caráter coercivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua validade intemporal e absoluta, independente das contingências locais ou históricas.”

⁵¹ Ibidem, p. 40-41: “O que confere ao diálogo, como gênero filosófico, e à dialética, tal como a concebeu Platão, um alcance eminente não é a adesão efetiva de um interlocutor determinado - pois este constitui apenas um auditório particular dentre uma infinidade de outros -, mas a adesão de uma personalidade que, seja ela qual for, tem de inclinar-se ante a evidência da verdade, porque sua convicção resulta de uma confrontação rigorosa de seu pensamento com o do orador.”

⁵² Ibidem, p. 39: “O alcance filosófico da argumentação apresentada a um único ouvinte e sua superioridade sobre a dirigida a um vasto auditório foi admitida por todos os que, na Antiguidade, proclamavam a primazia da dialética sobre a retórica. Esta se limitava à técnica do longo discurso contínuo. Mas um discurso assim, com toda a ação oratória que comporta, seria ridículo e ineficaz perante um único ouvinte”.

⁵³ Ibidem, p. 161: “Antes mesmo de argumentar a partir de certas premissas, é essencial que o conteúdo delas se destaque contra o fundo indistinto dos elementos de acordo disponíveis. Essa escolha das premissas se confunde com sua apresentação. Uma apresentação eficaz, que impressiona a consciência dos ouvintes, é essencial não só em toda argumentação visando à ação imediata, mas também naquela que visa a orientar o espírito de uma certa forma, a fazer que prevaleçam certos esquemas interpretativos, a inserir os elementos de acordo num contexto que os torne significativos e lhes confira o lugar que lhes compete num conjunto.”

Importante também que o discurso entre as partes e o terceiro seja sempre em linguagem corrente e não especializada, salvo casos particulares em que o conflito surja de pessoas com formações técnicas ou acadêmicas similares e tenham linguajar técnico para tratar da questão. Não obstante, ainda se mantém a exigência de ser usada linguagem compreensível entre as partes, o que parece ser tarefa do mediador ou conciliador tentar alcançar, para evitar interrupção da comunicação entre as partes ou haver imposição de retórica pela superioridade de determinada forma culta, técnica, etc.⁵⁴

Na visão de Alexy,⁵⁵ o discurso não é procedimento arbitrário porque é racional, através de processo de tomada de decisão em que são considerados todos os argumentos das partes e feitas considerações com base neles, seguindo-se regras do discurso jurídico que é caso especial do discurso racional prático.

Interessante notar que na Justiça Restaurativa estamos em plena aplicação do discurso racional prático. Para Alexy⁵⁶ tal aplicação com uso de determinadas regras garante a racionalidade do discurso, sua justificação interna e externa. O correto é sempre provisório. O discurso busca alcançar consenso, a “verdade” (verossimilhança) o é pela aceitação dos demais, e não pelo seu caráter último e imutável. Não se admite verdades definitivas.⁵⁷ Quem quer verdades tem que abandonar a razão, e.g., discurso religioso. Quem usa razão deve abandonar verdades.

Neste sentido, Perelman crê que o sentido da argumentação é de “*provocar ou aumentar adesão dos espíritos às teses que se apresentam a seu assentimento*”.⁵⁸ Assim, não haveria no Direito resposta correta *a priori*, ou tese válida que não seja fruto da argumentação e do consenso e não da demonstração de uma tese apenas.⁵⁹

⁵⁴ PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação (A Nova Retórica)*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 117: “A vizinhança dos auditórios, especializados e não-especializados, reage sobre a argumentação. Um artifício assinalado por Schopenhauer, como utilizável durante uma discussão entre cientistas na presença de um público incompetente, consiste em lançar uma objeção não-pertinente, mas que o adversário não poderia refutar sem longos desenvolvimentos técnicos. Esse expediente deixa o adversário numa situação difícil, porque o obriga a valer-se de raciocínios que os ouvintes são incapazes de seguir.”

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 186-201. Regras Básicas: não contradição; universalizabilidade; comunidade de linguagem. Regras da racionalidade: Regra geral da justificação; regra da igualdade; Liberdade de discussão; não-coerção interna ou externa ao discurso. Regra da partilha da carga de argumentação: generalização; presença; inércia; novo argumento. Regras de justificação: reflexividade; reflexividade geral; abertura; limites. Regras de transição.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 272.

⁵⁸ PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação (A Nova Retórica)*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 50.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 51: “Mas quando não existe um acordo, mesmo entre pessoas competentes na matéria, o que é a afirmação, senão um expediente a ser exorcizado, de que as teses preconizadas

Tratando-se de Habermas, verdade é acordo entre todas as pessoas. Verdade não vem dos fatos, mas da aceitação desses fatos. A democracia deve garantir procedimentos para a busca da participação das pessoas no Direito e no Estado, além de submeter estes procedimentos a racionalidade.⁶⁰ A fonte da legitimação do Estado Democrático vem da estrutura discursiva que de uma formação da opinião e da vontade que preenche sua função social e integradora graças a uma expectativa de qualidade racional dos resultados.⁶¹

Com esteio no que foi tratado neste item, podemos indicar como perfeitamente adequado ao Direito, aos seus pressupostos práticos e filosóficos, uma aplicação da Justiça Restaurativa. Inicialmente, a possibilidade de participação das partes numa composição, afastando a pena ou apenas a minorando, é instrumento de efetivação da democracia, como visto em Habermas.

Pari passu, esta possibilidade não se abre com ausência do Estado, que prosseguirá na ação penal se qualquer das partes recusar ou não se pronunciar favoravelmente a um processo argumentativo de restauração, além de poder ou não estar presente na figura do mediador. Neste quesito, vimos que podem ser usados métodos distintos de abordagem desta tentativa de consenso entre as partes, deixando-as mais livres, na mediação, ou havendo maior insistência e argumentação para consenso na conciliação, em ambos nos parece poder atuar pessoa da comunidade local e não apenas representante do Estado.

O discurso das partes, autor e vítima, voltados para o ocorrido e sua reparação, é forma racional de resolução do conflito e, desde que de acordo com pressupostos e fins da atuação penal, constitui-se método privilegiado de justiça entre as partes (e também à sociedade nos casos de pequeno dano social). A considerar-se a observância tanto quanto possível das regras do discurso, que de toda forma serão mais respeitadas aqui que num processo penal formal, o consenso alcançado representa a realização do Direito em forma mais próxima do ideal de justiça e de “verdade” nos seus termos.

são a manifestação de uma realidade ou de uma verdade ante a qual um espírito sem prevenção tem de inclinar-se?”

⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade, Vol II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 27: “As democracias preenchem o necessário “mínimo procedimentalista” na medida em que elas garantem: a) a participação política do maior número possível de pessoas privadas; b) a regra da maioria para decisões políticas; c) os direitos comunicativos usuais e com isso a escolha entre diferentes programas e grupos dirigentes; d) a proteção da esfera privada.”

⁶¹ *Ibidem*, p. 28.

A falta das condições ideais de fala e de aplicação das regras do discurso são mitigadas na Justiça Restaurativa. No processo penal formal, a linguagem nem sempre é acessível às partes, a oportunidade para argumentar é restrita, às vezes suprimida (opiniões da vítima, *e.g.*), a resolução é dada por terceiro que irá avaliar o caso através das provas produzidas, ou seja, da verdade ficta do processo, etc. Ao revés, no processo restaurativo as partes tomam a argumentação e decisão para si, considerando internamente todos os fatores que eles próprios conhecem e mais os expostos pela parte contrária, sem que subjetividades fiquem de fora da comunicação, entre outras vantagens.

O consenso demonstra a pacificação social e a realização de democracia efetiva, devendo-se considerar, como se tem ressaltado, que sobre uma Justiça Restaurativa deve haver controle formal dos órgãos legitimados para atuar em casos de abusos, desvirtuamento do instituto e, também, na seleção dos casos possíveis de se abrir esta possibilidade de despenalização ou atenuação.

Não esquecendo que a restauração deve ser objeto de uma Política Criminal criteriosa para solucionar conflitos sociais focada em bases éticas e morais, além de buscar quando possível a sistematicidade aliada a soluções tópico-problemáticas quando necessárias, bem como nas consequências das suas intervenções.

Não existindo Política Criminal alguma no Estado ou sendo esta insipiente, como parece ser no caso brasileiro desde sempre, ressentir-se-á o sistema penal de uma sistematicidade, capacidade de coletar e mostrar resultados, além de buscar respostas a problemas novos e antigos. Todavia, não será por isso que a aplicação de instrumento capaz de gerar mais racionalidade e defesa de Direitos Fundamentais dos envolvidos deverá ser afastada.

5.1 Justiça Restaurativa: o exemplo a ser seguido do acordo através do discurso jurídico e da argumentação.

Como visto, esse modo extremado de Direito Penal que deixa de ser direito da liberdade para ser da segurança e que intervenha mais, com penas mais severas, deve ser deixado para a criminalidade grave e gravíssima, em crimes cuja reprovação e danosidade à sociedade seja insuportável, além de ser necessárias fortes intervenções.

Já para casos majoritários do sistema penal, de crimes quotidianos, de pequena ou média gravidade ou em que haja possibilidade de restauração indicada, com vistas a resolução de um conflito e satisfação entre autor e vítima, seja afastando ou atenuando a pena, deve-se intentar uma resolução menos gravosa e mais consentânea de resposta como a restauração.

Daí o desenvolvimento de modelo consensual de solução de crimes de forma pedagógica, ocasionando maior satisfação e menor reincidência. Visa também não retroalimentar a violência, com diálogo e horizontalização para cessar conflito existente. Através dos estudos apresentados, vê-se resultados da Justiça Restaurativa, tais quais: - inibe-se reincidência; - aumenta satisfação de ambas partes no sistema penal; - vítimas têm menor medo de sofrer crime pelo autor e ser novamente vitimizada; - sociedade mais segura.

Alia-se a isto a perspectiva interacionista, que propõe o problema da reação penal e não a ação social. A investigação dá-se na estigmatização, quer como selecionando pessoas ou como causando consequências a estas, como delinquência secundária. Para Hart: conceitos adscritivos conferem estigmas. Assim, o Theorema de Thomas e sua *self-fulfilling prophecy* indica que se a pessoa acreditar numa rotulação ou for estigmatizada em certa maneira aquilo irá se cumprir: a profecia que se auto cumpre.

Nos estudos do *labeling approach*, realça-se o defasamento quantitativo e qualitativo dos réus (e vítimas), além de rotulação de uns e não de outros, a depender das suas diferenças e estereótipos. Há interpretação retrospectiva para num pós-conceito fazer preconceito, além de cerimônias degradantes, despojando a identidade do sujeito, especialmente nas instituições totais. Com isso, deixa como legado científico o alargamento do criminologicamente relevante, até as instâncias de controle, uma revolução no pensamento político criminal. Há corrosão do modo de pensamento e das instituições, questionam-se os respeitáveis, as instituições de controle. Seus tópicos são, principalmente: descriminalização; não intervenção radical; diversão (diversificação) e *due process*.

Pode-se afirmar que não só a sanção, menos ainda a sanção penal, é a via para conseguir adesão ou dissuasão, como já em Hobbes:⁶² a coação via força física não é sozinha o sustentáculo do soberano, deve haver também poder de convencimento através da linguagem, ou seja, a persuasão e a educação.

Vemos da doutrina um esforço grande para buscar novas tendências e alternativas às punições, uma vez que admite sua falta de efetividade e, por vezes, utilidade, como nas palavras de Nogueira Neto, em que afirma ser a pena privativa de liberdade o instrumento que mais fracassou.⁶³ O discurso punitivo para ser efetivo deve levar à

⁶² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria forma e Poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 217.

⁶³ NOGUEIRA NETO, João Baptista. *A Sanção Administrativa Aplicada pelas Agências Reguladoras: Instrumento de Prevenção da Criminalidade Econômica*. Curitiba: 2005. Tese (Mestrado) UFPR. Segundo o autor: "Assim, a pena privativa de liberdade, instrumento que fracassou nos mais diversos países, na busca da ressocialização do criminoso, começa a ser substituída por mecanismos outros, como as alternativas assim mencionadas, e a descriminalização de condutas, tratando-as como sanções administrativas."

rápida resolução da controvérsia punitiva, o que dá mais confiabilidade na aplicação da sanção e aparente segurança. Pode-se verificar assim que, em que pese a discussão desse tema ser antiga, a sua atualidade é notória. Problemas antigos, muitas teses e livros escritos, porém poucos problemas resolvidos de fato.

Deste modo, também propugnando por valores a serem considerados quando da inovação legislativa na proposição de novas punições, Carvalho.⁶⁴ Noutra síntese esclarecedora sobre o tema, entretanto menos pragmática, Falcón y Tella apelam para a dialética, como aqui vista de forma argumentada, e análise multifatorial da punição estatal.⁶⁵

Visualizando cenário próximo ao demonstrado aqui e na busca por soluções práticas, Santana propõe interessantes alternativas como uma ordem penal internacionalmente unificada e intervenção mínima do Direito Penal, com ênfase na liberdade,⁶⁶ para ela, além da forma restaurativa, também na ação penal deve haver soluções consensuais,⁶⁷ céleres, etc. Outra vertente apontada pela autora é a diversão. Ela admite necessidade de soluções menos custosas, concorda que há excesso de legislação penal e que estado criou mais delinquência do que pode evitar.

⁶⁴ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, “Das exigências fundamentais inseridas na Constituição, inferem-se os limites traçados, por ela, para o Direito Penal. Não se pode olvidar que este, mormente em um Estado promocional, é, por natureza, um de seus instrumentos mais eficazes. [...] A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, é o valor expresso no princípio da humanidade do Direito Penal, que não pode deixar de ser considerado quando da criminalização de qualquer fato, etiquetado como socialmente agressivo, ou quando da cogitação de qualquer sanção criminal.”

⁶⁵ FALCÓN Y TELLA, María José, FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: existe um direito de castigar?* São Paulo: RT, 2008. p. 277: “a palavra-chave aqui seria o substantivo dialética. Com efeito, mais que o olhar numa única direção, haveria que ampliar o campo de visão e se dar conta de que estamos diante de um problema complexo que exige soluções igualmente complexas. Além disso, as respostas e soluções conciliatórias de várias doutrinas não se devem limitar a projetá-las como compartimentos isolados, mas como pólos em contínua luta e intercâmbio, de um modo dialético.”

⁶⁶ SANTANA, Selma Pereira de. A Justiça Restaurativa: um resgate, ainda que tardio, das vítimas de delitos. *Revista do CEPEJ*, Salvador, v. 1, 1988, p. 60: “Que direcionamento deve ser seguido? Entendemos que a solução se dirige por dois caminhos: o primeiro seria a busca de formas de uma política criminal comum, haja vista a evidência de que os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder aos desafios apresentados pela nova criminalidade; o segundo, não dar cobertura a uma “política criminal de segurança” em detrimento de uma “política criminal de liberdade.”

⁶⁷ *Ibidem*, p. 62: “No que se refere à ação penal, deve-se optar por um regime processual diferenciado (soluções diferenciadas, céleres e consensuais, por um lado, e formais e ritualizadas, por outro, para fenômenos diferenciados), advertindo-se, contudo, que, em qualquer nível da intervenção penal, a solução há de passar sempre pela afirmação dos direitos fundamentais.”

Modus in rebus, peça importante é a ponderação, não se tratar o sancionado como inimigo nem como único a ser protegido, mas tratá-lo conforme uma ponderação ao caso permita, sempre em conjunto com instrumentos que possibilitem a adequação da punição ou os meios de efetivá-la (na investigação ou processo) ao caso concreto. Aqui pode-se seguramente exemplificar o caso da adequada adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional pela análise de Bahia,⁶⁸ pela ratificação ao Tratado de Roma, em que pese trazer como uma de suas penas a de prisão perpétua.

As soluções para conflitos sociais como atos delituosos não devem ter acionamento no sentido “tudo ou nada” em relação ao sistema penal, ou estão dentro e seus autores vão sofrer graves consequências, ou estão fora e em nada o Estado atua. Medidas gradativas têm lugar de destaque na política criminal. Como exemplo disso, Santana: “*A inserção dos graus de culpa e culpa temerária, no Direito Penal brasileiro, seria uma iniciativa louvável, não só do ponto de vista da dignidade penal – uma vez que busca tutelar bens jurídicos –, como, outrossim, do ponto de vista da carência de pena*”.⁶⁹ No mesmo sentido de proporcionalidade, só que tratando-se de gradações de arsenal sancionatório, Rodrigues.⁷⁰

Por fim, como crítica geral ao Direito, podemos afirmar que não há certezas no discurso jurídico. Não pode ser visto como discurso que leve a verdades, dado seu caráter argumentativo e não demonstrativo, apenas a coisas verossimilhantes, que parecem verdades. Não há controle total de argumentos e premissas, o acordo nem sempre é obtido com saturação do discurso, há limitação de partes, tempo, etc. Mesmo as leis e princípios estão sujeitos a embates e questionamentos.

O discurso jurídico é caso especial, que tem limites úteis a ele próprio, mas que podem ser questionados também, se apresentarem-se razões para isto. Por vezes, os limites se impõem de forma inexorável, fazendo-se afastar bastante das condições ideais do discurso prático, o que é necessário para chegar a um fim. Tanto que dois tribunais podem decidir o mesmo tema de modo diferente, a depender de variáveis como argumentos, modo de apresentação, etc. Pressupõe-se uma única resposta correta apenas como parâmetro orientador.

⁶⁸ BAHIA, Saulo José Casali. O tribunal penal internacional e a Constituição brasileira. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador, n.9, p.64-75, jan./dez. 2001.

⁶⁹ SANTANA, Selma Pereira de. *A Culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 123.

⁷⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 42: “A sua edificação, dando cumprimento a certas premissas capazes de pôr em funcionamento um direito penal cujo interesse pelo autor do crime bem como a preocupação em diferenciar o arsenal sancionatório através da espécie e gravidade das sanções a aplicar são crescentes, é tarefa que caberá ao direito processual da medida da pena levar a bom termo. E só considerações de política processual penal poderão avaliar o êxito das soluções encontradas”.

Neste diapasão, mais uma vez o interessante caso da restauração através do consenso argumentado ultrapassa algumas limitações, neste caso do Direito como ciência social e não empírica, para adentrar em forma de solução de conflito que não obedece limites tão rígidos quanto num processo penal em trânsito. Assim, pode-se alterar procedimentos para chegar mais próximo às condições ideais do discurso. Apesar de não haver respostas corretas, há procedimentos a serem seguidos que otimizarão as soluções trazendo-as mais próximas do ideal, o que pensamos ser o caso da Justiça Restaurativa.

6. Considerações finais

Para os efeitos aqui pretendidos, passamos por questões relevantes como a forma da Justiça Restaurativa adequada e incentivada por teorias do Direito que visam um consenso entre pessoas ou na sociedade, através de argumentação e discurso fundamentado, gerando legitimação de decisões e normas sociais. Tudo sem perder de vista os valores no Estado Constitucional Democrático de Direito e sua especial axiologia dos Direitos Humanos e proteção à sociedade.

De sorte que, no campo da punição estatal e de medidas legitimadoras, necessário se fez a análise das consequências e da atual realidade posta pela atuação do sistema criminal em movimento, bem como de seu discurso no campo teórico e estatal, destacando-se as teorias da justiça e de legitimação do direito que aproximassem a teoria e prática sancionatória e penal a modelos mais consentâneos com os valores do nosso Estado, bem como consentidos e aprovados pela sociedade e partes, como é o caso da Justiça Restaurativa.

Para tanto, utilizaram-se argumentos e fatos produzidos por estudos sociais, criminológicos, de teoria do Direito, do Direito Penal e dos fins das penas, bem como análises dos problemas postos e das possíveis soluções ou minorações deles. Com o que damos por bem fundamentada a legitimidade e adequação do instrumento da Justiça Restaurativa, com especial atenção à forma com que irá ser posta no ordenamento e utilizada, de forma a não perder as características positivas vislumbradas por delineamento distorcido de suas funções, fundamentos e objetivos.

O discurso estatal no estabelecimento das punições e dos meios de efetivá-la deve corresponder ao que se vai alcançar de resultado com as escolhas feitas. Tanto que *“Para Bobbio, o grande problema não parece ser o de tomar uma posição quanto à sanção, bem porque é impossível um estudo 'neutro', mas sim de não explicitá-la”*.⁷¹

⁷¹ SALGADO, Gisele M. *Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio*. São Paulo: sn, 2008. Tese (Doutorado) PUC-SP, p. 36

Nesse entendimento, ou bem o Estado deve mudar seu discurso para revelar o que realmente ocasionam as escolhas feitas, e que seu discurso de bom moço e de respeitador e garantidor de direitos fundamentais na verdade é apenas fachada aos moldes de legislação simbólica, na acepção de Neves,⁷² ou então, mais coerente, assume o ônus inicial de adaptar suas ações no âmbito punitivo a uma mudança de paradigma na busca de um alinhamento com o discurso de proteção aos direitos fundamentais e busca de real controle social das condutas mais nocivas ao convívio.

Assim, deve o Estado, através de discussões e busca de consenso, com base na argumentação apresentada, inovar no uso de aparato punitivo e instrumental que cumpra ou tenda a cumprir melhor o seu papel de controle social, sem os antigos métodos (porém ainda em uso) de aumento de legislações punitivas, recrudescimento das punições, discurso paradoxal quanto ao papel cumprido pela legislação e tantos outros explicitados.

Isto representará quebra de paradigmas da utilização de sanções e meios de sua efetivação limitada a um discurso também paradoxal de garantia de direitos humanos, enquanto de fato, ao fim e ao cabo, termina por majorar o desrespeito aos direitos humanos, quer seja pelo Estado ou horizontalmente pelos cidadãos uns contra outros.

Não se diz com isso que se deve abrir mão de sanções penais nem utilizar meios de barbárie, mas sim que novas sanções e novo instrumental podem, com criatividade e respeito à pessoa, criar mecanismos de maior dissuasão a condutas mais ou menos perniciosas, além de buscar adesão à conduta mais ajustada ao convívio social, utilizando-se de meios que gerem maior satisfação, integração e pacificação sociais.

⁷² NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

Referências:

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha, Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BAHIA, Saulo José Casali. O tribunal penal internacional e a Constituição brasileira. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador, n.9, p.64-75, jan./dez. 2001.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BATISTA, Vera Malaguti. “A funcionalidade do processo de criminalização na gestão dos desequilíbrios gerados nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado”, in KARAM, M. L. (org), *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BEZERRA, Paulo César Santos. *A produção do Direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça*. Ilhéus: Editus, 2008.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- FALCÓN Y TELLA, Maria José, FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento e Finalidade da Sanção: existe um direito de castigar?* São Paulo: RT, 2008.
- FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro: 2003.
- _____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade, Vol II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria forma e Poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- HULSMAN, Louk e outros. *Conversações abolicionistas. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, vol IV.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARTINS, A. C. M.; OLIVEIRA, C. L. de. A Contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. *Revista Direito GV*. São Paulo, v.2, n.1 , p.241-254, jan-jun. 2006.
- MATHIESEN, Thomas e outros. “A caminho do Século XXI – Abolição, um sonho impossível?”, in PASSETTI, E.; SILVA, R. B. D. da. *Conversações abolicionistas. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, vol IV, p. 263-287.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. Inovações penais. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, v.2, n.2 , p.77-86, jul./dez. 1997.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- NOGUEIRA NETO, João Baptista. *A Sanção Administrativa Aplicada pelas Agências Reguladoras: Instrumento de Prevenção da Criminalidade Econômica*. Curitiba: 2005. Tese (Mestrado) UFPR.
- PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação (A Nova Retórica)*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- PINTO, Marília M. M. O Pensamento Filosófico de A. L. Machado Neto e a Nova Hermenêutica Jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da UFBA*, Salvador, v.37 , p.69-91, 1997/1998.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Madrid: Civitas, 1997.
- SALGADO, Gisele M. *Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio*. São Paulo: sn, 2008. Tese (Doutorado) PUC-SP.
- SANTANA, Selma Pereira de. *A Culpa temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. A Justiça Restaurativa: um resgate, ainda que tardio, das vítimas de delitos. *Revista do CEPEJ*, Salvador, v. 1, 1988.
- _____. “A Tensão Dialética entre os Ideais de “Garantia”, “Eficiência” e “Funcionalidade”, in Gamil Föpel (org.), *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973.

- TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da oportunidade : manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídica-constitucional*. Coimbra: Coimbra Almedina, 2000.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964.
- YACOBUCCI, Guillermo Jorge. “Los Desafios del Nuevo Derecho Penal”, in Gamil Föpel (org.), *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em homenagem ao Prof Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em Busca das Penas Perdidas: A Perda de Legitimidade do Sistema Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.