

A ENCRUZILHADA DO SISTEMA PENAL A ESCOLHA DE UM CAMINHO PARA A RESSIGNIFICAÇÃO DA PUNIÇÃO ESTATAL

THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM CROSSROADS
THE CHOICE OF A WAY FOR THE RESIGNIFICATION
OF STATE PUNISHMENT

LA ELECCIÓN DE UN CAMINO PARA LA
RESIGNIFICACIÓN DE LA PUNICIÓN ESTATAL

SUMÁRIO:

Introdução; 1. O paradigma clássico da ciência penal e sua transformação; 2. As perspectivas da transição paradigmática do sistema penal; 3. O paradigma restaurativo; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO:

O texto analisa o sistema punitivo, a partir do direito penal clássico, nas inconsistências referentes à inefetividade da pena, nos moldes ainda utilizados na maioria dos sistemas jurídicos. Trata também do fenômeno da expansão do direito penal, sempre com base no mesmo apelo baseado na expurgação e no sacrifício. E também aponta as tendências verificadas em recentes sistemas normativos que conjugam mais de uma área de cunho sancionador, subvertendo, muitas vezes as bases científicas de uma delas, como é o caso do direito penal e do processo penal. Conclui no sentido da necessidade de conjugar as soluções inovadoras, como o direito de intervenção, quando, em relação à criminalidade comum, de dano, sugere

Como citar este artigo:

GIACOIA, Gilberto,
BONAVIDES, Samia.

A encruzilhada do sistema penal a escolha de um caminho para a ressignificação da punição estatal. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 29, 2018, p. 225-246

Data da submissão:
16/10/2018

Data da aprovação:
10/12/2018

1. Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP – Brasil

2. Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP – Brasil

a adoção da técnica da justiça restaurativa, pela necessidade de ressignificação do sistema penal.

ABSTRACT:

The text analyzes the punitive system, based on classic criminal law, in the inconsistencies related to the ineffectiveness of the sentence, in ways still used in most legal systems. It also deals with the phenomenon of the expansion of criminal law, always based on the same appeal based on expurgation and sacrifice. It also points to trends in recent regulatory systems which combine more than one sanctioning area, often subverting the scientific basis of one of them, such as criminal law and criminal procedure. It concludes that there is a need to combine innovative solutions, such as the right to intervene, when, in relation to common crime, damage suggests the adoption of the restorative justice technique, due to the need to re-signify the penal system.

RESUMEN:

El texto analiza el sistema punitivo, a partir del derecho penal clásico, en las inconsistencias referentes a la ineffectividad de la pena, en los moldes aún utilizados en la mayoría de los sistemas jurídicos. Se trata también del fenómeno de la expansión del derecho penal, siempre con base en la misma exhortación basada en la expurgación y en el sacrificio. Y también apunta las tendencias verificadas en recientes sistemas normativos que conjugan más de un área de cuño sancionador, subvirtiendo, muchas veces las bases científicas de una de ellas, como es el caso del derecho penal y del proceso penal. Concluye en el sentido de la necesidad de conjugar las soluciones innovadoras, como el derecho de intervención, cuando, en relación a la criminalidad común, de daño, sugiere la adopción de la técnica de la justicia restaurativa, por la necesidad de resignificación del sistema penal.

PALAVRAS-CHAVE:

Sistema penal. Ressignificação. Direito de intervenção. Justiça restaurativa.

KEYWORDS:

Criminal Justice System. Resignification. Right to intervene. Restorative justice.

PALABRAS CLAVE:

Sistema penal. Resignificación. Derecho de intervención. Justicia restaurativa.

INTRODUÇÃO

A crise penitenciária vivida pelo país, no início de 2017, nos dias mais sangrentos e violentos desde Carandiru, tornou claro, mais uma vez, o equívoco na utilização desta forma de infligir punição, e a necessidade de repensar o significado que tem o castigo (a pena), como retribuição ao *mal* representado pelo crime.

O excesso de punição agrava a questão penitenciária, e aquele acontece porque os sistemas penais tendem a se tornar mais rígidos, vez que não adotam caminhos alternativos, enquanto as demandas não param, em razão do uso de novas tecnologias e, também, como está acontecendo neste momento, o surgimento da necessidade de proteção dos bens supraindividuais. Tudo isso impacta no comportamento e consequentemente na regulação estatal.

No meio disso, só se observam tendências de aumentar o encarceramento, não havendo, de maneira notável, sinal de mudança significativa em relação à utilização da pena privativa da liberdade, ou seja, de alternativas à prisão, apesar da constatação cada vez mais clara de que ela falhou como método de solução de conflitos ou forma de preveni-los.

Mas, historicamente a preocupação teórica foi contínua em relação aos fundamentos e limites do direito penal, às garantias da liberdade, as delicadas e intrincadas questões relativas à culpabilidade, no intuito de salvaguardar as pessoas em relação às injustiças penais, quer por meio do direito penal e do processo penal.

Neste momento, via de regra, o direito penal não cumpre seu papel, nem pelo que era defendido pela teoria clássica (retribuição), ou pela teoria moderna (ressocialização e prevenção individual e geral), acontecendo o mesmo excesso em relação ao direito de punir, e, ainda, a relativização do sistema de garantias.

Portanto, não foi possível humanizar o sistema penal, que continua sendo o lugar do sacrifício (pena/punição) e da desigualdade, sem perspectiva de ressocialização, representando um nicho de regras destinadas a impingir temor e se manter como um referencial para dissuadir práticas

desviantes, sempre pelos padrões ideológicos de dominação, que se ancora na ideia de proteção de bens jurídicos, o fazendo apesar das pessoas, sem se importar com elas no aspecto emocional, psicológico e até biológico.

Então não se trata de proteção dos direitos humanos dos condenados ou dos acusados em detrimento das vítimas, como se costuma afirmar, porque claramente não é isso que acontece, na medida em que o cenário é de falta de preocupação com qualquer pessoa, não importa o tipo de sofrimento vivenciado, ou a posição na cena delituosa (agressor ou vítima).

Prevalece o consenso em torno das virtudes do direito penal e de suas potencialidades de rearranjar o espaço social, com uma constante solicitação de mais arrocho e pressão, de modo a conjugar fatores que influenciam o imaginário popular (direito penal simbólico) fortalecendo um convencimento de que os meios desumanos e violentos são ou únicos possíveis para enfrentar a criminalidade, a falta de segurança, a violência urbana, transmitindo a ideia de tudo ser consequência de causas naturais, e não sociais ou culturais.

Diante disso, este artigo foi dividido em três partes: a primeira sobre as questões relacionadas ao paradigma clássico e da sua mudança, abordando esta transformação em paralelo à teoria do bem jurídico e do *harm principle*, com vistas a concluir que isso se deve muito ao momento atual, diante da complexidade da estrutura social, com aumento expressivo dos problemas coletivos e os efeitos da globalização, num mundo de riscos aumentados, sem propostas novas de enfrentamento, e sua viabilidade, além da carência de reflexões sobre a ressignificação do sistema.

A segunda se ocupa das possibilidades e perspectivas que se abrem com e apesar da expansão do direito penal, e as formas como a ciência penal vem recepcionando esta nova realidade. Por isso as tendências que são observadas, apontam para um sistema que se distingue do clássico e também do moderno, por ser multifacetário e privilegiar o encaminhamento das questões de maneira mais adequada, ou seja, diversificadamente. Por isso que as técnicas compartimentadas de um determinado ramo do direito, se apresentam conjugadas, visando maior efetividade.

A terceira mostra o paradigma da restauração, a justiça restaurativa, como uma alternativa de ressignificação e alternativa ao sistema punitivo. Com elementos para compreensão do que move os seus estudiosos do tema, que tem se expandido no mundo, nos últimos 30 anos, e também

um pouco mais recentemente, no Brasil. O objetivo é chamar a atenção para os sistemas multifacetários frente aos problemas complexos, em relação aos quais o sistema criminal não tem conseguido dar respostas satisfatórias.

1. O PARADIGMA CLÁSSICO DA CIÊNCIA PENAL E SUA TRANSFORMAÇÃO

A ciência penal praticamente se desenvolveu durante o iluminismo e pelo consenso sobre a necessidade do cuidado maior em relação a alguns bens, ou como diz Silva Sánchez, o direito penal é um “instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes”(2013, p. 33).

Welzel atribui a ela o sentido de ciência prática, não apenas pelo fato de se colocar a serviço da administração da justiça, mas, num significado mais profundo, de ser uma teoria do agir humano justo e injusto, conferindo-lhe uma função criadora, que não se limita a repetir as palavras da lei ou a traduzir-lhes o sentido estático, ou mesmo a vontade histórica do legislador, ou seja, “una ciencia penal reconocidamente valorativa y esencialmente crítica, que no rehuya su innegable responsabilidad política” (*apud* MIR PUIG, 2007).

Mesmo nesta abordagem clássica, a justificativa da intervenção penal sempre foi vinculada à seletividade, no sentido de reservar sua atuação para coibir os comportamentos humanos mais graves e nocivos à sociedade, porque capazes de colocar em perigo valores fundamentais à convivência coletiva.

Segundo Zaffaroni este “saber jurídico penal se desenvolveu em torno do exercício do poder punitivo no seio da cultura europeia, logo planetarizada com o colonialismo, o neocolonialismo e a globalização”(2002, p. 11)¹.

Foi por meio do eixo punitivo, na visão dele, que se hierarquizaram as sociedades europeias, e essa corporativização vertical propiciou a difusão pelo planeta do poder político e econômico das nações europeias.

O paradigma até então era o da tutela de direitos subjetivos, para conter o arbítrio do Estado, limitando o *jus puniendi*, como decorrência do que acontecia anteriormente, para fim de contenção do poder estatal, que é também fonte de violência. São representantes deste período e

ideias iluministas, plasmando o direito liberal clássico no campo penal, Cesare Beccaria, Montesquieu e Carrara.

Até esta fase, a lógica de toda reflexão que inspirava os modelos jurídicos instituídos para os cidadãos europeus, fundava-se na visão de centro, o que frequentemente, provocava inaptações ou inconsistências de parametrizações, se exportando para a periferia aquilo que nem sempre se ajustava à sua própria realidade histórico-social.

De qualquer modo, até hoje os valores individuais são importantes, inclusive no caso brasileiro, com mais ênfase após a Constituição de 1988, no sentido de estar a dignidade da pessoa no seu núcleo duro, servindo de alicerce a toda ordem jurídica, quer axiologicamente falando, quer no âmbito do direito posto. Assim, o direito penal se consolidou com duas finalidades: a proteção de direitos subjetivos e garantia para os cidadãos contra a intervenção estatal.

Vem daí que o direito penal tem estrita relação com o exercício do poder, e isso desde sua concepção científica no iluminismo, que só começo a se deslegitimar com a alteração da dinâmica social a partir da revolução industrial.

Mas não há como negar que todo esforço e os avanços em relação à contenção do poder estatal, consiste num repositório de conhecimento científico que não pode ser ignorado, devendo ser considerado sempre como ponto de partida, do qual não se pode abrir mão salvo se, como pontua Zaffaroni (no prólogo da obra de Nilo Batista), houver “perda da perspectiva histórica”, e ainda complementa:

Em nossos dias, a expansão do poder punitivo não reforça o poder real dos senhores do antigo regime, que já não existem, nem o dos governantes do presente. O paradoxal é que impulsionam poderes políticos impotentes que, diante da impossibilidade de resolver os problemas reais, pretendem ocultar a escassez de seu poder e a deterioração de sua ação política, projetando uma imagem de eficácia ordenadora com leis que acrescentam o espaço de arbitrariedade punitiva das agências policiais que, deste modo, se autonomizam e enfraquecem ainda mais o já minguado poder meramente gerencial dos governantes do momento. (2002, p.12).

Essa pauta da transição do paradigma clássico torna-se importante no momento em que os penalistas observam a degeneração do saber

jurídico-penal, este transformado numa técnica pragmática que cumpre papel burocrático, e que, inclusive, relativiza as duas mencionadas finalidades antes mencionadas, em nome do avanço da complexidade.

Mas a questão é como isso aconteceu: se apesar dos cientistas do direito ou por meio deles. É importante perscrutar como se deu o esgarçamento dos consensos, ou como ocorreu a manipulação na sua formação. Essa resposta pode talvez ser buscada quando se faz a análise da evolução do conceito de bem jurídico. Nessa linha talvez seja possível projetar o quanto da ciência penal pertence a ela própria, ou quanto teve de outras influências.

Principalmente o relevo se apresenta justo neste momento histórico do processo penal, no qual se preconiza, entre outras coisas, o retorno da vítima ao processo, porque ela teve até aqui, e por muito tempo, seu lugar assumido pelo Estado e pela pena pública.

Foi o interregno da história do direito penal, como instrumento de proteção de bens jurídicos, que retirou a vítima do processo punitivo, e isso pode ter contribuído para a exacerbação dos discursos legitimando a elaboração das consequências penais, sem um suficiente respaldo da elaboração teórica. Então o Estado assumiu as *dores da vítima*, no lugar da vingança privada, focando mais na reprimenda exemplar e não na forma justa de aplicá-la, abandonando reflexões que poderiam conduzir a um sopesamento proporcional, se corretamente refletidas as causas: sociais, culturais e econômicas, que concorrem para os comportamentos desviantes.

Como o corpo social, por razões óbvias, tem uma tendência de se identificar mais com a vítima do que com o agressor, sempre houve a dificuldade de assimilação do processo penal como expressão de garantias para o acusado, e do direito penal como contenção do poder punitivo do Estado, haja vista o recentíssimo momento vivido pelo país, em que tem crescido a autorização para a violência, para respostas violentas no enfrentamento da violência urbana.

Mas, neste momento em que existe o reclamo pelo retorno da participação da vítima, não se pode criar expectativas, mas o fato é que, a cada modelo procedimental correspondem os seus respectivos protagonistas. Se a vítima retorna, deve existir uma técnica procedimental que lhe atribua um papel. Não se pode continuar a reproduzir a mesma forma de

solução construída em torno da teoria da proteção ao bem jurídico, sendo este um aspecto que precisa ser objeto de proposições, para se analisar até onde pode e como pode ser reformulado o direito penal e também o processo penal.

Helena Regina Lobo da Costa, no artigo *Considerações Sobre o Estado Atual da Teoria do Bem Jurídico à Luz do Harm Principle*, aludiu ao fato de que o movimento de expansão do direito penal tem como características tanto “a criação de novos âmbitos de incriminação como a diminuição ou supressão de garantias materiais e processuais” (2012, p.135)², e que houve um esvaziamento do bem jurídico.

Cita Jakobs, para quem o bem jurídico não é pressuposto material para a criminalização da conduta, importando sim a confirmação da validade das expectativas normativas, numa construção que conduz à eliminação da sua função, enquanto que para Amelung, teria uma função apenas interpretativa (COSTA, 2012, p. 136) .

Ocorre que, nesta linha desenvolvida por ela, o bem jurídico cumpriria uma função de impor ao Estado limites materiais à criminalização, não existindo ainda uma alternativa mais eficiente que a teoria construída em torno dele, e que Claus Roxin admite criminalização na ausência de um bem jurídico subjacente, o que possibilita o alargamento da possibilidade e justifica novos âmbitos de criminalização, relativizando o conceito de bem jurídico (COSTA. 2012, p. 137).

No que concerne a Hassemer, Helena Costa (2012, p. 139) pondera a partir dele que a ameaça ou a lesão a um bem jurídico é um limite e não um fundamento para criminalização.

A teoria do bem jurídico e também o *harm principle*, o primeiro nos países da *civil law* e o segundo nos da *commom law*, não conseguiram conter a intervenção estatal face a pessoa, diante do movimento expansivo do direito penal, devendo ser refletido porque isso aconteceu nos dois sistemas, mas que tudo indica não ser um problema dos institutos e sim do contexto, como consequência das características da sociedade contemporânea (COSTA. 2012, p. 147).

Então a crise não estaria relacionada à estrutura ou ao próprio conceito da teoria do bem jurídico, dizendo ela que:

Da mesma forma, a argumentação jurídica eficiente no sentido da imposição de limites ao direito penal, firmada em um

modelo cientificamente convincente, também pode repercutir no âmbito político e social, alargando o próprio espaço de argumentação, amadurecendo as bases do discurso e enfraquecendo o modelo fácil, porém desastroso, do direito penal simbólico (COSTA. 2012, p. 149).

Isso conduz a que, dentre as explicações para a crise que força a mudança de paradigma, estão os efeitos do atual momento, numa complexa e variada gama de novas condições para enfrentamento dos problemas coletivos, e os próprios efeitos da globalização, numa mundo de muitas situações de risco, mas há necessidade de reflexões em torno da reformulação e ressignificação do sistema.

2. AS PERSPECTIVAS DA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DO SISTEMA PENAL

O que se tem experimentado, a partir do desdobramento do caráter fragmentário do direito penal, que se funda no princípio da intervenção mínima ou da *ultima ratio*, para instigar ideias minimalistas e também abolicionistas, é um movimento de deslegitimação do modelo punitivo clássico, pelo viés expansionista, tendo em conta as demandas determinadas por uma sociedade de riscos, na expressão de Ulrich Beck (1998).

Por isso a crescente edição de novos corpos normativos que carecem de sistematização, e que abarcam medidas de ordem penal sem preocupações com o sistema de garantias, se assentam em construções teóricas cuja justificação são as novas necessidades, ou seja, um novo direito penal.

Desse modo, o fenômeno expansionista procura fazer frente aos perigos produzidos na vida social, muito perturbada por acontecimentos das mais diversas ordens, produzindo afetação coletiva, e é o direito penal que assume então a estratégia da *gestão de riscos*, com a incumbência de diminuí-los e a responsabilidade de conter a violência urbana, assumindo por completo a defesa da segurança pública e, cada vez mais, por meio de critérios utilitaristas e pragmáticos de segurança jurídica.

Daí pensarem os penalistas dessa fase numa nova formulação ética, e não propriamente na concepção do que é o mal em si, mas no prognóstico do que poderá vir a gerar um mal (JONAS, 2006), influenciando no direito penal a ideia de antecipação de proteção e tutela de novos bens, compatível e proporcional ao aparecimento de novas demandas. Observa-

-se a ênfase ao paradigma de preponderância preventiva, que não escapa à crítica, especialmente quanto à sua atuação como *prima ratio*.

Caberia já neste momento lembrar que, diferentemente do que até então se pensava, o público nem sempre se confunde com o estatal. Público é o que interessa a toda a coletividade, e não apenas ao Estado, enquanto personalidade jurídica própria, e que subsistam dois regimes jurídicos diferentes (público e privado), cujas esferas não se excluem, pois são complementares de forma interdependente e não excludente.

Ora, da mesma maneira que na esfera privada, não se cuida de direito absoluto ao egoísmo, já que mesmo a ela a ordem jurídica impõe limites de natureza pública, e o sistema jurídico necessita desenvolver elementos que assegurem o resguardo do interesse público visando fortalecer a relação entre o direito, a ética e a política.

Neste ponto de aproximação das esferas público/privada, conjuga-se bem a doutrina da ponderação dos princípios, regras e valores, tão bem orientada por Alexy, quando afirma que o que deve regular essa relação entre o público e o estatal - e também a relação público-privada - é o balanceamento de valores, pelo princípio da proporcionalidade e também o da razoabilidade. Para ele, a aplicação da norma jurídica deve contemplar, simultaneamente, todos os possíveis princípios jurídicos que tenham adequação ao caso concreto, graduando-os, proporcionalmente, conforme uma escala de importância (ALEXY, 2001).

Embora esta proposta não consiga escapar da crítica de ser impossível a ponderação de vários princípios diante da mesma situação fática, ainda assim é bastante útil à compreensão da contemporaneidade, e necessidade da especial tutela de algumas situações em que, por exemplo, haja mais de um interesse em jogo.

Esse exercício de aproximação, decorrente de uma maior comunicação entre as entidades jurídicas, tem se mostrado de fundamental importância para a maior eficiência da tutela estatal, notadamente em relação a bens que reclamam uma intervenção preferencialmente preventiva.

É que uma concepção do sistema penal, que se vincule à ideia da prevenção, terá sempre como contraponto os discursos inflamados explorando a ideia de insegurança social, com vistas ao recrudescimento de um sistema acentuadamente punitivo e repressivo, que admite a restrição ou atenuação de garantias.

Tudo isso situa esta questão numa convergência comum da crítica: a necessidade de ampliação do campo de atuação ou de visão do direito penal. De um lado, pelo processo de endurecimento das leis incriminadoras, com redução de garantias, e, de outro, a assunção da ideia fundante dos sistemas penais paralelos, ou, ainda, de sistemas paralelos que ocupem espaços antes reservados apenas ao sistema penal tradicional ou ao direito penal clássico.

O viés interventivo se aproxima mais da ideia de um direito penal intermédio, que assimile a dinâmica de uma espécie de direito administrativo sancionador, como se pode observar neste tipo de regramento. Insistem em abarcar conteúdo penal como se fossem regulamentos administrativos, gerando efetivamente tensão entre os diferentes ramos, os quais reclamam dessa mesma tendência expansiva.

Nesse ponto da análise são importantes os ensinamentos da Escola de Frankfurt, em especial no que toca ao direito de intervenção, tal como fez Hassemer, no enfrentamento da crítica ao direito penal moderno e sua expansão no contexto de uma sociedade de riscos, como cogitado no modelo de um direito penal de emergência, entendendo ser insustentável a forma como hoje ele se apresenta.

Segundo sua concepção, o direito penal dos novos tempos deveria ser marcado pela criação de tipos penais cujo escopo seria a proteção dos bens supraindividuais, de imprecisa definição, surgindo, assim, com abundância, normas penais que criminalizam condutas de perigo abstrato. Nessa perspectiva, observa-se uma crise do direito penal, de base liberal, que passa a ser um instrumento de controle de macro-problemas sociais ou estatais, veiculando punições à criação de perigos e não de lesões a bens jurídicos, tendo por finalidade prevenir situações problemáticas e não mais à proteção desses bens (TOMILLO, 2008, p.39).

Por isso mesmo é que Hassemer prega a ruptura do direito penal clássico, em relação ao direito penal moderno, porque aquele seria

dotado de um núcleo essencial, dentro do qual estariam inseridas as tradições democráticas da determinação da proibição, da subsidiariedade do direito penal e da lesividade como inerente ao comportamento, de modo que, de regra, as normas penais veiculavam proibições sobre condutas ocasionadoras de um dano real e efetivo a um bem jurídico, havendo, no entanto, uma ruptura entre este direito penal clássico e

o direito penal moderno, a ocasionar problemas específicos. Nessa linha, é identificada uma tentativa de transmutar o direito penal, a fim de que ele atinja finalidades precipuamente preventivas e de orientação pelas consequências, segundo a qual é veiculado como um meio para obtenção de sensibilização das pessoas, sem que, contudo, seja indagado acaso se afigura enquanto instrumento jurídico adequado para intervenção (HASSEMER, 2003, pp. 55/58)

Não é por outra razão que Silva Sánchèz, ao se ocupar do expansionismo do direito penal, embora não seja adepto desta escola, tenha manifestado concordância com os pressupostos problemáticos que justificam a proposta de criação do direito de intervenção por Hassemer, sob a nomenclatura de direito penal de segunda velocidade (SÁNCHEZ, 2003, pp. 183/184).

Em Portugal, Jorge de Figueiredo Dias identifica a existência desse direito de mera ordenação social como incongruente com o movimento de minimização do direito penal, porque assim ele passou a cuidar de questões que eram antes objeto exclusivo do poder de polícia da administração pública. Esse direito de mera ordenação social seria, segundo sua compreensão, análogo ao direito das contravenções penais, considerado um direito penal secundário, com maior amplitude nesse momento de expansão do direito penal, fundamentando propostas como a do direito de intervenção (DIAS, 1999, p. 171).

Hassemer sustenta que se deve conter uma desenfreada expansão do direito penal, ganhando força a já anotada tendência para um direito penal intermédio, isto é, a transferência para o direito administrativo, ou administrativo sancionador, de parcela da tutela penal, que ele propõe pela via do chamado *direito de intervenção*, para afastar do âmbito do direito penal problemas que, a rigor, não lhe pertencem, mas sim ao direito administrativo, civil, e também ao mercado e às próprias precauções da vítima, por meio dos quais a tutela se daria de forma mais adequada (HASSEMER, 2003, p.64).

É o reconhecimento, por ele, da necessidade de se desenvolver teoria voltada a criação de uma via alternativa sancionadora (o denominado direito de intervenção), em razão da incapacidade, inerente ao direito penal, de tratar determinados assuntos, diante da inaptidão dele agasalhar direitos supraindividuais, passando para este direito intermédio a

tutela, quando possível funcionalizar estes bens com relação aos bens individuais, para que seja reservada ao direito penal a proteção dos bens jurídicos relacionados à civilização, ocupando-se de condutas individuais que efetivamente causem lesão ou perigo concreto para o bem jurídico (crimes de dano).

Portanto, seu conceito de direito de intervenção está diretamente ligado à ideia de criação de novos bens jurídicos coletivos vagos, viabilizando a incriminação de meros perigos abstratos. Um direito mais faticamente permeável a corresponder aos problemas da sociedade moderna, de forma não abolicionista, porque não prega o fim do direito penal, mas a redução do seu campo de atuação, contendo o expansionismo.

Há esta proposta de um sistema penal alternativo, como sugerida por Hassemer, que não escapa a severas críticas, como a de Schünemann, ao considerar que a tese do direito de intervenção é excessivamente individualista, visto que conforma a teoria do bem jurídico-penal orientada à proteção de bens individuais. Para Schünemann, o direito penal deve ser modernizado, de modo que possa atender as novas necessidades sociais, considerando que a criminalização de condutas de perigo abstrato é uma necessidade atual, que decorre da própria dinâmica das relações sociais massificadas, e pouco se dão entre dois indivíduos definidos (SCHÜNEMANN, p. 18).

De outro lado, autores como Tiedemann, também defendem a modernização, preconizando a possibilidade de que os bens supraindividuais tenham supremacia sobre os bens individuais (TIEDEMANN, 2007).

O que fica bem claro é que há necessidade de um enfrentamento criativo, neste momento, e parece irreversível considerar a aproximação entre diferentes ramos tradicionais do direito, por exemplo, direito administrativo e direito penal, direito processual civil e processual penal, ou até mesmo entre diferentes campos da ciência: psicologia e direito ou sociologia e direito. Isso reporta à superação da clássica divisão tanto dos institutos jurídicos, como dos campos do saber, que não podem mais permanecer em compartimentos estanques, muitas vezes incomunicáveis, o que na conjuntura globalizante atual, compromete a efetividade.

É certo que esse fenômeno acaba por provocar consequências práticas que demandam algum esforço hermenêutico, carecendo ainda de sistematização. Com efeito, pode-se facilmente observar que algumas

normas que passaram a integrar nossa ordem jurídica, especialmente a partir dos últimos anos do século passado, possuem afinidades e projetam efeitos plúrimos, cuidando-se de regramentos que interagem de forma complexa, e seu campo se projeta para além do mundo jurídico, dado seu conteúdo mais social que formal. Dentre os elementos que estabelecem essa aproximação está, por excelência, o de cunho sancionatório da legislação em correspondência às hipóteses de responsabilização. Exemplos aqui no Brasil não faltam: a lei de improbidade administrativa, diploma destinado à tutela da administração pública, mais recentemente, a lei anticorrupção, com igual propósito, mas voltada à responsabilização de empresas por atividades lesivas ao erário.

Essa aproximação é observada pela doutrina, no sentido de que esta integração normativa compõe um mesmo feixe regulamentador voltado, neste caso, à proteção da administração pública. São corpos normativos distintos, mas, cronológica e estruturalmente, devem ser compreendidos e interpretados num microsistema, para aplicação sistêmica, sendo interessante ler a respeito o que diz Ricardo Dip (2014, p. 258).

Outro exemplo a ser analisado, parte do estudo de Ana Carolina Carlos de Oliveira, ao examinar, em momento que antecedeu a lei anticorrupção (Lei 12.846/2013), as leis de improbidade (Lei nº 8.429/1992) e a de combate à lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98, com as duas últimas alterações da Lei n. 12.683/12). Segundo ela, tais textos apresentam características de direito de intervenção, desde que devidamente sistematizados.

Interessantes suas ponderações para demonstrar aquilo que se pretende aqui, a aproximação do direito penal ao direito administrativo e, em consequência, o trânsito capaz de viabilizar uma via alternativa, ainda que interpretativa, mas conciliadora no sentido de uma melhor sistematização e compreensão dos institutos envolvidos na implementação de diplomas dessa natureza (OLIVEIRA, 2012, p.188).

Ideias criativas, que se constituem em outros enfoques podem vir a se constituir uma terceira via, que adapte o sistema de controle às exigências contemporâneas, sem necessariamente prescindir dos princípios e garantias quando se tratar de enfoque estritamente relacionado ao direito penal, uma vez que estes devem permanecer incorporados a ele, enquanto os espaços de soluções alternativas devem operar numa outra lógica.

Aponte-se, ainda, a evolução, a partir do direito penal, de um paradigma repressivo para o restaurativo, que é também útil a essa linha reflexiva sobre as tendências que vêm sendo observadas e testadas em projetos pioneiros no mundo e no Brasil, o que será enfrentado nessa próxima parte do artigo.

3. O PARADIGMA RESTAURATIVO

A chamada justiça restaurativa é, na verdade, algo que vem como alternativa que se contrapõe à concepção tradicional da justiça penal, de caráter retributivo. Compreende uma visão de justiça propondo novo paradigma tanto de objetivos da justiça, quanto da própria definição de crime.

Enquanto, na linha do analisado até aqui, a doutrina clássica se constituiu em torno da teoria do bem jurídico, para os sistemas da *civil law*, ou do *harm principle*, para os sistemas da *common law*, ambos fincados na ideia de punir (aplicar uma pena e retribuir o mal praticado, quer pela violação da norma ou pelo reconhecimento deste poder a ser exercido sobre aqueles que agem de forma desviante), na visão restaurativa, o crime passa a ser concebido como violação à pessoa e às relações interpessoais.

Então, na justiça tradicional, há a centralidade das figuras do Estado, da pena e da atribuição de culpa, tudo na linha de compensar a consequência do delito. Mas na *troca de lentes*, como sugeriu Howard Zehr, que plasmou esta expressão, título de sua obra que é referencial neste assunto, traz uma ideia de *visão diferente*, quer dizer, de uma *forma de compreensão das coisas por outros ângulos*, e que foi construída pela observação criteriosa de alguém de gosto de fotografar (ele próprio).

Zehr utiliza a expressão *troca de lentes*, para anotar que, no campo do direito penal, a escolha da lente, ou do quadro mental de interpretação dos fatos, altera aquilo que se enxerga, não só do ponto de vista da interpretação dos fatos, como das consequências jurídicas que devem ser impostas (ZEHR, 2014, pp. 167/168) a respeito do ato delitivo e de suas consequências, pois, segundo ele é necessário tirar o “crime de seu pedestal abstrato”, e compreendê-lo “da forma como nós o vivenciamos como um dano e uma violação de pessoas e relacionamentos” (ZEHR, 2014, p.170/171).

Como nesta perspectiva, por ele construída, o crime é “uma violação do justo relacionamento que deveria existir entre indivíduos”, não se pode

dissentir de que “tem ainda uma dimensão social maior”, porque seus efeitos reverberam como ondas, afetando muitos outros indivíduos”, vindo daí o interesse da sociedade no resultado, e também ela tem um papel a desempenhar, mas, diz ele, que em primeiro lugar é “uma ofensa contra as pessoas, e é delas que se deve partir” (ZEHR, 2014, p.172).

A visão daqueles que procuram enxergar outros aspectos da criminalidade, sob a perspectiva inclusive da experiência vivida pela vítima, é importante para diversas reflexões. Realmente, na linha do que ele pondera, e focando nas pessoas, suas emoções e sentimentos, não é difícil deixar de concordar que, um ataque violento que alguém sofre, tem uma amplitude e intensidade (ex: crime de estupro), mas ele ainda ressalta outro aspecto que pode não ser percebido, ou seja, “ignoramos é que as vítimas de agressões menos graves podem ter reações semelhantes” (ZEHR, 2014, p.23), no sentido de que todas ficam igualmente confusas, impotentes, temerosas e vulneráveis.

Experimentam novas e intensas emoções como: raiva, culpa, suspeita, depressão, ausência de sentido, dúvidas e arrependimento (ZEHR, 2014, p.20). Isso porque o crime acaba por romper “com o sentido de ordem e significado”. Por isso as vítimas procuram explicações (“Por que isso aconteceu a mim? O que eu poderia ter feito para impedir?”) (ZEHR, 2014, p.24).

A recuperação das vítimas tem fases: da retratação à reorganização. E o que é preciso para que isso aconteça de forma completa, só mesmo a vítima pode dizer, responder pelas suas necessidades, que normalmente incluem ressarcimento das perdas: prejuízos financeiros e outras formas de reparação dos danos materiais e psicológicos. Mesmo diante de situações materialmente irrecuperáveis, há maneiras de suavizar a perda, e também existe a reparação simbólica. Tudo é muito importante, como ressalta Zehr, porque, segundo ele a “justiça pode ser um estado de coisas, mas é também uma experiência, e deve ser vivenciada como algo real” (ZEHR, 2014, pp. 25 a 28).

E reforça a importância de recuperação do significado, que constitui uma necessidade humana básica, sendo que este caminho também a “busca de significado” (ZEHR, 2014, p.28).

Quanto a justificação histórica, experimentos e experiências que possam ter legado este referencial, Zehr lembra que “dois povos fizeram

contribuições profundas e muito específicas às práticas nesse campo: os povos das primeiras nações do Canadá e dos Estados Unidos e os Maori da Nova Zelândia” (ZEHR, 2014, p.256), sendo a justiça restaurativa “um modo de legitimação e resgate dos elementos restaurativos das nossas tradições – tradições que foram frequentemente desprezadas e reprimidas pelos colonizadores europeus”. E ainda:

No entanto, a justiça restaurativa moderna não é uma simples recriação do passado, mas sim adaptação de alguns valores, princípios e abordagens dessas tradições combinados com a moderna realidade e sensibilidade quanto aos direitos humanos. Colocando de outra forma, um juiz maori de uma vara de menores da Nova Zelândia me disse uma vez que minha abordagem de justiça restaurativa era uma forma de articular os elementos-chave de sua própria tradição de modo que fossem compreensíveis e aceitáveis para um ocidental (ZEHR, 2014, pp. 256/257).

Cuida-se então de um procedimento de aproximação, uma relação dialógica (direta ou indireta), consensual e voluntária entre vítima, ofensor e comunidade. Proporciona-se, dessa forma, a identificação das necessidades de cada uma dessas partes, tem foco nos danos e necessidades da vítima, da comunidade e do ofensor, trata das obrigações resultantes destes danos (obrigações de todos), utiliza processos inclusivos e cooperativos, e busca efetivamente corrigir os males.

Por meio dessa proposta que visa um caminho diferente, para além da justiça criminal, justifica-se também a busca pela ressocialização do ofensor, como um meio dele reconhecer seu erro, assumindo a responsabilidade pelas consequências do seu ato. Neste aspecto buscar recompor, promovendo a *cura* das consequências do delito, num exercício quase terapêutico.

O modelo tem melhor adequação ao sistema da *common law*, devido a seu inerente princípio da oportunidade, sendo que no Brasil o sistema é menos flexível à justiça restaurativa, diante de princípios jurídicos regentes, que resistem a técnicas como a restauração para evitar a punição estatal clássica, diante da indisponibilidade da ação penal, o que é um entrave às ações compositivas como a conciliação, a mediação e os métodos restaurativos, que podem ocorrer mediante determinadas técnicas.

Não é difícil observar que Howard Zehr defende um sistema de jus-

tiça que também utiliza de uma construção que se situa numa zona intermediária, mediante nova formulação de enfrentamento das questões penais, que ele procura demonstrar ser mais eficaz que o tradicional, conforme expressam dados estatísticos coletados em pesquisas de ativação desse canal (SANTANA, 2010, p. 204) de modo a fraturar o limite conceitual tricotômico na teoria do crime, introduzindo a vítima dentro de um sistema que a tinha como quase invisível ou transparente.

A lei penal, cuja aplicação desencadeia o paradigma retributivo, não é uma aquisição muito antiga e, inclusive, funciona sob pressupostos que não estão em perfeita sintonia com o restante de nossa vida. Entretanto, Zehr diz não sonhar com o desmonte do sistema retributivo e sim o de desenvolver um que seja paralelo, para que haja possibilidade de escolha a respeito de qual usar (SANTANA, 2010, p. 204).

Como já existem no Brasil exemplos de experiências com a participação da comunidade, na cidade de Caxias do Sul-RS, há também modelos que espriaram novas ideias pelo mundo, como os Conselhos Comunitários de São Francisco (EUA), estes mencionados por Zehr (SANTANA, 2010, p. 204), cujos programas são desenvolvidos com base na estrutura dos bairros para resolver disputas fora do “sistema”.

São treinadas pessoas da comunidade para servirem como agentes de resolução de conflito e mediadores, havendo investimento na educação e participação da comunidade. Constituem uma via alternativa para as varas cíveis e criminais, não aceitando casos que estejam já correndo judicialmente (SANTANA, 2010, p. 204).

Os procedimentos não são uniformes, razão pela qual há certa contradição com o senso de justiça, questionando-se o princípio da igualdade, havendo preocupação com o fato de ser *informal*, e *acabar sendo* reservada aos pobres e impotentes, aos quais seria negado o acesso a outras formas de justiça (SANTANA, 2010, pp. 205/205).

Não há ainda uma legislação e nem um balizamento para uniformização dos modelos, mas o que se observa é uma difusão das práticas restaurativas no país, pelo formato do processo circular, a partir das orientações de Kay Pranis (2010), que ajudou a construir a metodologia mais comumente adotada no Brasil, bem como auxiliou formar facilitadores de círculos restaurativos.

A informalidade é inerente a este procedimento, sendo que as téc-

nicas devem se adequar aos respectivos atores e ambientes. Apesar disso o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), evoluindo na política relativa às práticas autocompositivas, que já haviam inserido a justiça restaurativa dentre seus propósitos de atuação, editou em 2016 a Resolução nº 225, com diretrizes para implementação e difusão da prática da justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

O cerne deste movimento partiu do Ministério da Justiça, em esforço conjunto com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), aprovando, nos primeiros anos deste século, os três projetos pilotos de justiça restaurativa: Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre-RS, Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Caetano do Sul-SP, e Juizado Especial Criminal do Núcleo Bandeirantes-DF (NERY, p. 163).

Portanto, há elementos que aproximam a justiça restaurativa dos modelos mistos legislativos que, para buscar o enfrentamento de uma determinada gama de questões, problemas e conflitos, se valem de outras áreas do conhecimento jurídico ou do conhecimento científico geral, por meio de instrumentos mais adequados.

Esta é a tendência que se observa e sobre a qual deve repousar a observação dos pesquisadores, doravante, para ser buscado aí o novo caminho que se abre, cheio de possibilidades, diga-se de passagem, mas ainda muito incerto, muito aberto, que necessita de mais reflexões e amadurecimento.

4. CONCLUSÃO

Há necessidade de formar novos consensos, novos paradigmas, a partir do convencimento sobre as falhas e enganos do sistema punitivo vigente. O que se observa é que o direito penal não se sustenta como solução generalizada de correção de condutas desviantes, e também que não importa serem concebidos meios novos de eleger e punir mais culpados, com maior criminalização de condutas, insistindo numa forma tradicional fincada no mesmo padrão de fundo apenas punitivo, ainda que instrumentalizado de outras maneiras, algumas vezes.

É claro que nesse aspecto conta o fenômeno da globalização com suas novas formas de interação, que impelem também a evolução do sistema segundo os interesses da ordem internacional, de forma vinculada

também à proteção de novas categorias de bens jurídicos.

Tudo vai ficando mais complexo, inclusive o enfrentamento de questões relativas às organizações criminosas, lavagem de dinheiro e corrupção, sendo que as regras de punição e responsabilização parecem mimetizar as condutas a serem reprimidas, e se transmutam em novos sistemas complexos, difíceis de administrar, segundo as regras do direito penal clássico.

No campo da chamada criminalidade comum há possibilidades no campo das práticas que remetem mais à consensualidade e informalidade, ou seja, na aproximação entre as pessoas envolvidas na prática criminosa e a própria comunidade, de forma a ressignificar o momento posterior aos comportamentos que a lei penal veda, visando a busca na reorganização da convivência, da dor, do sofrimento, da revolta e das perdas provocadas por ações violentas, como quaisquer outras condutas desviantes.

Portanto, é necessário perscrutar toda gama de justificação relacionada à formulação de outros consensos, porque existem muitas ações que já apontam neste sentido, quer no plano teórico, como também na prática. Há doutrinadores, movimentos, projetos e grupos de pessoas comprometidas com mudanças na forma de enfrentar a “demanda por proteção”, fincada no viés punitivo, para outro, de recomposição dos vínculos atingidos.

Os que protagonizam estas novas formas de pensar e agir precisam ser os futuros mediadores e formadores de opinião, mas ainda existe a barreira de um *consenso geral*, com vínculo na própria história do sistema penal, na crença, de fundo religioso, no castigo ou na ressocialização, como aspectos da solução, um sistema que paradoxalmente se retroalimenta de seus próprios equívocos e fracassos, sentidos como naturais, nunca se percebendo ou assumindo a responsabilidade de ser o próprio produtor da violência e da degeneração tão temidas em sociedade.

A partir daí a disseminação de ideias apoiadas num sistema que se mostre honesto quanto às práticas igualitárias de respeito aos direitos e garantias individuais, deverão ser aquelas que passarão a guiar novos rumos. Este será o momento que se deseja como realmente novo para o sistema penal, que agora está nessa encruzilhada: servir de reprodutor da ideologia dominante para a manutenção do *status quo*, ou o fator de um novo paradigma.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. SP: Malheiros, 2001.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad Del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações Sobre o Estado Atual da Teoria do Bem Jurídico à Luz do *Harm Principle*. in *Direito Penal como crítica da pena*, na obra organizada por Luis Greco e Antonio Martins, Madri: Marcial Pons, pp.133 a 149) 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões do direito penal revisitadas*. SP: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- DIP, Ricardo. Tipo objetivo e personalização penal. In: *Revista dos Tribunais*, RT 947, set/2014.
- FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: A Vontade de Saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque et al. Rio de Janeiro. Edições Graal, 1988.
- HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. In: *Revista de Estudos Criminais*, PUC-RS, Ano 2, n. 8, 54-56, 2003.
- JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*. RJ: Contraponto, PUC, 2006.
- MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. SP: Revista dos Tribunais, 2007.
- NERY, Déa Carla Pereira. *Justiça Restaurativa. Direito Penal do Inimigo versus Direito Penal do Cidadão*. Curitiba: Juruá. 2014.
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 256 fls. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). USP, 2012.
- OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação penal e justiça. Da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas*. Curitiba: Juruá, 2013.
- PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Tradução de Tônia Van Acker. SP: Pallas Athena, 2010.
- SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídicopenal autônoma do delito*. RJ: Lumen Juris, 2010.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal. Aspectos da*

politica criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. rev. E atualiz. Trad. 2ª ed. Luiz Otavio de Oliveira Rocha, rev. Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira, Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima, Grijley, 2007.

TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. Espanha, Aranzadi, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio. Prólogo in BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. 2ª ed. v.1. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker, SP: Palas Athena, 2014, 2ª Ed

Notes

1 No prólogo da obra de BATISTA, Nilo, *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*.

2 Na obra organizada por Luis Greco e Antonio Martins, *Direito Penal como crítica da pena*.